

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN  
SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E  
SOVRANAZIONALE

CURRICULUM DI  
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

CICLO XXV

## L'ARBITRABILITÀ DEI DIRITTI

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IUS 15

DOTTORANDA:

*Dott. ssa* **ELENA GABELLINI**

MATRICOLA: R08544

TUTORS:

*Chiar.ma Prof.ssa* **ELENA ZUCCONI GALLI FONSECA**

*Chiar.mo Prof.* **MARCO DE CRISTOFARO**

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

*Chiar.ma Prof.ssa* **MARIA FRANCESCA GHIRGA**

*Anno Accademico 2011-2012*

*A Cristian*

# INDICE

<b>PREMESSA.....</b>	<b>5</b>
Lo scopo della ricerca. ....	5
<b>CAPITOLO PRIMO: IL PROBLEMA DELLA COMPROMETTIBILITÀ DEI DIRITTI.....</b>	<b>8</b>
<b>SEZIONE PRIMA: LA PROSPETTIVA STORICA.....</b>	<b>8</b>
1. L'arbitrabilità dei diritti: il diritto classico, il diritto post-classico e il diritto intermedio. ....	8
2. Dai codici preunitari ai giorni nostri .....	14
3. I problemi applicativi derivanti dal binomio compromettibilità – transigibilità. .	18
<b>SEZIONE SECONDA: ARBITRATO E DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI ..</b>	<b>24</b>
1. L'introduzione codicistica del concetto di disponibilità dei diritti quale unico limite alla compromettibilità dei diritti: il precursore, l'arbitrato in materia societaria. ....	24
2. La legge n. 40 del 2006: una vera e propria novità? .....	29
2.1. <i>segue: l'espresso divieto di legge sancito dall'art. 806 c.p.c.</i> .....	32
2.2. <i>segue: la esplicita introduzione della possibilità di compromettere “le                 controversie future relative a uno o più rapporti contrattuali”</i> .....	34
3. Sintesi e transizione.....	37
<b>CAPITOLO SECONDO: LA NOZIONE DI INDISPONIBILITÀ .....</b>	<b>39</b>
1. Premessa: una necessaria precisazione.....	39
2. La nozione di indisponibilità: il c.d. profilo soggettivo e il c.d. oggettivo .....	40
3. Alcune ricostruzioni offerte dalla dottrina in tema di indisponibilità ai fini della compromettibilità delle controversie.....	51

4. L'indisponibilità dei diritti e l'inderogabilità delle norme: ricostruzione del problema e individuazione delle ragioni che non consentono di equiparare i concetti di disponibilità dei diritti e inderogabilità della normativa.....	58
5. La possibilità di individuare un diritto disponibile solo qualora non vi sia una compromissione dello stesso in via assoluta. ....	64
6. Necessità di distinguere il diritto primario non disponibile e le conseguenze risarcitorie che derivano dalla sua lesione.....	67
7. Irrilevanza delle regole di competenza e giurisdizione esclusiva. ....	69
8. La necessità di distinguere l'indisponibilità oggettiva dalla carenza di legittimazione a disporre del diritto.....	76
9. La errata coincidenza tra il ruolo del p.m. e il concetto di indisponibilità del diritto. ....	78
10. Il concetto di disponibilità richiamato dall'art. 806 c.p.c. e quello indicato dall'art. 1966 c.c.: impossibilità di una loro sovrapposizione. ....	81
11. Sintesi e prospettazione di una ipotesi ricostruttiva del tema dell'arbitrabilità dei diritti: l'incidenza dell'ordine pubblico al momento della definizione dell'ambito oggettivo della convenzione arbitrale.....	86

**CAPITOLO TERZO: L'ORDINE PUBBLICO: UNA ANALISI  
COMPARATA TRA ORDINAMENTO ITALIANO E FRANCESE.....91**

**SEZIONE PRIMA: LA NOZIONE E LA FUNZIONE ESPLETATA  
DALL'ORDINE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO .....91**

1. Premessa: alcuni rilievi generali sul concetto e sulla funzione dell'ordine pubblico.....	91
2. Breve ricostruzione storica del concetto di ordine pubblico ideale con specifico riferimento al diritto privato. ....	98
2.1 <i>segue: il concetto di ordine pubblico ideale oggi accolto all'interno del codice civile e la sua distinzione rispetto alla nozione di norma imperativa e di buon costume.....</i>	<i>101</i>

3. Osservazioni conclusive: la differente funzione espletata dal concetto di ordine pubblico nel giudizio di liceità della causa del contratto. Spunti per la determinazione di un valido criterio di indagine..... 106

**SEZIONE SECONDA: LA NOZIONE E LA FUNZIONE ESPLERTATA  
DALL'ORDINE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO FRANCESE.....109**

1. Rilievi introduttivi sul concetto di ordine pubblico..... 109
2. L'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale. . 112
3. Il contenuto dell'ordine pubblico politico e morale. .... 113
  - 3.1. *segue: il contenuto dell'ordine pubblico politico e morale con riguardo alla organizzazione dello Stato e dei poteri pubblici. .... 113*
  - 3.2. *segue: il contenuto dell'ordine pubblico con riguardo alla tutela della famiglia. .... 115*
  - 3.3. *segue: la difesa della morale. .... 116*
4. L'ordine pubblico economico e sociale..... 117
  - 4.1. *segue: le finalità dell'ordine pubblico economico e sociale di direzione. .... 120*
  - 4.2. *segue: la finalità dell'ordine pubblico economico e sociale di protezione.. 121*
5. L'odierna dicotomia tra l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione..... 124
6. Un esempio dell'applicabilità dei criteri di ordine pubblico di direzione e di ordine pubblico di protezione al problema dell'arbitrabilità dei diritti. .... 127
7. Sintesi e transizione..... 131

**CAPITOLO QUARTO: ARBITRATO E ORDINE PUBBLICO: DALLA  
TUTELA ARBITRALE ALLA TECNICA DEL PROCESSO ARBITRALE  
.....134**

1. L'arbitrato nell'ordine pubblico di protezione e di direzione. .... 134
2. I diritti dei consumatori ..... 141
  - 2.1. *segue: il problema del consenso con specifico riferimento alla clausola compromissoria..... 142*
  - 2.2. *segue: il problema della imparzialità dell'arbitro e il costo dell'arbitrato.. 144*

3. Il contenzioso familiare, con particolare attenzione alle liti di separazione e di divorzio. ....	149
3.1. <i>segue: i &lt;&lt;nodi da sciogliere&gt;&gt;: il problema del consenso e la preparazione dell'arbitro.</i> .....	155
3.2. <i>segue: la cooperazione giudiziaria e il rispetto della legge sostanziale.</i> .....	158
4. Le impugnative delle delibere assembleari .....	162
5. <i>segue: le delibere di approvazione del bilancio.</i> .....	165
6. Le controversie relative alla proprietà industriale e il diritto d'autore. ....	171
6.1. <i>segue: il diritto d'autore.</i> .....	177
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>180</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>183</b>

*La presente Tesi tiene conto delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sino al 15 Gennaio 2013*

## PREMESSA

### Lo scopo della ricerca.

Questo studio<sup>1</sup> si propone di offrire una diversa lettura del problema dell'arbitrabilità dei diritti<sup>2</sup>.

Molto spesso il binomio disponibilità – compromettibilità del diritto, oramai consolidato nella letteratura e ribadito dal legislatore del 2006, non tiene conto, a mio sommo avviso, della funzione propria dell'arbitrato: quest'ultimo<sup>3</sup>, infatti, pur essendo un fenomeno di formazione stragiudiziale ed espressione dell'ampia autonomia che il nostro ordinamento riconosce ai privati nella regolazione dei propri rapporti, persegue un fine di natura prettamente pubblica<sup>4</sup>, e cioè l'accertamento del diritto controverso.

Questo fine deve necessariamente orientare l'interprete nella individuazione dell'ambito della sua applicazione.

---

<sup>1</sup> La mia indagine prende spunto dalle osservazioni di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?* in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, p. 141 ss.

<sup>2</sup> Cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 5, il quale afferma: «il campo dell'indisponibilità che impedisce il ricorso all'arbitrato è destinato a ridursi alla stretta area in cui l'interesse generale è ritenuto così forte, da imporre già sul piano sostanziale che il potere di disporre del diritto non spetti al solo titolare, ma anche ad altri soggetti (...), in cui la presenza di un interesse superindividuale consiglia il legislatore a dettare discipline differenziate, il problema non è tanto quello di vietare l'arbitrato, ma quello di impedire che attraverso l'arbitrato si possano eludere disposizioni di legge di carattere cogente».

<sup>3</sup> Non è questa la sede per ripercorrere il lungo dibattito sulla natura dell'arbitrato. Si rimanda pertanto alla ampia ricostruzione di SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, *passim*; PUNZI, *Disegno sistematico sull'arbitrato*, Padova, 2000, p. 15 ss.; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, p. 1 ss. Preme solamente precisare che il legislatore del 2006, equiparando gli effetti del lodo a quelli della sentenza (art. 824bis c.p.c.) sembra propendere per una ricostruzione giurisdizionale di questo istituto (*Contra*: PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 963 ss. e in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e E. Ricci, Padova, 2005, p. 263 ss.

<sup>4</sup> PERLINGERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002, p. 20, il quale osserva che «l'arbitrato è esplicitazione privatistica di una funzione tipicamente statale quale quella giurisdizionale. E' la "linea d'ombra" del rapporto tra pubblico e privato, tra società civile e Stato (...)». Si ricordi ancora l'osservazione puntuale di illustre dottrina: CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), il quale rileva: «L'arbitrato ha salde fondamenta nella scelta contrattuale e si sviluppa nel suo divenire nel processo, a seguito del quale gli arbitri *ius dicunt* al pari del giudice dello stato, col quale però non condividono i poteri».

L'indagine non può prescindere da una preliminare ricostruzione storica dell'arbitrabilità dei diritti, poiché, come ammoniva attenta dottrina<sup>5</sup>, <<non v'è, quasi, istituto di diritto processuale che possa, all'infuori dell'indagine storica, essere rettamente inteso>>, perché la portata e il valore attuale della norma non si comprendono <<se non risalendo alle sue origini storiche e indagando le ragioni e i bisogni che la fecero sorgere, l'ambiente sociale e politico in cui si svolse, lo stato del diritto materiale all'epoca in cui nacque>>.

Individuate le origini della compromettibilità dei diritti e analizzate le recenti riforme che hanno inciso sull'individuazione dei limiti oggettivi della convenzione arbitrale, è mio intento indagare il concetto di disponibilità del diritto fatto proprio all'interno del nostro ordinamento, delineando in primo luogo i limiti negativi per poi, successivamente tentare di offrire una definizione positiva dello stesso. Tale operazione mi permetterà di dimostrare che l'unico vero limite alla disponibilità del diritto, e quindi alla arbitrabilità, sia rinvenibile in ultima analisi nel principio di ordine pubblico, seppure lo stesso costituisca un concetto di non semplice definizione.

Infine, avvalendomi della comparazione con l'ordinamento francese, che individua nell'ordine pubblico il limite ultimo alla compromettibilità dei diritti<sup>6</sup>, cercherò di individuare all'interno delle norme/principi di ordine pubblico quelle che effettivamente sono a presidio dell'interesse collettivo, poiché solo esse impediscono l'applicabilità dello strumento arbitrale. Tale indagine, naturalmente, verrà compiuta tenendo conto dello specifico luogo in cui queste norme devono operare, e cioè il mondo arbitrale.

Tale operazione mi consentirà di dimostrare che, molto spesso il limite alla arbitrabilità dei diritti non trova affatto fondamento su un problema di disponibilità<sup>7</sup>.

Ritengo opportuno precisare già in questa sede che non è mia intenzione

---

<sup>5</sup> ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arc. giur.*, 1906, p. 125.

<sup>6</sup> Recita infatti l'art. 2060 cod. civ. "*On ne peut compromettre sur les questions d'Etat et de capacité des personnes, sur celle relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics set plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*".

<sup>7</sup> Anche Caponi mette in evidenza come tale equazione sia debole e poco soddisfacente: CAPONI, <<*Natura*>> dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in *AA.VV., Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 131.



misurare l'ipotesi ricostruttiva che cercherò di delineare con ogni genere di situazione giuridica soggettiva, poiché il fine della presente indagine, come ho già precisato, è unicamente quello di offrire al lettore una diversa chiave di lettura del fenomeno della compromettibilità dei diritti. Conseguentemente la mia attenzione si soffermerà unicamente con riguardo alle situazioni giuridiche soggettive più significative.

Infine, sibbene non ritenga, come rileva la maggiore parte degli interpreti<sup>8</sup>, che possa assumere rilevanza ai fini della compromettibilità del diritto la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, l'applicazione pratica dimostrerà come tale convinzione talvolta possa vacillare.

---

<sup>8</sup>Non ritengano che il concetto di compromettibilità muti a seconda del tipo di arbitrato: SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); SANGIOVANNI, *Natura processuale o contrattuale dell'arbitrato*, commento a Trib. Venezia, decr, 10 aprile 2008, in *Contratti*, 2008, p. 874 ss., il quale parla di applicazione analogica delle norme sull'arbitrato irrituale se le parti non hanno diversamente disposto; *Contra*: SATTA, *Commentario c.p.c.; Procedimenti speciali*, Milano, 1971, pp. 198-199. BARLETTA, *Il <<nuovo>> arbitrato irrituale e il suo ambito di applicazione*, in AA.VV., *Sull'arbitrato*. cit., p. 47 ss., il quale nega l'applicabilità dell'art. 806 c.p.c. all'arbitrato irrituale, poiché il criterio dedotto dalla norma *de qua* sembra ricollegarsi al carattere sostitutivo dell'arbitrato rituale rispetto al giudizio ordinario. Tuttavia, dopo essere giunto a tale conclusione, non mi pare che lo stesso individua un criterio specifico per questo tipo di arbitrato, determinando quindi un ingiustificato vuoto normativo. Mi permetto anche di rinviare a GABELLINI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Rivista Trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1540 ss. In quella sede infatti evidenziavo come, nonostante che il legislatore abbia qualificato in modo diverso gli effetti prodotti dal lodo rituale e da quello libero, abbia attribuito ai due tipi di arbitrato una medesima funzione (e cioè di produrre una decisione) e una analoga struttura, poiché in entrambi i casi propende per una ricostruzione processuale dell'istituto.

## Capitolo Primo

# IL PROBLEMA DELLA COMPROMETTIBILITÀ DEI DIRITTI

### Sezione Prima

## LA PROSPETTIVA STORICA

SOMMARIO: 1. L'arbitrabilità dei diritti: il diritto classico, il diritto post-classico e il diritto intermedio. – 2. Dai codici preunitari ai giorni nostri. – 3. I problemi applicativi derivanti dal binomio compromettibilità – transigibilità.

### 1. L'arbitrabilità dei diritti: il diritto classico, il diritto post-classico e il diritto intermedio.

Come già rilevato nelle pagine introduttive<sup>1</sup>, per comprendere il problema della compromettibilità dei diritti conviene partire, sia pure con una breve indagine, dalle radici storiche di questo istituto.

Gli antichi Greci<sup>2</sup> contemplavano due forme diverse di arbitrato: uno di diritto pubblico<sup>3</sup>, che pareva essere una sorta di giurisdizione speciale, e uno di diritto privato. In relazione a quest'ultima fattispecie, sicuramente più vicina al modello proprio dei giorni odierni<sup>4</sup>, era espressamente previsto il divieto di

---

<sup>1</sup> Cfr. Premessa, in particolare nota 5.

<sup>2</sup> Per un'ampia disamina dell'istituto si rimanda a: FOCOUSTOS, *L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique*, Parigi, 1976, p. 4 ss.; VELISSAROPOULOS, KARAKOSTAS, *L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique*, in *Rev. arb.*, 2000, p. 18 ss., il quale ricorda che nel diritto classico, la legge ateniese promulgata sotto l'arcontato di Euclide (403-402) contemplava due tipi di arbitrato.

<sup>3</sup> Per gli arbitrati interstatali si rimanda a PICCIRILLI, *Gli arbitrati interstatali greci dalle origini al 338 a.C.*, I, Pisa, 1973, *passim*.

<sup>4</sup> A testimonianza della menzionata vicinanza di modelli, si può ricordare, per esempio, che la decisione arbitrale nel mondo ateniese doveva essere "omologata" dall'Arconte per avere efficacia di sentenza. Sul punto si rimanda a PANZARINI, *I profili di modernità degli arbitrati greci e*

devolvere al giudizio arbitrale questioni che toccavano “l’ordine pubblico”<sup>5</sup>, per le quali era, invece, necessario l’intervento giudiziario dei dieteti, ossia i giudici dello stato.

Stesso limite era rinvenibile nel mondo romano<sup>6</sup>.

In epoca romana classica era noto l’istituto del *compromissum*<sup>7</sup> nella sua duplice accezione di *conventio* e di *stipulatio*<sup>8</sup>.

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

Tralasciando i problemi interpretativi relativi ai rapporti tra *conventio* e *stipulatio*<sup>9</sup>, è necessario rilevare, ai fini della nostra indagine, che la giurisprudenza di quella epoca ha elaborato una disciplina articolata per quanto

---

*romani nei principi e nelle regole tecniche da essi trapassati, con sorprendenti coincidenze, negli odierni arbitrati, in Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, p. 1209 ss.

<sup>5</sup> PANZARINI, *op. cit.*, p. 1210. L’a. osserva che i Greci comprendevano nella terminologia di ordine pubblico non solo le leggi regolatrici del funzionamento dello stato, ma anche i principi fondamentali della comunità.

<sup>6</sup> E’ interessante ricordare che la forma originaria e più semplice di arbitrato privato e quella dell’arbitrato mediatore. Sul punto si rimanda a DE RUGGIERO, *L’arbitrato pubblico*, Roma, 1893, p. 13 ss.

<sup>7</sup> Redenti (REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 787) nota che il verbo compromettere deriva dal latino, <<compromettere>>: *simul promettere stare sententia arbitri*.

<sup>8</sup> Secondo l’impostazione tradizione (BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 493 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, p. 274 ss.; CRIFÒ, voce *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1858, p. 895 ss.) l’arbitrato privato costituirebbe l’origine della giurisdizione statale, e, in particolare, il processo classico *per formulas*, soprattutto quello nella fase *apud iudicem*, deriverebbe da una forma di d’autotutela privata, quale si esprimeva in un arbitrato, che il *praetor* avrebbe recepito nel proprio diritto, sottoponendola ai necessari adattamenti e, soprattutto, al proprio controllo. Tale orientamento è contestato da altra parte della dottrina romanistica, per la quale invece l’arbitrato privato e il processo giurisdizionale sarebbero due istituti che, nell’antica Roma, sarebbero coesistiti, fin dall’inizio, uno accanto all’altro (sul punto: BROGGINI, *Iudex Arbitræ. Prolegomeni zum Officium des römischen Privatrîchters*, Köln-Graz, 1957, p. 111 ss.; BONIFACIO, voce *Compromesso (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1959, p. 784).

<sup>9</sup> Una parte della dottrina (LA PIRLA, “Compromissum” e “litis contestatio”, in *Studi in onore di Riccobono*, II, Palermo, 1936, p. 187 ss.) si è sforzata di inquadrare il *compromissum* come un atto complesso di carattere formale, che contiene al suo interno <<due stipulazioni fra loro interdipendenti con cui le parti sottopongono ad un arbitro scelto di comune accordo una loro controversia solennemente delimitata dalla formula stessa della stipulazione, obbligandosi ad eseguire la *sententia*>>. Da qui, nasce il tentativo di porre sul medesimo piano il meccanismo del *compromissum* con quello della *litis contestatio*. Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di DE RUGGIERO, *op. cit.*, *passim*. *Contra* TALAMANCA, *Ricerche in tema di “compromissum”*, Milano, 1958, p. 37 ss. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell’età del diritto comune*, Napoli 1984, p. 26 ss.

riguarda l'oggetto della *conventio*<sup>10</sup>, anche sotto il profilo della compromettibilità dei diritti.

Dalla letteratura di quella epoca, è possibile desumere che gli antichi romani reputavano di per sé compromettibile ogni questione di diritto civile, a esclusione di quelle riguardanti profili di ordine pubblico. Infatti, come ricorda Ulpiano<sup>11</sup>, l'editto pretorio assicurava l'esecuzione del compromesso solo con riguardo agli interessi privati.

In particolare si escludeva il giudizio arbitrale<sup>12</sup> in materia di *crimina* e delitti infamanti<sup>13</sup>, di azioni popolari, di questioni di *status* di libero o schiavo, libero o ingenuo<sup>14</sup>. Il diritto classico riteneva invece che potessero essere oggetto di arbitrato anche le questioni di restituzione in intero, la cui arbitrabilità, in virtù della struttura dell'azione medesima, verrà poi negata dal diritto di epoca giustiniana (*infra* C.I.2.46.3.1. (A.531))<sup>15</sup>.

Molto usato era inoltre l'arbitrato nell'ambito delle controversie<sup>16</sup> concernenti la regolamentazione dei confini tra vicini, nei rapporti di *societas*, nei giudizi divisorii, nei giudizi di liquidazione del danno, nella valutazione della quarta falciata, nelle questioni relative all'altezza e al riparo degli edifici. Si ricorda, infine, anche un arbitrato relativo alla solvenza di un fideiussore.

In età giustiniana<sup>17</sup>, il problema della compromettibilità dei diritti rimase

---

<sup>10</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004, p. 8, la quale ricorda che in quella epoca vi era una distinzione fra un compromesso generale e uno non pieno, quest'ultimo diretto a dedurre in via arbitrale una specifica controversia. L'a. ricorda che ampia attenzione veniva data all'ambito oggettivo del compromesso in relazione alla pronuncia degli arbitri.

<sup>11</sup> ULPIANO, D. 4,8,3 § 1. Bisogna tuttavia ricordare che, nonostante questo principio generale (cfr. sul punto anche la ricostruzione di JHERING, *L'esprit du droit romain*, II, Parigi, 1886, p. 84 ss.), Celso ricorda di un arbitrato relativo al lido del mare (cfr. CELSO, D., 50,16,96).

<sup>12</sup> DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 333 ss., in particolare p. 336; MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 11, il quale ricorda che Labeone si era occupato di una lite arbitrale per la responsabilità di un tutore D. 4.8.3 pr (Ulp. 13 *ad ed.*).

<sup>13</sup> D.4.8.32.6 (Paul. 13 *dig.*)

<sup>14</sup> D.4.8.32.7 (Paul.13 *ad ed.*).

<sup>15</sup> Sul punto si rimanda a SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, p. 315.

<sup>16</sup> GUGINO, *Procedura civile romana*, Palermo, 1873, p. 47; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, pp. 26 e 27. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 78; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 12; RIVALTA, *I giudizi di arbitri*, Bologna, 1885, p. 110 ss.; CRIFÒ, *op. cit.*, p. 89; MARRONE, *op. cit.*, p. 11, il quale cita il passo del Digesto 21.2.56.1 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*) in relazione a un compromesso per una questione di proprietà.

<sup>17</sup> Con la compilazione giustiniana si passò dalla considerazione del *compromissum* quale risultato di una doppia stipulazione alla sua valutazione in termini di *pactum legitimum*. Inoltre venne concessa all'attore un'*actio in factum*, che non trovava giuridicamente il suo fondamento

sostanzialmente il medesimo, anche se come rileva la dottrina, non vennero considerate più compromettibile le questioni di restituzione in intero.

Si deve comunque rilevare che tra i commentatori di tale epoca, si è diffuso un ampio dibattito in relazione all'arbitrabilità delle questioni di alimenti. Come rileva Scialoja<sup>18</sup>, molta parte della letteratura nega la compromettibilità di tale materia, poiché sulla stessa gli antichi romani non ammettevano la transazione. Tuttavia lo stesso afferma <<(…)non pare che questa analogia sia ammissibile, almeno per diritto romano, perché nella transazione si ha un contratto, il quale implica anche una parziale rinuncia alle proprie ragioni, mentre invece nel compromesso non v'è punto questo carattere, perché l'arbitro potrà decidere completamente a favore d'una delle parti o dell'altra>>.

Nel diritto intermedio l'arbitrato riscontrava un'ampia diffusione e diveniva il mezzo per eccellenza di risoluzione delle controversie<sup>19</sup>.

Osserva infatti la dottrina<sup>20</sup>, riferendosi a questa epoca storica che <<Ci fu un tempo in cui erano più frequenti le cause che si portavano agli arbitri, che non quelle per le quali si invocava la decisione dei giudici>>; prosegue affermando che sarebbe senz'altro <<lecito argomentare che ciò avvenisse per le difficoltà e le lungherie introdotesi nella procedura (...) ovvero affine di garantir meglio nei giudizi il rispetto delle leggi e delle consuetudini scostantisi dal diritto comune>>.

Vari furono i fattori che determinarono l'ampio *favor arbitrati*, sebbene le principali ragioni possono rinvenirsi nel frazionamento e nel cattivo

---

nell'inadempimento della *stipulatio poena*, ma direttamente nell'efficacia obbligatoria dell'arbitrato.

<sup>18</sup> SCIALOJA, *op. cit.*, p. 479; AMAR, *Giudizi arbitrali*, Torino, 1879, p. 94.

<sup>19</sup> Osserva attenta dottrina (VECCHIONE, *L'arbitrato*, Milano, 1971, p. 17 ss.) che <<(…) tale ragione del diffondersi dei giudizi arbitrali nel diritto intermedio deve ricercarsi proprio in quella necessità di evitare l'applicazione del diritto sostanziale vigente che già si era manifestata nei territori dell'impero solo negli altissimi tempi per dar luogo a forme assai incisive di arbitrato con caratteri processuali (...). Si verificava, invertite le parti, ciò che era già accaduto, sul finire dell'impero, ai popoli soggetti alla dominazione romana che, cioè, al giudizio arbitrale si ricorreva per sottrarsi alla applicazione del diritto sostanziale, o, nell'età di mezzo, alla incertezza dei giudizi di Dio, sostituendosi così (...) giudici privati ai giudici statuali>>.

<sup>20</sup> PERTILE, *Storia del diritto italiano, Storia della procedura*, IV, Bologna, 1966, p. 169 ss., il quale altresì rileva <<tanto estesa applicazione si faceva di questo istituto che vediamo non solo principi, città e famiglie in Germania accordarsi di sottoporre al giudizio arbitralmente tutte le questioni che insorgessero tra loro, ma la incontriamo persino nelle materie penali>>, oltre all'utilizzo del giudizio arbitrale nelle controversie tra paese e paese, tra terrazzani di due stati.

funzionamento della giustizia del mondo medievale<sup>21</sup>.

Per questi motivi la letteratura giuridica del XXII riteneva compromettibili quasi tutte le controversie di diritto privato, ad eccezione <<*liberalis causa dicitur, ubi agitur de servitute vel libertate aliqujus, quae causa, quia de summit est, a sudice ordinario terminando est. Haec autem causa nulli delegar ipotest. Similiter super re, quae in se habet famosam actionem compromittendum non est. Hic tantum distingue quia actio famosa est aliquando ex delicto, ut actio furti et adulterii, et hujusmodi, vel est famosa ex contractu, ut actio mandati. Si ergo actio famosa est ex delicto, super illa re, compromittendum non est. Si vero sit famosa ex contractu super ea re bene potest compromitti*>><sup>22</sup>.

Tuttavia, i glossatori, a causa dell'espansiva competenza del giudizio degli arbitri sentirono l'esigenza di definire i confini esterni dell'attività degli stessi, in virtù anche dell'ostilità manifestata dalla Chiesa in materie sentite dalla stessa come proprie.

Per tale ragione, Tancredi asseriva che la competenza arbitrale potesse intervenire <<*de omnibus exceptio criminalibus, et liberalibus et matrimonialibus*>><sup>23</sup>, difendendo in tale modo implicitamente il monopolio della giurisdizione matrimoniale della Chiesa.

Pertanto, nel diritto intermedio risulta devolvibile al giudizio degli arbitri ogni genere di controversia di diritto privato, ad eccezione delle cause matrimoniali, quelle relative allo stato delle persone, quelle contro il fisco e infine

---

<sup>21</sup> PIERGIOVANNI, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, 1999, p. 10. Sul punto si rimanda alle parole di Tarello (TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 32), richiamato dallo stesso Piergiovanni, il quale afferma che gli <<inconvenienti (sia dei sistemi di diritto "privato" sia dei sistemi "penali") si riassumevano nell'estrema incertezza dei diritti di ciascuno, causata sia dei frequenti dubbi soggettivi circa la legge regolatrice dei rapporti sia da oggettivi conflitti di competenza – positivi o negativi – tra sistemi di norme; e nella difficoltà, in parte derivata, di vedere tutelati e coerciti i propri diritti sia a causa delle incertezze sulla giurisdizione e dei conflitti fra giurisdizioni, sia anche a causa della frequente inesistenza (continua o intermittente) di forze ordinate a coercire l'uno o l'altro dei sistemi di leggi coesistenti>>.

<sup>22</sup> *Tractaturi de iudiciis, Incerti auctoris Ordo iudiciarius*, Innsburck, 1887, tit. XXI, *De Arbitris*, pp. 153-154; stesso concetto è espresso anche da BULGARO, *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*, ed. L. Wahrmund, in <<Quellen>>, Innsbruck, 1925, p.2, ove si legge più sinteticamente <<*arbiter non interponit se in causa criminali et liberali*>>. E così anche Piacentino (PIACENTINO, *Summa Codicis*, II, tit. LV, *De receptis arbitriis*, Moguntiae 1536, p. 89, il quale afferma che <<*causam restitutionis arbiter discutere non potest nec liberalem nec de crimine criminalem*>>.

<sup>23</sup> Cfr. osservazioni di MARTORE, *op. cit.*, p. 45.

le liti di carattere feudale<sup>24</sup>. Tuttavia, nonostante la validità di tali principi generali, si deve ricordare che a Genova una legge del 1404<sup>25</sup> estendeva il divieto di compromettere in arbitri le questioni di diritto testamentario, i procedimenti di annullamento di atti o di sentenza, i giuramenti e le liti pendenti.

Nel corso dei secoli XIV e XV si diffuse inoltre, accanto all'arbitrato volontario sopra menzionato, una ulteriore forma di arbitrato c.d. necessario, cioè un tipo di arbitrato imposto dalle parti dal diritto positivo.

La nascita di questo tipo di arbitrato è strettamente collegata alla crisi del modello comunale e all'esigenza di garantire la tutela di quelle posizioni di privilegio connesse a particolari gruppi familiari<sup>26</sup> di quella epoca.

Gli statuti<sup>27</sup> infatti prevedevano l'applicabilità di tale strumento nelle controversie tra coniugi, tra padre e figli, tra agnanti e cognati sino al quarto grado<sup>28</sup>.

L'arbitrato necessario doveva inoltre trovare applicazione anche nelle controversie tra condomini, tra poveri, tra poveri e ricchi, tra i privati e i notai, fra i privati e comuni *inter vicinos eiusdem contractae* oltre che nelle liti di lavoro<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> A titolo esemplificativo è giusto ricordare gli statuti di Reggio e Lodi che riconoscono l'arbitrabilità delle materie di esecuzione privata e i strumenti notarili (cfr. MORTARI, voce *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1858, p. 898).

<sup>25</sup> MORTARI, cit., loc. cit.; PERTILE, *op. cit.*, p. 175.

<sup>26</sup> MORTARI, cit., loc. cit.; MARTONE, *op. cit.*, p. 133 ss., il quale rileva che l'arbitrato *ex necessitate statuti* affonda le sue radici nella struttura della società propria di quella epoca, e cioè organizzata per monadi familiari, fortemente unite, consolidate, spesso consorziate. Nonostante che il Comune perda il suo ruolo centrale e non sia più in grado di esercitare quella pienezza dei poteri che poteva vantare un tempo, le posizioni dei cittadini riuscivano ad essere salvaguardate. Tale tutela era riconosciuta anche grazie all'utilizzo dello strumento arbitrale. Prosegue l'illustro a. affermando che <<(...)la motivazione che portarono alla normativa statutaria in tema di arbitrato necessario aveva un segno ben preciso, tracciato con intenzioni privatistiche. Il segno era la tutela del privato, il garantismo e la salvaguardia delle posizioni di privilegio di quei gruppi che, nonostante l'avvento dello Stato regionale, conservavano ancora, nella prima fase di centralizzazione del potere, quasi intatta la propria validità economica e la propria autonomia giuridica>>.

<sup>27</sup> Mortari (MORTARI, cit., loc. cit.) ricorda che tale strumento era previsto negli statuti di Lucca, Cesena, Forlì, Parma, Ravenna e Pistoia.

<sup>28</sup> Tuttavia si deve rilevare che l'attribuzione della competenza degli arbitri di questi particolari rapporti giuridici non era in alcun modo effetto immediato delle norme statutarie, ma gli statuti cittadini consentivano di derogare alla competenza dei giudici ordinari quando, in una lite, una delle parti escepiva il rapporto di parentela con l'avversario. Si rimanda per la disamina dei vari statuti a MARTONE, *op. cit.*, p. 147 nota 30.

<sup>29</sup> PERTILE, *op. cit.*, p. 174 ss., il quale ricorda che l'arbitrato necessario veniva altresì applicato alle liti tra maestri e garzoni, tra mercanti, artigiani, stipendieri; alle liti tra comproprietari di un immobile per causa di divisione, ai coinvestiti d'una miniera, ai soci di una compagnia commerciale, a quelli che abitavano una stessa contrada, ed anche quelli di una stessa parrocchia. Interessante è inoltre l'applicazione di questo istituto alle liti tra l'idiota con un uomo di legge o

Infine, il diritto statutario prevedeva altresì l'obbligo di comporre attraverso gli arbitri le controversie civili che avevano origine da fatti criminosi<sup>30</sup>.

L'ampio favore attribuito allo strumento arbitrale scemò invece nei secoli XVI, XVII e XVIII, come per altro dimostrano le costituzioni piemontesi ed estensi, il regolamento austriaco per la Lombardia e il Veneto e infine il codice barbacoviano<sup>31</sup>.

## 2. Dai codici preunitari ai giorni nostri

Nella legislazione dei codici preunitari si assiste a una perdita di autonomia dell'istituto arbitrale. Nel sistema francese dei primi del 1800<sup>32</sup>, si nota una tendenza a delimitare in senso restrittivo l'ambito oggettivo<sup>33</sup> del patto compromissorio<sup>34</sup>: infatti, seppure sia previsto che oggetto del compromesso possa essere <<tutto ciò di cui le parti hanno la libertà di disporre>>, l'art. 1004 c.p.c.<sup>35</sup> prescrive che <<non si può compromettere sulle donazioni e legati a titolo

---

con un notaio. L'idiota infatti per l'antico statuto di Roma poteva esigere che la decisione della controversia fosse deferita al giudizio arbitrale.

<sup>30</sup> PIERGIOVANNI, *op. cit.*, p. 12; ID., *Il mercante e il diritto canonico medievale: <<Mercatores in itinere dicuntur miserabiles personae>>*, in *Proceeding of the Eight International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1992, p. 617 ss.; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da Del Giudice, Milano, 1927, p. 175 ss.

<sup>31</sup> Sul punto si rimanda all'ampio esame di MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato, contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Torino, 1966, p.50 ss. Diversamente, invece, accade nella Francia rivoluzionaria, ove l'arbitrato era valutato con favore, tanto che venne inserito all'interno della costituzione. L'art. 1 del *Décret sur l'organisation judiciaire* del 16 agosto 1790 afferma <<les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur soit l'efficacité des compromis>>. Sul punto si rimanda a MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1964, p. 41 ss.

<sup>32</sup> L'ordinamento francese, a fianco dell'arbitrato di diritto comune, contemplava sino al 1841 l'arbitrato obbligatorio in materia societaria. In argomento: HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 206; JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, p. 219 ss.

<sup>33</sup> Limitazione che si rinviene anche nell'ambito soggettivo del compromesso; sul punto si rimanda a MARANI, *op. cit.*, p. 98 e in particolare nota n. 1.

<sup>34</sup> Diverso era invece lo scenario durante la legislazione rivoluzionaria. Sul punto si rimanda all'ampia disamina di MARANI, *op. cit.*, p. 69 ss.

<sup>35</sup> MERLIN, voce, *Compromesso*, in *Dizionario universale ossia Repertorio ragionato di giurisprudenza questioni di diritto* (trad. it. di CARILLO), Venezia, 1834, p. 1228, il quale rileva <<vi sono oggetti che non possono formar la materia di un compromesso: di tal fatta sono i diritti spirituali della Chiesa, la validità di un matrimonio, gli alimenti lasciati con testamento per le future scadenze, ed in genere tutto ciò che interessa l'ordine pubblico. La punizione di un misfatto pubblico non può essere tampoco il soggetto di un compromesso; ma le parti possono



di alimenti, alloggio e vestiario; su quelle di separazione tra marito e moglie, di divorzio, sulle questioni di stato, né sulle altre per le quali è prescritta la comunicazione al ministero pubblico<sup>36</sup>>>.

Tale tendenza influenza anche la disciplina dei codici preunitari italiani, i quali adottano gli stessi criteri abbracciati dalla legislazione francese per individuare le materie compromettibili, sibbene, come si avrà modo di osservare, introducono una comparazione tra arbitrato e transazione non rinvenibile nel modello francese<sup>37</sup>.

L'art. 7 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 prevede espressamente che <<non è lecito sottoporre a compromesso gli affari che sono d'ordine pubblico, né le cose delle quali non si può contrattare o assolutamente, o senza certe solennità>>. Stessi limiti si rinvengono anche nel Codice di Procedura Civile per gli Stati estensi del 1852, ove all'art. 7 si legge <<non possono formare oggetto di compromesso questioni che riguardino a materia d'ordine pubblico, allo stato civile delle persone, alle cessioni dei beni, od al concorso speciale o generale dei creditori>>. Ancora più dettagliate risultano le previsioni contenute nel regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dallo Stato Pontificio<sup>38</sup>, il quale, richiamando integralmente la previsione contenuta nell'art. 1004 del c.p.c. francese, vieta di devolvere al giudizio arbitrale le controversie relative alle donazioni e legati con titolo di alimenti, allo stato delle persone e agli affari che interessano l'ordine pubblico. Alla stessa logica

---

compromettere gl'interessi civili e le spese di una lite criminale, ed anche i delitti pei quali si procede civilmente>>.

<sup>36</sup> A titolo esemplificativo si richiamano gli affari relativi alla procedura di adozione, agli alienati mentali, ai brevetti di invenzione, alla cessione dei beni, alla espropriazione per pubblica utilità. Si rimanda comunque a DALLOZ, voce *Ministre public*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, I, Paris, 1870, pp. 28, 38 ss.; BONCENNE-BOURBEAU, *Théorie de la procédure*, IV, Paris, 1874, p. 485 ss. e alle osservazioni di ALPA, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 116 ss.

<sup>37</sup> Un'unica eccezione si rinviene nel Regolamento generale del processo civile del Regno Lombardo Veneto del 1815, il quale distingue nettamente, anche da punto di vista strutturale, la disciplina degli "Arbitramenti" (a cui è dedicato il capitolo XXVII) da quella della transazione, inserita, invece nel capitolo XXVI "De' Componenti amichevoli".

<sup>38</sup> Cfr. art. 1748 Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dalla santità di nostro signore Gregorio papa XVI, con moto proprio del 10 novembre 1834, consultabile in Biblioteca digitale dell'Unificazione Giuridica (BUG) in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). In argomento MENESTRINA, *Scritti giuridici vari*, Milano, 1964, *passim*.

rispondono altresì il c.p.c. sardo<sup>39</sup> e quello del Regno delle Due Sicilie<sup>40</sup>.

La struttura dei limiti oggettivi del patto compromissorio abbracciata all'interno dei codici preunitari è riproposta anche all'interno del primo codice di procedura civile del Regno d'Italia, ove l'art. 8 sancisce la generale possibilità di deferire le controversie al giudizio arbitrale, ad eccezione di quelle liti che riguardano questioni di stato, di separazione tra coniugi e, infine, quelle che non possono essere oggetto di transazione<sup>41</sup>.

Scompare invece il riferimento all'ordine pubblico.

L'introduzione del limite relativo alla transazione determina una netta riduzione dell'area della compromettibilità delle liti e si pone, a mio sommo avviso, in contrapposizione con lo spirito del legislatore di quella epoca, il quale vede nell'arbitrato un valido strumento per la risoluzione anticipata delle liti, come per altro è comprovato dall'inserimento del relativo titolo all'inizio del codice medesimo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Sul punto si rimanda a MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, *Comm. del c.p.c. per gli stati sardi*, V, II, Torino, 1856, p. 133, ove con riferimento al codice del 1859 si legge all'art. 1004: «<Chiunque può compromettere in arbitri, purché nei numero dispari, intorno ai diritti dei quali può liberamente disporre. Però non è permesso a nessuno compromettere, ove si tratti di affari che interessano l'ordine pubblico, di donazioni e legati di alimenti, abitazione e vestiario, di separazione tra i coniugi, di questioni di stato, di controversie le quali per disposizione di legge non possono essere transatte o definite se non è sentito il voto del pubblico Ministero>>».

<sup>40</sup> In argomento, CASTELLANO, *Istituzioni di procedura civile per lo Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1840, p. 174.

<sup>41</sup> Per l'esame di tale norma si rimanda a AMAR, *op. cit.*, p. 81 ss.; CODOVILLA, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1915, p. 194 ss, il quale si dilunga in un'ampia analisi di cosa possa essere una questione di stato e rileva che a differenza del c.p.c. francese e di quelli preunitari, come quello sardo, il c.p.c. italiano non contiene un esplicito divieto di devolvere al giudizio arbitrale le controversie relative agli alimenti. Tuttavia, conclude affermando che le controversie *de quibus* non sono compromettibili, poiché si tratta di un diritto inalienabile e in quanto tale non commerciabile.

<sup>42</sup> Si Legge nella relazione del Ministro Guardasigilli Pisanelli al progetto di codice di procedura civile presentato nel 1863: «< Ogni litigio eccita le sollecitudini della società sotto due aspetti; dapprima perché al litigio sia posto fine; in secondo luogo perché cessi con giustizia (...). Ma l'interesse sociale è pienamente soddisfatto quando le parti, con modi civili, o pongono da se stesse fine alla controversia, o da se stesse provvedano a' mezzi che stimano opportuni per darle termine. E siccome anzi con siffatti temperamenti alla soddisfazione dell'interesse sociale si congiunge la piena libertà dell'individuo, e più facilmente alla definizione de' diritti delle parti segue la composizione de' loro animi, così per la legge anziché osteggiare i detti temperamenti, deve favorirli e tenere quasi le sue disposizioni come subordinate al loro difetto. (...) Onde si pensò di premettere alle disposizioni che reggono generalmente l'ordine e la forma dei giudizi un titolo preliminare sulla conciliazione e sul compromesso>>». Si rimanda per la lettura integrale del documento a AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, p. 239 ss. Di diverso avviso è SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 21 ss.

Tale limite, tuttavia, come è noto, costituisce un elemento costante<sup>43</sup> nella disciplina dei limiti oggettivi del patto compromissorio – nonostante le numerose critiche della dottrina<sup>44</sup> – e sopravvive, passando anche alla riforma del 1994<sup>45</sup>, sino alla riforma del 2006, la quale elimina questo riferimento.

Infatti con la riforma del 2006 scompare la tipizzazione delle controversie non compromettibili, tipica come si è vista già dell'epoca romana, e viene introdotto sostanzialmente un unico indice: quello della disponibilità del diritto oggetto del giudizio arbitrale.

Dal breve *excursus* storico emerge insomma che le maglie della compromettibilità delle liti si stringono sempre con più forza nel momento in cui lo Stato riafferma la sua supremazia giurisdizionale<sup>46</sup>.

Solo agli inizi della sua storia l'arbitrato ha avuto la possibilità di esprimere le sue reali potenzialità e di manifestarsi come una realtà a sé stante, senza che si avvertisse l'esigenza di accostarlo ad altre esperienze similari.

L'espressione di tale autonomia si rinviene specialmente nei limiti individuati alla arbitrabilità dei diritti.

Infatti, dalla ricostruzione storica compiuta è possibile dedurre che gli ordinamenti antichi consentivano un ampio utilizzo dello strumento arbitrale per risolvere le eventuali controversie tra i soggetti, individuando nel rispetto dell'ordine pubblico l'unico limite alla arbitrabilità dei diritti.

Pertanto, nel mondo antico è evidente il legame esistente tra compromettibilità dei diritti e il rispetto dell'ordine pubblico.

La situazione muta con la nascita dello stato moderno, ove si assiste alla riaffermazione del monopolio del potere giurisdizionale in capo agli organi statali. Ciò determina l'impossibilità di annoverare affianco alla giustizia dello stato una qualunque forma di autorità privata.

---

<sup>43</sup> Viene infatti riproposto nel codice di procedura civile del 1940, il quale inoltre introduce una differenza tra i limiti oggettivi del compromesso e quelli della clausola compromissoria (cfr. art. 808, comma 2°, c.p.c. <<La clausola compromissoria non può essere inserita nei contratti collettivi di lavoro, negli accordi economici o nelle norme equiparate. È altresì nulla la clausola contenuta in qualunque specie di contratto, con la quale si sottraggono alla competenza dei giudici ordinari le controversie indicate nell'art. 467>>. In argomento: PUNZI, *op. cit.*, p. 218 ss.).

<sup>44</sup> Cfr. par. 3.

<sup>45</sup> ORICCHIO, *Commento alle norme del c.p.c. (artt. 806-840; L. 5 gennaio 1994, n. 25) annotato con giurisprudenza e riferimenti di dottrina*, Napoli, 1994, p. 19 ss.

<sup>46</sup> Interessanti sono le considerazioni di BEVENUTI, *L'arbitrato tra stato e società*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2775 ss.

Da questo momento inizia l'erosione dello strumento arbitrale e si assiste alla sua progressiva assimilazione – mai esistita prima<sup>47</sup> – a istituti di composizione delle liti propri del mondo privato, come la transazione.

Mutano pertanto anche i limiti alla arbitrabilità e scompare il diretto riferimento all'ordine pubblico.

L'assimilazione tra arbitrato e transazione, come è noto, perdura sino alla riforma dell'istituto arbitrale compiuto dal legislatore del 2006, il quale individua nella disponibilità del diritto l'unico vero limite per il ricorso allo strumento arbitrale<sup>48</sup>.

Così facendo, tuttavia, ancora una volta, il legislatore non ha tenuto conto del fine dell'arbitrato, e cioè l'accertamento del diritto controverso.

### **3. I problemi applicativi derivanti dal binomio compromettibilità – transigibilità.**

L'introduzione codicistica del binomio compromettibilità – transigibilità<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Come giustamente fa notare Amar (AMAR, *op. cit.*, p. 95) sono i commentatori del diritto romano, come per altro ho già evidenziato durante la trattazione, a inserire la proibizione del compromesso nelle materie che non possono essere oggetto di transazione. Alcun riferimento a tale equazione si rinviene nelle fonti.

<sup>48</sup> In realtà il problema sopra menzionato non è altro che espressione di quello più generale relativo alla natura giurisdizionale o contrattuale dell'arbitrato. Interessante in questo senso sono anche le osservazioni di Mazzarella (MAZZARELLA, *op. cit.*, p. 10 ss.), il quale rileva <<i>tentativi finora effettuati dalla scienza giuridica di prendere possesso del complesso d'esperienza a cui il termine arbitrato rimanda si sono assai spesso risolti, se ci è lecito dire, in una autentica negazione dell'oggetto. (...) E' rimasto fermo, cioè, ad una impostazione di fondo che ha condotto, in ultima analisi, a risolvere l'esperienza dell'arbitrato in altre esperienze, magari limitrofe, e a negare, quindi, l'autenticità e l'originalità di dato che pur la ricerca, almeno in partenza, postulava>>.

<sup>49</sup> Per mera completezza è giusto ricordare che sino al 2006 il dettato normativo prevedeva, oltre alla inarbitrabilità delle controversie che non possono essere oggetto di transazione quelle previste negli artt. 409 e 442 c.p.c. (con la precisazione che le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise dagli arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro purché ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria e sempre che si tratti di arbitrato di diritto; quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra i coniugi. Per l'esame di tali divieti si rimanda alle osservazioni di SATTA, *Comm. c.p.c.; Procedimenti speciali*, Milano, 1971, p. 162 ss., SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, p. 76 ss.; VECCHIONE, *op. cit.*, p. 211 ss.; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 58 ss.; PUNZI, *op. cit.*, p. 218 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 9 ss.

ha dato origine a innumerevoli problematiche interpretative<sup>50</sup> e a una riduzione ingiustificata del campo della arbitrabilità<sup>51</sup>.

Infatti, il richiamo contenuto nel previgente art. 806 c.p.c. in primo luogo ha spinto parte della dottrina e della giurisprudenza a individuare una identità di funzioni tra arbitrato e transazione<sup>52</sup> e, in secondo luogo, ha indotto a interrogarsi sulla possibile all'applicabilità in ambito arbitrale di alcune norme riguardanti la transazione, come l'art. 1972 c.c.<sup>53</sup>

La menzionata norma distingue infatti fra cause di nullità derivanti dall'illiceità del contratto (1° comma) – che determinano sempre la nullità della transazione – e le cause di semplice illegalità (2° comma), idonee a determinare

---

<sup>50</sup> Il binomio sopra ricordato ha portato la giurisprudenza anche a ritenere inammissibile il deferimento all'arbitrato di questioni attinenti a interessi legittimi, Cons. Stato, 17 giugno 2003, in *Foro amm.*, 2003, p. 1853. A tale proposito, tuttavia, è necessario ricordare che la riforma del processo amministrativo introdotta dalla L. 205/2000, ha sancito, all'art. 6, comma 2°, la possibilità di devolvere al giudizio arbitrale le controversie relative ai diritti soggetti. Sul punto è interessante ricordare il contributo di LUDOVICI, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono integrare ipotesi di situazioni giuridiche disponibili ai sensi dell'art. 1966 Cod. Civ. e quindi astrattamente compromettibili ai sensi degli artt. 806 e ss. Cod. Proc. Civ.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). L'a. commenta la decisione del Presidente T.N.A.S. del 9 settembre 2011, la quale si era pronunciata sul ricorso presentato dalla Juventus Football Club s.p.a. riguardante la richiesta della revoca per vizi di legittimità del provvedimento del Consiglio Federale della F.I.G.C., in forza del quale era stato assegnato il titolo di campioni d'Italia per gli anni 2005-2006 alla F.C. Internazionale Milano s.p.a.

<sup>51</sup> 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 arbitrali nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 760, il quale rileva che <<se è vero infatti che si può avere transazione solo su diritti disponibili, non è vero il contrario, nel senso che vi sono diritti disponibili che non possono costituire oggetto di transazione>>. È interessante osservare che l'ordinamento francese ha da sempre riconosciuto l'esistenza di tale *distinguo*, tanto che l'art. 1989 cod. civ. prevede espressamente che il potere di transigere non comprende quello di compromettere, poiché diverso è il tipo di attività che chi transige compie rispetto l'arbitro (sul punto cfr. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999, pp. 131-132).

<sup>52</sup> *Contra*: CATERINI, *Disponibilità e indisponibilità nell'arbitrato*, in *L'arbitrato. Fondamenti e tecniche*, a cura di Caterini-Chiappetta, Napoli, 1995, p. 109; BERLINGUER, *op. cit.*, Torino, 1999, p. 51 ss. Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 241 ss. In generale sulla differenza tra arbitrato e transazione: LESSONA, voce *Arbitramento*, in *Enc. giur. it.*, I, Milano, 1893, p. 594; AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., p. 41, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, p. 62.

<sup>53</sup> DE NOVA, *Nullità del contratto ed arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 406; CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 276; ID., *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, p. 360 ss.; FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1435 ss.; ID., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 135 ss. Per l'ampia disamina dell'articolo menzionato si rimanda a GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 126 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 128 ss.

l'annullamento del contratto solo su istanza di parte<sup>54</sup>.

In virtù dell'espresso richiamo all'istituto della transazione, la dottrina e la giurisprudenza tradizionale<sup>55</sup> ritenevano applicabile tale norma all'arbitrato e concludevano, pertanto, per l'impossibilità di devolvere alla cognizione degli arbitri le liti concernenti la illiceità del contratto<sup>56</sup>. Più aspro era invece il dibattito relativo alla possibilità di compromettere le controversie derivanti dal titolo annullabile, in forza della disponibilità del diritto di annullamento previsto dallo stesso dettato normativo.

Secondo altra parte della letteratura<sup>57</sup>, invece, l'art. 1972 c.c. non poteva trovare applicazione all'arbitrato in virtù della differenza tra quest'ultimo e la transazione. Infatti mentre con l'arbitrato le parti chiedono agli arbitri di accertare la nullità del contratto e il giudizio di questi ultimi è sempre soggetto al controllo del giudice ordinario attraverso le impugnazioni, con la transazione, invece, i contendenti, attraverso reciproche concessioni, addiventano a un contratto illecito.

I sostenitori di tale tesi rilevavano infatti che la semplice presenza di norme imperative non possa costituire elemento ostativo per l'affermazione della compromettibilità della menzionata controversia, poiché in simile casi oggetto della liti sarebbero sempre e comunque diritti disponibili di cui, per altro, le parti hanno disposto con il contratto nullo<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo continuato da Mengoni, III, 1, Milano, 1988, p. 244 ss.; FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 141 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., rist., in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XV, 1, Torino, 1960, p. 117 ss.

<sup>55</sup> ANDRIOLI, *Comm. al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, p. 756, il quale ammonisce che la parte non solo deve prospettare la questione di illiceità, ma tale questione deve essere accertata dagli arbitri e dal giudice; DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 401; CARLEO, *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 401 ss.

<sup>56</sup> In questo senso DE NOVA, *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, cit., p. 371.

<sup>57</sup> In tale senso VERDE, in *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 95 ss.; FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, cit., p. 1435 ss.; RUFFINI, in *C.p.c. commentato*, a cura di Consolo e Luiso, III, Milano, 2007, p. 466; VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 466 ss.; BERLINGUER, *op. cit.*, p. 69 ss., p. 81 (in senso critico relativamente alla posizione di Berlinguer è ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 20, nota n. 67). In tal senso anche parte della giurisprudenza: App. Milano, 13 settembre 2002, in *Dir. ind.*, 2003, p. 346 ss., con nota di PORTINCASA.

<sup>58</sup> Osserva infatti la dottrina (VERDE, *op. cit.*, p. 95) che sostenere il contrario significherebbe individuare il limite dell'arbitrabilità non nel diritto oggetto della controversia, ma nella *causa pretendi* a base della controversia, poiché la parte tutelerebbe il diritto disponibile coinvolto nel

Anche alcune pronunce giurisprudenziali avverto la bontà di tale assunto e giungono quindi a sostenere che la convenzione arbitrale sia colpita da nullità solo qualora gli arbitri, con la loro pronuncia, dispongano del diritto indisponibile<sup>59</sup>.

Si discosta dalle pronunce sopra ricordate, la celebre pronuncia del Tribunale di Milano<sup>60</sup> del 1997. In quest'ultima si cerca di risolvere il problema dell'arbitrabilità del contratto illecito richiamando il principio dell'autonomia della clausola compromissoria. Infatti i giudici milanesi ritengono che l'illiceità della causa di un contratto a causa della attività di corruzione determina l'automatica nullità della clausola compromissoria ivi contenuta per comunanza di vizio<sup>61</sup>.

Parte della dottrina ha messo in luce la fragilità di tale ricostruzione, evidenziando che l'utilizzo del principio di autonomia finisce per <<rappresentare una sorte di "alibi" plasmabile a piacimento, per arrivare velocemente alla dimostrazione della invalidità della clausola compromissoria<sup>62</sup>>>.

Infatti, condividendo l'assunto *de quo*, si deve rilevare che il principio di autonomia della clausola compromissoria<sup>63</sup>, sancito dall'art. 808 c.p.c., impone

---

contratto ponendo a base della pretesa il contrasto del contratto con le norme imperative o la sua illiceità.

<sup>59</sup> *Ex multis*: Cass., 19 maggio 1989, n. 2406, in *Giust. civ.*, 1989, p. 2605, la quale ha concluso nel senso che gli arbitri possono occuparsi di una controversia avente ad oggetto diritti indisponibili, consistenti nella questione dell'invalidità di un contratto per contrarietà all'ordine pubblico economico (nel caso di specie la controversia concerneva un contratto che prevedeva, fra l'altro, anche la cessione di un marchio), purché gli arbitri medesimi accertino detta nullità. La sentenza instaura inoltre un confronto tra transazione e lodo arbitrale, osservando che la transazione è nulla se verte su diritti indisponibili, mentre il compromesso è nullo solo se gli arbitri, attraverso il lodo, dispongono di tale diritto <<nel senso che per effetto della transazione o della sentenza arbitrale risulti attuato, *contra legem*, il trasferimento del diritto medesimo, oggetto della lite>>. In forza di tale assunto, pertanto, la Suprema Corte affermava <<ogni altro genere di controversia, compresa quella sulla validità del contratto avente ad oggetto un diritto pretesamente indisponibile, che non importino l'effetto al pari del resto di qualsiasi altra causa d'invalidità del contratto stipulato tra le parti, non può ritenersi sottratta alla decisione arbitrale, stante la natura meramente dichiarativa della relativa pronuncia (...)>>. Nella stessa linea anche App. Bologna, 11 ottobre 1990, pubblicata tra l'altro anche in *Riv. arb.*, 1993, p. 77 ss, con nota di ROSI; App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Riv. arb.*, 1992, p. 281, con nota di GROSSI; Trib. Genova, 9 dicembre 1992, pubblicata tra l'altro in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, p. 182 ss.

<sup>60</sup> Trib. Milano, 14 aprile 1997, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1434, con nota di FESTI.

<sup>61</sup> Afferma il Tribunale che ciò si verifica in caso di incapacità, di contrasto con norme imperative e disposizioni di ordine pubblico.

<sup>62</sup> ZUCCONI, *Arbitrato*, cit., p. 21. Non concorda con l'approccio abbracciato dai giudici milanesi neppure CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, cit., p. 276 ss.

<sup>63</sup> Il principio dell'autonomia della clausola compromissoria, ovvero quel principio in base al quale la validità della clausola compromissoria deve essere considerata in modo autonomo rispetto al contratto a cui si riferisce, elaborato dalla dottrina nei primi decenni del secolo scorso, è stato

---

codificato con la novella del 1994 e oggi confermato dal legislatore del 2006. Tale principio trova applicazione anche in molti ordinamenti stranieri (per quanto riguarda l'ordinamento francese, si rimanda alle osservazioni di HAUTOT, *L'arbitrato come strumento al servizio del commercio internazionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 615; MAYER, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 359; per quanto concerne quello inglese PANDOLFI, *L'autonomia della clausola compromissoria nel diritto inglese: recenti sviluppi*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 332 ss.; DAVID, *Arbitration in international trade*, Kluwer, 1985, p. 192) e convenzioni internazionali, come a esempio la Convenzione di Ginevra del 1961 (art. 3). Tale assunto è logica conseguenza della profonda diversità di natura e funzioni fra la clausola compromissoria e il contratto che la contiene. In epoca antecedente alla nascita della teoria sull'autonomia della clausola compromissoria era oramai assodata l'applicazione anche in ambito arbitrale del principio di *Kompetenz-Kompetenz*, con la conseguenza che se le parti dell'arbitrato avessero sollevato l'eccezione di nullità del contratto, gli arbitri avevano il potere di valutare se tale eccezione fosse fondata. Tuttavia, una volta accertata la nullità, restava da chiarire se dovessero dichiararsi incompetenti, rimandando le parti davanti al giudice ordinario. Il superamento di questa aporia si deve a Carnelutti, il quale per primo elaborò la teoria dell'autonomia della clausola compromissoria (CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, nota a Trib. Venezia, 4 agosto 1920, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 327 ss.). L'insigne Maestro parla di «clausola connessa ma autonoma», ed evidenzia che con il termine «clausola» compromissoria il legislatore non intende stabilire un nesso giuridico tra questa e il contratto, ma semplicemente indicare che il contratto rappresenta l'occasione della stipula della convenzione d'arbitrato. La mancanza di un nesso giuridico, inoltre, è confermata dalla differenza funzionale esistente tra i due istituti. Tuttavia, la tesi dell'autonomia della clausola compromissoria ha da sempre incontrato un ostacolo di non facile risoluzione, ovvero quello di armonizzare questo principio con lo stesso termine «clausola» utilizzato nel testo legislativo. Diverse sono le soluzioni prospettate: una parte della dottrina (FRAGALI, *Clausole, frammenti si clausole, rapporti fra clausola e negozio*, nota a Cass., sez. un., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 313) individua due categorie generali di clausole, le c.d. clausole-parte, intimamente legate al contratto a cui accedono e le c.d. clausole-negozio, dotate di completa autonomia. Di quest'ultimo gruppo fa parte la clausola compromissoria. Nonostante tali difficoltà interpretative, la giurisprudenza (*ex multis*: Cass., 29 luglio 1964, n. 2161, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 975, nella quale si legge: «la clausola compromissoria non è un patto accessorio del negozio giuridico al quale si riferisce, ma è un negozio autonomo sebbene ad esso connesso». Cass., 9 luglio 1937, n. 2405, in *Mass. Foro it.*, 1937, c. 529; Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Mass. Foro it.*, 1949, c. 520; Cass., 19 aprile 1950, n. 1044, *ivi*, 1950, p. 221; Cass., sez. un., 27 aprile 1951, n. 1030, in *Mass. Foro it.*, 1951, c. 250; Cass., 28 aprile 1952, n. 1161, *ivi*, 1952, c. 286; Cass., 19 giugno 1952, n. 1808, in *Arch. ric. giur.*, 1953, p. 149; Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giur. civ.*, 1959, p. 1724; Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giust. civ.*, 1969, p. 682; Cass., 12 marzo 1990, n. 2011, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Arbitrato*, n. 32; tra le sentenze di merito: App. Milano, 15 aprile 1947, in *Foro pad.*, 1947, p. 45; App. Brescia, 23 marzo 1949, *ivi*, 1949, p. 47; App. Napoli, 4 marzo 1950, in *Foro it.*, 1950, c. 1302; App. Roma, 1 marzo 1952, in *Temi rom.*, 1952, p. 93; Trib. Genova, 17 marzo 1966, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 581; Trib. Napoli, 9 luglio 1968, in *Riv. dir. mar.*, 1969, p. 111; App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Riv. arb.*, 1992, p. 281; Coll. Arb., 6 marzo 1991, in *Foro it.*, 1992, c. 761; Coll. Arb., 20 giugno 1996, in *Giust. civ.*, 1997, p. 828. In dottrina: CECCOPIERI MARUFFI, *In tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Giur. it.*, 1949, p. 153 ss., il quale afferma che la clausola compromissoria nonostante la sua denominazione, non ha, della clausola, che il nome e l'apparenza: essa costituisce in realtà un autonomo negozio, suscettibile di vivere un ciclo vitale diverso dal contratto a cui accede; GRASSETTI, voce *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 185 ss.; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 105 ss.) ha da subito abbracciato la tesi dell'autonomia della clausola compromissoria e ha conseguentemente permesso la sua affermazione. In virtù di tale assunto, si ritiene che la clausola compromissoria rimanga valida in caso di nullità del contratto, salvo che, nel caso concreto, risulti anche essa nulla per le medesime ragioni (Cass., 24 marzo 1942, n. 796, in *Racc. compl. giur. cass. civ.*, 1942 – 53, p. 212, nn. 145-146; Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.*, 1951, p. 154 ss.; BIAMONTE, voce *Arbitrato. (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 906). In seguito alla riforma del 1994 non è più consentito dubitare in merito alla fondatezza della teoria dell'autonomia della clausola



tutto il contrario di quanto affermato dai giudici milanesi, poiché stabilisce di valutare la validità della clausola compromissoria in modo autonomo senza che i vizi propri del contratto possano invalidare il patto compromissorio. Ciò deriva dal fatto che la clausola compromissoria pur accedendo sia in senso logico che temporale ad un contratto, costituisce un negozio a sé stante, in quanto si differenzia da quest'ultimo per funzione, forma e oggetto<sup>64</sup>.

Pertanto la comunanza del vizio fra contratto e clausola compromissoria, come afferma la dottrina<sup>65</sup>, costituisce una mera causalità.

Il rinvio all'istituto della transazione, e in particolare al divieto di devolvere al giudizio arbitrale le liti relative al contratto illecito, ha inoltre costituito elemento ostativo per affermare l'arbitrabilità delle deliberazioni assembleari nulle<sup>66</sup> affette da illiceità<sup>67</sup>.

Oggi, invece, è necessario valutare tali questioni astraendole da ogni condizionamento precedente, e tenendo conto del limite individuato dal legislatore del 2006, e cioè la disponibilità del diritto<sup>68</sup>.

Su tale aspetto si rimanda al capitolo secondo.

---

compromissoria: infatti, essa, pur accedendo sia in senso logico che temporale a un contratto, costituisce un negozio a sé stante, in quanto si differenzia da quest'ultimo per funzione, forma e oggetto (ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1987, p. 429 ss.). La clausola compromissoria è infatti un contratto che dà origine a una situazione strumentale: le parti, mediante l'utilizzazione di tale istituto, si prefiggono di ottenere, da un soggetto terzo e imparziale, il regolamento della situazione stanziale che hanno dedotto (ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 58, la quale afferma che tramite la convenzione d'arbitrato si possono raggiungere due diversi effetti: uno mediato ed uno immediato. Il primo riguarda la costituzione di una situazione processuale strumentale, il secondo riguarda la pronuncia di un atto di accertamento del diritto sostanziale dedotto).

<sup>64</sup> ZACCHEO, *op. cit.*, p. 249 ss.

<sup>65</sup> ZUCCONI, *Arbitrato*, cit., p. 145, la quale pertanto afferma che in questa prospettiva va collocata la ricorrente affermazione della giurisprudenza, secondo la quale la clausola compromissoria sarebbe invalida ove il contratto sia affetto dal medesimo vizio, in relazione a requisiti che sono comuni ad entrambi i negozi.

<sup>66</sup> Cfr. *infra*.

<sup>67</sup> Trib. Roma, 23 luglio 1984, in *Società*, 1985, p. 429 ss.; Cass., 23 gennaio 2004, n. 1148, in *Società*, 2004, p. 713, con nota di FERRARI; Trib. Arezzo, 2 marzo 2004, in *Riv. arb.*, 2005, p. 311; *contra*: App. Milano, 13 settembre 2002, in *Dir. ind.*, 2003, p. 346 ss., con nota di PORTINCASA. Si rimanda all'ampia disamina di ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 937 ss.; ID., *Arbitrati societario*, in *Arbitrati speciali*, a cura di Carpi, Bologna, 2004, p. 75 ss.; UNGARETTI DELL'IMMAGINE, *Note su indisponibilità dei diritti, inderogabilità della normativa ed impugnazioni delle delibere assembleari*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 235 ss.

<sup>68</sup> Si deve osservare che già prima della introduzione di tale equazione, parte della dottrina sosteneva che i confini dell'arbitrato non potessero coincidere con quelli della transazione. Sul punto si rimanda a VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, p. 52; CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005, p. 42 ss.

## Sezione Seconda

# ARBITRATO E DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI

SOMMARIO: 1. L'introduzione codicistica del concetto di disponibilità dei diritti quale unico limite alla compromettibilità dei diritti: il precursore, l'arbitrato in materia societaria. – 2. La legge n. 40 del 2006: una vera e propria novità? – 2.1. segue: l'esplicito divieto di legge sancito dall'art. 806 c.p.c. – 2.2. segue: la esplicita introduzione della possibilità di compromettere "le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali". – 3. Sintesi e transizione.

### **1. L'introduzione codicistica del concetto di disponibilità dei diritti quale unico limite alla compromettibilità dei diritti: il precursore, l'arbitrato in materia societaria.**

Il binomio arbitrabilità – disponibilità trova il suo ingresso nei testi normativi solo con la introduzione nel 2003 di una disciplina *ad hoc* dell'arbitrato societario<sup>69</sup>.

Infatti con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5<sup>70</sup> il legislatore, nell'ambito di un più ampio intervento relativo alla disciplina dell'arbitrato societario, ha previsto, all'art. 34, la possibilità di devolvere al giudizio arbitrale <<le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili<sup>71</sup> relativi al rapporto sociale>> e ha sancito il divieto di ricorrere allo

---

<sup>69</sup> L'intervento del legislatore del 2003 nasce dalla necessità di porre fine alle difficoltà interpretative concernenti l'utilizzo dell'arbitrato nelle liti societarie. Infatti l'arbitrato societario ha da sempre sollecitato l'attenzione degli interpreti in ragione delle difficoltà interpretative che sollevava in relazione specialmente alla compromettibilità delle controversie, al problema del c.d. arbitrato <<multiparte>> e di imparzialità dell'arbitro.

<sup>70</sup> Per un'ampia disamina della disciplina dell'arbitrato societario si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA-BIAVATI, *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, p. 55 ss.; GENNARI, *L'arbitrato societario*, Padova, 2009, *passim*.

<sup>71</sup> In verità, come è noto, l'art. 12 della legge 3 ottobre 2001 n. 366 nel delegare il governo a emanare entro un anno nuove norme di procedura <<per una più rapida ed efficace risoluzione>> delle controversie societarie, stabilisce al terzo comma che la riforma <<può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile>>, precisando che, <<nel caso che la controversia concerne questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di norme di legge>>. In pratica, il delegante consentiva l'assoggettività ad arbitrato societario anche delle questioni attinenti a diritti

strumento arbitrale nelle <<controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero>><sup>72</sup>.

L'intenzione del legislatore, chiaramente esplicitata nella relazione al disegno di legge n. 7123 presentato dal Governo alla Camera dei deputati, era quello di eliminare, come ha ricordato la dottrina<sup>73</sup>, i dubbi circa la possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale, a fronte di una giurisprudenza incline a utilizzare criteri di difficile ed incerta applicazione per individuare i limiti della compromettibilità delle controversie societarie.

Pertanto il passaggio dalla transigibilità alla disponibilità del diritto, per valutare la compromettibilità della controversia, doveva, a mio sommo avviso, essere interpretato come espressione della volontà del legislatore di ampliare il novero delle materie arbitrabili<sup>74</sup>.

Prima dell'introduzione di questo binomio la giurisprudenza escludeva il ricorso allo strumento arbitrale ogniqualvolta vi fossero controversie che coinvolgessero direttamente gli interessi della società<sup>75</sup>, spesso desunti dal

---

indisponibili, che non possono formare oggetto di transazione (sul punto: RUFFINI, *op. cit.*, p. 145 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 444; CRISCUOLO, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma della società*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 45 ss.). Il legislatore delegato, come è noto, ha preferito non utilizzare per intero gli spazi ad esso consentiti dalla delega, e ha individuato nella disponibilità dei diritti il limite alla arbitrabilità, prevedendo, tuttavia, la possibilità per gli arbitri di conoscere per via incidentale di questioni, anche non compromettibili, della cui soluzione dipende la decisione della controversia.

<sup>72</sup> Tale divieto, come è stato già evidenziato, si rinviene nei codici preunitari e nel *code de procédure civile*. In virtù di siffatta ragione, attenta dottrina, giustamente, ha evidenziato che la reintroduzione di tale principio sembra quasi ripristinare <<una rinnovata incompromettibilità non collegata, *quoad effectum*, alla intransigibilità, bensì, *quoad officum*, alla struttura del giudizio arbitrale (ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrati societario*, cit., p. 70). Sul punto si rimanda anche ad AULETTA, *La riforma della società. Il processo*, a cura di Sassoni, Torino, 2003, p. 336.

<sup>73</sup> RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 140.

<sup>74</sup> Conforme, *ex multis*, ZOPPINI, *i <<diritti disponibili relativi al rapporto sociale>> nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1174

<sup>75</sup> Non arbitrabili erano considerate tendenzialmente le delibere assembleari, in relazione alle quali, nella disciplina *ante* 2006, si distingueva tra deliberazioni nulle e annullabili. Le prime contrarie a norme imperative poste nell'interesse generale, le seconde meno gravemente lesive dei terzi, pur sempre inderogabili ma poste nell'interesse particolare dei soci (RORDORF, *Deferibilità in arbitri di controversie relative a delibere assembleari*, in *Società*, 1985, p. 494). Tali assunti hanno condotto parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere non compromettibili le deliberazioni affette dal vizio della nullità, per motivi, non strettamente fondati sulla natura degli interessi. L'*iter* argomentativo era il seguente nel regime previgente alla riforma: l'art. 2379 c.c. riconosceva la nullità delle deliberazioni aventi un oggetto illecito o impossibile; a tali casi veniva aggiunto quello relativo alla violazione di norme imperative, in forza della previsione contenuta dall'art. 2379 c.c. sull'applicabilità, in quanto compatibile, della disciplina della nullità negoziale. Poiché, inoltre, la previgente versione contenuta dall'art. 806 c.p.c. affermava come compromettibile tutto ciò che potesse essere oggetto di transazione, tale richiamo implicava l'intera estensione della

carattere inderogabile della normativa<sup>76</sup>, oppure che comportassero la violazione dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi<sup>77</sup>.

---

disciplina relativa alla transazione e quindi anche dell'art. 1972 c.c., secondo cui non tutti i diritti lesi da negozi nulli sono intransigibili, ma solo quelli che subiscono la lesione a causa di negozi illeciti. Si concludeva, pertanto, per la non compromettibilità delle deliberazioni nulle, anche sulla scorta della radicale indisponibilità della nullità. Questo criterio oggi non può trovare più applicazione, sia in forza della nuova disciplina sostanziale delle deliberazioni assembleari introdotta dalla novella del 2003, sia in virtù della nuova formulazione dell'art. 34, che individua nella disponibilità del diritto l'unico indice della compromettibilità della lite. Oggi, infatti, gli artt. 2379 ss. c.c. hanno fortemente attenuato la drastica distinzione tra nullità e annullabilità, prevedendo sia la sostituibilità di qualsiasi deliberazione indipendentemente dalla gravità dei vizi denunciati, sia la nullità, salvo quella relativa alle delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, che deve essere fatta valere nel termine di tre anni dalla iscrizione o deposito della deliberazione nel registro delle imprese, se la deliberazione vi sia soggetta, o della trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, nel caso in cui la delibera non sia soggetta né a iscrizione né a deposito (sul punto ampiamente: ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2005, p. 453 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato e delibere assembleari*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 741)

<sup>76</sup> Cfr. in particolare Cass., 18 febbraio 1988, in *Società*, 1989, p. 476 ss.; Trib. Padova, 18 gennaio 1986, in *Società*, 1987, p. 1092 ss.; Trib. Como, 26 maggio 1989, in *Società*, 1990, p. 951 ss.; *Contra*: Trib. Milano 10 gennaio 2000, in *Giur.it.*, 2000, p. 1239 ss. L'utilizzo di tale criterio era soprattutto usato con riferimento alle impugnative di delibere di bilancio, sul punto si rimanda a COSTI, *Arbitrato societario e impugnativa delle delibere di bilancio*, *Disponibilità della tutela giurisdizionale cinquant'anni dopo*, Bologna 2011, p. 129 ss.). Sulla differenza tra inderogabilità e disponibilità si rimanda al capitolo secondo.

<sup>77</sup> Cass. 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1936, I, p. 29; Cass., 24 maggio 1965 n. 999, in *Mass. Giur. It.*, 1965, p. 364, secondo cui «perché possa essere deciso se le controversie che sorgono tra società e soci possono formare oggetto di giudizio arbitrale, occorre esaminare, in relazione ai singoli casi concreti e con riferimento sia all'oggetto della lite che alle ragioni dell'impugnazione della delibera assembleare, se le questioni che vengono sollevate concernano interessi individuali dei soci oppure interessi della società, tutelati dalla legge come tali e, mentre per le prime deve riconoscersi la deferibilità della controversia al giudizio degli arbitri, per le seconde tale compromettibilità ad arbitri deve essere negata. Su tale base deve ritenersi non deferibile al giudizio arbitrale l'impugnazione di deliberazione assembleare di società che abbia deciso la riduzione del capitale sociale, fondata sull'affermazione dell'irregolare costituzione sia dell'assemblea che del consiglio di amministrazione che del collegio sindacale (...) trattandosi di denuncia di violazione di norme attinenti a regolare svolgimento dell'attività sociale, nell'interesse collettivo di tutti i soci e di terzi»; si veda anche Cass., 30 marzo 1998, n. 3322, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, voce «*Compromesso e arbitrato*»; Cass. 23 ottobre 1998, n. 10530, in *Foro it.*, 1998, c. 3125-3126; Cass., 21 dicembre 2000, n. 16056, in *Società*, p. 618 ss., la quale ha stabilito l'incompromettibilità delle controversie sull'interpretazione dell'art. 2373 c.c. in un caso in cui si discuteva se l'amministratore potesse escludere dalla delibera assembleare un socio in conflitto di interessi con la società, ovvero se tale socio avesse il diritto di parteciparvi con l'obbligo di determinarsi al voto avendo presente unicamente l'interesse della società. La stessa contaminazione fra interesse dei soci ed interesse di soggetti terzi rispetto alla società, si avverte in Cass., 6 luglio 2000, n. 9022, in *Foro pad.*, 2000, p. 313, ove si pongono sullo stesso piano tutti questi tipi diversi di interesse, per escludere la possibilità di concludere una valida devoluzione agli arbitri della lite; e la lite riguardava la pretesa del socio accomandante nei confronti del socio accomandatario di ottenere la corresponsione della quota degli utili. Sul punto si confronti anche Cass., 19 settembre 2000, n. 2412, in *Giust. civ.*, 2001, p. 405, con nota di VIDIRI. Per quanto concerne le pronunce del giudice di merito, si ricorda a titolo esemplificativo: Trib. Lecce 3 luglio 1987, in *Società*, 1988, pp. 36 ss.; Trib. Napoli 30 marzo 1988, in *Dir. fall.*, 1989, p. 490 ss.; Pret. Castellammare di Stabia, 22 febbraio 1988, in *Giur. civ.*, 1988, p. 1618 ss.; Trib. Ascoli Piceno, 21 ottobre 1992, in *Le Società*, 1993, p. 356 ss.; Trib. Pescara, 17 novembre 1992, in *Le Società*,

Tale posizione è stata fortemente criticata dalla più attenta dottrina, la quale non ha mancato di rilevare che «non esiste, nel contesto di una società, un interesse del socio, per quanto sia, che non abbia ripercussioni sull'interesse generale, e viceversa (...)»<sup>78</sup>.

L'introduzione codicistica del binomio arbitrabilità – disponibilità non fu considerato dalla dottrina maggioritaria come una vera e propria novità: infatti tale equazione, come rilevava la maggiore parte degli autori, non è stata in grado di fare chiarezza in concreto sulle controverse societarie devolvibili alla cognizione arbitrale<sup>79</sup>.

---

1993, p. 528 ss.; Trib. Napoli 6 marzo 1993, in *Le Società*, 1993, p. 982 ss.; Trib. Bari, 21 giugno 2007, in *Società*, 2008, p. 235. Per una più completa disamina della giurisprudenza si rimanda a: CAVALLINI, *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1136 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 294 ss.; BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, 2001, p. 84 ss.; ROVELLI, *L'arbitrato delle società*, in AA.VV. *L'arbitrato profili sostanziali*, cit., p. 920 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 257 ss.; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 709, nota 9, il quale, peraltro, ritiene che il problema della arbitrabilità delle liti societarie non debba essere risolto attraverso l'indagine sulla natura disponibile o meno del diritto, ma mediante la verifica se l'effetto obiettivo prodotto dal lodo sia sindacabile in termini di incompatibilità con l'ordinamento.

<sup>78</sup> RUFFINI, *op. cit.*, pp. 140-141, che riprende un'osservazione di VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 64, il quale rileva che l'utilizzo di tale criterio espone la giurisprudenza ha tre generi di obiezioni. In primo luogo, il fatto che la controversia incida, oltre su interessi individuali, anche su interessi generali, non può comportare di per sé la incompromettibilità, ma può invece incidere sui limiti soggettivi della clausola compromissoria, la quale per essere pienamente vincolante è necessario che sia stipulata tra la società e tutti i soci. In secondo luogo, nel momento in cui la controversia incide sugli interessi dei creditori della società e dei terzi in genere, quest'ultimi potranno tutelare le loro ragioni attraverso l'esperimento dell'opposizione di terzo. Infine, il criterio del coinvolgimento nella controversia di un interesse generale si rivela più restrittivo del criterio della transigibilità. Sul punto degno di nota sono anche le osservazioni di Fusillo, in FUSILLO, *Disponibilità dei diritti ed ammissibilità delle clausole compromissorie nelle controversie in materia societaria. Rescindente e rescissorio nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 317 ss, «(...) Quanto all'estensione soggettiva della clausola arbitrale deve innanzitutto osservarsi che la rilevanza delle liti societarie rispetto agli interessi dei terzi genericamente intesi non è caratteristica del solo diritto societario. Tutti gli atti negoziali sono potenzialmente o direttamente forieri di effetti per i terzi, senza che ciò abbia alcuna rilevanza allorché si tratti di decidere della disponibilità o meno dei diritti. Basti pensare a tutti gli atti di dismissione del proprio patrimonio da parte del debitore, che hanno certa ed incisiva rilevanza sugli interessi dei creditori, senza che ciò consenta di definire indisponibile il diritto soggettivo di proprietà(...). (...) le parti della convenzione arbitrale dispongono esclusivamente dei propri diritti soggettivi, onde l'eventuale incisione nella sfera dei terzi non potrà che avvenire di riflesso, attraverso il legittimo operare del vincolo della pregiudizialità, ovvero illegittimamente, ed allora i terzi potranno reagire con l'opposizione di terzo semplice o revocatoria a seconda dei casi. Ciò posto, sembra ardua l'affermazione(...), secondo cui l'arbitrato in materia societaria è in parte inammissibile in quanto inidoneo ad incidere sui diritti dei terzi genericamente intesi. Ciò appare impossibile qualunque sia la ricostruzione dogmatica della natura dell'arbitrato...».

<sup>79</sup> CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 415; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 707; GHIRGA, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 5; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 474; ZUCCONI GALLI

Altra parte della dottrina, invece, riconoscendo la forza innovativa di tale nuovo binomio, riteneva che potessero essere devolute al giudizio arbitrale anche le controversie non transigibili, a eccezione di quelle che non siano soggette all'intervento del p.m.<sup>80</sup>

Infine, secondo una posizione meno radicale, la novella avrebbe sancito la compromettibilità di tutte le controversie – quindi anche quelle non disponibili – riguardanti gli organi sociali o inerenti alle delibere assembleari, mentre tutte le altre sarebbero soggette all'ordine criterio della disponibilità<sup>81</sup>.

L'introduzione del concetto di disponibilità, tuttavia, non è riuscito a risolvere definitivamente il problema relativo ai confini dell'arbitrabilità in ambito societario, come si palesa dalle pronunce giurisprudenziali che si sono succedute dopo l'entrata in vigore della novella<sup>82</sup>.

Il quadro di riferimento non ha neppure riscontrato alcuna mutazione in séguito alla generale introduzione del criterio della disponibilità all'interno della disciplina dell'arbitrato di diritto comune.

Questo *trend* ha spinto una parte della dottrina ad attribuire al concetto di disponibilità richiamato dall'art. 34 d.lgs. cit. una particolare valenza, affermando che, in ambito societario la <<disponibilità>> che rileva deve essere misurata nel piano dell'agire corporativo e non individuale<sup>83</sup>.

---

FONSECA, *Arbitrato societario*, cit., p. 69; RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1532; ARIETA – DE SANTIS, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 615; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1294.

<sup>80</sup> FAZZALARI, *op. cit.*, p. 444; in senso favorevole ad ampliare il novero delle controversie arbitrabili sono anche VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 371 ss.; CONSOLO, *Sul <<campo>> dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 243.

<sup>81</sup> E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 521. Nel medesimo senso anche: Trib. Napoli, 8 marzo 2010, in *Società*, 2010, p. 1510, con nota di IZZO. *Contra*: Trib., Torino 27 settembre 2004, in *Dor. e prat. soc.*, 2005, p. 80 ss., con nota di SOLDATI, in *Società*, 2005, p. 899, con nota di MORELLI, in *Giur. merito*, 2008, p. 2254, con nota di DE SANTIS. Nella menzionata pronuncia il tribunale dolomitico enuclea a chiare lettere la volontà del legislatore delegato del processo societario di rendere arbitrabili tutte le controversie endosocietarie, con il solo limite della indisponibilità dei diritti in contesa.

<sup>82</sup> Trib. Bari, 3 giugno 2008, in *Pluris*; Trib. Ravenna (decr), 3 febbraio 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 1875, con nota di CERRATO; Trib. Milano, 30 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 1446; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, p. 637, con nota di SOLDATI.

<sup>83</sup> ZOPPINI, *op. cit.*, p. 1181.

## 2. La legge n. 40 del 2006: una vera e propria novità?

Con il d.lgs. n. 40 del 2006 si è dato via alla terza riforma della disciplina dell'arbitrato in trent'anni. Tale novella è intervenuta in modo rilevante a ridisegnare la disciplina di questo istituto.

Per quanto riguarda l'aspetto in questa sede analizzato, come è noto, la riforma ha modificato sostanzialmente l'ambito oggettivo della convenzione d'arbitrato<sup>84</sup>, tanto che una parte della dottrina<sup>85</sup> ha osservato che la stessa <<non consiste soltanto in un evidente progresso teorico (...) ma ha anche un indubbio risvolto pratico>><sup>86</sup>.

In primo luogo, il legislatore ha sentito l'esigenza di introdurre un articolo *ad hoc* per disciplinare le controversie arbitrali, facendo venire meno, pertanto, le *querelle* legate al previgente testo normativo, il quale individuava le materie arbitrali nell'articolo relativo al compromesso.

In secondo luogo è stato espunto qualsiasi riferimento allo specifico divieto di arbitrato in relazione allo stato delle persone e alla separazione personale ed è stata introdotta una nuova impostazione dell'arbitrabilità delle controversie di lavoro<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> E' interessante altresì osservare che lo stesso capo I del titolo VIII del c.p.c., che introduce la normativa sull'arbitrato, si apre con la nuova dizione <<Della convenzione d'arbitrato>>. Sul punto si rimanda alle osservazioni di ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 8 ss.; G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 759.

<sup>85</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 5; nello stesso senso G.F. RICCI, *op. ult.cit.*, p. 760; PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 966 ss.; *Contra*: MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 3; RUFFINI, *Il patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 713.

<sup>86</sup> BARLETTA, *La <<disponibilità >> dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 983, il quale rileva che la vera novità consiste nel fatto che il riferimento alla disponibilità in materia d'arbitrato si trova contemplato in un diverso contesto normativo rispetto a quello precedente, e cioè nel codice di rito.

<sup>87</sup> Per un'ampia disamina, visto che in questa sede preliminare non è consentito dilungarsi oltre modo, si rinvia alle osservazioni di ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Assago, 2010, p. 24. In questa sede si ritiene doveroso rilevare unicamente che in forza della nuova previsione non sussiste alcun dubbio in merito alla compromettibilità in tale materia, anche se la norma menzionata introduce comunque due specifici limiti: 1) l'arbitrato deve essere espressamente previsto dalla legge; 2) l'arbitrato deve essere espressamente previsto dai contratti o accordi collettivi. Scompare invece qualsiasi riferimento alle controversie di assistenza e di previdenza. Dal testo normativo così riformato emerge in primo luogo che in materia lavoristica viene espunto il divieto di stipulare compromessi, e pertanto ogni tipologia di convenzione arbitrale sarà pienamente ammissibile e in secondo luogo che l'espresso

Infine, il legislatore delegato, recependo le linee guida fissate dalla legge delega<sup>88</sup>, ha eliminato qualsiasi riferimento alla transazione<sup>89</sup>, individuando nella indisponibilità del diritto e nella presenza di un espresso divieto imposto dalla legge gli unici indici della non compromettibilità della lite<sup>90</sup>.

La cancellazione di ogni riferimento alla transazione ha determinato il riconoscimento esplicitamente della eterogeneità di funzioni tra arbitrato e transazione<sup>91</sup> e ha eliminato i dubbi interpretativi sorti dalla necessità di coordinare la disciplina del patto compromissorio con i casi in cui non sia possibile transigere<sup>92</sup>.

Inoltre, parte della letteratura<sup>93</sup>, seppure non condividendo la scelta del legislatore di legare il concetto di arbitrabilità con quello di disponibilità, rileva comunque che la novella del 2006 ha il merito di avere determinato il

---

richiamo all'art. 409 c.p.c. consente di ritenere applicabile l'arbitrato a tutte le cause di lavoro subordinato e c.d. parasubordinato. Si deve comunque rilevare che la nuova disciplina ha il limite di non offrire alcun criterio per metter ordine alla molteplicità delle fonti dell'arbitrato di lavoro. Infine, si deve ricordare che il lodo arbitrale di lavoro è sempre impugnabile (art. 829 c.p.c.) per violazione di norme di legge, anche non di ordine pubblico, nonostante eventuali previsioni contrarie delle parti. E' altresì sindacabile per contrarietà ai contratti collettivi. Cfr. anche SANTONI, *Arbitrato e controversie collettive di lavoro*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., . 809 ss.

<sup>88</sup> L'art. 1, comma 3°, lett. b) della legge n. 80 del 2005 prevedeva l'obbligo per il legislatore delegato di individuare nella disponibilità dell'oggetto l'unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge.

<sup>89</sup> In questo modo viene introdotta una uniformità tra la disciplina dettata dall'arbitrato societario e quella del diritto comune. Per quanto riguarda le ricadute che tale disciplina determina in relazione all'arbitrato societario, si rinvia a ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario*, cit., p. 72, la quale individua tre corollari. In primo luogo, è confermato che gli arbitri sono investiti solo di controversie che riguardano diritti, rimanendo a loro inibito di svolgere attività di amministrazione di interessi; in secondo luogo non è possibile invocare generici interessi collettivi o superindividuali per escludere l'arbitrabilità; e infine, la disponibilità costituisce limite all'arbitrabilità dei diritti tanto nel sistema comune quanto in quello societario.

<sup>90</sup> Per mera completezza, è opportuno ricordare che l'art. 806 c.p.c. prevede espressamente che: <<Le parti possono fare decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro>>. Operando in siffatto modo il legislatore ha riaffermato l'appartenenza dell'istituto arbitrale all'area della autonomia privata, in contrasto con alcune tendenze interpretative che dilatavano l'ambito oggettivo della convenzione arbitrale (cfr. PUNZI, *Il processo civile*, III, Torino, 2008, p. 166 ss.; p. 172).

<sup>91</sup> CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 241 ss.; G.F. RICCI, *Dalla <<transigibilità>> alla <<disponibilità>> del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 265 ss.

<sup>92</sup> Si rimanda alla disamina del § 3, capitolo I, prima parte. Sul punto cfr. G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 766 ss., il quale rileva che la rottura del binomio arbitrabilità – transigibilità consente ora a pieno titolo di considerare compromettibili le controversie sulla rescissione del contratto, quelle sul diritto agli alimenti e le liti sull'assegno di separazione di divorzio disposte a favore dell'altro coniuge.

<sup>93</sup> Sul punto E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 955-956.



<<superamento di tutte le tesi, che anche in materia disponibile, pretendono di limitare l'ambito dell'arbitrato in base a considerazioni e interpretazioni di carattere "sistematico": prima tra le quali, quella, assai diffusa, che ricava un divieto di arbitrato tra quelle norme, che in certe materie attribuiscono a certi giudici una competenza esclusiva<sup>94</sup>>>.

Tuttavia la dottrina non è concorde sul significato da annettere alla nuova formulazione della disciplina in tema di compromettibilità<sup>95</sup>.

L'introduzione del concetto di <<disponibilità>> anche con riferimento alla disciplina comune riapre infatti i dubbi che erano sorti con l'entrata in vigore della novella sull'arbitrato societario<sup>96</sup>, poiché, come è noto, la disponibilità costituisce un criterio di difficile applicazione pratica. Sul punto mi permetto di rinviare alle osservazioni contenute nel secondo capitolo.

In questa sede, ritengo opportuno ricordare due ulteriori norme introdotte dalla novella del 2006, le quali costituiscono indici importanti per disegnare i limiti oggettivi del patto compromissorio: mi riferisco alla disciplina degli artt. 808 *quater* e 819 c.p.c.

Con la prima, il legislatore ha posto fine ai dubbi relativi all'interpretazione della convenzione arbitrale, poiché ha sancito che <<nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce>><sup>97</sup>; con la seconda, invece, è stata attribuita agli

---

<sup>94</sup> Cfr. capitolo 2.

<sup>95</sup> PUNZI, *op. cit.*, p. 967 ss.

<sup>96</sup> Cfr. § 1, parte seconda. In aggiunta si rimanda alle osservazioni di E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 955 ss.

<sup>97</sup> Per un'analisi della suddetta disposizione si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 190 ss.; sul punto si rimandano alle osservazioni di ODORISIO, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 255, il quale rileva che nella legge delega non vi era alcuna previsione che consentisse al Governo di inserire una simile disposizione; RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 723, il quale definisce tale previsione come "elittica". Per la interpretazione nel testo previgente si rimanda a, per es., Cass., 27 luglio 1957, in *Foro it.*, 1957, c. 1618, secondo cui la indicazione delle sole liti riguardanti l'interpretazione del contratto escluderebbero la competenza arbitrali in relazione ad azioni diverse da quelle di mero accertamento. Questo problema, inoltre, era molto vivo in campo societario: sul punto si rimanda a Cass. 19 febbraio 1980, n. 1213, in *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 50 ss. con nota di SILINGARDI; Trib. Milano 30 aprile 1987, in *Società*, 1988, p. 940 ss.; Trib. Milano, 11 maggio 1989, in *Società*, 1989, p. 1057 ss. Si deve comunque rilevare che prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, la giurisprudenza maggioritaria aveva adottato comunque un criterio estensivo, in coerenza con l'art. 1365 c.c. (sul punto si rimanda a titolo esemplificativo a Cass., 22 dicembre 2005, n. 28485, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Arbitrato*, n. 107; Cass., 2 febbraio 2001, n. 1496, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Arbitrato*, n. 129; Cass., 22 febbraio 1993, n. 2177, in *Giur. it.*, 1994, c. 472; Cass., 2

arbitri la possibilità di risolvere, senza autorità di giudicato, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato<sup>98</sup> e di decidere, qualora vi sia una espressa domanda di parte, le questioni pregiudiziali che possono essere oggetto di patto compromissorio<sup>99</sup>.

E' quindi evidente che, indipendentemente dal giudizio di valore che si voglia attribuire, l'opera del legislatore del 2006 è stata sostanzialmente finalizzata a porre fine ai dubbi interpretativi che la previgente normativa aveva creato. Dubbi, che tuttavia, nonostante lo sforzo esperito, non sono venuti meno *in toto*.

Infatti, a mio sommo avviso, nonostante l'ottima scelta di eliminare ogni riferimento alla transazione, il mero concetto della disponibilità non è sufficiente a dipanare tutte le incertezze relative all'ambito oggettivo della clausola compromissoria.

## **2.1. segue: l'espresso divieto di legge sancito dall'art. 806 c.p.c.**

Rimandando, come già precisato precedentemente, al capitolo secondo le osservazioni relative al criterio della disponibilità abbracciato dal legislatore del 2006 e alla individuazione della sua corretta portata, in questa sede appare opportuno soffermarsi su un ulteriore aspetto contenuto nell'art. 806 c.p.c., e cioè l'impossibilità di ricorrere allo strumento arbitrale per espresso divieto di legge.

La dottrina ha evidenziato che il menzionato divieto possa assumere due diversi significati.

---

marzo 1971, n. 516, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Arbitrato*, n. 21; *contra*: Cass., 4 giugno 2003, n. 8910, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Arbitrato*, n. 100; Cass., 27 febbraio 1991, n. 2132, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Arbitrato*, n. 122.

<sup>98</sup> Tale possibilità era per altro già stata riconosciuta in ambito societario in virtù dell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003.

<sup>99</sup> ODORISIO, *op. cit.*, p. 264 ss.; PUNZI, *op. cit.*, p. 981. Per un'ampia disamina si rimanda a TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs.17 gennaio 2003 n. 5)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, cit.

Da una parte vi sono coloro<sup>100</sup> che ritengono che la disposizione introduca la possibilità per il legislatore di prevedere divieti all'arbitrato nonostante la presenza di un diritto disponibile; secondo altri<sup>101</sup>, invece, il divieto *de quo* non fa altro che riaffermare il criterio della disponibilità del diritto. Pertanto, i sostenitori di questo ultimo orientamento affermano che l'arbitrato possa essere impedito solo se è vi è una espresso divieto di legge in tal senso.

A mio sommo parere, quest'ultima interpretazione non può essere condivisa poiché priverebbe il dettato normativo di una sua rilevanza. Abbracciare infatti la tesi *de qua* vorrebbe dire che il legislatore abbia voluto riaffermare – e non si comprende effettivamente il motivo – un principio che già aveva espresso, individuando quale limite la disponibilità del diritto<sup>102</sup>.

Per di più, l'interpretazione da me rigettata non consente, qualora si ritenesse valido questo criterio, neppure di coordinare il divieto menzionato dall'art. 806 c.p.c. con il generale principio sancito dall'art. 1966 c.c., in virtù del quale l'indisponibilità può derivare o da un divieto di legge o dalla natura stessa del diritto.

Inoltre, l'opzione ermeneutica accolta, è in armonia con molte disposizioni normative proprie del nostro sistema giuridico, prima fra tutte, per esempio, il

---

<sup>100</sup> Sul punto si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 44 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 11 ss; COSTANTINO, in *Codice degli arbitrati e delle conciliazioni ai altre adr*, a cura di Buonfrate, Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, p. 7; CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), ID., *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1785 ss., il quale evidenzia che l'introduzione di siffatto divieto non è apprezzabile, poiché contrasta sia con il diritto a ricorrere all'arbitrato costituzionalmente garantito sia con tale previsione vi è il rischi latente di introdurre senza alcun limite il divieto in arbitrato su materie di per sé disponibili, in contrasto quindi con quanto affermato in più occasioni la Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, afferma che le limitazioni al ricorso all'arbitrato devono basarsi su motivazioni di ragionevolezza (sul punto si rimanda alla bibliografia citata da ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 12, nota 39). E' giusto comunque rilevare che questo ultimo assunto è utilizzato anche da sostenitori della tesi contraria (cfr. nota 92) per affermare che il divieto indicato dalla norma non fa è altro che una mera superfetazione. Pertanto, a mio sommo avviso, tale criterio non può reputarsi decisivo per superare l'*empasse* interpretativo.

<sup>101</sup> BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. 2; MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. 2; mi pare anche se rimane dubitativo sul punto LUISO, in *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2011, p. 79 ss., in particolare p. 84

<sup>102</sup> A mio sommo avviso, non acquista rilievo quanto sostenuto dalla letteratura incline alla interpretazione contraria in relazione al fatto che tale divieto consentirebbe di non potere ammettere ragioni ulteriori rispetto a quella relativa all'indisponibilità del diritto in contestazione, che possano impedire l'arbitrato, siano esse legate a criteri di competenza o di giurisdizione (BOVE, *op. cit.*; MOTTO, *op. cit.*).

divieto di arbitrato per le liti endosocietarie nelle società c.d. aperte, di cui all'art. 34, comma 1°, d.lgs. n. 5 del 2003. In tale caso la controversia sarebbe pienamente disponibile, ma il legislatore per ragioni di opportunità e soprattutto di tutela del azionista-investitore ha reputato utile inserire un simile divieto<sup>103</sup>.

Aderendo a tale interpretazione, giocoforza, si deve ritenere che l'introduzione di tale divieto determini un indebolimento dello strumento arbitrale.

## **2.2 segue: la esplicita introduzione della possibilità di compromettere “le controversie future relative a uno o più rapporti contrattuali”.**

Per concludere questa breve disamina della attuale disciplina positiva in tema di limiti oggettivi della clausola compromissoria, appare infine utile spendere alcune riflessioni in merito alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale prevista dall'art. 808-*bis* c.p.c.<sup>104</sup>.

Essa costituisce la terza *species* di convenzione d'arbitrato<sup>105</sup>, accanto al compromesso e alla clausola compromissoria, introdotta dalla novella del 2006 e consente di porre fine all'accesso dibattito relativo applicabilità dello strumento arbitrale alle controversie relative a rapporti giuridici di natura non contrattuale<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> A tale proposito si deve rilevare che la dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 45 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 13 ss.) distinguendo tra divieti che colpiscono entrambe le *species* di convenzioni d'arbitrato o solo una di queste. All'interno di tale *distinguo* pertanto il caso sopra menzionato rientrebbe nel divieto che concerne solo la clausola compromissoria, diversamente dal divieto di arbitrabilità nelle liti endosocietarie in cui è previsto l'intervento obbligatorio del p.m.

<sup>104</sup> In questo modo il legislatore italiano accoglie quanto già previsto nell'art. 2, comma 1° della Convenzione di New York del 1958, nell'art. 7, comma 1°, della legge modello UNCITRAL e in molte legislazioni straniere, come a esempio la Germania, l'Austria, la Svizzera, la Spagna, l'Inghilterra.

<sup>105</sup> Osserva la dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 148) che la scelta terminologica non è causale, poiché a differenza del compromesso, la convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale viene stipulata a lite non ancora sorta, mentre rispetto alla clausola compromissoria, non si riferisce a diritti nascenti dal contratto, bensì a rapporti giuridici extracontrattuali. Sul punto si rimanda a G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, cit., p. 769. Tuttavia, come osserva Ruffini, *sub Iulio*, un certo margine di sovrapposizione può comunque contemplarsi con riferimento alla clausola compromissoria (RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 423).

<sup>106</sup> L'introduzione di tale disposizione normativo non costituisce altro che il recepimento dei risultati che si erano già raggiunti in via interpretativa (cfr. MORTARA, *Comm. Del cod. e delle l. di*

Procediamo con ordine.

L'art. 808-*bis* c.p.c. prevede espressamente che le parti possano stabilire, con apposita convenzione, che abbia la forma richiesta per il compromesso<sup>107</sup>, la devoluzione ad arbitri di controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati.

Requisiti per potere stipulare la convenzione *de qua* sono pertanto la presenza di rapporti non contrattuali e la determinazione degli stessi.

Le mie analisi si concentrerà solo con riferimento al primo requisito in virtù del tema del mio approfondimento.

Per quanto concerne il secondo presupposto, in questa sede vorrei precisare solamente che la determinazione della lite è qualcosa di diverso dalla determinazione del suo oggetto e che, a mio sommo avviso, parlare di determinabilità equivale dire determinazione<sup>108</sup>. Pertanto, in forza di tale ultimo assunto, la convenzione per reputarsi valida potrà limitarsi unicamente a specificare i criteri da utilizzare per la individuazione dei rapporti giuridici compromettibili.

La dottrina<sup>109</sup> è concorde nell'affermare che nonostante la mancanza di un richiamo diretto all'art. 806 c.p.c., il rapporto giuridico devoluto ad arbitri debba riguardare diritti disponibili.

Partendo da tale presupposto, gli autori hanno immaginato che tale disciplina possa trovare applicazione alle voci di derivazione extracontrattuale che pure si riferiscano a un contratto che contempla al suo interno una clausola

---

*proc. civ.*, Milano, s.d., III, p. 90 ss.; ROCCO, *Tratt. Di dir. proc. civ.*, 2, 1, Torino, 1966, p. 147; REDENTI, voce *Compromesso (dir. proc. civ.)* in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959. Per la disciplina *ante* riforma si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 13.

<sup>107</sup> MOTTO, *La convenzione di arbitrato per controversie future relative a rapporti non contrattuali (art. 808 bis c.p.c.)*, in [www.judicum.it](http://www.judicum.it), par. 6; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 63.

<sup>108</sup> Sul punto si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 153 e alle osservazioni di MOTTO, *op. cit.*, par. 2 e 3, il quale ritiene opportuno procedere all'indagine relativa a tale presupposto distinguendo i rapporti autodeterminati da quelli eterodeterminati.

<sup>109</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 150; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 424; MOTTO, *op. cit.*, par. 1; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, Milano, 2009, p. 57.

compromissoria<sup>110</sup>, e quindi a esempio questioni relative alla responsabilità pre-contrattuale<sup>111</sup>, quelle relative all'ingiustificato arricchimento e alla ripetizione dell'indebito<sup>112</sup>, profili di concorrenza sleale<sup>113</sup>. La norma troverà inoltre applicazione alle liti relative al rapporto di vicinato; le liti tra il titolare della proprietà e il titolare del diritto reale minore<sup>114</sup>; in materia di responsabilità aquiliana<sup>115</sup> e in ambito successorio<sup>116</sup>.

Una parte della dottrina ha rilevato inoltre come la applicazione della norma possa raggiungere risultati utili con riferimento al collegamento contrattuale fra parti diverse e nel settore dei rapporti con la pubblica amministrazione<sup>117</sup>.

A mio sommo avviso, infine, la convenzione arbitrale *ex art. 808 bis* c.p.c. potrà essere utilizzata anche con riferimento ai rapporti derivanti da contatto sociale, come a esempio quello tra il medico del servizio sanitario nazionale e il paziente<sup>118</sup>.

Dalla breve analisi condotta emerge come l'introduzione di tale

---

<sup>110</sup> Sul punto si deve comunque rilevare che grazie alla previsione di cui all'art. 808-*quater* c.p.c., l'ammissibilità di controversie extracontrattuali nascenti in relazione a un contratto devono necessariamente reputarsi arbitrabili.

<sup>111</sup> CARPI, *op. loc. ultt. citt.*; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., 150 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 58.

<sup>112</sup> CARPI, *op. loc. ultt. citt.*; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., 150 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 58, MOTTO, *op. cit.*, par. 4.

<sup>113</sup> CARPI, *op. loc. ultt. citt.*; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., 150 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 58. Si ritiene che la norma *de qua* consenta di ritenere applicabile l'arbitrato anche alle liti *ex art. 1669 c.c.* (ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., 151 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 58; *sub Iulio*, cfr. BRUNELLI, *Tutela giurisdizionale e arbitrato per i gravi difetti dell'appalto*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 353 ss.; Coll. arb., 28 maggio 1997, in *Riv. arb.*, 1998, p. 781, con nota di CARUSI; App. Torino, 15 aprile 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2430).

<sup>114</sup> VERDE, *Lineamenti del diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 57.

<sup>115</sup> E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente legislazione dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 26, il quale propone l'esempio dell'impresa di trasporti, proprietaria di veicoli e dei dipendenti-conducenti, fra i quali sorga lite sul riparto del risarcimento danni dovuto a terzi, al di fuori del contratto di lavoro; MOTTO, *op. cit.*, par. 1 ss., il quale ritiene applicabile questa fattispecie anche alle controversie di risarcimento del danno cagionato da un rapporto difettoso (art. 114 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e quelle concernenti la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali (art. 2394 c.c.) e dei soci o dei terzi (art. 2395 c.c.); SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 260.

<sup>116</sup> Non credo che possano contemplarsi dubbi relativamente all'arbitrabilità delle liti successorie (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla convenzione di arbitrato nel diritto successorio*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 281 ss.) in relazione alle quali può, semmai, porsi un problema di legittimazione a compromettere. Sul punto si rimanda al capitolo 2.

<sup>117</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., 151 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 58 ss.

<sup>118</sup> Nello stesso senso MOTTO, *op. cit.*, par. 4.

disposizione normativa consacrì l'utilizzo dello strumento arbitrale per le controversie che non necessariamente trovano il loro fondamento nella presenza di contratto e riafferma, ancora una volta, come il volere dei contraenti costituisca effettivamente l'unico vero limite all'arbitrabilità delle controversie.

### **3. Sintesi e transizione**

È il momento della sintesi.

L'individuazione dell'area della compromettibilità delle controversie costituisce da sempre il cuore dell'istituto arbitrale.

Dalla ricostruzione storica emerge che l'individuazione dell'area della compromettibilità dei diritti sia stata caratterizzata nel corso del tempo da una tipizzazione delle materie non arbitrabili e dal divieto di estendere la cognizione degli arbitri in relazione a profili riguardanti l'ordine pubblico.

Il codice di procedura civile del 1865, pur recependo il criterio casistico proprio delle legislazioni precedenti, abbandona il divieto di arbitrabilità relativamente a questioni connesse all'ordine pubblico per inserire quello della transigibilità.

Questo mutamento di prospettiva, come si è visto, ha determinato una rilevante riduzione dell'area della compromettibilità delle controversie, introducendo divieti ingiustificabili all'utilizzo dello strumento arbitrale.

Rispondendo alle sollecitazioni della dottrina, il legislatore ha deciso di abbandonare detto criterio e di individuare nella disponibilità del diritto il limite ultimo per potere accedere al giudizio arbitrale.

Tralasciando il richiamo alla transazione che è stato solo causa di confusione per definire l'area della compromettibilità dei diritti e che risponde, a mio sommo avviso, in ultima analisi, a un'esigenza di allontanare dalla sfera giurisdizionale tale strumento, non è un caso che nello scenario della arbitrabilità delle controversie siano due gli indici idonei a determinarne i limiti, e cioè l'ordine pubblico e la disponibilità del diritto.

Solo comprendendo la relazione intercorrente tra i medesimi, analizzata

alla luce della funzione dell'istituto arbitrale, è possibile giungere a definire l'ambito di operabilità di quest'ultimo.

Infatti come osserva la dottrina<sup>119</sup>, <<(…) l'ordine pubblico oltre e prima di essere un limite alla disponibilità dei rapporti, promuove il criterio precettivo ed ermeneutico idoneo a qualificare la stessa "essenza" di disponibilità>>.

Nel prossimo capitolo, pertanto, si cercherà di definire il concetto di disponibilità del diritto.

---

<sup>119</sup> CHIAPETTA, *Ordine pubblico costituzionale e arbitrato*, in *L'arbitrato fondamentali e tecniche*, a cura di Caterini-Chiappetta, Napoli, 1995, p.125.



## **Capitolo Secondo**

### **LA NOZIONE DI INDISPONIBILITÀ**

SOMMARIO: 1. Premessa: una necessaria precisazione. - 2. La nozione di indisponibilità: il c.d. profilo soggettivo e il c.d. profilo oggettivo. - 3. Alcune ricostruzioni offerte dalla dottrina in tema di indisponibilità ai fini della compromettibilità delle controversie. - 4. L'indisponibilità dei diritti e l'inderogabilità delle norme: ricostruzione del problema e individuazione delle ragioni che non consentono di equiparare i concetti di disponibilità dei diritti e nderogabilità della normativa. - 5. La possibilità di individuare un diritto disponibile solo qualora non vi sia una compromissione dello stesso in via assoluta. - 6. Necessità di distinguere il diritto primario non disponibile e le conseguenze risarcitorie che derivano dalla sua lesione. - 7. Irrilevanza delle regole di competenza e giurisdizione esclusiva. - 8. La necessità di distinguere l'indisponibilità oggettiva dalla carenza di legittimazione a disporre del diritto. - 9. La errata coincidenza tra il ruolo del p.m. e il concetto di indisponibilità del diritto. - 10. Il concetto di disponibilità richiamato dall'art. 806 c.p.c. e quello indicato dall'art. 1966 c.c.: impossibilità di una loro sovrapposizione. - 11. Sintesi e prospettazione di una ipotesi ricostruttiva del tema dell'arbitrabilità dei diritti: l'incidenza dell'ordine pubblico al momento della definizione dell'ambito oggettivo della convenzione arbitrale.

#### **1. Premessa: una necessaria precisazione.**

Una indagine relativa ai limiti oggettivi della convenzione arbitrale risente inevitabilmente dell'antico dibattito relativo alla natura di questo istituto, a metà strada tra il negozio e il processo.

Infatti, l'arbitrato, seppure presupponga e si basi sull'accordo delle parti, produce i suoi effetti sul piano processuale.

Oggi, è giusto precisare che la tesi che riconduce l'arbitrato (rituale) all'interno del processo ha trovato ulteriori elementi di supporto, grazie, specialmente, alla previsione dell'art. 824*bis* c.p.c. che attribuisce al lodo gli effetti di sentenza<sup>1</sup>.

Nonostante questa chiara apertura al mondo processuale, la definizione

---

<sup>1</sup> Per una completa disamina si rimanda a E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 ss.; di diverso parere è PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 963 ss., in particolare p. 981. L'A. osserva che la situazione processuale che nasce dal lodo non più impugnabile possa essere descritta nei termini di <<regiudicata formale>>, intendendo quindi alla inimpugnabilità e alla irretrattabilità del *dictum* degli arbitri come atto. La tesi ricostruita dall'illustre Maestro, a mio parere, non è condivisibile, per due ordini di ragioni. In primo luogo, il legislatore del 2006 ha parificato gli effetti del lodo a quelli della sentenza (l'art. 824*bis* c.p.c. è chiaro su questo punto) e, in secondo luogo, ha attribuito, seppure *incidenter tantum*, la possibilità per gli arbitri di conoscere questioni non compromettibili.

dell'ambito delle materie che possono interessare la cognizione degli arbitri risente dei limiti dettati dall'autonomia privata, poiché, come già più volte ricordato, l'attuale art. 806 c.p.c. prevede che, in linea generale, possano essere devolute al giudizio di arbitri unicamente le controversie relative a diritti disponibili delle parti.

In virtù di tale ragione, condivido il rilievo già compiuto dieci anni or sono da attenta dottrina<sup>2</sup>, la quale osservava che <<c'è (...) un eccesso di approssimazione nella scelta dell'indisponibilità dei diritti come criterio discretivo delle materie non compromettibili ed uno scollamento oramai marcato tra le premesse dogmatiche che presiedono l'impostazione codicistica e la reale portata operativa dell'arbitrato (...)>>.

Nonostante ciò non è possibile prescindere, per cercare di individuare le materie arbitrabili, dalla analisi della dimensione sostanziale del diritto.

Questo non vuole dire ancorare l'indagine unicamente sul piano sostanziale, bensì delineare il presupposto affinché i due differenti mondi, cioè quello del processo e quello dell'autonomia privata, possano trovare una giusta e corretta dimensione all'interno del fenomeno arbitrale.

Pertanto, dopo avere ricostruito il concetto di disponibilità sul piano sostanziale, sarà mia cura parametrare questi risultati con il fine dell'arbitrato, e cioè l'accertamento del diritto controverso.

## **2. La nozione di indisponibilità: il c.d. profilo soggettivo e il c.d. oggettivo**

Analizzare il concetto di indisponibilità del diritto vuole dire essenzialmente cimentarsi nell'analisi dei due profili che costituiscono il termine stesso, quello soggettivo, e cioè la capacità di disposizione<sup>3</sup> e quello oggettivo, la

---

<sup>2</sup> BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, Torino, 1999, p. 43.

<sup>3</sup> A tale proposito è utile la distinzione operata da attenta dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004, p. 249 ss.) tra titolarità del diritto, capacità e legittimazione a compromettere. L'A. rileva che la legittimazione deve essere tenuta concettualmente separata dalla titolarità del diritto soggettivo. L'A. osserva che la legittimazione

natura stessa del diritto.

Tale distinzione è esplicita correttamente nell'art. 1966 c.c., il quale stabilisce, in tema di transazione, nel comma 1°, che <<le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite>>, mentre, nel comma 2°, che <<la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti>>.

La norma *de qua*, seppure al centro di un ampio dibattito relativo alla sua corretta interpretazione, costituisce il punto di partenza utilizzato dagli interpreti per ricostruire il concetto di disponibilità valevole in campo arbitrale.

I due profili sono strettamente connessi e dipendenti tra loro, tanto che ogni indagine riguardante uno degli stessi incide inevitabilmente sull'altro<sup>4</sup>. Ciò, tuttavia, non vuole dire che i due aspetti si sovrappongono completamente, come si avrà modo di precisare nel proseguo<sup>5</sup>.

Questa commistione di piani è implicita anche nell'art. 806 c.p.c, il quale afferma che <<le parti poss(a)no far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili (...)>><sup>6</sup>.

Infatti, individuare i diritti che possono essere oggetto di arbitrato vuole dire in ultima analisi individuare i diritti di cui le parti possono liberamente

---

<<attiene, piuttosto, all'aspetto dinamico del sistema di realizzazione dei fenomeni giuridici, vale a dire al potere, inteso, a seconda delle diverse ricostruzioni, nella sua posizione "astratta" di situazione giuridica soggettiva, o "concreta" dell'atto che realizza il suo esercizio (...)>>. Allo stesso modo la legittimazione deve essere tenuta distinta dalla capacità giuridica e di agire del soggetto, poiché non riguarda il soggetto visto sotto la prospettiva della sua generale attitudine ad essere centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, bensì coglie il soggetto nella sua interazione con le singole fattispecie oggettive. La legittimazione si caratterizza, rispetto alla capacità, perché non è qualità astratta, bensì è possibilità concreta in relazione al singolo atto, storicamente e materialmente individuato.

<sup>4</sup> Il legame tra i due profili, quello soggettivo e quello oggettivo, è stato rilevato acutamente da NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, p. 55 ss., il quale ritiene di dovere rinominare l'indisponibilità oggettiva come <<inalienabilità>>, mentre il termine indisponibilità rimane con riferimento al problema della legittimazione.

<sup>5</sup> Infatti la mancanza di capacità a disporre del diritto non è sintomo automatico della indisponibilità del diritto. Sul punto si rimanda alle osservazioni contenute nel paragrafo 7.

<sup>6</sup> Se oggi appare chiaro l'ambito di riferimento su cui deve essere svolta l'indagine relativa alla compromettibilità dei diritti, prima della riforma del 2006 vi era un acceso dibattito, poiché ci si domandava, stante il richiamo espresso alla transazione, se fosse il comma 1° dell'art. 1966 c.c. o il comma 2° della stessa norma a imporre il requisito. Sul punto si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 301, nota n. 141; Sul problema dell'interpretazione relativa all'art. 1966 c.c. cfr.: CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm.*, diretto da Vassalli, IX, 3, Torino, 1966, p. 130; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1954, p. 246 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 97 ss.

disporre.

Il vero problema che, invece, si pone all'interprete è quello di ricostruire una adeguata definizione di indisponibilità del diritto, assente nel nostro ordinamento.

Dalla analisi della disciplina normativa sia sostanziale sia processuale<sup>7</sup> emerge che il termine <<indisponibilità>> è destinata a qualificare fenomeni di varia natura e tra loro non omogenei, come per esempio, la inalienabilità<sup>8</sup>, la cedibilità, la incommerciabilità<sup>9</sup>, la irrinunciabilità, la intransigibilità, la

---

<sup>7</sup> A titolo esemplificativo si veda, l'art. 2968 c.c. (*Diritti indisponibili. Le parti non possono modificare la disciplina legale della decadenza, né possono rinunciare alla decadenza medesima, se è questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti*); l'art. 2934 c.c. (*Estinzione dei diritti. Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge. Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge*); l'art. 2733, comma 2° c.c. (*Confessione giudiziale. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili*); l'art. 2739, comma 1°, c.c. (*Oggetto. Il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre, né sopra un fatto illecito o sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta, né per negare un fatto che da un atto pubblico risulti avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che ha formato l'atto stesso*); l'art. 1966, comma 2°, c.c. (*Capacità a transigere e disponibilità dei diritti. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti*); l'art. 114 c.p.c. (*Pronuncia secondo equità a richiesta di parte. Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta*); l'art. 4, comma 2°, l. n. 218 del 1995 (*Accettazione e deroga della giurisdizione. La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili*).

<sup>8</sup> La dottrina, pur rilevando che il concetto di indisponibilità è più ampio di quello di inalienabilità, tende in ultima analisi a sovrapporre i due termini. Infatti afferma Lucarelli (LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 214 ss.) che <<se l'alienabilità è la possibilità di operare il trasferimento della titolarità del bene da un soggetto ad altro, l'indisponibilità esprime l'ostacolo giuridico alla modificazione soggettiva>>. Invece, Funaioli (FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (diritto privato)*, XIII, in *Enc. dir.*, 1964, p. 401), identificando il divieto di alienazione nel non consentire la trasmissione o il trasferimento di una situazione giuridica attiva da un soggetto e da un patrimonio a un altro, specifica che con il termine <<disporre>> si vuole invece indicare ogni trasferimento volontario di beni, nonché l'atto unilaterale di rinuncia o dismissione pura o semplice. Inoltre precisa che il divieto di alienazione può discendere da una volontà privata o direttamente dalla legge. La sovrapposizione richiamata e' invece criticata da altra parte degli autori che sottolinea il carattere soggettivo del concetto di indisponibilità e attribuisce, pertanto, assumere alla indisponibilità una posizione antitetica rispetto al fenomeno dell'inalienabilità, che, attendendo all'oggetto, costituisce invece un vincolo di carattere assoluto (sul punto si rimanda a SPINELLI, *Il negozio di destinazione alla liquidazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 85 ss.).

<sup>9</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 378, il quale identifica l'indisponibilità con il concetto di incommerciabilità, la quale viene definita a sua volta, come inidoneità del bene o dell'interesse su cui l'atto si compie, in sé e per sé considerato, a costituire oggetto della situazione giuridica divisata dalle parti. Si tratterebbe di una forma di impossibilità giuridica, avente carattere assoluto, quando consista nella <<esclusione di qualsiasi riserva e garanzia di godimento del bene>> e relativo, quando scaturisca da divieti di alienazione ad esempio derivanti da pignoramento o da dichiarazioni di fallimento. Sul punto si rimanda alla

inarbitrabilità, la impignorabilità, la insequestrabilità<sup>10</sup>.

Per tale ragione è stato evidenziato che la <<fenomenologia della indisponibilità risulta molto varia anche a causa della grande capacità di astrazione riconosciuta dai giuristi alla nozione>><sup>11</sup>.

Numerose sono, quindi, le definizioni che sono state offerte della stessa.

Cassese<sup>12</sup> definisce la indisponibilità come <<un mero rilievo di fatto, una sintesi verbale operata dalla dottrina sull'effetto, dipendente da altri principi che possano limitare la disposizione dei beni (...)>>; Ferrara<sup>13</sup> identifica il potere di disposizione con il concetto di signoria in <<senso largo>>; Negro<sup>14</sup> afferma che quando si pone il problema della indisponibilità giuridica <<si pone necessariamente il problema dell'essenza del dominio>>; e, infine, Palmieri<sup>15</sup> rileva che l'indisponibilità identifica la <<qualità di specifiche situazioni giuridiche soggettive>>.

L'ampiezza definitoria a essa riconducibile costituisce al contempo il suo più grande limite, determinando, in ultima analisi, l'impossibilità di ascrivere alla medesima una vera e propria rilevanza pratica. La situazione si complica ulteriormente a causa della vaghezza<sup>16</sup> del concetto stesso, legato, come è stato rilevato, al carattere prioritario che in un dato momento storico si attribuisce ad alcuni diritti sulla base di una valutazione solo in parte di ordine giuridico e assai

---

critica di REALMONTE-MAGRÌ, voce *Indisponibilità (Agg)* III, in *Enc. giur.*, Milano, 1999, p. 686, il quale rileva che una simile operazione determina l'assimilazione di ipotesi che non hanno nulla fra loro in comune, <<poiché è evidente come i beni pignorati o soggetti al fallimento non siano, in sé e per sé considerati, beni fuori commercio e come la loro alienazione non sia soggetto alla nullità, cui dovrebbe al contrario dar luogo l'affermata impossibilità dell'oggetto>>.

<sup>10</sup> Per un'ampia disamina si rimanda all'elenco di PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, p. 319, nota n. 48.

<sup>11</sup> FRANCIOSI, voce *Indisponibilità (vincolo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 1. Proprio per tale ragione si ritiene che la categoria della indisponibilità abbia natura eminentemente descrittiva piuttosto che prescrittiva.

<sup>12</sup> CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 106, il quale peraltro afferma che la nozione di indisponibilità non è connaturata ad alcuna situazione soggettiva specifica tale da potere configurare un diritto indisponibile in sé e per sé, né è agevolmente giustificabile concettualmente in base a criteri dommatici, ma assolve piuttosto a ragioni di opportunità e a una funzione strumentale proiettata verso il presidio dei limiti tradizionali all'autonomia negoziale, costituiti appunto dai principi di ordine pubblico, dei canoni del buon costume, dagli interessi protetti da norme imperative.

<sup>13</sup> FERRARA, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, p. 6.

<sup>14</sup> NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, p. 3.

<sup>15</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 322.

<sup>16</sup> In questo senso, BERLINGUER, *Arbitrato, arbitrati e autonomia privata*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli-Luiso, II, Torino, 2005, p. 732 ss.

spesso di matrice politica e sociale<sup>17</sup>.

Gli studiosi che si sono cimentati nel definire il concetto di indisponibilità del diritto hanno per lo più cercato di individuarne un referente positivo. Tale operazione ha condotto alcuni a identificare tale elemento nell'idoneità del bene a costituire oggetto dell'atto di disposizione<sup>18</sup>, oppure nella legittimazione<sup>19</sup>, oppure nella capacità ad agire<sup>20</sup>, o, infine, nel potere di disposizione<sup>21</sup>, nella cui carenza o

---

<sup>17</sup> Per questa ragione Caterini (CATERINI, *Disponibilità ed indisponibilità nell'arbitrato*, in *L'arbitrato. Fondamenti e tecniche*, a cura di Caterini e Chiappetta, 1995, Napoli, p. 112) qualifica la disponibilità come «il risultato della interpretazione sistematica e assiologia in ragione della funzione pratica-giuridica dell'atto (o complesso di atti) e in considerazione del rapporto iniziale su cui s'incide in una dimensione dinamica e procedimentale»>

<sup>18</sup> Sul punto: BETTI, *op. cit.*, p. 238; FUNAIOLI, *op. cit.*, p. 402. Per quanto concerne l'atto di disposizione si deve specificare che si tratta di una categoria elaborata soprattutto nella dottrina tedesca, in contrapposizione con l'atto obbligatorio, che comporterebbe solo indirettamente una diminuzione del patrimonio del contraente. Diversamente l'atto di disposizione determina una perdita patrimoniale a carico del disponente, alla quale può corrispondere oppure no un incremento patrimoniale a favore di altri. Il concetto di atto di disposizione ha suscitato le perplessità della dottrina italiana con riguardo all'inquadramento dei contratti c.d. reali, cioè che determinano il trasferimento del diritto solo in seguito alla consegna. Si rimanda all'ampia disamina di MENGONI, REALMONTE, voce *Disposizione. Atto di disposizione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189; NEGRO, *op. cit.*, p. 26, il quale definisce l'atto di disposizione come quell'atto in virtù del quale il diritto esce in tutto o in parte dalla titolarità del soggetto. L'A. ritiene che al concetto puro di atto di disposizione sia del tutto estranea la nozione del trasferimento. Sul punto anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 293 ss.

<sup>19</sup> Si rimanda ai richiami di NEGRO, *op. cit.*, p. 85 ss., il quale afferma che l'indisponibilità giuridica costituisce un fenomeno di mancanza di legittimazione ad agire (di disporre), seppure poi conclude che il problema della indisponibilità giuridica abbia natura prettamente sostanziale. Diversa è la posizione di FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 228, il quale distingue tra legittimazione a disporre del diritto e potere di disposizione. Egli afferma che mentre il potere di disposizione è «la quantità di autonomia privata che uno, in determinate circostanze, può esercitare validamente, la legittimazione potrebbe (...) stare ad indicare una quantità di autonomia privata che uno, in circostanze egualmente determinate, può esercitare lecitamente»>. Sul generale problema della legittimazione ad agire si rimanda a MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 52 ss.; RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1993, p. 520.

<sup>20</sup> CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1894-1937, vol. II, Milano, 1993 (rist.), p. 460, il quale, all'intero della più vasta analisi relativa alla natura giuridica dell'espropriazione, rileva che la facoltà di disporre di un diritto sta al di fuori dal diritto che è oggetto di disposizione ed evidenzia che la facoltà di disposizione trova la sua fonte nella capacità di agire. Questa capacità posta in relazione ai singoli diritti soggettivi che possono formare oggetto di disposizione, genera altrettante facoltà di disposizione che «vivono parallelamente accanto ai diritti, autonome non ostante il loro carattere strumentale»>. Prosegue affermando che se un diritto soggettivo non è oggetto idoneo di disposizione, la capacità di agire non può generare rispetto a un diritto di questa natura alcuna facoltà concreta di disposizione; si avranno quindi diritti soggettivi a cui non corrisponde una facoltà concreta di disposizione. In senso critico PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 534 ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Rist., Napoli, 2011, p. 34 ss., anche se, è opportuno specificare, come rileva giustamente Pugliatti, che nelle sue prime opere, l'A. ha ritenuto che fosse la capacità giuridica la fonte del potere di disposizione; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983, p. 48 ss.

<sup>21</sup> Il concetto è stato oggetto di varie ricostruzioni da parte della dottrina: PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1951, p. 5 ss., il quale

limitazione parrebbe risiedere l'essenza del fenomeno in esame.

Tale potere secondo la tesi accolta dalla maggioranza della dottrina<sup>22</sup> costituisce una qualità dello stesso diritto soggettivo, un suo modo di essere. Questa ricostruzione trova fondamento nel fatto che il soggetto titolare del diritto soggettivo lo trasferisce legittimamente in virtù del rapporto di appartenenza del patrimonio al suddetto soggetto, che conferisce rilevanza, o legittimità, al negozio

---

afferma che l'atto di disposizione può essere qualificato come il potere legittimo che ha il titolare di un diritto di trasferire ad altri il diritto stesso. L'atto di disposizione è composto da due elementi: una facoltà o potere di disposizione e una concreta manifestazione di volontà. Il potere di disposizione, rileva l'A., non esiste come concetto, non esiste nella realtà giuridica ma deriva dalla giustapposizione di due concetti eterogenei, uno subbietivo, e cioè la facoltà attiva di disposizione, che rimane inglobata nella capacità di agire e l'altro oggettivo, e cioè la capacità passiva di disposizione, che costituisce qualità intrinseca del diritto soggettivo. I due elementi indicati sono delle entità a riposo che acquistano movimento solo con l'intervento della concreta manifestazione di volontà. Quest'ultima a sua volta è costituita da due componenti, una materiale, che è la volontà del contenuto e l'altra formale, che è l'atto o momento della decisione. La prima costituisce la materia della manifestazione volitiva, la seconda, invece, è il principio genetico della manifestazione di volontà; CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 37, il quale identifica il potere di disposizione nella relazione intercorrente tra un dato soggetto e un dato patrimonio; GORLA, *L'atto di disposizione di diritti*, Perugia, 1936, p. 7, il quale qualifica la facoltà di disposizione come quella facoltà di determinare il destino del diritto soggettivo, ovvero la facoltà di incidere sopra questo stesso in qualsivoglia maniera; FERRI, *op. cit.*, p. 224 ss., identifica il potere di disposizione con il concetto di autonomia privata, nel medesimo senso mi pare anche: SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1956, p. 5 ss.; FERRARA, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, p. 5 ss., in particolare p. 25, ove afferma che il potere di disposizione si estende <<fin dove incontra limiti nella legge o nel diritto dei terzi>> e in particolare p. 35, ove l'A. aderisce alla ricostruzione di Francesco Ferrara (FERRARA, *I negozi su patrimoni altrui, a proposito di una recente pubblicazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 179 ss.), il quale ritiene che il potere di disposizione sia una <<emanazione della capacità giuridica, non già della capacità di agire>> e lo qualifica come la <<potestà del soggetto di ottenere per un proprio atto un risultato giuridico>>; ROMANO, *Gli ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1955, p. 308, il quale parla dell'autonomia privata come di <<potere di dispositivo>> conferito al privato dall'ordinamento giuridico statale; MOTTO, in *Commentario alle riforma del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, vol. III, tomo II, Padova, 2009, p. 474 ss.

<sup>22</sup> Sul punto si rimanda a FERRARA, *op. cit.*, p. 25, secondo cui il potere di disposizione si presenta come una essenza stessa del diritto, <<come il modo sostanziale della sua attuazione, come la proiezione della persona nell'affermazione della sua signoria su sé stessa e sul mondo esteriore, nei limiti imposti dalla socialità>>. Il potere di disposizione non è altro che l'intimo propulsore del diritto soggettivo; PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 10 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ., Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, p. 176 ss., afferma che la facoltà di disposizione deve essere intesa come <<possibilità che la legge (l'ordine giuridico) attribuisce alla persona di influire con la sua volontà sulla tutela dell'interesse, cioè di manifestare la sua volontà con efficacia di determinare la posizione (giuridica) degli altri rispetto al bene>>; nello stesso senso, mi pare anche, SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 196 ss. Diversamente ritengono che la facoltà di disposizione sia una entità giuridica a sé stante distinta dal diritto subbietivo a cui si riferisce, avente una fisionomia propria ed una vita autonoma, riprendendo quindi la posizione di Thon (THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Böhlen, 1878, p. 325 ss., il quale utilizzando la metafora della pietra e della forza che imprime ad essa lo slancio, afferma che allo stesso modo che tale forza è un *quid* estraneo alla pietra, così la forza che trasmette il diritto non può essere un suo elemento, ma deve risiedere al di fuori); CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 48 ss.; CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., p. 460. In senso polemico con questa interpretazione, ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Scritti in onore di Rovelli*, Milano, 1955, p. 154 ss.

che egli compie sul patrimonio. Conseguentemente il potere di disposizione diviene una mera possibilità di fatto, derivante dal principio di autonomia privata<sup>23</sup>, al quale, in definitiva, tende a sovrapporsi.

Afferma infatti la dottrina<sup>24</sup> che <<il potere di gestione della propria sfera, rientra nell'ambito del potere di autonomia del soggetto, del quale è un semplice aspetto. Esso compete in linea generale al titolare di ogni diritto che non sia indisponibile per natura o per espresso divieto di legge, ed in questi termini non presenta uno specifico rilievo. Lo assume, invece, in quanto sia tolto o limitato al titolare del diritto dalla legge o da un atto di autonomia privata; o in quanto sia attribuito ad un soggetto diverso dal titolare, a volte con la necessità di un'autorizzazione giudiziaria, per ragioni varie che possono riguardare l'interesse del soggetto stesso, del titolare o di terzi>>.

Conseguentemente un diritto deve reputarsi indisponibile se di esso il titolare non può privarsi con un atto di volontà<sup>25</sup>.

Seppure appare convincente la tesi che identifica nel c.d. potere di disposizione l'elemento qualificante del concetto in esame, la sua identificazione, in ultima istanza, con il concetto di autonomia privata<sup>26</sup>, e quindi con il potere riconosciuto ai privati di costituire, modificare ed estinguere un rapporto giuridico, non è in grado di definire correttamente il fenomeno, in considerazione, come già rilevato, della sua enorme capacità astrattiva<sup>27</sup>.

Infatti, analizzando le fattispecie in cui il legislatore richiede la presenza del c.d. potere di disposizione è possibile desumere che lo stesso non sempre entra in gioco per creare, modificare o estinguere un rapporto giuridico. Ciò si verifica, ad esempio, oltre che con riferimento alla disciplina arbitrale, anche in materia di

---

<sup>23</sup> Sul concetto di autonomia privata si rimanda a FERRI, *op. cit.*, *passim*, in particolare p. 248 ss., ove si legge che l'autonomia privata non è altro che un potere giuridico normativo e i è limitata <<negativamente>> o in maniera esterna, cioè attraverso una sfera entro cui operare liberamente; LUCARELI, *op. cit.*, *passim*.

<sup>24</sup> LENER, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 618 ss.

<sup>25</sup> AZZARITI – SCARPELLO, *sub art. 2934 c.c.*, in *Commentario del c.c.*, a cura di Scaloja e Branca, IV, 1964, Bologna – Roma, p. 205.

<sup>26</sup> RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 580.

<sup>27</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni di LENER, *op. cit.*, p. 619; PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, Roma, p. 366; GALGANO, voce *Negoziato giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, Roma, p. 932 ss.; NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir. – Annali*, IV, Roma, 2011, p. 133 ss.



giuramento (agli artt. 2733 e 2739 c.c.).

È quindi evidente che sarebbe riduttivo procedere alla costante identificazione del potere dispositivo con quello di autonomia privata.

Seppure è impossibile offrire una definizione univoca del potere di disposizione in ragione della molteplicità delle fattispecie giuridiche in cui esso si trova a operare, merita sicuramente accoglimento la tesi che qualifica lo stesso come una <<qualità>><sup>28</sup> di determinati diritti, divenendo, quindi, fondamentale spostare l'analisi su quali siano le situazioni giuridiche soggettive che possono godere di questa speciale caratteristica.

Ciò non vuole dire altro che esaminare l'ambito della c.d. indisponibilità oggettiva<sup>29</sup>, di cui non è possibile rinvenire una chiara definizione all'interno del

---

<sup>28</sup> In questo senso PALMIERI, *op. cit.*, p. 322, il quale afferma che il concetto stesso di diritto soggettivo implica la possibilità del suo esercizio. Pertanto l'attività di disposizione costituisce una manifestazione fondamentale e caratteristica del diritto medesimo. Nello stesso senso SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità: il sistema positivo*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da Sanseverino e Mazzoni, Padova, 1971, p. 723.

<sup>29</sup> Tale definizione rientra in quella che può essere definita come la concezione normativa dell'indisponibilità. Infatti dal dato normativo, come rileva la dottrina (cfr. REALMONTE-MAGRÌ, *op. cit.*, p. 685 ss., FRANCARIO, *op. cit.*, p. 2) emerge che il concetto di <<indisponibilità>> assume due diverse accezioni, essendo riferito ora alla categoria dei diritti indisponibili, ora a quella dei vincoli d'indisponibilità. In questa ultima accezione l'indisponibilità trae origine dal sovrapporsi del vincolo ad un diritto di per sé disponibile, si parla, quindi, a tale proposito di indisponibilità soggettiva. Affinché sussista un vincolo di indisponibilità è necessario che l'attività dispositiva preclusa al soggetto risulti preventivamente e specificatamente indicata da una norma di legge (c.d. indisponibilità soggettiva legale) o da un programma contrattuale (la c.d. indisponibilità soggettiva convenzionale). Nel primo caso, l'eventuale violazione del vincolo d'indisponibilità determina l'inefficacia relativa dell'atto, traducendosi in una limitazione non già del contenuto del diritto, bensì dell'effetto; diversamente nel secondo caso, è necessario prendere come punto di riferimento la disciplina contemplata dall'art. 1379 c.c. In relazione a quest'ultima, tuttavia, la dottrina, in virtù dell'efficacia obbligatoria del divieto imposto dalla norma citata, ritiene che non si tratterebbe di una vera indisponibilità (cfr. MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 287; FRANCARIO, *op. cit.*, p. 5). Per quanto concerne il vincolo legale è possibile distinguere vincoli di indisponibilità a tutela del credito (ad esempio, i vincoli che derivano dal pignoramento e dal sequestro conservativo, dalla cessione dei beni ai creditori) e a tutela della destinazione dei beni (per esempio, i vincoli derivanti dal diritto di famiglia, dal diritto agrario). In linea generale si deve precisare che vincolo di indisponibilità non comporta una sottrazione della facoltà di disposizione, poiché rimane pur sempre aperta la possibilità di riconoscere una qualche efficacia ad uno o più vincoli dispositivi, nei limiti di compatibilità indicati dal vincolo. Si parla di vincolo alla disponibilità del diritto sia con riferimento a particolari limitazioni imposte alla proprietà in funzione conservativa (SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 817 ss.; DI MAJO, *Riflessioni sulla pianificazione urbanistica e sull'assetto proprietario dei suoli*, in *Dem. Dir.*, 1970, p. 251 ss.) o alla situazione in cui versa l'obbligato (RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 143 e 192 ss.). Un particolare tipo di indisponibilità soggettiva è la c.d. indisponibilità successiva. Con essa si fa riferimento all'atto di disposizione colpito da revocatoria ordinaria. In tal caso l'inefficacia dell'atto opera esclusivamente a seguito del vittorioso esperimento dell'azione volta a ottenere la pronuncia di una sentenza avente carattere costitutivo. Si deve precisare che questo genere di indisponibilità non

nostro ordinamento.

Il dato normativo, come si è visto all'inizio del paragrafo, distingue semplicemente una indisponibilità per natura da una indisponibilità per legge<sup>30</sup> (art. 1966 c.c.), senza offrire alcuna ulteriore indicazione<sup>31</sup>.

Come è evidente il vero problema esegetico è costituito dalla individuazione della c.d. indisponibilità per natura.

Numerose sono le interpretazioni che si sono sviluppate.

L'opzione ermeneutica tradizionale annovera nella categoria dei diritti indisponibili per natura sia i c.d. <<diritti personali o personalissimi>><sup>32</sup>, cioè quelle posizioni soggettive di cui non si può ammettere la perdita <<senza che venga meno il concetto stesso di persona>><sup>33</sup>, come per esempio la vita, l'integrità fisica, la libertà, gli *status* di coniuge, di figlio naturale, sia i diritti di stato, sia quei diritti che, pur avendo un contenuto patrimoniale, sono connessi alla persona

---

costituisce una ipotesi isolata nel sistema, poiché un fenomeno analogo è rinvenibile anche in materia fallimentare e in quella successoria, nel caso di vittorioso esperimento dell'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie eccedenti il limite della <<disponibile>>.

<sup>30</sup> Una dottrina (GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 256 ss.) ricorda che la distinzione sopra citata è stata ritenuta non teoricamente fondata da una parte della dottrina, poiché <<i>diritti, come entità giuridiche, sono classificabili unicamente sulla base delle norme di diritto>>. L'A. prosegue rilevando che la distinzione tra diritti indisponibili <<per natura>> o <<per legge>> fa venire in mente la distinzione tra diritti generali e diritti speciali.

<sup>31</sup> L'indisponibilità del diritto, in linea generale, produce due effetti fondamentali: limita il potere di disposizione del titolare e lo garantisce contro l'azione esecutiva da parte dei terzi. Da ciò deriva il divieto di transazioni su diritti indisponibili, l'incapacità, l'impignorabilità, la inalienabilità e la non compensabilità, l'imprescrittibilità dei diritti stessi.

<sup>32</sup> Così definiti da DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu – Messineo, continuato da Mengoni, IV, Milano, 1982 (seconda ed.), p. 79, il quale qualifica questi diritti per essere, oltre che indisponibili, anche intrasmissibili, irrinunciabili, imprescrittibili. L'A. osserva in relazione alla disponibilità (e, corrispondentemente, alla indisponibilità) dei diritti che la stessa non può essere accertata avuto riguardo soltanto a un determinato settore dell'ordinamento giuridico e specifica che alcuni diritti della personalità, seppure non sono muniti della piena facoltà di disposizione, sono caratterizzati dalla c.d. facoltà di lesione, identificata dal medesimo in un aspetto più modesto e particolare della stessa facoltà di disposizione.

<sup>33</sup> Ampia è la letteratura su questo punto. Si rimanda alla disamina di DE CUPIS, *op. cit.*, *passim*; ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig., sez. civ.*, II, 1995, p. 430 ss.; ID., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, p. 466 ss.; MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 371 ss.; ID., *Diritti fondamentali e categoria civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 416 ss.; PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 190 ss.; RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1982, p. 3 ss.; FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, p. 137 ss.; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 641 ss.; ID., *Diritti fondamentali e categoria civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 411 ss.; DEgni, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, p. 200 ss.; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*.

in ragione del fine che gli stessi tutelano, come ad esempio l'usufrutto legale del genitore che esercita la potestà sui figli o il credito legale alimentare<sup>34</sup>.

Con riferimento ai diritti della personalità una parte degli interpreti, tuttavia, ha preferito parlare di diritti inseparabili, poiché si tratta di posizioni giuridiche di cui l'individuo deve necessariamente godere per l'affermazione del suo essere; diversamente di diritti inalienabili per natura con riguardo ai diritti connessi alla persona in ragione del fine che perseguono<sup>35</sup>.

Inoltre, nella categoria dei diritti che la legge sottrae alla disponibilità dei privati, la dottrina tradizionale riconduce i diritti aventi natura più squisitamente patrimoniale, come quelli sottesi al rapporto societario, quelli relativi e connessi ai diritti reali<sup>36</sup>.

Una parte degli autori annoverava in una posizione intermedia, i c.d. <<diritti di supremazia della pubblica amministrazione>>, in virtù della posizione di supremazia attribuita alla p.a. nei contratti di diritto pubblico<sup>37</sup>.

Altra opzione interpretativa, invece, individua nella sanzione della nullità il criterio unificante di tutte le situazioni soggettive sottratte alla disponibilità privata; pertanto sono considerati come indisponibili tutti i diritti intorno ai quali

---

<sup>34</sup> In senso difforme RESTA, *op. cit.*, p. 347, il quale rileva che l'indisponibilità che caratterizza i c.d. diritti della personalità si traduce unicamente nell'inalienabilità dell'intera struttura di protezione.

<sup>35</sup> NEGRO, *op. cit.*, p. 75 ss., il quale pertanto conserva l'uso del termine <<indisponibili>> solo per quei diritti, in cui l'esercizio del potere di disposizione del titolare è soltanto limitato nella sua efficacia. Osserva infatti <<è vero che il credito alimentare è necessariamente inerente al soggetto che "versi in istato di bisogno", ma esso rientra già fra i diritti patrimoniali. Non tutela l'essere del soggetto, ma la conservazione dell'essere, la quale si realizza con beni di consumo o con prestazioni di natura economica>>. Ritiene pertanto che il concetto di indisponibilità giuridica in senso tecnico è proprio dei diritti patrimoniali e che l'indisponibilità non può che riferirsi che a un fenomeno traseunte, poiché <<non è configurabile un diritto indisponibile in senso tecnico che risponda a una funzione permanente: il non potere disporre permanentemente di un diritto che si può avere o non avere è un concetto contraddittorio>>. Conseguentemente il concetto di indisponibilità trova applicazione soltanto nel campo della garanzia e della realizzazione del credito. Diversamente, altra parte della dottrina di stampo più recente suole distinguere tra beni presupposto e beni-fine (NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 133 ss.)

<sup>36</sup> Sul punto si rimanda a NEGRO, *op. cit.*, p. 78 ss., il quale propriamente parla di <<diritti inalienabili per disposizione di legge>> e VALSECCHI, *op. cit.*, p. 268 ss. Diversamente devono reputarsi disponibili quei diritti che hanno un oggetto suscettibile di valutazione economica (cfr. PAPA MALATESTA, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*, in *Dir. fall.*, 2000, p. 1017; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915, p. 247 ss.)

<sup>37</sup> Sul punto si rimanda a D'ONOFRIO, *sub art. 1966 c.c.*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 243 ss. All'interno di questa distinzione è giusto altresì ricordare che il concetto di indisponibilità assume rilievo anche con riferimento al demanio pubblico. Si ritengono infatti imprescrittibili i diritti reali che spettano allo Stato, alle Province e ai Comuni su beni appartenenti ad altri, quando siano soggetti al regime del demanio pubblico, *ex art. 825 c.c.*

non è consentito il valido perfezionarsi di alcun tipo di convenzione<sup>38</sup>.

Da ultimo, altra parte della dottrina<sup>39</sup> distingue tra una indisponibilità assoluta dei rapporti e una indisponibilità relativa. La prima coinvolge direttamente i principi costituzionali, mentre la seconda si riferisce solamente a quei rapporti che possono essere oggetto di rinuncia e trasferimento.

Tali criteri sono stati oggetto di numerose critiche, poiché inadeguati ad offrire un valido criterio distintivo, tanto che altra parte della dottrina mette in luce che ogni ricerca finalizzata all'individuazione di un canone classificatorio deve reputarsi vana. Infatti, rileva che la nozione di indisponibilità «nel nostro ordinamento, abbraccia una varietà di situazioni giuridiche soggettive differenti, pubbliche e private, di carattere patrimoniale e non, predisposte a soddisfare interessi diversi e tutelati con diverso grado di intensità, cui non appartiene alcun carattere comune se non quello dell'impossibilità, per il soggetto titolare, di disporre efficacemente del relativo diritto»<sup>40</sup>.

Pertanto l'indisponibilità, non potendo né essere connaturata ad alcuna situazione soggettiva specifica, né essere giustificabile concettualmente in base a criteri dommatici, svolge una funzione strumentale proiettata verso «il presidio, in ogni ambito del diritto privato, dei limiti tradizionali all'autonomia negoziale, costituiti appunto dai principi di ordine pubblico, dei canoni del buon costume, dagli interessi protetti da norme giuridiche»<sup>41</sup>.

Procedendo in questo modo, tuttavia, il concetto di disponibilità perde la sua identità, sovrapponendosi con quello di autonomia privata.

---

<sup>38</sup> CECHELLA, *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, p. 3. In senso nettamente contrario a questa ricostruzione: BERLINGUER, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, cit., p. 734 ss., il quale rileva che pur trattandosi di un apprezzabile tentativo di organizzazione della materia, ha poca possibilità di riuscita, «specie nel contesto della continua moltiplicazione degli interessi e delle posizioni giuridicamente tutelate che ha fatto progressivamente venire meno ogni corrispondenza con la partizione dogmatica delle ipotesi sanzionatorie e di invalidità». Lo stesso autore nega la corrispondenza tra indisponibilità e imprescrittibilità del diritto e cita a tale proposito l'esempio delle azioni riguardanti la filiazione, che pur rivestendo posizioni soggettive indisponibili, sono soggette a termini di prescrizione e decadenza.

<sup>39</sup> CATERINI, *op. cit.*, p. 113.

<sup>40</sup> BERLINGUER, *op. cit.*, pp. 737 e 738. A tale proposito si deve giustamente rilevare che il concetto di indisponibilità è utilizzato ad ampio raggio non solo da parte del legislatore ma anche dalla stessa giurisprudenza. Sul punto si cfr. tra le più recenti: Cass., 17 aprile 2012, n. 6001, in *Dejure*, ove si parla di indisponibilità con riferimento ai fondamentali diritti sociali (tra questi vi rientrano senz'altro quelli connessi al rapporto di lavoro. Sul punto si avrà modo di soffermarsi durante la disamina della inderogabilità); TAR Lecce, 12 aprile 2012, n. 620, *ivi*; Cass., 7 febbraio 2012, n. 1689, *ivi*.

<sup>41</sup> BERLINGUER, *op. cit.*, p. 740.

Questa completa identificazione non può reputarsi corretta specialmente in campo arbitrale, il quale rappresenta la sintesi di differenti mondi, quello negoziale e quello processuale. Conseguentemente la pura assimilazione del concetto di disponibilità con quello di autonomia negoziale mortifica inevitabilmente l'altra anima dello stesso, quella processuale.

Appare quindi più opportuno cercare di individuare una corretta nozione di indisponibilità non dimenticando il luogo in cui la stessa deve operare.

### **3. Alcune ricostruzioni offerte dalla dottrina in tema di indisponibilità ai fini della compromettibilità delle controversie**

L'assenza di una qualificazione univoca del concetto di indisponibilità o disponibilità ha determinato, anche in campo arbitrale, il fiorire di numerose interpretazioni.

Nel presente paragrafo si esamineranno solo quelle opzioni ermeneutiche che hanno cercato di ricostruire un criterio univoco per delimitare l'ambito oggettivo della convenzione arbitrale, poiché in questo campo si assiste, in virtù della difficoltà esegetica di individuare un comune denominatore per disciplinare l'efficacia oggettiva del patto compromissorio, a un esame casistico delle varie materie in cui l'arbitrato può trovare applicazione.

Un dato, tuttavia, appare certo agli interpreti: il concetto di disponibilità del diritto non può coincidere con quello di patrimonialità della lite<sup>42</sup>, così come avviene nell'ordinamento tedesco<sup>43</sup>.

Diversamente il riferimento all'indisponibilità si spiegherebbe, secondo parte della dottrina<sup>44</sup>, in base all'idea che le parti possano delegare a un terzo, l'arbitro, solo quanto possano perfezionare personalmente.

---

<sup>42</sup> In questo senso E. F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, op. cit., p. 955, il quale, tuttavia, mette in luce che l'adozione di un simile criterio consentirebbe l'ingresso in arbitrato delle materie non disponibili e quindi l'ampiamento di questo strumento in un settore di grande rilievo pratico.

<sup>43</sup> L'art. 1033 ZPO tedesca afferma: «Ogni pretesa patrimoniale può essere oggetto di convenzione d'arbitrato. Una convenzione d'arbitrato su pretese non patrimoniali è efficace soltanto se le parti possono stipulare un contratto sull'oggetto della lite».

<sup>44</sup> CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2006, par. 2; sul punto anche LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, p. 73.

Tenendo presente questo limite, seppure, a mio parere, travalicando l'essenza della affermazione sopra richiamata, una parte della dottrina<sup>45</sup> afferma che il limite alla disponibilità del diritto deriverebbe dal fatto che le parti non possano con un accordo privato raggiungere lo stesso effetto di quello proprio di una pronuncia giudiziale, ad esempio la declaratoria di un vizio di una delibera assembleare<sup>46</sup>.

Sulla medesima lunghezza d'onda si pone altra parte degli autori<sup>47</sup>. Gli stessi evidenziano che ai fini dell'arbitrabilità non <<è rilevante la rinunciabilità o cedibilità del diritto, quanto l'esistenza, rispetto ad esso, del potere negoziale: cioè il potere di darsi delle regole di condotta, che l'ordinamento recepisce e considera come vincolanti>>. Conseguentemente, qualora un tale potere non sussista, non vi è neppure compromettibilità<sup>48</sup>.

Ponendo sempre l'accento sull'importante legame tra arbitrato e autonomia privata<sup>49</sup>, una parte degli interpreti sostiene che la disponibilità non sia

---

<sup>45</sup> E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2003, p. 522. L'A. commentando la nuova disciplina dell'arbitrato societario, ritiene che non sia compromettibili le controversie avente ad oggetto la nullità delle delibere, mentre siano parzialmente arbitrabili quelle aventi ad oggetto l'annullamento; diversamente reputa che siano sempre devolvibili al giudizio arbitrale le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti, indipendentemente dalla compromettibilità della relativa controversia ed infine le liti tra soci ovvero tra soci e società. Critico alla visione di Ricci è Consolo, (CONSOLO, *Sul <<campo>> dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 241 ss., p. 252 ss.), il quale rileva, tra l'altro, che l'unico modo per ammettere che gli arbitri possano pronunciare anche su diritti indisponibili sarebbe quella di ricostruire il patto compromissorio come il momento di attivazione di un processo sostitutivo di quello giurisdizionale e come occasione per il conferimento ai singoli arbitri di quei poteri che ad essi spetterebbero direttamente alla stregua della legge, intesa pertanto quale fonte attributiva del loro potere decisorio che darebbe essa stessa autorità istituzionale alla figura degli arbitri. Nello stesso senso invece di Ricci, Punzi (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 430) il quale afferma che <<(…) non è ammesso, nel nostro ordinamento, conseguire, a mezzo del *dictum* degli arbitri, quell'effetto *contra legem* che è interdetto alle parti di ottenere direttamente con un atto di disposizione o con una transazione>>. Nello stesso anche Trib. Genova, 9 dicembre 1992, in *Riv. arb.*, 1993, p. 467 ss.

<sup>46</sup> Non è possibile condividere tale assunto, poiché, qualora gli arbitri si pronunciano per realizzare un effetto *contra legem*, non si pone un problema di arbitrabilità ma semmai quello di impugnazione del lodo per violazione di norme inderogabili (vedi ampiamente ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 22).

<sup>47</sup> LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2011, p. 80, il quale non riconduce all'indisponibilità i limiti legali del trasferimento. Nello stesso senso BERLINGUER, *op. cit.*, p. 731 ss.

<sup>48</sup> In senso difforme ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Milano, 2010, p. 8.

<sup>49</sup> RESTA, *op. cit.*, p. 348 ss., osserva che negare rilevanza all'autonomia privata ai fini della determinazione dell'area della compromettibilità dei diritti pare una soluzione, oltre che irrealistica, non obbligata sul piano dello stretto diritto positivo. Pertanto afferma che è plausibile ritenere che siano <<sottratte a compromesso soltanto quelle controversie, le quali, rimesse in

altro che il potere di modifica, dismissione o rinuncia del diritto<sup>50</sup>; altri ancora distinguono tra inarbitrabilità assoluta e inarbitrabilità attenuata<sup>51</sup>.

Diversamente altra opzione ermeneutica ritiene che per determinare l'arbitrabilità delle controversie non sia utile indagare la natura disponibile o indisponibile del diritto sostanziale, poiché a rendere compromettibile la vertenza è esclusivamente la disponibilità dell'azione<sup>52</sup>, secondo altri<sup>53</sup>, sulla base di non dissimili considerazioni, sono escluse al giudizio degli arbitri solo quelle controversie caratterizzate dall'intervento del p.m.<sup>54</sup>

---

arbitri per la decisione, importino un giudizio sulla stessa spettanza e conformità di tali situazioni soggettive>>.

<sup>50</sup> Cfr. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, 3° ed., Torino, 2006, p. 90 ss., in particolare p. 93, il quale ritiene che l'indisponibilità derivi solo da un divieto espresso o implicito di rinuncia o dismissione. Prosegue rilevando che la ricerca in concreto delle situazioni indisponibili, in mancanza di un espresso divieto di legge, deve sempre essere rivolta alla individuazione di limiti all'autonomia; FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 94; CECHELLA, *op.cit.*, p. 26 ss.

<sup>51</sup> LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, p. 41, il quale rileva che la ragione di fondo del fenomeno dell'inarbitrabilità risiede nella gelosia dello Stato per il proprio potere giurisdizionale, <<nella riluttanza al decentrarlo e privatizzarlo o frazionarlo in mille feudi, quasi per un regresso al buon tempo antico, nel timore che lo Stato ha che i valori che esso pone come i più importanti nella scala dei valori giuridici e sociali dell'ordinamento, possano sfuggire per la via arbitrale alla cognizione del giudice statale ordinario ed essere dunque meno convintamente attenuati e difesi. In sostanza sono giudizi di valore, intenzioni di politica del diritto, valutazioni etiche o di alta opportunità che presiedono alla inclusione di date materie (...)>>. L'A. riconduce al regime dell'arbitrabilità c.d. attenuata o condizionata le controversie individuali di lavoro e quelle a esse assimilate.

<sup>52</sup> Sul punto si rimanda a SALVANESCHI, *Le materie arbitrabili*, in *Arbitrato*, a cura di Salvaneschi, Radicati di Brozolo, Carlevaris, Allevana, Cintioli, Iacoviello, Ielo, Negri, Olivieri, Villa, Milano, 2012, p. 16; ID., *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 64. L'A. evidenzia che quando la natura del diritto in contestazione non consenta una facile lettura del suo genere, ossia risulti problematica la sua collocazione tra i diritti disponibili o indisponibili, è necessario fare riferimento alla disponibilità dell'azione. In senso simile anche BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 82. L'A. reputa che ai fini della arbitrabilità delle liti assuma rilevanza esclusivamente mere ragioni di opportunità <<che inducono l'ordinamento a ritenere indisponibile non le posizioni soggettive dei contendenti, sottese alle lite, ma il diritto d'azione (...)>>

<sup>53</sup> REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 798; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 759; SCHINZEROTTO, *Dall'arbitrato*, 1988, Milano, p. 76, il quale ritiene che solo l'intervento obbligatorio del p.m. determina l'inarbitrabilità e non quello facoltativo; LA CHINA, *op. cit.*, p. 43; in senso difforme FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 152 ss.; LUISO, *op. cit.*, p. 710, il quale ritiene che l'ambito dell'inarbitrabilità sia più ampio; RUFFINI, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo - Luiso, Milano, 2007, p. 30; PUNZI, *op. cit.*, p. 402; FIECCONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 973, il quale ritiene che la presenza del p.m. non sia il criterio guida per l'inarbitrabilità ma un mero criterio.

<sup>54</sup> L'utilizzo univoco di tale criterio, seppure apprezzabile poiché determina una evidente semplificazione della materia, non può costituire la chiave di lettura dell'inarbitrabilità delle controversie. Vi sono infatti liti, come si ha già avuto modo di osservare nel paragrafo precedente, che pur non richiedendo l'intervento del p.m. sono caratterizzate dalla indisponibilità. Mi riferisco a esempio alle controversie relative ai diritti c.d. personalissimi, come il diritto alla vita,

Altra parte degli interpreti, infine, evidenzia che, per potere determinare una corretta nozione di <<indisponibilità>> valevole nel campo arbitrale, sia necessario prima di tutto partire dalla funzione propria del patto compromissorio, e quindi in ultima analisi dagli effetti che derivano dalla decisione delle parti di devolvere la propria controversia ad arbitri.

Partendo da tale presupposto, Barletta<sup>55</sup> costruisce una nozione di <<indisponibilità>> esclusivamente parametrata al processo: infatti l'indisponibilità dei diritti a cui fa riferimento l'art. 806 c.p.c. riguarda solamente i profili processuali attinenti alla legittimazione ad agire e alla efficacia soggettiva delle decisioni.

L'Autore sostiene che la limitazione alla compromettibilità è unicamente connessa alla disciplina della legittimazione ad agire delle controversie riguardo alle quali è sancita l'obbligatorietà dell'intervento del p.m. o il litisconsorzio necessario<sup>56</sup>, nonché in relazione all'estensione *erga omnes* di talune decisioni<sup>57</sup> e alla specifica, e non sostituibile, funzione svolta dal giudice ordinario in relazione, specialmente, a processi a contenuto oggettivo.

Seppure degna di pregio, tale ricostruzione, a mio sommo avviso, è soggetta ad alcuni rilievi.

In primo luogo, ritengo che, concordando con il rilievo di attenta dottrina<sup>58</sup>, l'indisponibilità sia un fenomeno per lo più sostanziale, anche qualora lo stesso incida, come avviene nel campo arbitrale, all'interno del processo.

---

all'integrità fisica, al nome, all'immagine, all'onore e alla libertà individuale. Inoltre nel nostro ordinamento l'intervento del p.m. risponde a una molteplicità di esigenze diverse calmeriate alle fattispecie dedotte in giudizio. Cfr., *infra*.

<sup>55</sup> BARLETTA, *La <<disponibilità>> dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 987 ss., in particolare pp. 1006 e 1007, il quale, partendo dall'analisi del <<termine>> disponibilità nella disciplina processuale, rileva che non è possibile ricostruire una nozione autonoma di <<disponibilità>> in relazione al processo civile, cui possa ritenere venga fatto rinvio ai sensi dell'art. 806 c.p.c.

<sup>56</sup> L'A. rileva infatti che la previsione dell'obbligatorietà dell'intervento del p.m. ai sensi dell'art. 70 c.p.c. impedisce il ricorso all'arbitrato perché tale previsione costituisce una limitazione al monopolio della richiesta di tutela giurisdizionale da parte del titolare del diritto controverso; analogamente lo stesso vale in presenza di un litisconsorzio necessario.

<sup>57</sup> L'A. ritiene che costituisca un limite alla compromettibilità in arbitri anche la previsione di una efficacia *erga omnes* dell'accertamento della *res* controversa (come si verifica in materia di *status* e capacità delle persone, nonché in materia di validità dei diritti di privativa industriale). Inoltre ritiene che l'efficacia *erga omnes* delle decisioni arbitrali deve essere esclusa in considerazione dei limiti nei quali trova attuazione in materia il principio della terzietà e dell'imparzialità dell'arbitro.

<sup>58</sup> NEGRO, *op. cit.*, p. 91; nello stesso senso con riferimento alla arbitrabilità MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), in particolare par. 5;



Pertanto, ogni indagine sulla indisponibilità del diritto deve tenere in considerazione tale assunto, seppure anche solo come presupposto.

In secondo luogo, non reputo che la presenza di un litisconsorzio necessario costituisca di per sé un elemento ostativo al ricorso dello strumento arbitrale: infatti l'eventuale litisconsorte pretermesso al momento della stipulazione del patto compromissorio potrà aderirvi in un momento successivo e in tale caso nessuna delle parti avrà il potere di impedire l'entrata del terzo nella convenzione, oppure il terzo potrà intervenire volontariamente a processo arbitrale iniziato e, in tal caso, ai sensi dell'art. 816 *quater* c.p.c. non è necessario il consenso della parti iniziali<sup>59</sup>. In simili evenienze non si pongono neppure problemi per quanto riguarda la nomina degli arbitri alla luce della previsione contenuta nell'art. 816 *quater* c.p.c.: infatti solo in caso di impossibilità di addivenire al procedimento del comma 1° della norma citata, l'arbitrato sarà improcedibile.

Conseguentemente, la presenza di un litisconsorte necessario pretermesso non è ostativa alla pronuncia degli arbitri.

Infine, neppure appare condivisibile l'assunto in virtù del quale non è ammissibile estendere l'ambito della compromettibilità alle controversie decise *erga omnes*, poiché in materia arbitrale non è garantito il principio della terzietà e imparzialità degli arbitri<sup>60</sup>.

Così opinando, a mio parere, non si introduce solo un ingiustificato limite alla compromettibilità dei diritti ma si priva di valore pregnante l'intero istituto

---

<sup>59</sup> Se ciò non si verificherà, naturalmente, non ci potrà essere giudizio arbitrale. Sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 387 ss., la quale giustamente nel caso di litisconsorzio necessario parla di inutilità e non di invalidità. L'Autrice pur rilevando che, ai fini di un valido operare del patto compromissorio, sia necessaria la presenza di tutti i titolari del diritto, ammette che il litisconsorte che non abbia stipulato la convenzione, possa decidere di entrare nel regolamento contrattuale e renderlo così utile ed efficace.

<sup>60</sup> Sul punto si rimanda alle ampie osservazioni svolte da SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitrato*, Milano, 2009, *passim*. Riconosce che il lodo sia rituale sia irrituale possa produrre efficacia nei confronti di terzi ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultras partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 465 ss. <<reputo che il lodo arbitrale, rituale od irrituale, sia in grado di accertare il diritto oggetto del giudizio, nella sua natura di "fattispecie precettiva"; e che (...) l'accertamento porti con sé inevitabili implicazioni sui diritti dei terzi, poiché il diritto soggettivo, al pari dell'uomo (che ne è il titolare), "non è un'isola">>; SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 203. In senso negativo: MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 46 ss., PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 10 ss.; SATTA, *Comm. al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1957-1971, p. 324.

arbitrale, poiché l'effettività del medesimo e, ancora prima la sua stessa esistenza, poggia le basi sulla imparzialità, neutralità e terzietà degli arbitri.

Evidenziando sempre la funzione propria della cognizione degli arbitri, altro illustre Autore ha identificato la indisponibilità utile per qualificare come compromettibile un diritto nell'assenza di qualunque potere da parte del privato di dettare delle proprie regole di condotta. Egli rileva che l'indisponibilità si concretizza nel <<limite funzionale ad impedire che su un determinato rapporto sostanziale possa aversi la pronuncia degli arbitri, a prescindere dagli effetti in concreto realizzati dal lodo>><sup>61</sup>.

L'assunto *de quo* unitamente al rilievo che le parti non possano, con la stipula del patto compromissorio, conferire ad arbitri un potere di cui sono prive, conduce Motto ad affermare che una situazione sostanziale è indisponibile quando, rispetto a essa si assiste all'esclusione del rilievo dell'autonomia privata, poiché <<fin tanto che l'ordinamento riconosce rilievo al potere negoziale, si deve ritenere che le parti possano conferire a terzi il potere di regolare, in loro vece, e nel rispetto dei limiti fissati dalla disciplina inderogabile, la situazione sostanziale; ove, invece, le parti non possano dettare in via autonoma un assetto di interessi, si deve intendere esclusa la possibilità che esse conferiscano a terzi il potere di dettare in via eteronoma quella regolamentazione, proprio perché esse non possono attribuire un potere di cui sono *ab origine* sprovviste>><sup>62</sup>.

In sintesi, secondo la ricostruzione offerta da Motto, per determinare il concetto di indisponibilità valevole ai fini dell'arbitrato non deve adottarsi una definizione ampia di autonomia privata, ma è sufficiente per concludere a favore della compromettibilità che il soggetto possa disporre in qualche modo del diritto; eventuali limiti, anche penetranti, posti da norme inderogabili non costituiscono impedimenti alla cognizione in arbitri.

Conseguentemente ritiene che: 1) siano ascrivibili alla area della inarbitrabilità per lo più situazioni a contenuto non patrimoniale; 2) la

---

<sup>61</sup> MOTTO, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, vol. III, tomo II, Padova, 2009, p. 484.

<sup>62</sup> MOTTO, *op. cit.*, p. 488; ID., *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, cit., in particolare par. 6. Si tratta di una interpretazione molto vicina a quella offerta da E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 522 ss.

maggioranza delle controversie per le quali è previsto l'intervento obbligatorio nel processo del p.m. sono relative a diritti indisponibili; 3) così come un'espressa previsione di legge può precludere l'arbitrabilità di situazioni disponibili, la stessa potrebbe anche fare divenire compromettibili situazioni che per natura non lo siano.

Seppure la tesi ricostruita sia degna di nota, a mio sommesso avviso, pecca sotto due profili: da una parte, nonostante che l'Autore neghi la coincidenza del concetto di autonomia privata e arbitrabilità, identifica in realtà quest'ultima nella prima, poiché afferma che <<la situazione sostanziale è indisponibile quando, rispetto ad essa, non si pone un problema di effetti producibili, ma si assiste all'esclusione del rilievo dell'autonomia privata>><sup>63</sup>, dall'altra parte sposta l'attenzione, a differenza di quanto prescrive propriamente l'art. 806 c.p.c., ove si parla di diritti indisponibili, sul rapporto e non più sul diritto<sup>64</sup> devoluto al giudizio arbitrale.

Infine, altra parte della dottrina<sup>65</sup>, sulla base della considerazione che funzione tipica dell'arbitrato è <<l'accertamento posto in essere da un privato imparziale a seguito di un processo a contraddittorio e con la garanzia dell'impugnativa per violazione di norme inderogabili>>, ritiene di potere enucleare un concetto autonomo di indisponibilità-incompromettibilità, espressione di un <<ordine pubblico arbitrale>>, di contenuto più ristretto a quello che ostacola altre forme di composizione negoziale delle controversie.

Questa interpretazione, nonostante abbia il pregio di mettere in luce il vero problema con riferimento alla compromettibilità dei diritti, e cioè la natura stessa delle posizioni giuridiche devolvibili alla cognizione degli arbitri, richiede una concreta circoscrizione del concetto stesso di ordine pubblico arbitrale.

---

<sup>63</sup> La menzionata ricostruzione non permette quindi di spiegare come sia possibile ritenere quindi arbitrabili controversie aventi ad oggetto diritti non negoziali, come ad esempio il diritto dei soci a che gli amministratori di una società adempiano ai loro doveri con la diligenza richiesta dalla legge. Sul punto si cfr. SALVANESCHI, *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, cit., p. 59 ss.

<sup>64</sup> A tale proposito ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 9, in particolare nota n. 28, ove l'A. mette in evidenza che una simile ricostruzione determina importanti ripercussioni, non del tutto accettabili, circa l'oggetto del processo arbitrale e del futuro <<giudicato>> arbitrale. Inoltre rileva che tale ricostruzione non tiene conto dell'impugnativa di atti anche non costitutiva.

<sup>65</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 10; ID., in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 26.

Diversamente si corre il rischio di trasformare questo criterio in un parametro non in grado di offrire un valido aiuto nella delimitazione delle materie arbitrabili.

Dalla disamina compiuta è evidente che gli studi sulla compromettibilità delle liti risentano dell'incertezza che domina la nozione di indisponibilità.

Pertanto, avendo come unico fine quello di offrire spunti per una nozione positiva di indisponibilità valevole a delineare l'ambito dell'arbitrabilità, reputo opportuno sgombrare il campo da antichi equivoci, che spesso hanno portato a confondere l'arbitrabilità con altri problemi.

#### **4. L'indisponibilità dei diritti e l'inderogabilità delle norme: ricostruzione del problema e individuazione delle ragioni che non consentono di equiparare i concetti di disponibilità dei diritti e nderogabilità della normativa.**

Il più antico equivoco in cui incorrevano<sup>66</sup> – ma talvolta ancora incappano<sup>67</sup> – gli interpreti<sup>68</sup> è quello di confondere la nozione di indisponibilità con quella di nderogabilità.

Questa confusione deriva sia dalla indeterminatezza della nozione di indisponibilità sia in ragione della stretta connessione tra i due concetti, poiché alla base di entrambi si trova un comando giuridico perentorio cui i soggetti devono necessariamente sottostare, cioè una norma di contenuto imperativo<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> In questo senso: Cass., 8 novembre 1984, n. 5637, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, I, p. 138; Cass., 17 novembre 1965, n. 2388, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 2, p. 454; Cass., 11 giugno 1964, n. 1466, in *Giust. civ.*, 1965, p. 171. La Corte di Cassazione in queste pronunce nega sostanzialmente l'esistenza di una reale differenza tra i due concetti, rilevando che i due momenti hanno riguardo a momenti diversi di un medesimo fenomeno: l'indisponibilità al momento funzionale mentre l'inderogabilità a quello genetico.

<sup>67</sup> Per tutte le dovute specificazioni si rimanda alla presente trattazione.

<sup>68</sup> Sul punto chiaramente RUSSO, *op. cit.*, p. 573 ss., in particolare p. 578 e 579, ove si evidenzia che <<le nozioni di norma indisponibile e di norma nderogabile innegabilmente si sovrappongono, pur conservando una certa autonomia. La nozione di norma nderogabile ha contenuto più ampio ed è di portata più generale, in quanto indica la condizione di inviolabilità dell'interesse protetto>>.

<sup>69</sup> PAPA MALATESTA, *op. cit.*, p. 1019, il quale rileva che le norme che fissano l'indisponibilità dei diritti si distinguono da quelle che dettano una disciplina nderogabile in ragione dello specifico contenuto del comando, poiché questo ha per oggetto la irrinunciabilità e la in trasmissibilità dei diritti stessi. <<Si tratta quindi di due cerchi concentrici, dei quali il più interno è rappresentato da

Nonostante questa apparente identità la categoria dei diritti indisponibili non deve essere né sovrapposta né equiparata a quella delle norme giuridiche che dettano una disciplina inderogabile in relazione a determinati rapporti giuridici<sup>70</sup> o per l'esercizio di alcuni diritti<sup>71</sup>.

Infatti, è ovvio che l'indisponibilità del diritto non possa che essere sancita da una norma inderogabile, posta a salvaguardia di interessi pubblici o superindividuali. Ma il contatto si ferma qui<sup>72</sup>, poiché è frequente che norme inderogabili disciplinino la nascita e il contenuto di diritti pienamente disponibili, non essendo sufficiente l'interferenza di un interesse pubblico o generale per fondare una valutazione di indisponibilità del diritto oppure la necessità evidenziata dal legislatore di tutelare determinati interessi, come quelli delle parti più deboli<sup>73</sup>. Pertanto è stato puntualmente osservato che siffatte norme non implicano necessariamente l'indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive che vi sottendono<sup>74</sup>.

Per comprendere a pieno tale distinzione diviene, quindi, fondamentale avere presente che il concetto di indisponibilità, come già sopra ricordato, non deve essere fatto coincidere complessivamente con quello di autonomia privata: infatti, qualora si reputasse vincente questa definizione, facilmente si potrebbe cadere nell'equivoco di sovrapporre gli stessi, poiché ogni norma imperativa determina inevitabilmente una limitazione nella sfera di autonomia negoziale<sup>75</sup>.

La confusione sopra richiamata si ripercuote anche in ambito arbitrale,

---

norme inderogabili che fissano l'indisponibilità dei diritti, ed il più esterno – che ricomprende il primo – è rappresentato dalle norme inderogabili *tout court*>>.

<sup>70</sup> Esempi tipici sono il diritto agli alimenti, di contenuto patrimoniale, ma è dichiarato indisponibile dalla norma proibitiva ed inderogabile dell'art. 447 c.c., i diritti della personalità.

<sup>71</sup> Come ad esempio, il diritto di enfiteusi non può essere costituito per una durata inferiore ai venti anni (art. 958 c.c.); il patto di non concorrenza stipulato tra le parti non può avere durata superiore ai cinque anni e deve avere un oggetto e un ambito territoriale bene delimitati (art. 2596 c.c.)

<sup>72</sup> La confusione terminologica era altresì originata in ragione della equiparazione che veniva fatta tra arbitrato e transazione nel previgente sistema, in particolare a causa della diretta applicazione dell'art. 1972. Sul punto si rimanda alle osservazioni contenute nel capitolo I.

<sup>73</sup> Come accade, per esempio, in materia laburistica: SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 717 ss.

<sup>74</sup> Sul punto ampiamente: LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 500; MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 4 ss.; GROSSI, *Inappellabilità del lodo, violazione di norme imperative e <<patto compromissorio>>*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 524.

<sup>75</sup> COMASTRI, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 333.

ove, soprattutto in passato<sup>76</sup>, si riteneva che la presenza di una norma inderogabile fosse indice della inarbitrabilità della lite, in considerazione del parallelo inarbitrabilità-indisponibilità<sup>77</sup>.

Questo equivoco si era inoltre diffuso a causa della sovrapposizione vigente nel passato del concetto arbitrabilità e transigibilità e in particolare del problema dell'applicabilità diretta anche all'arbitrato della previsione di cui all'art. 1972 c.c. in tema di transazione. Di tale aspetto mi sono già occupata nel capitolo precedente, al quale, pertanto, rinvio.

Oggi gli interpreti sono concordi nel tenere separati il concetto di indisponibilità con quello dell'inderogabilità, e rilevano che, mentre la prima esclude la compromettibilità della controversia, la seconda costituisce un limite al potere degli arbitri, talché risulta invalido e impugnabile soltanto il lodo che concretamente violi una disposizione imperativa<sup>78</sup>. In altri termini, utilizzando le

---

<sup>76</sup> In questo senso per esempio VECCHIONE, *L'arbitrato*, Milano, 1971, p. 234 ss.; REDENTI, *op. cit.*, p. 786 ss.; ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 755 ss.; SATTA, *op. cit.*, p. 198 ss.

<sup>77</sup> Cfr. GABRIELLI, *Considerazioni sull'interpretazione e sull'invalidità delle clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 1988, p. 973 e 979. L'applicabilità di tale equazione ha portato la giurisprudenza a non ritenere compromettibile le liti in materia di locazione di immobili urbani e di contratti agrari (sul punto cfr. note nn. 73 e 75).

<sup>78</sup> In tale senso: FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 37; LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 81 ss.; ID., *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, cit., p. 500; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 1 ss.; VERDE, *La convenzione d'arbitrato*, cit., p. 93 ss., il quale evidenzia che molto spesso l'inderogabilità interagisce sulla disponibilità, come dimostra il fatto che, di solito, la disciplina del processo relativo a norme inderogabili è accompagnata dalla necessaria presenza del p.m.; MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, cit., par. 6; CECHELLA, *op. cit.*, p. 28 ss. e 38 ss.; GABRIELLI, *op. cit.*, p. 979, il quale osserva che ritenere non arbitrabile un diritto solo in virtù della presenza di una normativa inderogabile sarebbe una conclusione assai grave, poiché «<il diritto contrattuale contemporaneo (...) è ricco di una trama fittissima, e sinora sempre crescente, di norme imperative. Sotterrare alla competenza arbitrale ogni controversia che coinvolga l'applicazione di tali norme significherebbe apportare una riduzione estremamente incisiva; significherebbe, inoltre, introdurre un ulteriore elemento preliminare di incertezza, giacché l'individuazione del carattere della norma non è sempre sicura>>; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, cit., p. 62 ss. e 81 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., pp. 22 e 23, la quale rileva che l'insieme delle norme inderogabili è assai più ampio di quello che sancisce l'indisponibilità del diritto; PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 968, salvo il caso in cui gli arbitri si pronuncino per la realizzazione dell'effetto *contra legem*; RUFFINI, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, cit., p. 32 ss.; ID., *Arbitrato e disponibilità del diritto nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 143; ID., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 495 ss., p. 500; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, 2009, Milano, p. 48 ss. In questo senso anche: App. Firenze, 3 dicembre 2002, in *Riv. arb.*, 2004, p. 327 ss., con nota di COMASTRI, la quale ritiene arbitrabile le controversie vertenti in materia di contratti di borsa stipulati tra investitori e società di intermediazione; Cass., 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1769 ss., con nota di

parole di una attenta dottrina<sup>79</sup> <<la prima (*l'inderogabilità*) è garantita da regole di “tecnica arbitrale” (impugnativa del lodo, partecipazione dei terzi), mentre la seconda (*l'indisponibilità*) incide a monte sulla “tutela arbitrale”<sup>80</sup>>>.

Pertanto, qualora il lodo sia espressione del mancato rispetto di norme aventi carattere inderogabile, contro lo stesso sarà ammessa l'impugnazione per nullità “per contrarietà all'ordine pubblico” (art. 829, comma 3°, c.p.c.).

L'importanza di questo *distinguo* ha permesso, quindi, di ritenere arbitrabili controversie relative a diritti disciplinati da norme imperative, come ad esempio le liti locative<sup>81</sup>, quelle laburistiche<sup>82</sup> e quelle in materia agraria<sup>83</sup>.

---

CAPONI, ove si legge <<l'indisponibilità del diritto è un limite alla clausola compromissoria e non va confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico, la quale non impedisce la compromissione in arbitrato, con il quale si potrà accertare la violazione di una norma imperativa, senza determinare con il lodo effetti vietati dalla legge>>; Trib. Milano, 29 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, p. 1196, con nota di MURATORE.

<sup>79</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 6.

<sup>80</sup> Nello stesso senso anche Corte giust. UE, 1° giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International N.V.*, in *Dejure* e in *Giust. civ.*, 2000, 1903, con nota di D'ALESSANDRO; in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 663 ss., con nota di RIZZO; in *Dir ind.*, 2000, p. 57 ss., con nota di FERRANTE.

<sup>81</sup> La giurisprudenza passata, in virtù della confusione tra diritti indisponibili e norme inderogabili, non riteneva che detta controversia fosse compromettibile (App. Venezia, 21 maggio 1948, in *Temi*, 1948, p. 436; Cass., 10 giugno 1988, n. 3949, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 122, con nota di IZZO; Trib. Milano, 8 maggio 1995, in *Rass. loc. cond.*, 1995, p. 275). Inoltre veniva impropriamente esteso il divieto sancito dall'art. 54 l. 27 luglio 1978, n. 392, la quale vietava la stipula della clausola compromissoria per le controversie relative alla <<determinazione del canone>> (Cass., 16 febbraio 1983, n. 1172, in *Giur. it.*, 1983, I, c. 1458 ss., la quale aveva esteso il divieto sancito dall'art. 54 alle questioni relative alle proroga legale delle locazioni). Oggi, tuttavia, sia grazie alla distinzione tra norme inderogabili e diritti disponibili, sia grazie alla abrogazione di siffatta previsione a opera della l. 9 dicembre 1998, n. 431, non vi sono più limiti che possano limitare la compromettibilità in questa materia. Sono quindi arbitrabili le controversie relative alle locazioni abitative (Trib. Verona, 15 gennaio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1130 ss.; BORGHESI, *L'arbitrato immobiliare*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 575 ss.; *contra*: Cass., 11 luglio 2007, n. 15470, in *Dejure*; Cass., 1° settembre 1999, n. 9211, *ivi*).

<sup>82</sup> In passato, in più occasioni, seppure il legislatore del 1940 negava la possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale, la giurisprudenza, pur negando l'ingresso ad un arbitrato del lavoro nelle forme rituali, riteneva ammissibile quello nelle forme irrivali. A titolo esemplificativo si ricorda: Cass., 29 luglio 1966, n. 2100, in *Giur. comm.*, 1967, I, p. 288, Cass., 27 aprile 1950, n. 1125, in *Foro it.*, 1950, I, c. 756. Oggi non si pongono dubbi sulla arbitrabilità di siffatte controversie, purché, come prevede lo stesso art. 806 c.p.c., ciò sia previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro. Recentemente, grazie alla legge 4 novembre 2010, n. 183, artt. 31 e 32, si assiste a un moltiplicare di tipi di arbitrato in materia laburistica. Infatti con il menzionato intervento legislativo l'arbitrato di lavoro, precedentemente delineato dall'art. 412 *ter* e *quater* c.p.c. è stato modificato e scorporato in quattro figure. Il nuovo art. 412 c.p.c. prevede un primo procedimento affidato alla commissione di conciliazione, che potrà essere costituita in qualunque fase del tentativo, peraltro non più obbligatorio, oppure al suo termine in caso di esito negativo. L'art. 412 *ter* c.p.c. delinea, invece, il secondo modello di arbitrato che dovrà svolgersi <<con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative>>; invece, l'art. 412 *quater* c.p.c. disciplina il c.d. arbitrato nelle forme irrivali, seppure di irrivali abbia ben poco. Infine il comma 12° dell'art. 31 del <<collegato lavoro>> individua il quarto tipo di arbitrato, attribuendo agli organi di certificazione la possibilità di

Recentemente la distinzione *de qua* ha, altresì, consentito di considerare compromettibili le controversie in materia di concorrenza e *trust*<sup>84</sup>.

Specialmente in materia laburistica si risentono dei vantaggi applicativi di tale distinzione. Infatti essa ha permesso di passare da una severa coincidenza fra inderogabilità e indisponibilità, a una visione più elastica<sup>85</sup>. Come rileva attenta

---

istituire camere arbitrali per la definizione delle controversie ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c., con l'applicabilità, ove è possibile, della disciplina dell'efficacia e delle impugnazioni del lodo di cui all'art. 412 c.p.c. Per un'ampia ricostruzione del tema si rimanda a AULETTA, *Le impugnazioni del lodo nel <<Collegato lavoro>>* (L. 4 novembre 2010, n. 183), in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); BORGHESI, *L'arbitrato nei tempi del <<collegato lavoro>>*, *ivi*; ID., *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, in *Lav. e dir.*, 2009, p. 13 ss.; BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, *ivi*; CANALE, *Arbitrato e <<collegato lavoro>>*, *ivi*; DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 57 ss.; ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal <<collegato lavoro>> e prime attuazioni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2011, p. 885 ss.; BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. proc. civ.*, 2011, p. 834 ss.; per un particolare problema applicativo che detta novella determina ai fini della circolazione dei lodi: GRANATA, *La riconoscibilità extra moenia ai sensi della Convenzione di New York del 1958 del lodo irrituale del lavoro previsto dalla Legge n. 183/2010*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 237.

<sup>83</sup> La confusione tra i due concetti si fa predominante nel campo delle controversie agrarie, ove, seppure in mancanza di un espresso divieto di legge, la coincidenza tra i due termini ha determinato un orientamento fortemente restrittivo da parte della giurisprudenza (Cass., 23 gennaio 1990, n. 365, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 273 e 274 e Cass., 11 aprile 1990, n. 3075, *ivi*, p. 275 a 279, con nota di RECCHIA, ove si riconosce da una parte che le questioni patrimoniali relative alle migliorie apportate al fondo possono formare oggetto di arbitrato; dall'altra viene negato il ricorso a tale strumento con riferimento al rapporto di assegnazione ai sensi dell'art. 5 l. n. 1034 del 1971; in dottrina è giusto ricordare la tesi negativa di LEVONI, *op. cit.*, p. 69 ss.). Per la giurisprudenza relativa alla clausola compromissoria inserita nel contratto di assegnazione di terreni nella riforma agraria, si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 806*, in *Commentario breve al c.p.c.*, a cura di Carpi e Taruffo, 2012, Padova, p. 2736.

<sup>84</sup> App. Firenze, 21 marzo 2006, in *Riv. arb.*, 2006, p. 741 ss.; App. Milano, 13 settembre 2002, in *Riv. arb.*, 2004, p. 105 ss.) RADICATI DI BRONZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 9 ss. Nonostante l'apertura della giurisprudenza alla arbitrabilità sul tema, si deve comunque rilevare che in tema di compromettibilità dei patti di non concorrenza si registrano due posizioni differenti: secondo una parte della giurisprudenza afferma la arbitrabilità di siffatta controversia, ritenendo, anzi, che sotto le scure del giudizio degli arbitri ricadano tutte le controversie che hanno come *causa petendi* l'accordo medesimo ancorché destinate a rimuovere gli effetti (App. Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, p. 77 ss., con nota di ROSI); secondo altra parte della giurisprudenza, invece, tale vertenza non potrebbe essere oggetto di giudizio arbitrale a causa del preminente rilievo che le norme imperative e di pubblico interesse (Trib. Bologna, 18 luglio 1987, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1988, p. 740 ss.).

<sup>85</sup> Come è noto la norma richiamata attribuisce ai lavoratori la facoltà di ottenere l'annullamento di qualsiasi negozio abdicativo con un semplice atto di volontà, purché manifestato entro un determinato termine. In questa materia infatti si passa dalla nullità assoluta alla invalidità. Sulla inderogabilità-indisponibilità in materia laburistica si rimanda a DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, *passim*; ID., *Considerazioni sull'inderogabilità e sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore subordinato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 577 ss.; FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1978, *passim*; PIZZOFERRATO, *La giustizia*



dottrina, l'area della c.d. indisponibilità assoluta è oramai ridotta a <<mero simbolo>>, mentre i diritti dei lavoratori sono immersi in una diffusa indisponibilità relativa, che è <<il riflesso dell'inderogabilità (anche essa diffusa) delle norme di legge e del contratto collettivo di lavoro che disciplinano la materia lavoristica>><sup>86</sup>.

Emblema di questo cambio di direzione è la stessa disciplina contenuta nell'art. 2113 c.c., tramite la quale il legislatore, dopo avere vincolato le parti attraverso l'emanazione di norme inderogabili alla tutela di interessi generali, lascia poi libero il lavoratore di disporre dei diritti oramai acquisiti, col solo vincolo materiale derivante dal sistema di impugnazione e del termine di decadenza previsto dalla norma stessa.

Nonostante che astrattamente la differenza tra i due concetti sia ben chiara, non si può sottacere che la giurisprudenza tenda ancora oggi a sovrapporli, specialmente nella individuazione delle controversie arbitrabili in campo societario<sup>87</sup>. Questa continua confusione applicativa deriva in ultima istanza dal fatto che, pur avendo presente la differenza concettuale dei due termini, non si può nascondere che l'indisponibilità poggia le sue basi sull'esigenza di tutelare interessi ultranei, rispetto a quelli propri ed esclusivi del titolare, di cui si fanno carico principi di ordine pubblico<sup>88</sup>.

Questo ultimo rilievo non si pone in contraddizione con l'assioma precedentemente affermato, in virtù del quale è necessario tenere separati i concetti di indisponibilità e di norma inderogabile. A riprova di ciò, si deve

---

*privata del lavoro*, Padova, 2003, p. 189 ss.; ROMEO, *L'inderogabilità del diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 92.

<sup>86</sup> BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2009, p. 121.

<sup>87</sup> Cass., 12 settembre 2011, n. 18600, in *Corr. giur.*, 2012, p. 365 ss., con nota di DE GIORGI e con commento anche di LICCI, *Disponibilità del diritto, inderogabilità della normativa e interessi superindividuali: quali i limiti alla arbitrabilità delle liti societarie?*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); con la quale la suprema Corte ritiene che, seppure l'azione di revoca sia normalmente compromettibile in arbitri, deve ritornare ad essere di competenza del giudice ordinario ogni qualvolta il socio abbia individuato la giusta causa della revoca nella violazione di un comportamento imposto all'amministratore a tutela di un interesse pubblico (nel caso di specie, l'amministratore non aveva rispettato le disposizioni che prescrivono la precisazione e la chiarezza dei bilanci); Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, p. 637 ss.; Trib. Milano, 30 aprile 2008, in *Leggi D'Italia*; per un'ampia disamina si rimanda alla nota n. 87 del capitolo I.

<sup>88</sup> In questo senso AZZARITI – SCARPELLO, *op. cit.*, p. 205. Preme precisa già in questa sede che non sussiste neppure una corrispondenza tra il concetto di ordine pubblico e norma inderogabile, poiché non tutti i principi di ordine pubblico traggono origine da una norma inderogabile.

ulteriormente ricordare in base all'insegnamento della più attenta dottrina, il concetto di ordine pubblico non si sovrappone con quello di norma inderogabile<sup>89</sup>. Si tratta di due piani separati. Pertanto ai fini dell'arbitrabilità della lite assumeranno rilievo esclusivamente quelle norme (imperative) che esprimono un principio di ordine pubblico<sup>90</sup>.

Conseguentemente ha importanza primaria verificare quando la tutela dell'interesse generale divenga elemento decisivo per determinare la soppressione integrale della facoltà di un soggetto di incidere sul proprio diritto.

Diversamente, se una simile eventualità non si verifica, la presenza di norme inderogabili non costituisce un impedimento alla devoluzione della controversia in arbitri, poiché, come è noto, il legislatore ha direttamente consentito la sindacabilità dello stesso attraverso l'impugnativa per nullità (art. 829, comma 3°, c.p.c.)<sup>91</sup>.

## **5. La possibilità di individuare un diritto disponibile solo qualora non vi sia una compromissione dello stesso in via assoluta.**

Seppure, come ho avuto modo di illustrare nelle pagine precedenti, non sia possibile offrire una definizione di diritto indisponibile omnicomprensivo delle molteplici sfaccettature del fenomeno medesimo, allo stesso modo si deve rilevare che, ai fini dell'individuazione del concetto di compromettibilità delle liti, assuma importanza solo quella indisponibilità che sia in grado di determinare una

---

<sup>89</sup> Per la giustificazione di tale assunto si rimanda al capitolo III. In questa sede appare opportuno ricordare che la giurisprudenza (App. Milano, 13 settembre 2002, cit.) afferma che non devono essere confuse le categorie concettuali dei diritti indisponibili e delle norme imperative, sottolineando che <<non tutte le norme imperative e neppure tutte quelle di "ordine pubblico" hanno ad oggetto diritti indisponibili>>. Inoltre, per quanto concerne la materia oggetto di esame, reputa compromettibile la controversia in tema di concorrenza, lasciando aperto un unico spiraglio alla inarbitrabilità, ovvero nel caso di frode delle parti consistente nell'utilizzo dell'arbitrato al solo fine di evitare l'applicazione delle regole della concorrenza.

<sup>90</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni di CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 276 ss. e di BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 81

<sup>91</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni di CONSOLO, *Sul <<campo>> dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 242.

compromissione del diritto in via assoluta<sup>92</sup>.

Affinché vi sia indisponibilità e quindi di inarbitrabilità delle liti, non è sufficiente che il legislatore comprima parzialmente il libero esercizio o la libera disposizione del diritto stesso, imponendo, ad esempio, dei vincoli.

Infatti, questi ultimi non sono in grado di mutare la natura stessa del diritto, trasformandolo da disponibili a indisponibile: l'eventuale indisponibilità che in questo modo viene a crearsi è una mera illusione, poiché il diritto, in ultima analisi, è completamente disponibile.

Cercherò di essere più chiara.

Trattenendosi nell'analisi della c.d. indisponibilità oggettiva, ho osservato<sup>93</sup> che il concetto di indisponibilità viene in rilievo anche per definire i c.d. meri vincoli al potere dispositivo.

In questa accezione l'indisponibilità trae origine dal sovrapporsi di un vincolo a un diritto di per sé disponibile. Affinché possa sussistere un vincolo di indisponibilità è necessario che l'attività dispositiva preclusa al soggetto risulti preventivamente indicata da una norma di legge o da un programma contrattuale.

Prendiamo ad esempio il vincolo di indisponibilità che il pignoramento presso terzi determina nel diritto del terzo pignorato.

In forza del vincolo di legge, il terzo avrà l'obbligo esclusivo di effettuare il pagamento della somma di denaro al creditore del suo debitore secondo le modalità previste dalla legge. Questo vincolo, come è evidente, limita il libero esercizio del diritto del terzo, ma non lo rende indisponibile *tout court*: infatti il terzo potrebbe effettuare il pagamento spontaneo al suo debitore, ma in costanza di pignoramento quel pagamento non avrebbe alcun effetto.

Ed ancora.

L'art. 2113 c.c. stabilisce, al fine di tutelare il contraente economicamente

---

<sup>92</sup> Nello stesso senso: ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 24; G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, cit., p. 761, il quale, giustamente, afferma <<un diritto è disponibile o non lo è. Non sono disponibili solo quei diritti che riguardano la tutela dei diritti personalissimi, (...), ma non certo quelli con oggetto meramente patrimoniale>>. Diversamente introducono limiti al potere di alienazione VERDE, *Lineamenti del diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, p. 67, il quale parla della possibilità che la legge imponga vincoli alla libera disponibilità di alienare, ma in questo caso non vi sarebbe inarbitrabilità della lite; MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, cit., par. 5, il quale considera questo limite elemento fondamentale della sua nozione di indisponibilità.

<sup>93</sup> Cfr. in particolare nota 27.

più debole, che siano nulle le rinunce e le transazioni che abbiano ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi.

Da tale prescrizione non può comunque desumersi l'assoluta indisponibilità di quei diritti, perché è ammesso che il prestatore di lavoro transiga nel corso del giudizio e persino che le transazioni e le rinunce effettuate in violazione della legge diventino inattaccabili se non siano impugnate entro tre mesi.

Sia nel primo esempio sia nel secondo non si è di fronte a diritti indisponibili *tout court*.

Tali vincoli, tali limitazioni non acquistano pertanto rilievo alcuno ai fini della incompromettibilità della controversia.

Un diritto, che sia disponibile obiettivamente considerato, non diventa indisponibile se per la situazione giuridica del suo titolare o per vincoli nascenti da particolari destinazione viene a trovarsi in una condizione di limitata disponibilità<sup>94</sup>.

Conseguentemente, come osserva la dottrina<sup>95</sup>, non sempre l'indisponibilità della situazione giuridica costituisce un ostacolo alla arbitrabilità dei diritti, essendo l'inarbitrabilità un limite ulteriore e non implicito alla indisponibilità.

Un'ultima precisazione.

Affinché sia possibile parlare correttamente di indisponibilità non solo è necessaria la compromissione del diritto in via assoluta, ma è altresì opportuno considerare la peculiarità della convenzione arbitrale che, per usare le parole della dottrina<sup>96</sup> <<appiattisce la temporalità dei diritti nella loro mera affermazione>>.

---

<sup>94</sup> Interessanti le osservazioni di Perret (PERRET, *I limiti all'arbitrabilità*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 682), in merito all'arbitrato svizzero. Con riferimento allo stesso si suole distinguere tra diritto indisponibile allo stadio di diritto eventuale e di diritto disponibile allo stadio di diritto nato e attuale. Distinzione molto adatta al caso in esame. Lo stesso criterio opera anche nell'ordinamento francese. Sul punto si rimanda alla disamina contenuta nel capitolo III.

<sup>95</sup> VERDE, *La convenzione d'arbitrato*, cit., p. 98, il quale inoltre si chiede se vale pure il contrario, e cioè, se la disponibilità dei diritti includa anche l'arbitrabilità. A tale proposito rileva che la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di imporre dei limiti alla arbitrabilità delle liti.

<sup>96</sup> Le parole sono di ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 25. Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di GABRIELLI, *Considerazioni sull'interpretazione e sull'invalidità delle clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 1988, p. 979 ss.; CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Parigi, 2002,

Ciò significa che l'esame relativo alla disponibilità del diritto deve essere compiuto al momento del sorgere della lite e non all'atto della stipula della clausola compromissoria.

## **6. Necessità di distinguere il diritto primario non disponibile e le conseguenze risarcitorie che derivano dalla sua lesione.**

Una lettura eccessivamente rigida della disposizione dell'art. 806 c.p.c. ha portato parte degli interpreti a non tenere in dovuta considerazione la necessità di distinguere tra la disponibilità delle singole pretese deferite alla cognizione arbitrale e l'intera materia su cui si controverte.

Infatti per delineare correttamente i confini della arbitrabilità delle liti è opportuno distinguere tra il c.d. diritto primario, in ipotesi indisponibile, dalla conseguenze risarcitorie che derivano dalla sua lesione, vale a dire dal diritto secondario che ne scaturisce che, a mio sommo avviso, deve reputarsi sempre disponibile, attenendo, in ultima istanza, al patrimonio economico del soggetto<sup>97</sup>.

Afferma infatti la dottrina<sup>98</sup> :<<se è vero che il sindacato sulla compromettibilità delle liti non può essere compiuto in astratto, ma è demandato ad una valutazione caso per caso, e che l'arbitrabilità nel nostro sistema costituisce la regola e non l'eccezione, allora è plausibile ritenere che siano sottratte a compromesso soltanto quelle controversie, le quali, rimesse in arbitri per la decisione, importino un giudizio sulla stessa spettanza e conformazione di tali situazioni soggettive. Qualora invece le liti in discorso non investano codesti aspetti (...), ma siano relative a specifiche conseguenze del diritto, come le pretese risarcitorie derivanti dalla sua lesione, o le prerogative connesse ad atti di disposizione liberamente compiuti dal suo titolare, non v'è ragione di disconoscere la competenza arbitrale>>.

In simile ipotesi, pertanto, non vi sono ostacoli al giudizio arbitrale, il

---

p. 45 ss. e 135 ss., parla di diritti imperativi, che solo per un tempo limitato non sono disponibili, cioè quando non sono ancora entrati nel patrimonio del titolare. Una volta che il fenomeno *de quo* si è realizzato, tali diritti sono pienamente disponibili e quindi arbitrabili.

<sup>97</sup> In questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 24.

<sup>98</sup> RESTA, *op. cit.*, pp. 350 e 351.

quale potrà riguardare sia l'*an* sia il *quantum* del diritto medesimo<sup>99</sup>.

Il diritto al nome, alla riservatezza, alla salute sono situazione giuridiche indisponibili *tout court*, ma la loro violazione determina la nascita di una ulteriore situazione giuridica, il diritto al risarcimento pienamente disponibile e quindi devolvibile al giudizio di arbitri. Sul punto si rimanda comunque alle osservazioni contenute nel capitolo quarto.

Tale assunto è oggi altresì avvalorato dalla possibilità riconosciuta agli arbitri di decidere *incidenter tantum*, senza autorità di giudicato, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia (art. 819, comma 1°, c.p.c.)<sup>100</sup>, e quindi, anche del diritto principale intrinsecamente indisponibile.

Per la medesima ragione, devono reputarsi arbitrabili le conseguenze civili derivanti da reato, seppure, come è noto, gli arbitri non abbiano il potere di statuire sugli illeciti penali<sup>101</sup>. Tale statuizione, diversamente da quando avveniva nel passato, potrà essere emessa indipendentemente dal fatto che la loro decisione

---

<sup>99</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 45 ss., il quale, tuttavia sottolinea la necessità di distinguere tra diritti patrimoniali strettamente connessi ad uno *status* o condizione sostanziale particolarmente protetta e pretese patrimoniali nascenti da fatto illecito lesivo dei diritti in sé indisponibili, assoluti e personalissimi. Esclusivamente i secondi possono essere oggetto di arbitrato. Nello stesso senso si pone anche OPPETIT, *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins*, in AA.VV., *Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (Paris, 26 janvier 1994)*, Paris, 1994, p. 121 ss. Su questo punto si avrà modo di ritornare nel proseguo.

<sup>100</sup> Nello stesso senso: LA CHINA, *op. cit.*, p. 46; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 24; RESTA, *op. cit.*, pp. 350-351. Prima della riforma del 2006, le questioni pregiudiziali non compromettibili non potevano essere risolte dagli arbitri neppure in via incidentale, sulla base dell'idea, come rileva la dottrina (TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario (art. 35, comma 3°, d. legisl. 17 gennaio 2003 n. 5)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 2004, par. 3, <<dell'idea che il lodo, destinato ad acquisire forza di sentenza, generi comunque un potenziale pregiudizio per i diritti non disponibili, anche quando la pronuncia che li riguarda abbia portata di mero *obiter dictum*, cioè di semplice passaggio logico interno al ragionamento arbitrale, senza alcuna efficacia imperativa>>. In tali ipotesi la norma previgente impediva agli arbitri non solo di conoscere di tali questioni in via principale, ma anche di conoscerle in via incidentale, ossia con efficacia puramente endoprocessuale, al solo fine di risolvere la controversia sottoposta alla loro cognizione.

<sup>101</sup> Cass., 26 gennaio 1988, n. 664, in *Dejure*; Cass., 22 giugno 1981, n. 4069, *ivi*, ove si legge che <<la facoltà delle parti di una compravendita di devolvere ad arbitro libero o irrituale l'accertamento dell'inadempimento del venditore, per consegna di *aliud pro alio*, non trova ostacolo nell'eventuale incommerciabilità della merce consegnata, per violazione della legge penale, atteso che detto arbitrato viene a coinvolgere solo gli effetti patrimoniali dell'illecito penale, non sottratti alla disponibilità delle parti stesse>>; Cass., 14 febbraio 1977, n. 651, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Arbitrato*, n. 11; Cass., 3 ottobre 1953, n. 3159, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 161; Cass., 5 giugno 1984, n. 3406, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 103; Cass., 30 marzo 1984, n. 2084, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Società*, p. 765. La dottrina e la giurisprudenza è naturalmente d'accordo sul divieto di arbitrato in materia penale. A titolo esemplificativo si rimanda alle osservazioni di BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 72 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 43; SATTA, *op. cit.*, p. 208; PUNZI, *op. cit.*, p. 434 ss.; VERDE, *La convenzione d'arbitrato*, cit., p. 99.

dipenda<sup>102</sup> dal giudizio penale.

Ugualmente, si deve ritenere devolvibile alla cognizione di arbitri la controversia relativa al diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione dell'interesse legittimo. Sul punto si rimanda alle osservazioni contenute nel paragrafo che segue.

Discorso a parte deve, invece, essere formulato sulla possibilità di reputare arbitrabili i diritti patrimoniali strettamente connessi ad uno *status* o a una condizione sostanziale particolarmente protetta, come ad esempio il diritto agli alimenti.

Infatti, oltre a non costituire materia sottratta *tout court* al potere dispositivo delle parti si tratta di questioni aventi in ultima analisi valenza strettamente patrimoniale, e in quanto tali pienamente arbitrabili.

Sul punto si rimanda, tuttavia, alle osservazioni contenute nel capitolo quarto.

## **7. Irrilevanza delle regole di competenza e giurisdizione esclusiva.**

Altro errore soprattutto molto presente nella letteratura meno recente<sup>103</sup> è stato quello di ritenere non compromettibili rapporti giuridici devoluti, in forza di una specifica disposizione di legge, alla competenza funzionale di un determinato giudice o a una forma speciale di cognizione o a una regola di giurisdizione speciale.

Questa interpretazione è il risultato di una errata lettura della norma relativa ai limiti oggettivi della convenzione arbitrale<sup>104</sup>, la quale, sia nella sua attuale formulazione sia in quella previgente alla novella del 2006, richiede esclusivamente di valutare la natura stessa del diritto devoluto al giudizio

---

<sup>102</sup> Sul punto si rimanda a DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 163 ss.; GROSSI, *La sospensione dell'arbitrato per pregiudizialità penale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 332 ss.; ZUMPANO, *Arbitrato e giurisdizione penale*, *ivi*, 2002, p. 237 ss.

<sup>103</sup> Cfr. note che seguono.

<sup>104</sup> Cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 34, il quale parla di «ennesima lettura creativa dei limiti oggetto di contratto d'arbitrato che non ha luogo di rinvenirsi nell'art. 806 c.p.c. (...)».

arbitrale, ritenendo, quindi, irrilevanti eventuali regole processuali di tutela<sup>105</sup>.

Naturalmente, come evidenzia la dottrina, <<(…) certe regole processuali possono essere la spia, o meglio, la conseguenza della indisponibilità di una situazione soggettiva, ma la ragione del divieto di arbitrato è da ricercarsi, in ogni caso, in questa ultima condizione>><sup>106</sup>.

La interpretazione *de qua* aveva condotto la maggiore parte degli interpreti, prima della legge n. 205 del 2000, ad affermare l'impossibilità di deferire al giudizio arbitrale tutte le controversie devolute alla cognizione del giudice amministrativo<sup>107</sup>.

Oggi è lo stesso legislatore che smentisce tale assunto, ritenendo compromettibili tutte le controversie devolute al giudice amministrativo che abbiano a oggetto diritti soggettivi, purché le parti non facciano ricorso all'arbitrato irrituale e non autorizzino il giudizio secondo equità.

Incidentalmente si deve altresì rilevare che la dottrina pone in dubbio il dogma dell'indisponibilità dell'interesse legittimo, con conseguenti aperture all'arbitrato anche in questo campo<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> In senso difforme DANOVÌ, *op. cit.*, p. 192 ss., con riferimento ai procedimenti in camera di consiglio.

<sup>106</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 37.

<sup>107</sup> In questo senso, si possono ricordare: Cons. Stato, 20 dicembre 1997, n. 1872, in *Guida al dir.*, 1998, 9, p. 78 ss.; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3367, con nota di FRACCHIA; in *Riv. arb.*, 1992, p. 447, con nota di SELVAGGI; Cass., sez. un., 27 luglio 1982, n. 4317, in *Giur. it.*, 1983, II, c. 761; CARLEO, *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 265 ss.; VALERI, *Brevi riflessioni sull'arbitrato e la <<nuova>> giurisdizione esclusiva*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2000, p. 323 ss.; SCHINZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 65. In senso contrario SATTA, *op. cit.*, p. 199, il quale rileva, tuttavia, la necessità di indagare per quali motivi la giurisdizione ordinaria è stata istituita. Pertanto <<se con ciò la legge ha voluto sottrarre all'autonomia negoziale determinati rapporti, l'arbitrato è ovviamente da escludere; non è da escludere se le ragioni del giudice speciale sono dovute a motivi diversi (ad es. celerità dei giudizi)>>; PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale: nuove regole, nuove responsabilità*, Napoli, 1998, *passim*, il quale ritiene più adatto alle liti relative alla pubblica amministrazione l'arbitrato irrituale; CONSOLO, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche*, in *L'arbitrato e la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 153 ss. Cfr. altresì la disamina di Caia, il quale rileva che già prima di tale novella, alcune leggi avevano iniziato un cammino di rivalutazione dell'istituto (CAIA, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in *L'arbitrato e la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 19). In giurisprudenza si rimanda a Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss., con postilla di CONSOLO e note di RUFFINI e MARINELLI, nonché in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254 ss., con nota di E.F. RICCI, nonché ancora in *Riv. arb.*, 2001, p. 699, con nota di FAZZALARI. Per un'ampia disamina si rimanda a ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 249 ss.

<sup>108</sup> Si rimanda a: GASPARINI CASARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, 1999, p. 1018; ZUCCONI GALLI FONSECA, in



Ciò deriva principalmente dalla riconosciuta possibilità di applicare i principi di responsabilità aquiliana anche nel caso di lesione dell'interesse legittimo<sup>109</sup>.

Pertanto, se la lesione dell'interesse legittimo determina la nascita di un diritto al risarcimento del danno, quest'ultimo essendo un diritto pienamente disponibile, potrà essere oggetto di giudizio arbitrale, così come si è già ampiamente spiegato nel paragrafo precedente.

Piuttosto in questo ambito possono sorgere problemi applicativi a causa della stretta correlazione fra la lesione dell'interesse legittimo e l'atto amministrativo che lo determina, e cioè, in altre parole, sulla modalità in cui opera la pregiudiziale amministrativa<sup>110</sup>, punto oggetto di un vivace dibattito in seno agli interpreti.

Tuttavia, anche qualora si ritenga che la pregiudizialità amministrativa abbia un rilievo di primo piano per risolvere la questione in merito alla risarcibilità dell'interesse legittimo, si deve comunque concludere a favore della devoluzione della controversia *de qua* agli arbitri, in virtù del potere ad essi riconosciuto di indagare *incidenter tantum* (ex art. 819 c.p.c.) sul risarcimento del danno.

Dubbi sulla arbitrabilità delle liti hanno altresì interessato quelle materie devolute alla competenza inderogabile di un dato giudice.

Tuttavia, anche in questo caso, gli interpreti più attenti evidenziano che la valutazione della non arbitrabilità di una lite deve essere compiuta solo in relazione agli aspetti della situazione sostanziale controversa, non avendo alcuna

---

*Arbitrato*, cit., p. 87, la quale rileva che il problema dell'arbitrabilità deve essere valutato tenendo conto di quello della pregiudizialità amministrativa; VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 41; NELA, in *Recenti riforme del processo civile*, II, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1606, il quale sostiene che la modifica dell'art. 806 c.p.c. costituirebbe simbolo dell'apertura dell'arbitrato in favore di oggetti disponibili diversi dai diritti. In senso nettamente contrario Cass., 5 maggio 2008, n. 10969, in *Dejure*, in tema di controversie relative alle c.d. concessioni-contratto; Cass., 27 luglio 2004, n. 14090, *ivi*, la quale definisce l'art. 6 della l. 205/2000 norma speciale e non applicabile al di fuori dei diritti soggettivi. In senso contrario si rimanda a titolo esemplificativo ad ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 761.

<sup>109</sup> Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2478 ss., con nota di PALMIERI e PARDOLESI.

<sup>110</sup> Per una corretta ricostruzione del problema si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 90 ss.

importanza eventuali problemi di competenza “interna” alla giurisdizione<sup>111</sup>, poiché, la stipulazione della convenzione di arbitrato determina il superamento della stessa giurisdizione<sup>112</sup>.

Pertanto non deve reputarsi inammissibile *tout court* l’arbitrato in materia fallimentare, seppure con le opportune precisazioni, in virtù dell’attribuzione allo stesso curatore della possibilità di stipulare compromessi (art. 35 l. fall.)<sup>113</sup> e del potere riconosciuto al giudice delegato di nominare gli arbitri su proposta del curatore (art. 25, comma 1°, n. 7, l. fall.); né con riferimento alle controversie sulle locazioni, o a quelle condominiali di impugnativa delle delibere assembleari<sup>114</sup>, oppure a quelle in materia agraria<sup>115</sup>.

Non costituisce altresì un limite alla arbitrabilità delle liti, la possibilità riconosciuta alle parti di tutelare il proprio diritto tramite procedimenti aventi natura sommaria non cautelare. Infatti, seppure agli arbitri sia inibito emettere decreti ingiuntivi<sup>116</sup> e ordinanze di convalida di sfratto o di licenza<sup>117</sup>, non deve

---

<sup>111</sup> In questo senso: Trib. Ivrea, 26 maggio 2010, in *Pluris*; Cass., 3 luglio 2006, n. 15204, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 916 ss.; Cass., 5 ottobre 2009, n. 21198, in *Dejure*; Cass., 23 febbraio 2006, n. 3889, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Arbitrato*, n. 103.

<sup>112</sup> Così VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p.66

<sup>113</sup> Si reputano esclusi dall’arbitrato tutti i rapporti per i quali il procedimento previsto dalla legge svolge un effetto funzionale al processo fallimentare. Così si reputa impossibile ricorrere allo strumento arbitrale nei casi di procedimento di ammissione allo stato passivo, nei procedimenti di formazione ed esecutività dello stato passivo, nel caso di opposizione allo stato passivo, nei reclami *ex art. 26 l. fall.*; nel procedimento di appello contro la sentenza di fallimento *ex art. 18 l. fall.*; nel caso di impugnazione *ex art. 98 l. fall.*; nelle insinuazioni tardive di crediti, nonché nei giudizi diretti alla declaratoria di nullità degli atti della procedura. Problemi sorgono anche con riferimento ai debiti della massa fallimentare, mentre si manifesta una apertura per l’arbitrato relativamente alle liti riguardanti la formazione della massa attiva del fallimento. Sul punto si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Commentario breve al c.p.c.*, cit., p. 2748; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. II)Le materie non compromettibili*, cit., 151 ss.; VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, *passim*; BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>114</sup> Tale esclusione era in passato motivata dal fatto che l’art. 1137, comma 2°, c.c. affida tale controversi al giudice ordinario.

<sup>115</sup> Sul punto si rimanda ai richiami contenuti nel par. 4.

<sup>116</sup> Sicuramente gli arbitri non possono emettere decreti ingiuntivo in virtù dell’impossibilità di calare il procedimento per decreto ingiuntivo nello schema del processo arbitrale, caratterizzato dal contraddittorio pieno. Altresì non è possibile devolvere agli stessi la fase dell’opposizione a decreto ingiuntivo, poiché ciò determinerebbe l’attribuzione agli arbitri di un potere di incidere sul provvedimento emesso dall’autorità giudiziaria. Tali osservazioni, tuttavia, non escludono *tout court* di devolvere ad arbitri le controversie in relazioni alle quali sia stato emesso un decreto ingiuntivo. In questo caso il giudice dell’opposizione, fondata sull’*exceptio compromissi*, dovrà invalidare il decreto perché emesso nonostante la devoluzione della lite ad arbitri (si rimanda ampiamente alle osservazioni di BRUNELLI, *Procedimento di ingiunzione e arbitrato: alcune questioni vecchie e nuove*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 85 ss.; GARBAGNATI, *Il procedimento per ingiunzione*, Milano, 1991, p. 135 ss.; SCHINZEROTTO, *Dall’arbitrato*, cit., p. 70 ss. Si segnala infine una interessante pronuncia, Trib. Napoli, 1° aprile 2004, in *Dejure*, il quale si trova ad

reputarsi che la scelta delle parti di abbracciare queste forme di tutela determini l'incompromettibilità dei diritti sottostanti.

Per la medesima ragione reputo altresì arbitrabili le controversie possessorie, seppure la maggiore parte degli interpreti nega tale possibilità adducendo unitamente alla specialità di rito<sup>118</sup> che caratterizza tali liti, sia l'impossibilità per gli arbitri di adottare provvedimenti coercitivi<sup>119</sup>, sia il fatto che il giudizio non abbia a oggetto una situazione di diritto<sup>120</sup>.

Tuttavia è stato osservato, giustamente, che il c.d. merito possessorio può anche riguardare situazioni giuridiche piene, quali, ad esempio, il risarcimento del danno da spossamento<sup>121</sup>.

In realtà, il vero problema, come è stato rilevato<sup>122</sup>, è quello di inquadrare correttamente la tutela possessoria, così come modificata dalla legge n. 80 del 2006, in relazione alla quale ancora si pongono dubbi in merito alla contestualità o meno della introduzione del giudizio di merito possessorio. Infatti se si reputa che entrambe le due fasi siano introdotte con il ricorso iniziale, potrebbero sorgere dei dubbi sulla opportunità di deferire le due fasi a due giudici di diversa natura.

Abbracciando i medesimi principi, nonostante che sia inibito agli arbitri condurre un processo esecutivo, ritenendosi a ragione che non sussista quella attività di giudizio che è connaturale alla funzione arbitrale, non deve, invece, essere esclusa la possibilità di considerare arbitrabili le opposizioni, in particolare quella all'esecuzione e quella di terzo, poiché le stesse hanno generalmente ad oggetto controversie su diritti soggettivi pienamente disponibili<sup>123</sup>.

---

analizzare una particolare convenzione arbitrale, ove è prevista la devoluzione ad arbitri di tutte le controversie relative all'interpretazione ed esecuzione del contratto, ma è prevista la competenza dell'autorità giudiziaria per quanto riguarda il decreto ingiuntivo e il relativo giudizio di opposizione).

<sup>117</sup> Cass., 23 giugno 1995, n. 7127, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Sfratto*, n. 30; VERDE, *La convenzione d'arbitrato*, cit., p. 101, il quale afferma che il ricorso sia al procedimento monitorio sia a quello di convalida ex art. 663 o di rilascio ex art. 665 non può essere escluso, essendo l'eccezione di compromesso fra quelle non rilevabili d'ufficio.

<sup>118</sup> Cass., 18 agosto 1990, n. 8399, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Arbitrato*, n. 58

<sup>119</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>120</sup> Sul punto, LA CHINA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>121</sup> Così ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 40; CABRINI, *Diritto vivente e merito possessorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1293 ss.

<sup>122</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 40.

<sup>123</sup> In senso contrario, Cass., 18 luglio 1957, n. 2998, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 525 e in dottrina, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 760; BIAMONTI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 910; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., p. 224; REDENTI,

Infatti, ad esempio, con l'opposizione all'esecuzione, l'obbligato può contestare o che si sia avverata la condizione dell'operatività in concreto della misura, ossia l'inadempimento, ovvero la quantificazione effettuata dal creditore nell'atto di precetto.

In questi casi si tratta di opposizioni fondate sulla negazione del diritto o comunque sul modo di essere dello stesso e pertanto pienamente arbitrabili, poiché riguardano controversie che incidono direttamente sul merito.

Inoltre, rovesciando quanto sostenuto da altra parte della dottrina<sup>124</sup>, la quale precisa che il divieto di devolvere agli arbitri le controversie relative all'opposizione all'esecuzione trova fondamento nell'impossibilità per quest'ultimi di annullare i provvedimenti del giudice dello Stato, si deve osservare che la pronuncia dell'arbitro, oltre ad incidere solo sugli aspetti formali del titolo esecutivo, potrebbe altresì riguardare non un provvedimento del giudice ma la pronuncia emessa da un altro arbitro, oppure l'esecuzione potrebbe trovare fondamento in un titolo di natura stragiudiziale.

Per tali ragioni non è corretto individuare in linea generale un divieto alla compromettibilità della controversia *de qua*.

Ovviamente, rimarrà saldo il divieto per gli arbitri di interloquire sulla sorte del processo esecutivo, e, quindi, non sarà loro possibile, in virtù dell'espresso divieto stabilito dall'art. 818 c.p.c., di procedere alla sospensione dell'esecutività del titolo, costringendo quindi le parti a formulare una espressa domanda al giudice.

A diverse conclusioni, si deve invece pervenire con riferimento alla opposizione agli atti esecutivi, ove sussiste un <<rapporto indissolubile, di tipo funzionale, tra questa controversia e il giudice dell'esecuzione>> e alle liti in sede di riparto *ex art. 512 c.p.c.*, poiché, oltre a dovere essere risolte con ordinanza, hanno come oggetto non tanto il diritto sostanziale di credito ma quello meramente processuale di partecipare alla distribuzione della somma ricavata.

Devono reputarsi pienamente compromettibili le controversie relative a

---

*Compromesso*, cit., p. 797. In senso positivo: SATTA, *Comm. al c.p.c.*, cit., p. 204; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 41 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, cit., p.108.

<sup>124</sup> ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 760

diritti soggettivi per la cui tutela il legislatore ha previsto l'adozione del procedimento camerale<sup>125</sup>, poiché ancora una volta sarà necessario valutare la disponibilità del diritto e non il tipo di strumento processuale predisposto<sup>126</sup>.

Da ultimo qualche breve cenno alla possibilità di deferire agli arbitri l'emanazione di provvedimenti cautelari.

In apparenza, non si dovrebbe neppure porre la questione, poiché chiaramente l'art. 818 c.p.c. stabilisce il divieto per gli arbitri di emettere provvedimenti cautelari, salvo espressa previsione di legge, così come si verifica con riguardo alla possibilità riconosciuta agli arbitri di sospendere le deliberazioni assembleari.

Nonostante che il dettato normativo sia così chiaro, alcune istituzioni arbitrali, come ad esempio la Camera arbitrale di Milano, ha introdotto nei propri regolamenti la possibilità per gli arbitri di adottare i provvedimenti cautelari. Si legge, infatti, all'art. 22, comma 2°, del suddetto regolamento <<il tribunale arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento>>.

Tale previsione non deve reputarsi pellegrina.

Infatti, non vedo alcuno ostacolo, *de iure condendo*, come peraltro riconosciuto di già presso altri ordinamenti<sup>127</sup> e in parte anche dal nostro legislatore con la previsione di cui all'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003, ad attribuire un simile poteri agli arbitri, lasciando naturalmente il dominio al giudice togato di conferire l'esecutività.

Tale cambiamento di rotta, oltre che a costituire evidente segno del *favor* nei riguardi dell'arbitrato, consentirebbe di garantire una maggiore efficienza

---

<sup>125</sup> Così ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 42; in senso contrario LA CHINA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>126</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, p. 17.

<sup>127</sup> Così come prevede la recente novella sull'arbitrato francese. Infatti l'art. 1468, così come modificato dal decreto del 13 gennaio 2011, n. 48, prevede: <<*Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée*>>. Per ulteriori riferimenti con riguardo ad altri ordinamenti, ampiamente CARPI, *L'arbitrato fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e imp.*, 1990, p. 901 ss. e ID., *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 674 ss.

della giustizia, sia togata, sia arbitrale.

## **8. La necessità di distinguere l'indisponibilità oggettiva dalla carenza di legittimazione a disporre del diritto.**

Come ho evidenziato nelle pagine precedenti, analizzare il concetto di indisponibilità del diritto vuole dire essenzialmente cimentarsi nell'analisi dei due profili che costituiscono il termine stesso, quello soggettivo, e cioè la capacità di disposizione, e quello oggettivo, la natura stessa del diritto.

Traslando tale assunto nel campo arbitrale, significa che la possibilità di compromettere in arbitri deve essere riconosciuta a colui che si afferma titolare della situazione sostanziale: infatti, vi deve essere una tendenziale corrispondenza fra titolari del diritto sostanziale affermato e titolari dei poteri processuali arbitrali.

Tuttavia, come ha dimostrato la dottrina<sup>128</sup>, affinché sia possibile stipulare una convenzione d'arbitrato è sufficiente che il soggetto sia titolare della c.d. legittimazione a compromettere, che, in linea generale, è tipica di colui che ha il potere di disporre, ma non esclusiva.

Molto spesso accade che gli interpreti sovrappongano il concetto di diritto disponibile, e quindi arbitrabile, con quello di legittimazione a compromettere, concludendo, pertanto che la carenza di quest'ultimo sia segnale del fatto che il diritto non sia compromettibile.

In realtà l'assenza di questo elemento denota semplicemente il fatto che chi vorrebbe disporre del diritto o non sia titolare del medesimo oppure non ne

---

<sup>128</sup> In questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto a terzi*, cit., p. 244 ss., la quale si affronta puntualmente l'ampio tema della legittimazione a compromettere (cosa che aveva già fatto in parte in un Suo precedente scritto: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 1127 ss.) rilevando che la stessa deve essere misurata, data la maggiore complessità dell'atto negoziale, la convenzione d'arbitrato, sui titolari della situazione sostanziale che venga costituita dal medesimo contratto. L'Autrice, rilevando che la legittimazione a compromettere deve essere scomposta in legittimazione a costituire una situazione sostanziale giuridica strumentale di tipo processuale e che il difetto di legittimazione a disporre importa difetto di legittimazione a compromettere, afferma che: 1) legittimato ordinario a compromettere è il titolare della situazione sostanziale dedotta come presupposto del patto compromissorio; 2) legittimato straordinario a compromettere è colui che, pur non essendo titolare della situazione sostanziale dedotta come presupposto della convenzione d'arbitrato, è fornito del potere di disporre; ciò naturalmente si verifica nei casi di sostituzione sostanziale

possa disporre<sup>129</sup>.

Alla luce di tale assunto, si può quindi affermare che, seppure il creditore surrogante<sup>130</sup> non possa validamente concludere un compromesso valevole nei confronti del debitore, poiché non è titolare del diritto, ciò non vuole dire, naturalmente, che il diritto sostanziale sia indisponibile, ma solamente che dello stesso potrà correttamente disporre solo il reale titolare.

Discorso simile vale anche con riguardo, ad esempio, ai minori sottoposti alla potestà dei genitori e ai semi-incapaci<sup>131</sup>. Questi ultimi non hanno la libera disponibilità dei loro diritti, ma ciò non vuole dire che non possano stipulare validamente compromessi. Nel caso dei minori, il potere di stipulare il compromesso verrà esercitato dai genitori congiuntamente o da chi esercita la potestà, mentre i semi-incapaci, al pari dei minori emancipati, potranno stipulare compromessi con l'assistenza del curatore e l'autorizzazione del tribunale o del giudice tutelare se il curatore è il genitore.

Abbracciando il *distinguo* sopra menzionato, come rileva attenta dottrina<sup>132</sup>, deve essere anche risolto, ad esempio, il problema della compromettibilità delle delibere assembleari.

Quando si afferma che l'impugnativa *de qua* riguarda una materia indisponibile, poiché l'impugnante e la società non possono raggiungere lo stesso effetto in via negoziale<sup>133</sup>, si compie un errore di fondo.

Infatti, il problema che si verifica in una simile circostanza non è tanto connesso alla disponibilità o meno del diritto, ma è legato al fatto che l'unico organo abilitato a porre nel nulla la delibera, attraverso la sua sostituzione, è l'assemblea dei soci, e non l'ente-società, in virtù <<della dissociazione fra il ruolo esterno di azione dell'ente ed il modo di formazione della sua volontà>>.

---

<sup>129</sup> Giustamente si rileva che è necessario non confondere la legittimazione a stipulare la convenzione, che riguarda il profilo soggettivo, con la compromettibilità della controversia, che riguarda l'oggetto del compromesso (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 455).

<sup>130</sup> Così, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, cit., p. 1200.

<sup>131</sup> PUNZI, *op. cit.*, p. 461 ss., a cui si rimanda per gli ampi riferimenti. Per un esame casistico si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Commentario breve al c.p.c.*, cit., p. 2739 ss.

<sup>132</sup> Così ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 24.

<sup>133</sup> In questo senso, E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 522, il quale parla di indisponibilità assoluta per quanto riguarda la nullità delle delibere e di indisponibilità relativa per quanto attiene a quelle di annullamento, poiché vi sarebbe la possibilità limitata di rinunciare all'azione di annullamento, ma non di ottenere in via transattiva l'annullamento della deliberazione.

Infatti il potere di adottare ed eventualmente di sostituire la delibera sociale è attribuito dalla legge alla assemblea dei soci<sup>134</sup>, mentre la possibilità di agire in giudizio e, quindi conseguentemente di compromettere in arbitri, è attribuita alla società, in persona del suo organo deputato.

Questa scissione tra soggetti del giudizio e organo deputato ad adottare la delibera assembleare deriva dalla peculiarità che caratterizza il funzionamento dell'ente<sup>135</sup> e non ha alcun valore per determinare la arbitrabilità della controversia.

## **9. La errata coincidenza tra il ruolo del p.m. e il concetto di indisponibilità del diritto.**

È necessario sgombrare il campo da un ricorrente pregiudizio, e cioè quello della coincidenza tra ruolo del p.m. e il concetto di indisponibilità del diritto<sup>136</sup>.

Non ritengo che il ruolo del p.m. costituisca segnale della indisponibilità del diritto.

Infatti, a mio sommosso avviso, allineandomi all'insegnamento di attenta dottrina<sup>137</sup>, non vi è coincidenza naturale fra il ruolo del p.m. e l'indisponibilità del diritto.

In altre parole, la mera presenza del p.m. non è in grado di trasformare un

---

<sup>134</sup> Sul punto ampiamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto a terzi*, cit., p. 562 ss.; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato*, cit., par. 2; CONSOLO, *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 255 ss., ove osserva che la transazione si può fare purché venga ratificata dall'assemblea.

<sup>135</sup> Riprova di tale assunto è individuato dalla dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrati speciali*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, p. 78) dalla stessa possibilità riconosciuta al giudice di conciliare le parti suggerendo le eventuali modificazioni da apportare alla deliberazione, le quali dovranno poi essere recepite dalla assemblea dei soci.

<sup>136</sup> Nonostante quanto, in apparenza, risulta affermare la disciplina dell'arbitrato societario, il quale, all'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, stabilisce che non è possibile ricorrere al giudizio arbitrale nelle cause in cui è previsto l'intervento obbligatorio del p.m.

<sup>137</sup> VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, p. 614 ss.; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, p. 79 ss.; Zucconi GALLI FONSECA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, pp. 17 e 18; AULETTA, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, cit., p. 423.



diritto da disponibile ad indisponibile<sup>138</sup>.

Tale assunto è chiaramente dimostrato dalla mancanza della presenza del p.m. in relazione a diritti di natura indiscutibilmente indisponibile, come ad esempio nelle controversie relative al diritto al nome.

Ed ancora.

L'art. 1968 c.c., relativamente al giudizio di falsità dei documenti, ritiene – se si legge in senso positivo la previsione – ammissibile la transazione nei giudizi civili di falso, purché la stessa venga omologata dal tribunale, sentito il pubblico ministero. Pertanto, in tale caso, la transazione si perfeziona validamente in merito alla vericidità o meno del documento, salvo il controllo formale dell'attività requirente pena la inefficacia stessa dell'accordo.

Inoltre, come è noto, l'art. 70, comma 3°, c.p.c. afferma che il p.m. possa intervenire in tutte le cause in cui lo stesso ravvisi un pubblico interesse, e quindi, portando l'assunto alla sua massima estensione, mi pare di potere concludere che l'intervento del p.m. sia ammissibile anche qualora non vi siano in gioco diritti indisponibili, altrimenti non vi sarebbe la discrezionalità della sua azione.

La rottura tra ruolo del p.m. e diritti indisponibili è posta in evidenza da una parte della dottrina<sup>139</sup>, la quale rileva che solo qualora l'azione sia attribuita al p.m. è possibile parlare di indisponibilità del diritto, mentre l'intervento<sup>140</sup> obbligatorio<sup>141</sup> mantiene inalterata la disponibilità dello stesso incidendo, esclusivamente <<sulla modalità di esercizio dell'azione e di elementi della sua struttura>><sup>142</sup>. Conseguentemente il mero intervento obbligatorio del p.m.

---

<sup>138</sup> ANGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità delle controversie sulla validità dei brevetti per invenzione*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, p. 58 ss.; nello stesso senso BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, Torino, 1999, p. 115 ss. Sono altresì interessanti le osservazioni di VELLANI, *op. cit.*, p. 130 ss., il quale distingue all'interno delle ipotesi in cui l'azione sia concessa al p.m., ipotesi in cui il legislatore ha ravvisato un pubblico interesse non nell'oggetto in sé del futuro processo, bensì nel mero esercizio dell'azione (in questo caso l'azione non spiega alcuna influenza sulla materia del contendere che, se di natura privata, resta tale) e casi in cui il legislatore ha ravvisato, invece, un pubblico interesse nella situazione di diritto sostanziale.

<sup>139</sup> VELLANI, *op. cit.*, p. 614 ss.; Cass., 8 marzo 1972, n. 654, in *Giur. it.*, 1973, c. 1502 ss.

<sup>140</sup> Una parte della dottrina rileva che, almeno nei casi in cui di intervento del p.m., l'indisponibilità deve essere spiegato su basi diverse, mentre l'intervento del p.m. è stabilito a tutela di interessi ultranei rispetto a quello delle parti, pienamente compatibili con la disponibilità del diritto da parte del suo diretto titolare (BERLINGUER, *op. cit.*, p. 113 ss.)

<sup>141</sup> Le stesse conclusioni devono essere estese naturalmente con riferimento all'intervento facoltativo.

<sup>142</sup> VELLANI, *op. cit.*, p. 616 e nello stesso senso CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, II, Milano, 1951, p. 771.

mantiene inalterata la disponibilità del diritto, ove tale, naturalmente sia a prescindere.

Oggi il legislatore compie un passo ulteriore.

Infatti, l'art. 122 del d.lgs. n. 30 del 2005, pur affermando che l'azione di nullità di un titolo di proprietà industriale possa essere promossa dal p.m., prevede espressamente, in deroga all'art. 70 c.p.c., che l'intervento del medesimo non sia obbligatorio.

Tale previsione, come rileva una parte degli interpreti<sup>143</sup>, pone le basi per un nuovo e diverso rapporto tra p.m. e autonomia privata, poiché entrambi appaiono titolari di un diritto autonomo di azione con caratteristiche di spiccata autonomia reciproca, benché teso alla tutela di una medesima utilità<sup>144</sup>.

Sibbene questa previsione costituisca una eccezione rispetto alla regola generale, essa rappresenta, a mio sommesso avviso, una ulteriore riprova della bontà della tesi abbracciata.

Pertanto, se, come credo, non vi sia una corrispondenza biunivoca tra il concetto di diritto indisponibile e l'azione del p.m., non posso nascondere che l'azione del p.m. possa costituire un ostacolo per la devoluzione della controversia agli arbitri, in ragione della natura privata del giudizio medesimo, la quale, almeno allo stato attuale, non consente di ospitare l'intervento del p.m.

Tuttavia, *de iure condendo*, non vi sarebbero ostacoli a immaginare, alla luce del ruolo sostanzialmente formale che il p.m. riveste nel giudizio civile, che nelle controversie in cui sia previsto il suo intervento e naturalmente aventi ad oggetto diritti disponibili<sup>145</sup>, sia possibile addivenire al giudizio arbitrale, previo consenso del medesimo.

In altre parole, si potrebbe immaginare la possibilità, sulla base di una istanza motivata delle parti<sup>146</sup>, del rilascio di un preventivo consenso da parte del p.m., al fine di consentire alle parti il ricorso a pieno titolo alla giustizia arbitrale per l'accertamento del loro diritto. Unitamente a tale autorizzazione, si potrebbe

---

<sup>143</sup> GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, in *Aida*, 2006, p. 11

<sup>144</sup> A mio parere sembra, quindi, confermata in un certo senso la ricostruzione offerta da Vellani.

<sup>145</sup> Per esempio non nel caso in cui entrino in gioco i diritti dei minori: sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta-Arcieri, Torino, 2012, p. 658 ss.

<sup>146</sup> Attraverso questa istanza le parti dovrebbero motivare le ragioni che spinge le medesime a rinunciare alla effettiva presenza del p.m.

altresì ipotizzare un successivo controllo meramente formale da parte del p.m. in sede di omologazione del lodo<sup>147</sup>, così come, in un certo senso, è previsto dallo stesso art. 1968 c.c. sopra esaminato.

#### **10. Il concetto di disponibilità richiamato dall'art. 806 c.p.c. e quello indicato dall'art. 1966 c.c.: impossibilità di una loro sovrapposizione.**

Dopo avere delineato i confini negativi del concetto di arbitrabilità, è necessario ora procedere alla sua definizione.

Tuttavia, prima di compiere questo ulteriore passaggio sono opportune delle precisazioni.

Seppure l'art. 1966 c.c. non costituisca, all'interno del nostro ordinamento, l'unico referente positivo del concetto di disponibilità del diritto, come si è visto, gli interpreti sia del passato sia anche recenti tendono ad adottare la presente norma come punto di partenza per delineare il concetto di disponibilità idoneo a determinare l'arbitrabilità dei diritti.

Tale errore deriva dalla diretta assimilazione della convenzione arbitrale alla transazione, come contratto direttamente dispositivo. Ciò vuole dire che nonostante siano chiare le differenze strutturali e funzionali tra i due modelli negoziali, si è da sempre ritenuto opportuno utilizzare per la prima il modello delineato per la seconda, benché solo il modello transattivo produca una diretta incidenza sul diritto sostanziale.

In altre parole, si reputa che colui che vuole ricorrere allo strumento arbitrale debba essere titolare del medesimo potere dispositivo richiesto per transigere.

Così operando, tuttavia, si incorre in un grave vizio logico.

Come è noto, è possibile distinguere<sup>148</sup> un potere di disposizione in senso

---

<sup>147</sup> Sul punto cfr. BERLINGUER, *op. cit.*, p. 41.

<sup>148</sup> CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 17 ss.

ampio<sup>149</sup> da un potere di disposizione in senso stretto<sup>150</sup>.

Il potere dispositivo inteso nella prima accezione attiene alla generale funzione del negozio giuridico, come autoregolamentazione dei rapporti giuridici diretto alla costituzione, modificazione ed estinzione di situazioni sostanziali.

Diversamente, il secondo concetto di potere di disposizione riguarda la categoria dei negozi giuridici c.d. dispositivi, contrapposti essenzialmente ai negozi obbligatori e ai negozi meramente attributivi di diritti: mentre i primi pongono in essere una modificazione o una estinzione della situazione sostanziale sottostante, tale da comportare una diminuzione patrimoniale, i secondi, tra cui rientra anche i negozi di accertamento<sup>151</sup>, costituiscono in capo al soggetto un

---

<sup>149</sup> In questo senso si rimanda alla disamina di SANTORO – PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 21 ss.; FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 224, che afferma che autonomia privata e potere di disposizione sono il medesimo concetto; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 84; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*. II, Padova, 1932, p. 176; GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 263 ss.

<sup>150</sup> Sul punto si rimanda a SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 220 ss.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, cit., p. 165 ss.; ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, cit., p. 33 ss., specialmente p. 38; LENER, *Potere*, cit., p. 919 ss.; PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, cit., p. 318 ss. Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, cit., par. 4, il quale distingue da questa categoria quella <<particolare posizione del soggetto in ordine a un determinato rapporto giuridico, che lo legittima all'esplicazione del potere di autonomia privata in ordine ad esso (e si parla anche, in questo senso, di capacità dispositiva o legittimazione). Questo ulteriore *distinguo*, a mio sommesso avviso, non ha pregio, poiché la terza categoria delineata dell'A. deve trovare comunque collocazione nel concetto di potere dispositivo in senso ampio, poiché anche in questo caso vi è una totale sovrapposizione con il concetto di autonomia privata.

<sup>151</sup> Ancora oggi il dibattito relativo alla ammissibilità di questo istituto giuridico non è sopito, poiché non tutta la dottrina ammette la possibilità che l'attività di accertamento possa essere ricollegata ad una attività avente natura negoziale. Numerosi sono i Maestri che si sono cimentati nel suo studio. A titolo esemplificativo e non esaustivo si rimanda alle osservazioni di FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, rist., Firenze, 1993, *passim*, il quale evidenzia una assoluta incompatibilità tra attività negoziale e accertamento. L'A. non ritiene che l'accertamento possa essere causa di un negozio: infatti quando sorge una pretesa, contro la medesima è necessario il giudizio di un terzo, l'unico capace di imporre la propria volontà alle parti. Questo terzo in via generale è il giudice e in via eccezionale anche l'arbitrato; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, p. 3 ss., il quale pone in primo piano il rapporto tra diritto sostanziale e processo e ritiene che vi sia una possibile equivalenza tra attività negoziale e attività giurisdizionale pubblica. Il punto di partenza della Sua tesi è la teoria degli equivalenti giudiziali e rileva che vi è una categoria di negozi caratterizzati dal fatto che come causa hanno quella di eliminare stragiudizialmente una lite presente o futura. L'eliminazione della lite presuppone sempre un accertamento, il quale consta di due elementi, e cioè il giudizio e il comando. Questi elementi si trovano tanto nella sentenza quanto negli equivalenti giudiziali, ma, mentre nella sentenza si avrebbe un giudizio a cui si aggiunge un comando, nel negozio avremo un comando da fare valere come un giudizio; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali di scienze giuridiche dell'Università di Messina*, 1923-1933, p. 377 ss., il quale propone una ricostruzione tutta privatistica dell'istituto; GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, *passim*; SANTORO – PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 9 ss.; PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958,

mero dovere di comportamento, cosicché è improprio parlare in relazione di quest'ultimi di una vera e propria diminuzione. Pertanto, in questa ultima accezione, il potere di disposizione non è altro che espressione di una mera modifica di una situazione preesistente.

La trasposizione di tali principi al campo arbitrale determina importanti conseguenze applicative.

Come è noto, con l'arbitrato non si costituisce, né si modifica né si estingue un rapporto giuridico inteso ai sensi dell'art. 1322 c.c., ma si accerta unicamente il modo di essere di quel tipo di rapporto. Semmai, come osserva attenta dottrina<sup>152</sup>, l'arbitrato costituisce, modifica o estingue un rapporto giuridico non più di quanto lo faccia un provvedimento giudiziale statale.

Con la stipula della clausola compromissoria, le parti non dispongono dei propri diritti ma individuano unicamente uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie; in altre parole con la stipula del patto compromissorio si determina la nascita di un contratto avente mero contenuto processuale.

Pertanto non si può ritenere che il concetto di potere dispositivo rilevante ai fini dell'arbitrato sia quello proprio abbracciato dall'autonomia privata, poiché con l'arbitrato non si crea, non si modifica non si estingue alcuna situazione sostanziale ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Questo particolare modo di atteggiarsi del potere dispositivo - e cioè sganciato dal concetto proprio di autonomia privata - si riscontra anche con riferimento alla dichiarazione confessoria, ove si riconosca alla stessa valenza processuale<sup>153</sup>.

Infatti, l'art. 2371 c.c. impone che la confessione possa reputarsi efficace solo se la stessa proviene da persona capace di disporre del diritto, a cui i fatti si

---

*passim*, il quale parla di accertamento privato in termini di autotutela, determinando quindi un rilevante divario rispetto l'attività di arbitri, ove non è possibile individuare una simile caratteristica. Per una disamina completa delle varie tesi in tema di accertamento privato e per una ampia critica delle stesse, si rimanda all'interessante scritto di FABBRINI, *L'accertamento privato (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 631 ss.

<sup>152</sup> FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 157, ove osserva <<(…) l'attività del terzo, arbitratore o arbitro, non è mai un'attività di contenuto volitivo o normativo, ma bensì di contenuto meramente logico o conoscitivo: un atto di scienza dell'intelletto, non un atto di volontà; un giudizio, tecnico o giuridico, secondo i casi, e non mai un negozio>>.

<sup>153</sup> Sostenitore di questa tesi è FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 876 ss.; ID., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., p. 113.

riferiscono.

In un simile caso, come è evidente, il potere dispositivo di cui deve godere il soggetto che rende la dichiarazione, non incide in alcun modo su un negozio. Gli autori che evidenziano questo particolare modo di atteggiarsi del potere *de quo* rilevano che in un simile caso la disposizione del diritto in contesa avviene solo in via indiretta, attraverso l'efficacia di prova legale<sup>154</sup>.

Alla medesima *ratio* risponde anche il potere dispositivo tipico del campo arbitrale: infatti le parti, con la stipula della convenzione, non dispongono in senso c.d. negoziale del diritto sottoposto al loro esame, sul quale, per di più, vanno ad incidere solo in via indiretta.

L'adesione a tale assunto non determina, tuttavia, la negazione della origine propriamente volontaristica dell'arbitrato<sup>155</sup>: infatti, seguendo l'insegnamento di attenta dottrina<sup>156</sup>, non è possibile <<far essere l'arbitrato quello che esso non può essere>>.

Affinché si possa realizzare un valido accertamento è giocoforza ritenere che i soggetti che devolvono la propria controversia al giudizio di arbitri abbiano la capacità di incidere sul diritto controverso, altrimenti non potrebbero neppure stipulare un valido patto compromissorio.

Infatti, la possibilità riconosciuta alle parti di derogare alla giurisdizione statale trova il suo fondamento nel particolare genere di trattamento che, in sede sostanziale, il legislatore riserva a un determinato diritto.

Tuttavia, il potere di incidere sul diritto che si richiede non è quello proprio dell'autonomia negoziale, bensì un potere più ristretto, e cioè quello fondato sulla rinuncia o abdicazione di un diritto già esistente, tipico dei c.d.

---

<sup>154</sup> In questo senso MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 367.

<sup>155</sup> In virtù di siffatta ragione, la Corte costituzionale, chiamata a stabilire se l'arbitrato sia costituzionalmente legittimo, ha respinto ogni censura, sulla base del principio di autonomia delle parti, che sono libere di porre in essere un regolamento <<valido nel limite in cui su questo diritto la volontà singola opera efficacemente>> (Corte cost., 12 febbraio 1963, n. 2, in *Giur. cost.*, 1963, I, p. 20 ss., con nota parzialmente adesiva di BARILE; in senso conforme, Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, *ivi*, 1977, p. 1103 ss., con nota di ANDRIOLI; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 488, in *Riv. arb.*, 1992, p. 247 ss., con nota di RECCHIA). Sul punto si rimanda a MONTESANO, *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 655 ss.

<sup>156</sup> PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, cit., p. 966.

negozi di secondo grado<sup>157</sup>.

Pur condividendo con essi questa medesima peculiarità, l'arbitrato (almeno quello rituale, discorso a parte richiederebbe quello irrituale) si discosta sia concettualmente sia funzionalmente dagli altri tipi di negozi di secondo grado, come ad esempio il negozio di accertamento o la transazione.

Infatti, il diritto che non può essere oggetto di reciproche concessioni, non necessariamente è escluso alla tutela arbitrale, poiché l'arbitrato, pur nascendo dalla volontà delle parti, ha come unico fine quello dell'accertamento del diritto. Inoltre, se è pur vero che il fenomeno arbitrale trae il suo sostentamento nella libera scelta delle parti, si sviluppa tuttavia in un contesto propriamente processuale.

Diverso discorso deve essere, invece, formulato con riguardo alla transazione: con essa le parti non compiono alcun accertamento del diritto controverso, ma compongono il conflitto mediante reciproche concessioni.

L'arbitrato si discosta anche dal negozio di accertamento, poiché la funzione del medesimo è quella di accertare una fattispecie e di mantenerla <<accertata anche per il caso di contrasto con la situazione giuridica reale, senza che il secondo intento lo renda inoperante, e quindi privo di giuridico rilievo il primo (...)>><sup>158</sup>.

Pertanto, quando le parti decidono di adottare lo strumento arbitrale non dispongono in senso lato del diritto ma individuano solamente uno strumento alternativo per risolvere le controversie. Non vi è rinuncia del c.d. diritto

---

<sup>157</sup> La formulazione originaria di tale istituto si deve agli studi bettiani (BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, p. 335 ss. ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, XV, 2, rist. 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1960, p. 374. Anche Doria analizza questa figura nell'ambito della sua opera sui negozi sull'effetto giuridico, DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano 2000, p. 39 ss.) e si intende quella categoria di negozi che hanno per oggetto immediato un rapporto giuridico preesistente, e operano su di esso nel senso di sovrapporgliene un altro. Gli atti negoziali che rientrano in questa categoria sono finalizzati alla regolamentazione di preesistenti rapporti giuridici. Betti individua due sottocategorie di negozi giuridici: nel primo gruppo rientrano gli atti negoziali che "colpiscono il precetto della autonomia privata costituente il contenuto del negozio", mentre quelli rientranti nel secondo gruppo sono diretti ad incidere su un determinato rapporto giuridico già esistente. Per l'insigne Maestro, anche la convenzione d'arbitrato – sia per arbitro rituale che per quello irrituale – è un negozio di secondo grado, in quanto tende a definire, in via indiretta, mediante poteri conferiti a un terzo, il contrasto nascente da un precedente negozio concluso tra le parti.

<sup>158</sup> PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. dir. priv.*, vol. 13<sup>o</sup>, parte V, diretto da Rescigno, Torino, 1985, p. 301.

d'azione<sup>159</sup>, come si verifica nel caso della transazione, ma semplicemente l'adozione di uno strumento diverso rispetto quello convenzionale, il quale, in forza della scelta compiuta dalle parti, acquista valore preminente.

Alla luce di queste osservazioni, la disponibilità valevole ai fini dell'arbitrabilità della lite è quella che sia in grado di determinare una rinuncia o abdicazione a un diritto già esistente<sup>160</sup>, e quindi in ultima analisi di ricorrere ai giudici togati ai fini dell'accertamento di quel stesso diritto.

## **11. Sintesi e prospettazione di una ipotesi ricostruttiva del tema dell'arbitrabilità dei diritti: l'incidenza dell'ordine pubblico al momento della definizione dell'ambito oggettivo della convenzione arbitrale.**

La sezione che precede è dedicata alla individuazione di un concetto positivo di disponibilità valevole in ambito arbitrale.

Dopo avere evidenziato che l'indagine relativa all'ambito oggettivo della convenzione arbitrale risente inevitabilmente delle due anime che la caratterizzano, ho cercato di ricostruire un concetto univoco di disponibilità, sia in senso c.d. soggettivo (il potere di disposizione) che in senso c.d. oggettivo. Infatti, come ho rilevato immediatamente, i due profili sono strettamente connessi e

---

<sup>159</sup> Su tale aspetto è utile richiamare le osservazioni di BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, cit., p. 33 ss., il quale accenna al rapporto tra arbitrato e diritto di azione, e in particolare si chiede in che misura le stesse parti, attraverso l'azione nel giudizio arbitrale, effettivamente dispongono dei diritti controversi e quale rapporto vi sia in concreto tra la struttura, la funzione di questo *iter* processuale, come problema scisso rispetto a quello della qualificazione dell'accordo compromissorio, e l'inquadramento operativo dell'istituto arbitrale. L'A. rileva che <<il profilo dell'autonomia dell'azione nel processo arbitrale dai diritti soggettivi controversi come problema scisso dalla natura contrattuale o meno dell'istituto non si è mai posto, con decisione, a nessun livello, così come non è mai pienamente emerso quello dell'effettivo rapporto che lega la stessa azione con il carattere più o meno disponibile delle posizioni sostanziali interessate>>. Questa interessante visione, tuttavia, a mio sommo avviso, dovrebbe però essere in grado di ricondurre a sistema un elemento fondamentale che connota l'arbitrato, e cioè la sua origine volontaristica e quindi il costante riferimento ai diritti disponibili. Sul punto si avrà modo di tornare nel proseguo.

<sup>160</sup> In questo senso si è già espressa ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 25; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, p. 93; in senso contrario MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, cit., par. 5, afferma che tale criterio non consente di definire in modo certo e verificabile il perimetro delle materie compromettibili in arbitri.



dipendenti, seppure non coincidenti, e, quindi molto utili nella eventuale definizione del concetto in esame.

Tale indagine, tuttavia, non è stata molto soddisfacente, in virtù della eterogeneità delle definizioni adottate dalla stessa dottrina.

L'unico dato certo che ho potuto trarre dall'esame delle diverse ricostruzioni interpretative è la impossibilità di offrire una ricostruzione unitaria della nozione di indisponibilità/disponibilità dei diritti<sup>161</sup> e la necessità di calare ogni volta questo importante istituto nelle singole realtà normative dove deve operare.

Successivamente, ho provato a concentrare la mia indagine esclusivamente sul campo arbitrale.

Anche in questo caso ho potuto evidenziare l'impossibilità di ricondurre a unità il concetto di indisponibilità/disponibilità, e conseguentemente quello di arbitrabilità.

Tuttavia, l'esame *de quo* mi ha permesso di evidenziare che la migliore dottrina conferma che la ricostruzione del concetto di disponibilità valevole in ambito arbitrale deve tenere presente il fine stesso perseguito da tale istituto, e cioè l'accertamento da parte di un terzo, raggiunto attraverso l'instaurazione di un vero e proprio processo e nel rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, del diritto controverso.

Da questo risultato, è partita la mia ricostruzione del concetto di arbitrabilità. Seguendo l'insegnamento della migliore dottrina<sup>162</sup>, ho prima cercato di delineare i c.d. limiti negativi di tale nozione e quindi di individuare quegli istituti che non assumono rilevanza nella definizione di arbitrabilità.

Seguendo questa strada, ho avuto modo di osservare che la compromettibilità non deve essere confusa con il concetto di inderogabilità, con le regole della competenza e della giurisdizione, con il concetto stesso di legittimazione a compromettere e così via.

Infine, ho individuato, tenendo sempre in considerazione il fine perseguito dallo strumento arbitrale, un concetto positivo di disponibilità valevole ai fini

---

<sup>161</sup> In questo senso già MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, cit., par. 6.

<sup>162</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 22 ss.

della compromettibilità delle liti, identificando il medesimo nella capacità del soggetto di rinunciare o abdicare a un diritto preesistente.

Infatti, l'art. 806 c.p.c. prevedendo che possono essere devolute ad arbitri le controversie che riguardano diritti disponibili delle parti, richiede che queste ultime siano titolari di un potere di disponibilità in senso stretto. Infatti al soggetto che stipula un patto compromissorio è richiesto il potere di incidere sul diritto controverso sino al punto di potervi rinunciare. Ciò in quanto attraverso la clausola compromissoria non si ha la costruzione di alcun negozio ma unicamente si incide su un diritto preesistente, disciplinando, a causa della incertezza che il conflitto ha generato, il suo modo di essere.

Da ultimo, ho altresì precisato, aderendo alle osservazioni di attenta dottrina<sup>163</sup>, che quando si procede alla misurazione della compromettibilità della lite deve tenersi esclusivamente in considerazione l'oggetto del processo e quindi l'oggetto dell'arbitrato.

Seppure il criterio sopra delineato consente di mettere in luce la fragilità delle ricostruzioni ermeneutiche che tendono a limitare l'area della compromettibilità a quella della autonomia negoziale, non permette, in ultima analisi, di risolvere tutti i problemi relativi alla compromettibilità delle liti, poiché, seppure il diritto non sia suscettibile per natura o per disposizione di legge di essere rinunciato o dismesso, non vuole dire che l'arbitrato sia automaticamente vietato.

A tale fine è necessario spostare l'indagine della arbitrabilità delle liti su un diverso piano.

Nelle pagine precedenti si è messa in evidenza che il concetto di indisponibilità non deve essere confuso con quello di inderogabilità della normativa.

Infatti, seppure la disciplina di un diritto è regolato da norme di carattere imperativo non vuole significare che il diritto stesso sia indisponibile e quindi inarbitrabile.

Tuttavia, ho anche evidenziato che l'indisponibilità di un diritto e quindi la sua incompromettibilità poggia le sue basi sulla necessità di tutelare interessi

---

<sup>163</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 25.

ultronei, rispetto a quelli esclusivi del titolare, di cui si fanno carico principi di ordine pubblico<sup>164</sup>.

Questi ultimi alimentano numerosi settori del diritto, come ad esempio l'ambito del lavoro, quello dei consumatori, quello della famiglia, quello dei diritti personalissimi e, altresì quello societario.

Non tutte le norme che sono espressione di principi di ordine pubblico in queste materie hanno come fine quello di tutelare un interesse generale. Molte di esse hanno come scopo di proteggere l'interesse di una categoria: sono quindi mere creazioni legislative, sviluppate dalla necessità di garantire una effettiva salvaguardia dei diritti di un determinato ordine di soggetti, definiti deboli.

Escludere la categoria *de qua* dai diritti arbitrabili vuole dire incorrere in una grave petizione di principio, poiché il fine ultimo dell'arbitrato è proprio quello di garantire una protezione, una tutela del diritto della parte che ha ragione.

Giocoforza tali norme non possono impedire il ricorso al giudizio arbitrale, poiché riguardano diritti disponibili delle parti seppure sono dotati di un particolare regime determinato dalla specifica tutela che garantiscono.

A questo punto diviene proficuo percorrere la strada battuta da una parte della dottrina<sup>165</sup>, la quale individua una stretta connessione tra il concetto di ordine pubblico e la disponibilità del diritto.

Al fine di comprendere questo profondo legame, a mio sommo avviso, dopo avere ricostruito il significato e il ruolo dell'ordine pubblico all'interno del nostro ordinamento, è utile analizzare l'esperienza d'oltrealpe, ove si riscontra una ampia produzione teorica relativamente a questa tematica. Inoltre, proprio con riferimento alla arbitrabilità delle liti, l'ordinamento francese stabilisce, in ultima istanza, l'esplicito divieto di devolvere al giudizio di arbitri le materie che interessano l'ordine pubblico.

Tale divieto ha generato un ampio dibattito tra gli interpreti, tanto da condurre a una restrizione dell'estensione di questa proibizione.

L'esame degli insegnamenti elaborati dai nostri "cugini" mi aiuterà a individuare un diverso criterio per cercare di delimitare con maggiore precisione i

---

<sup>164</sup> La stessa ricostruzione storica compiuta nel capitolo precedente evidenzia come tale esigenza fosse chiaramente sentita anche nelle legislazioni passate Cfr. capitolo 1°, prima parte.

<sup>165</sup> Cfr., nota 65.

diritti non arbitrabili, avendo sempre presente il fine dell'arbitrato, e cioè l'accertamento del diritto. Elemento che, come si è evidenziato nella disamina del presente capitolo, deve guidare, a mio sommesso avviso, ogni scelta ricostruzione interpretativa.

## **Capitolo Terzo**

### **L'ORDINE PUBBLICO: UNA ANALISI COMPARATA TRA ORDINAMENTO ITALIANO E FRANCESE**

#### **Sezione Prima**

### **LA NOZIONE E LA FUNZIONE ESPLETATA DALL'ORDINE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

SOMMARIO: 1. Premessa: alcuni rilievi generali sul concetto e sulla funzione di ordine pubblico. - 2. Breve ricostruzione storica del concetto di ordine pubblico ideale con specifico riferimento al diritto civile. - 2.1. segue: il concetto di ordine pubblico ideale oggi accolto all'interno del codice civile e la sua distinzione rispetto alla nozione di norma imperativa e di buon costume. - 3. Osservazioni conclusive: la differente funzione espletata dal concetto di ordine nel giudizio di liceità della causa del contratto. Spunti per la determinazione di un valido criterio di indagine.

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

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

attualità>><sup>1</sup>.

Fra queste ultime vi rientra, come già affermava la dottrina sopra citata, il concetto di ordine pubblico, il quale, pur costituendo una nozione fondamentale e più volte evocata all'interno dei nostri testi legislativi, non trova, tuttavia, ancora oggi, alcuna precisa definizione<sup>2</sup>.

Tale caratteristica, propria non solo nel nostro ordinamento, ha spinto la dottrina<sup>3</sup> d'oltrealpe a qualificare l'ordine pubblico come *subjet téméraire*, in virtù della tipicità del medesimo di essere un concetto elastico e storicamente variabile<sup>4</sup> in ragione della esperienza giuridica-organizzativa a cui si partecipa<sup>5</sup>.

Una parte della dottrina<sup>6</sup> osserva che la stessa formula legislativa utilizzata, che nasce dall'unione di un sostantivo (ordine) e di un aggettivo (pubblico), costituisce già sintomo della complessità che il termine stesso racchiude.

---

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

<sup>2</sup> GROPPALI, *op. cit.*, p. 77, il quale evidenzia che le definizioni di ordine pubblico che si sono succedute si riducono fondamentalmente a due, e cioè la teoria obiettiva, che cerca di spiegare il complesso degli scopi perseguiti dalla tutela dell'ordine pubblico e la teoria subiettiva, che identifica l'ordine pubblico con un potere discrezionale del giudice. Riconduce espressamente l'ordine pubblico nella categoria dei concetti indeterminati, PARESCE, voce *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 236 ss.

<sup>3</sup> MALAURIE, *Le contract contraires à l'ordre public*, Reims, 1953, p. 3, il quale espressamente afferma <<Toutes ces comparaisons révèlent combien une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire>>.

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

<sup>5</sup> In questo senso tra le tante, Cass., 21 febbraio 1940, n. 645, in *Foro it.*, 1940, I, c. 393. Per un'ampia disamina si rimanda alle osservazioni di FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 7; CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1060. Si rimanda comunque alla ricostruzione storica del paragrafo n. 2.

<sup>6</sup> FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1039.

Per siffatto motivo, alcuni interpreti<sup>7</sup> hanno rilevato che la nozione di ordine pubblico appare contraddire la regola generale della possibilità di ricondurre a un significato generalmente costante qualsiasi espressione normativa utilizzata in un ordinamento.

Al fine di razionalizzare la portata di questo concetto, si è soliti distinguere<sup>8</sup> fra un <<ordine pubblico materialmente inteso o amministrativo>>, in quanto concretamente imposto all'agire dei soggetti di un gruppo sociale, e un <<ordine pubblico ideale o normativo>> affermato e tutelato dal diritto vigente.

Il c.d. <<ordine pubblico amministrativo>> è proprio dello Stato - persona e si manifesta nei compiti di polizia e di sicurezza pubblica<sup>9</sup> e al contempo, serve altresì per individuare i limiti ad alcune libertà costituzionalmente garantite<sup>10</sup>; diversamente il c.d. <<ordine pubblico ideale o normativo>> spetta allo Stato - ordinamento e si concretizza in un <<sistema coerente ed unitario di valori e princìpi>><sup>11</sup>.

Mentre la prima definizione trova applicazione, oltre che nel diritto amministrativo, in quello penale e costituzionale, la seconda caratterizza, invece,

---

<sup>7</sup> PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Nuov. dig. it., disc. priv.*, XIII, Torino, 1968, p. 130. Di diverso parere è MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010, p. 11, il quale ritiene che <<volendo dare una definizione il più possibile comprensiva ed adeguata di ordine pubblico, conviene, pertanto partire dal presupposto, teoricamente indispensabile, che tale nozione non possa non avere un significato preciso>>.

<sup>8</sup> PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 130 ss.; ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. it. (discipl. pubbl.)*, XVII, Agg. 2005, Torino, p. 503 ss.; nello stesso senso LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 34 ss. Reputa valida siffatta distinzione anche PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974, p. 40, il quale ritiene che il concetto di ordine pubblico sta a indicare le c.d. condizioni minime a cui è subordinata l'esistenza dell'ordinamento giuridico e la conservazione della comunità statale che è retta da questo ordinamento.

<sup>9</sup> Sul punto si rimanda per un'ampia analisi a PALAIA, *op. cit.*, p. 35, il quale evidenzia che esso costituisce la sintesi <<lo svolgersi regolare e pacifico delle attività umane nella comunità statale>> e alle parole della Corte costituzionale (Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, p. 190 ss.): <<l'esigenza dell'ordine pubblico, inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. In particolare, al regime democratico e consacrato dalla costituzione (...), è connaturale un sistema giuridico in cui gli obiettivi consentiti ai consociati ed alla formazioni sociali non possono essere realizzati se non con strumenti ed attraverso i procedimenti previsti dalla leggi (...). Così inteso l'ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale ed al suo mantenimento (...), è finalità immanente del sistema costituzionale>>.

<sup>10</sup> Sul punto si rimanda a CORSO, *op. cit.*, p. 1060 ss.; ANGELINI, *op. cit.*, p. 503 ss. e i richiami dalla stessa compiuti, specialmente con riferimento al rapporto tra ordine pubblico e libertà di manifestazione del pensiero alla nota n. 6.

<sup>11</sup> PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 130.

il diritto civile e internazionale<sup>12</sup> e per certi versi può essere rintracciata all'interno della Costituzione stessa, sibbene in tale caso sia diretta alla realizzazione di altri scopi<sup>13</sup>.

Il diverso modo di operare e il differente ambito di attuazione hanno indotto generalmente gli interpreti<sup>14</sup> a formulare, nel rispetto comunque della bipartizione sopra delineata, distinte nozioni di ordine pubblico<sup>15</sup> che tengano conto del fine che il medesimo assolve nei diversi campi del diritto<sup>16</sup>.

Pochi e alquanto criticati risultano i tentativi di ricostruire un concetto unitario di ordine pubblico<sup>17</sup>.

In effetti, non si può negare che lo stesso non costituisca una nozione poliedrica.

Tuttavia, questa peculiarità, a mio sommessimo avviso, non determina quale diretta conseguenza il fiorire di una molteplicità di definizioni bensì comporta la possibilità di ascrivere all'ordine pubblico una diversità di funzioni<sup>18</sup>, a seconda del preciso campo di applicazione e dello specifico scopo a cui è volto.

Questa strada è stata seguita dagli interpreti d'oltrealpe, ove una parte della dottrina<sup>19</sup> evidenzia come l'ordine pubblico non sia una nozione a contenuto variabile bensì una *notion à fonction variable*.

---

<sup>12</sup> In tempi recenti affianco al diritto internazionale si è sviluppato un diritto c.d. comunitario, il quale, ha trovato un ampio sviluppo prima in ambito economico e poi anche in altri settori, come pone bene in evidenza ANGELINI, *op. cit.*, p. 503 ss.

<sup>13</sup> PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 130; ANGELINI, *op. cit.* p. 503 ss.

<sup>14</sup> Sul punto, a titolo esemplificativo e non esaustivo, GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. it. (disc. priv.)*, 1995, Torino, p. 154; MOCCIA, voce *Ordine pubblico, (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 2 ss.

<sup>15</sup> Sul punto si rimanda a PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., p. 130 ss.; LONARDO, *op. cit.*, p. 30. Di avviso contrario è ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato italiano*, I, Napoli, s.d., p. 44, secondo cui la nozione di ordine pubblico nel diritto civile non può essere delineata senza considerare anche le norme contenute nel codice penale che la riguardano.

<sup>16</sup> Infatti, è opportuno rilevare che anche nello stesso ambito privato, l'ordine pubblico assume diverse faccettature. Quest'ultime sono state poste in evidenza in un celebre studio comparatistico non recente, A.A. V.V., in *L'ordre public*, in *Trauvax de l'Association Henri Capitant*, XLIX, LGDJ, 1998, *passim*.

<sup>17</sup> Questi tentativi si risolvono tutti nell'estensione al diritto pubblico e al diritto penale di quella nozione ideale e normativa di ordine pubblico che caratterizza gli altri settori del diritto. Sul punto si rimanda a CORSO, *op. cit.*, p. 1058. Tra i tentativi indirizzati in questo senso si ricorda la ricostruzione di PALAIA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>18</sup> In questo senso anche FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 32 ss., LONARDO, *op. cit.*, p. 45.

<sup>19</sup> In questo senso si esprime JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, p. 225, il quale pertanto nega che il concetto di ordine pubblico possa essere qualificato come una *notion à contenu variable*.



Infatti, come rileva correttamente un attento studioso<sup>20</sup>, è possibile individuare una costante interferenza<sup>21</sup> tra l'ambito applicativo delle due grandi definizioni di ordine pubblico sopra citate. Addirittura, il menzionato autore osserva che l'ordine pubblico c.d. amministrativo assolve una funzione strumentale rispetto all'ordine pubblico c.d. normativo<sup>22</sup>. Infatti l'attentato all'ordine pubblico materiale provoca inevitabilmente la violazione di un principio che è considerato di ordine pubblico ideale<sup>23</sup>.

Questi rilievi, a mio sommesso avviso, testimoniano la correttezza dell'idea di potere individuare un c.d. <<noyau dur>> del concetto di ordine pubblico.

Quest'ultimo, infatti, può identificarsi nei principi generali dell'ordinamento<sup>24</sup> che assolvono la funzione di impedire che, <<attraverso l'agire autonomo dei privati, inteso in senso lato<sup>25</sup>, si violino quei valori fondamentali che sono riconosciuti dall'ordinamento giuridico, come essenziali e caratterizzanti di quella società che esso vuole esprimere>><sup>26</sup>.

Tali principi, a mio sommesso avviso, trovano concretizzazione non solo

---

<sup>20</sup> PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., p. 132.

<sup>21</sup> CERRI, voce *Ordine pubblico. II)Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 3.

<sup>22</sup> Come rileva la dottrina (CORSO, *op. cit.*, p. 1065), infatti, la giurisprudenza costituzionale è piuttosto favorevole a un ordine pubblico ideale, quale limite a tutte le libertà costituzionali

<sup>23</sup> CERRI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>24</sup> Sul concetto di principio generale del diritto si rimanda alle osservazioni di BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it. (disc. priv.)*, XIII, Torino, 1966, p. 887 ss. In questo senso mi pare anche PALAIA, *op. cit.*, p. 81, il quale evidenzia che solo una simile identificazione consente di evitare da una parte di mantenere la distinzione tra ordine pubblico e norma imperativa e dall'altra di attribuire alla nozione di ordine pubblico un significato politico.

<sup>25</sup> Le parole costituiscono un'aggiunta imprescindibile per ritenere corretta questa definizione. Infatti, come sopra evidenziato, mentre le leggi di pubblica sicurezza e le norme di diritto penale hanno a oggetto comportamenti materiali, le norme di diritto di diritto internazionale privato e di diritto civile relative al fenomeno dell'autonomia privata hanno a oggetto degli atti, rispettivamente le leggi straniere e i negozi giuridici privati. Tuttavia, in entrambi i casi, a mio sommesso avviso, l'ordine pubblico svolge una funzione c.d. limitante a protezione dell'ordinamento giuridico.

<sup>26</sup> FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit. 200. In questo senso anche JARROSSON, *op. cit.*, p. 225, il quale precisa <<en effet, le concept d'ordre public reste toujours le même : il agit d'une règle impérative consistant à imposer un intérêt auquel une volonté individuelle ne peut déroger. Cette idée reste identique, même si l'ordre public assume une fonction différent en droit international privé de celle qu'elle assume en droit judiciaire privé, en droit administratif ou en droit des obligations et même s'il est considéré comme un ordre public politique ou moral, économique ou social, de protection ou de direction>>.

in norme scritte ma anche in quelle inesprese<sup>27</sup> <<ricavabili per successive generalizzazioni delle norme particolari del sistema>><sup>28</sup>.

Giustamente si osserva che tali princìpi mutano nel corso del tempo, in ragione del fatto che ogni comunità umana subisce delle trasformazioni che possono interessare anche il patrimonio di civiltà che le caratterizza<sup>29</sup>.

Tuttavia, indipendentemente dai ricorrenti cambiamenti sostanziali di questi valori, è possibile rinvenire nel concetto di ordine pubblico un elemento costante: questo si identifica nella limitazione della libertà<sup>30</sup> di agire dei singoli e della stessa collettività<sup>31</sup>.

La possibilità di reperire all'interno di un principio un elemento sempre costante nonostante il divenire del tempo, non deve apparire strano: infatti, come rileva la dottrina, l'importanza che viene riconosciuta ai princìpi medesimi deriva dallo stesso riconoscimento della loro specifica funzione, anche unificante<sup>32</sup>.

Nelle pagine che seguono è mia intenzione soffermarmi sull'analisi del concetto di ordine pubblico ideale rilevante nel campo privatistico<sup>33</sup>, anche se, per

---

<sup>27</sup> Identifica l'ordine pubblico con il diritto naturale, DEL VECCHIO, *Sui princìpi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, p. 211 ss.; per un'ampia ricostruzione si rimanda a BOBBIO, *op. cit.*, p. 891 ss.

<sup>28</sup> Sono le parole di BOBBIO, *op. cit.*, p. 891

<sup>29</sup> Un esempio tipico si ha nell'ambito matrimoniale, in seguito alla introduzione della legge sul divorzio. Quest'ultima, infatti, ha fatto venire meno il dogma dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

<sup>30</sup> In questo senso MOCCIA, *op. cit.*, p. 3. L'A. rileva che il limite alla libertà è connaturato al concetto stesso di diritto quale regola dei rapporti interindividuali e rappresenta espressione dello stesso stato sociale di diritto. Non condivide Barcellona (BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 222 ss.) il quale rileva << non pare che il concetto di ordine pubblico possa essere costruito sul dato puramente negativo del limite dell'autonomia privata e della libertà contrattuale. A parte il fatto che l'idea di limite nulla dice su quanto accada al di là e al di qua del limite, è agevole rilevare che la libertà contrattuale può essere limitata anche attribuendo una posizione di vantaggio a taluni soggetti o gruppi di soggetti e senza l'assunzione degli interessi di tali soggetti da parte dello Stato>>. A mio sommo avviso, questo modo di opinare non è corretto. Infatti, non si può negare che nel momento in cui si attribuisce una situazione di vantaggio a determinati soggetti inevitabilmente si causa una restrizione della libertà contrattuale di altri soggetti.

<sup>31</sup> Anche di uno Stato, come è evidente nella disciplina del diritto internazionale privato.

<sup>32</sup> Unitamente a quella propellente e delimitante. In questo senso BOBBIO, *op. cit.*, p. 896.

<sup>33</sup> Sia per ragioni di completezza sia al fine di circoscrivere il concetto di ordine pubblico che di seguito si cercherà di delineare, è opportuno chiarire la differenza che intercorre tra il concetto di ordine pubblico interno e l'ordine pubblico internazionale. Il problema del corretto *distinguo* tra i due termini era sorto a causa delle interpretazioni dottrinali che erano nate sotto la vigenza dell'art. 12 disp. prel. c.c. del 1865 e, in parte confermate, anche con l'introduzione dall'art. 31 disp. prel. c.c. del 1942 (PALAIA, *op. cit.*, *passim*) norma che è oggi sostituita dalla L. 218/1995 (sul punto si rimanda a POCAR, *I princìpi generali del diritto internazionale privato nella legge di riforma, in La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 16). Attualmente la dottrina è concorde nel rilevare che il *distinguo* tra le due nozioni sia da ricercare

il motivo poco sopra affermato, la trattazione si intreccerà inevitabilmente con la nozione di ordine pubblico materiale.

L'esame di questo specifico aspetto risponde essenzialmente alle ragioni sottese allo studio che si sta svolgendo: infatti, come affermato nelle conclusioni del capitolo secondo, il criterio dell'arbitrabilità è rivolto essenzialmente alla tutela di principi di ordine pubblico e, in virtù dello stretto legame sostanziale intercorrente tra tale criterio e quello della disponibilità del diritto, l'ordine pubblico da qui deve necessariamente iniziare l'indagine è quello rilevante in ambito privatistico<sup>34</sup>.

---

piuttosto che nei criteri di riferimento nella stessa funzione espletata dai medesimi nei rispettivi ambiti di applicazione (FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1055). Conseguentemente, mentre l'ordine pubblico interno è espressione dei principi in vigore in un sistema giuridico determinato, l'ordine pubblico internazionale è strettamente collegato all'idea di una <<civiltà giuridica comune>>, di cui un sistema giuridico determinato fa parte. Come osserva una parte della dottrina (BARILE, voce *Ordine pubblico (dir. inter. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1111) <<in via generale lo stato, per essere immediatamente e continuamente aderente alle esigenze basilari della comunità sociale che ne forma il sostrato in continuo divenire, invece di cristallizzare in proprie norme la tutela imprescindibile di dette esigenze, opera un'«apertura» nei confronti dei principi fondamentali espressi direttamente dalla coscienza della propria comunità, e ne ordina il rispetto, quale che possa essere il sistema giuridico applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato. (...) Si tratta, peraltro, di un'«apertura» necessaria, che costituisce una vera e propria valvola di sicurezza>>. Pertanto, non si tratta di principi non derivabili direttamente da un sistema giuridico positivo, ma sono espressione della coscienza sociale (di diverso avviso è BADIALI, voce *Ordine pubblico, III)Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1; l'A. evidenzia, infatti, che il concetto di ordine pubblico oltre a essere funzionale è anche caratterizzato dalla positività, e cioè i principi evocati devono essere recepiti esplicitamente o meno dall'ordinamento). Per quanto concerne la distinzione tra ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria, si rinvia a BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., p. 3; PALAIA, *op. cit.*, p. 114 ss. In giurisprudenza si rimanda a Cass., 9 marzo 1998, n. 2622, in *Foro it.*, 1999, c. 983 ss.

<sup>34</sup> All'interno dell'ampia categoria dell'ordine pubblico c.d. ideale è possibile annoverare, oltre all'ordine pubblico in campo privatistico, qui analizzato, anche il concetto di ordine pubblico interno c.d. processuale (sul punto si rimanda all'ampia disamina compiuta da CARPI – ZUCCONI, in *L'ordre public*, in *Trauvax de l'Association Henri Capitant*, cit., p. 966 e in particolare p. 969 ss.; DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, II, Padova, 2009, p. 893 ss.). Tale nozione ha impiegato molta fatica a imporsi, poiché si era soliti sostenere che il limite dell'ordine pubblico riguardasse unicamente il contenuto della sentenza. In Italia, un possibile collegamento delle questioni processuali con la problematica del rispetto dell'ordine pubblico è stato dapprima affermato da una nutrita serie di pronunce, che hanno affermato l'impossibilità di riconoscere decisioni basate su mezzi di prova che la legge italiana non avrebbe ritenuto ammissibili o rilevanti (a titolo solo esemplificativo si ricorda: Cass., 19 maggio 1958, n. 1639, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1252, con nota adesiva di SATTA; Cass., 16 aprile 1959, n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 626, con nota critica di MORELLI, Cass., 19 ottobre 1972, n. 3133, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 98; Cass., 19 aprile 1991, n. 4235, in *Foro it.* 1991, c. 2396 ss.; Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *Dejure*). Solo in un secondo momento ha avuto ingresso in dottrina e dalla stessa elaborato. In linea generale si reputa che contravvengono all'ordine pubblico processuale tutte quelle sentenze che siano il prodotto di un processo ove non sono stati rispettati i principi fondamentali, quali, a esempio, il principio del contraddittorio, di difesa, e così via.

## 2. Breve ricostruzione storica del concetto di ordine pubblico ideale con specifico riferimento al diritto privato.

L'ordine pubblico in senso ideale assume un notevole rilievo nell'ambito del diritto civile, costituendo il criterio attraverso cui valutare la liceità e la meritevolezza dell'agire dei privati.

Se questa funzione oggi è generalmente riconosciuta dallo stesso codice civile non è altrettanto chiara prima della introduzione dell'impianto legislativo del 1942, poiché l'ordine pubblico è considerato una nozione tipicamente pubblicistica<sup>35</sup>.

Infatti, storicamente la dottrina italiana, influenzata dalle esperienze straniere<sup>36</sup>, non mostra un eccessivo interesse per il concetto di ordine pubblico.

La prima consacrazione normativa del termine si ha nel codice civile del 1865<sup>37</sup>, ove lo stesso viene accostato a quello di <<buon costume>>.

Si tratta, tuttavia, di un riconoscimento solo formale, poiché, in realtà, non acquista una vera e propria autonomia.

Infatti, la dottrina civilistica formatasi sotto quel codice, qualifica l'ordine pubblico come <<una <<presenza>> certamente sontuosa, per forza evocatrice del sostantivo e dell'aggettivo che la individuano, ma, a ben vedere, non poi così ingombrante; simile, per certi versi, a quella (...) di un ospite non invitato, ma tollerato e, per questo, sostanzialmente ignorato>><sup>38</sup>.

Da qui il fiorire di definizioni vaghe del concetto stesso. Viene, infatti, accolta l'idea che l'ordine pubblico sia da individuare nell'interesse generale della

---

<sup>35</sup> Tale identificazione deriva dalla tradizione romana, sul punto si rimanda a PALAIA, *op. cit.*, p. 55, nota 36.

<sup>36</sup> Ferri evidenzia (FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1045) che la dottrina civilistica non mostra un eccessivo interesse per il concetto di buon costume, preferendo semmai approfondire e studiare i problemi connessi alla nozione di buon costume, a ciò indotta sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina straniera, in particolare quella francese e quella tedesca. Quest'ultima, infatti, non ritenendo che il concetto stesso potesse avere una reale rilevanza, aveva deciso di escluderlo dal *BGB*.

<sup>37</sup> La formula <<ordine pubblico>>, quale limite all'agire dei privati, compare per la prima volta all'interno della codificazione napoleonica, ove viene inserita non senza contrasti, incertezze e vivaci dissensi. Essa cristallizza, secondo l'interpretazione accolta da una parte della dottrina, le nuove idee nate dalla Rivoluzione francese, in particolare modo quelle di libertà e di dignità della stessa personalità dell'individuo e si pone quale mezzo per garantire l'effettiva realizzazione di questi principi.

<sup>38</sup> Sono le parole di FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1045.

comunità sociale, nel bene statale<sup>39</sup>. Coerentemente con tale qualificazione, lo stesso viene considerato quale mezzo per mantenere <<*paix au sein de l'Etat*>><sup>40</sup>.

La peculiarità sia del contenuto sia della funzione attribuitagli, conduce la dottrina e la giurisprudenza ad accogliere una interpretazione restrittiva di ordine pubblico<sup>41</sup>, coincidente con quella di diritto pubblico desumibili dall'art. 12 disp. prel. c.c.<sup>42</sup>

Infatti, secondo la posizione della dottrina maggioritaria l'ordine pubblico deve risultare dalle leggi. Ferrara *senior*, infatti, afferma che ritenere <<l'ordine pubblico (*al di*) fuori dal campo della legge, si va incontro ad un pelago sconosciuto e senza confini. D'altra parte è da osservare che i concetti di legge ed ordine pubblico stanno fra loro nella stessa relazione di causa ed effetto, perché l'ordine pubblico è il risultato dell'ordinamento giuridico (...)>><sup>43</sup>.

Lo scenario muta con l'ingresso del codice civile del 1942: l'ordine

---

<sup>39</sup> Sul punto si rimanda a F. FERRARA *senior*, *op. cit.*, p. 55 ss., identifica l'ordine pubblico nell'interesse della società; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, pp. 27 e 28, accosta l'ordine pubblico all'interesse statale; CHIRONI-ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1904, pp. 11 e 12, si esprime in termini di utilità generale.

<sup>40</sup> ESMEIN, *Obligations*, in Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, 1930, p. 304.

<sup>41</sup> Espressione a sua volta dei valori corporativi. Sul punto ampiamente CERRI, *op. cit.*, 1990, p. 1.

<sup>42</sup> PANZA, voce *Ordine pubblico. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1. La norma citata recita testualmente <<Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume>>. Oltre a questa previsione, il codice civile del 1865 richiama la nozione di ordine pubblico anche all'art. 1122, il quale stabilisce che la causa dell'obbligazione sia illecita qualora la stessa sia contraria <<alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico>>. Dall'analisi delle due disposizioni appare palese la differenza formale che le caratterizza: infatti mentre l'ordine pubblico richiamato dall'art. 12 disp. prel. c.c. assume una rilevanza solo se espresso e contenuto in una legge, l'art. 1122 c.c. richiama l'ordine pubblico come fonte normativa autonoma. Sul punto si rimanda anche a GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, I, Napoli, 1894, p. 17 ss.; F. FERRARA *senior*, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 60 ss.; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 6.

<sup>43</sup> F. FERRARA *senior*, *op. cit.*, pp. 54 e 55. Lo stesso, pur consapevole della differenza formale tra le due disposizioni, ritiene che la lettera dell'art. 1122 c.c. non possa affermare un principio contrastante con l'art. 12 disp. prel. c.c., poiché sarebbe inconcepibile che <<una disposizione speciale e particolare, in tema di contratto, anzi una applicazione singola del principio generale, possa essere più estesa del principio stesso, anzi venga a rovesciare quello>>. La necessità di ancorare il concetto di ordine pubblico al dettato normativo deriva principalmente dalla preoccupazione di non lasciare un largo margine di discrezionalità al giudice, di consentire quindi allo stesso di divenire creatore di diritto. Tale impostazione non è esente, tuttavia, da critiche, poiché l'accoglimento di questa ricostruzione determina comunque la necessità di individuare quali siano le leggi di ordine pubblico e di distinguerle così dalle altre. In altre parole anche operando in questo modo è pur sempre necessario ricostruire il concetto di ordine pubblico, il quale, inevitabilmente, in quanto tale, si pone al di fuori del mero dettato normativo. Sul punto si rimanda a FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1047; PALAIA, *op. cit.*, pp. 53-55.

pubblico esaurisce la mera funzione di rafforzare il divieto già contenuto in una norma imperativa e acquista finalmente una propria identità<sup>44</sup>.

Questo cambiamento si basa essenzialmente su tre ragioni.

In primo luogo vengono meno le basi testuali su cui si fondava la tesi dottrinale sopra ricordata: infatti l'art. 31 disp. prel. c.c., oggi abrogato dall'art. 73 della legge 31 maggio 1995, n. 218, che sostituiva l'art. 12 disp. prel. al codice civile del 1865, richiama direttamente l'ordine pubblico senza compiere alcun collegamento con le leggi positive<sup>45</sup>.

In secondo luogo, nel novello codice il concetto *de quo* viene richiamato in una serie di norme nuove o le cui corrispondenti nell'impianto civilistico precedente, non facevano di esso cenno.

Infine, la tecnica legislativa adottata dal codice civile del 1942 si discosta sostanzialmente da quella precedente, poiché si caratterizza per l'ampio utilizzo di clausole generali e di principi<sup>46</sup>.

L'insieme di questi elementi consente, quindi, di attribuire alla regola dell'ordine pubblico una rilevanza autonoma, sganciata dalla mera presenza di una norma imperativa o cogente.

Alla vastità di richiami compiuti nel codice civile si contrappone, invece, un testo costituzionale privo di qualunque riferimento diretto<sup>47</sup>. La ragione storica di tale scelta deriva, come evidenzia la dottrina<sup>48</sup>, dal regime totalitario precedente, che aveva allargato questa nozione in modo eccessivo.

Nonostante questo rilievo, la dottrina civilistica e la giurisprudenza<sup>49</sup> non hanno

---

<sup>44</sup> In realtà l'inizio del riconoscimento di una vera e propria autonomia inizia già verso la fine degli anni '30, grazie al costante lavoro della giurisprudenza. Sul punto si rimanda a SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, II, 3° ed., Torino, 2004, p. 95 ss.

<sup>45</sup> In questo senso si cfr. le osservazioni di PALAIA, *op. cit.*, p. 80, il quale osserva che ciò non vuole dire che il concetto di ordine pubblico accolto dal nuovo codice abbia natura politica anziché giuridica, ma significa solo che esso non deve essere identificato con norme particolari.

<sup>46</sup> Così osserva RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 93; COTTA, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Iustitia*, 1966, p. 267 ss.; NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 241 ss.

<sup>47</sup> Una parte della dottrina ha, invece, ritenuto che lo stesso art. 54 Cost. fosse espressione di tale principio, in virtù del fatto che, essendo l'ordine pubblico espressione del complesso dei principi fondamentali, la norma stessa è in grado di dare forma agli obblighi derivanti dall'ordinamento nel suo complesso.

<sup>48</sup> CERRI, *op. cit.*, p. 1 ss., ove viene infatti evidenziato che tale espansione è propria in particolare dell'ordine pubblico in senso penalistico.

<sup>49</sup> *Ex multis*: Cass., 9 novembre 1981, n. 5924, in *Riv. dir. lav.*, 1982, p. 38; Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *Dejure*; in questa direzione, come è noto, si pone anche la stessa giurisprudenza

mai messo in discussione che il testo costituzionale costituisca il punto di riferimento da cui potere trarre i principi di ordine pubblico<sup>50</sup>. Quest'ultimi, poi, devono essere fusi con quelli ricavabili in ambito comunitario<sup>51</sup>.

## **2.1 segue: il concetto di ordine pubblico ideale oggi accolto all'interno del codice civile e la sua distinzione rispetto alla nozione di norma imperativa e di buon costume.**

Come già evidenziato all'inizio del paragrafo precedente, l'ordine pubblico è oggi chiaramente identificato dalla dottrina quale contrappeso dell'autonomia della volontà<sup>52</sup>.

Infatti la funzione espletata dall'ordine pubblico può qualificarsi in termini di <<filtro>><sup>53</sup>: esso consente di reputare come legittimi solo quegli atti che appaiono conformi all'ordinamento giuridico dello Stato.

Questa ricostruzione è positivamente confermata dalla stessa dizione dell'art. 1343<sup>54</sup> c.c., che riconduce la illiceità del contratto alla violazione delle norme imperative, del buon costume e dell'ordine pubblico<sup>55</sup>.

---

europea, tra le tante si ricorda Corte Giust. CE, 14 ottobre 2004, n. 36, in *Dejure*. Nella massima della citata sentenza si legge infatti: <<I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito (...)>>.

<sup>50</sup> In virtù di siffatta ragione, la dottrina osserva che l'ordine pubblico amministrativo si mostra in tale senso strumentale rispetto al c.d. ordine pubblico normativo. Cfr. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 132. Oggigiorno tale compito è altresì attribuito anche ai principi espressi dal diritto comunitario e dalle Convenzioni internazionali. Ci si riferisce in particolare modo alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948, alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1951; alla Carta Sociale europea del 1961 e al Trattato di Roma del 1957.

<sup>51</sup> ANGELINI, *op. cit.*, p. 503 ss.

<sup>52</sup> PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 133.

<sup>53</sup> PALAIA, *op. cit.*, p. 51.

<sup>54</sup> Bisogna altresì ricordare che la funzione *de qua*, secondo una parte della dottrina, trova esplicazione, oltre e ancora prima che nella norma sopra indicata, anche nello stesso art. 1322 c.c., il quale sancendo l'autonomia negoziale ne ha determinato i limiti contenutistici e ha riconosciuto ai privati il diritto di concludere contratti atipici <<purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico>>.

<sup>55</sup> Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1960, Torino, p. 107 ss. e 114 ss., il quale dipinge chiaramente la distinzione di negozio illecito e negozio illegale. Mentre il primo è lesivo degli interessi degli altri consociati ed è riprovato dal diritto in sé stesso, il secondo è sfornito dai

Lo specifico fine ascritto al concetto in esame in ambito civilistico<sup>56</sup> conduce la dottrina<sup>57</sup> a rilevare che il compito attribuito allo stesso è essenzialmente conservativo: infatti l'ordine pubblico si prefigge la finalità di impedire che attraverso l'agire autonomo dei privati si violino quei valori fondamentali che sono riconosciuti dall'ordinamento giuridico come essenziali e caratterizzati una stessa società<sup>58</sup>.

Sulla base dell'ordine pubblico, pertanto, si deve potere operare una valutazione di ciò che è lecito e ciò non lo è, in tutte le ipotesi in cui l'esame non sia stato già compiuto attraverso una norma.

Ai fini di tale giudizio, allora, diviene rilevante cogliere quali siano i caratteri dell'ordinamento storicamente realizzato<sup>59</sup>. Essi, come già evidenziato, trovano il principale punto di riferimento nelle disposizioni di principio espresse in via diretta o indiretta<sup>60</sup> dalla Carta costituzionale<sup>61</sup> ma non si esauriscono in esse.

Talvolta, tuttavia, la valutazione della correttezza dell'agire dei privati non richiede soltanto un controllo del rispetto dei principi che caratterizzano un ordinamento, ma esige altresì di procedere a un bilanciamento tra i medesimi<sup>62</sup>. Anche in questo caso entra in gioco l'ordine pubblico, il quale svolge, unitamente

---

requisiti previsti dalla legge ed è idoneo a raggiungere la soglia del diritto e a richiedere, quindi, la protezione legale.

<sup>56</sup> Per mera completezza è giusto precisare che questo fine, essendo proprio in linea generale all'ordine pubblico ideale, è attribuito anche all'ordine pubblico c.d. internazionale. Anzi, una parte della dottrina (CERRI, *op. cit.*, p. 3) reputa che lo stesso costituisca anche il cuore del diritto penale.

<sup>57</sup> FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., *passim*; nello stesso senso PALAIA, *op. cit.*, p. 83, nota 71 e p. 87, anche se preferisce non utilizzare l'espressione <<conservatrice>>, rilevando che l'ordine pubblico svolge una funzione di <<tutela dell'integrità dell'ordinamento giuridico>>.

<sup>58</sup> Sul punto cfr. par. 1

<sup>59</sup> In questo senso Corte cost. 16 marzo 1962, n. 19, cit., in *Giur. cost.* 1962, pp. 197-198.

<sup>60</sup> Come per esempio si verifica per quei valori che sono espresse da fonti diverse dalla Costituzione ma che trovano comunque in essa il riconoscimento della propria legittimità. Mi riferisco naturalmente ai principi espressi dalle fonti di origine internazionale e comunitaria, la cui rilevanza, all'interno del nostro ordinamento è consacrata, come è noto, dall'art. 10 della Costituzione.

<sup>61</sup> In questo senso NUZZO, voce *Negoziato giuridico IV*), *Negoziato illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 3; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 620; MACIOCE, *op. cit.*, p. 16. In tal senso mi pare LONARDO, *op. cit.*, pp. 53 e 273, il quale afferma che l'ordine pubblico non si identifica nelle norme imperative o nelle norme costituzionali ma è espressione del modello sociale storicamente esistente e si pone come strumento flessibile e adeguato alla cultura del momento per promuovere la concretizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento.

<sup>62</sup> A tale proposito si cfr. Corte cost., 14 dicembre 1972, n. 199, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2225.



a un'opera c.d. negativa o conservatrice, un'attività positiva, che consente di procedere a una valutazione dei principi in gioco avendo come fine la garanzia dell'interesse sociale<sup>63</sup>.

Come già sopra evidenziato, il parametro dell'ordine pubblico<sup>64</sup> non opera nel caso in cui la valutazione di illiceità della condotta dei privati sia già stata compiuta da una norma imperativa<sup>65</sup>.

Questo assunto può, a mio sommo avviso, essere chiaramente dedotto dallo stesso art. 1343 c.c., il quale identifica separatamente la violazione dell'ordine pubblico da quella delle norme imperative<sup>67</sup>.

Conseguentemente questa modalità di operare conferma ulteriormente la tesi di coloro che non ritengono opportuno identificare il concetto di ordine pubblico con quello di norma imperativa<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. sul punto FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1042 ss.; CERRI, voce *Ordine pubblico. II)Diritto costituzionale*, cit., p. 3.

<sup>64</sup> Nello stesso senso reputo di non potere accogliere l'equazione, come peraltro già rilevato nel capitolo secondo, nota 86, tra norma inderogabile e ordine pubblico. Tale affermazione trova fondamento nel concetto stesso di ordine pubblico accolto nella presente sezione: infatti se l'ordine pubblico si identifica in linea generale con i principi generali dell'ordinamento, essi non necessariamente trovano la propria origine in una norma. Sul punto si rimanda a BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 52, il quale evidenzia acutamente la funzione c.d. eterointegrativa dei principi generali, attribuendo loro una <<forza di espansione, non meramente logica, ma assiologia (...) tale da trascendere il mero dato positivo>>. In modo più generale si rimanda a BOBBIO, *op. cit.*, p. 891 ss., il quale lungamente analizza le fonti dei principi generali.

<sup>65</sup> Relativamente al concetto in dottrina esistono tre distinte opinioni di norma imperativa. Secondo un primo indirizzo la norma imperativa sarebbe individuata in relazione al suo contenuto. In altre parole si tratterebbe di una norma precettiva, volta a porre un comando o un divieto (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, p. 379 ss.; in senso in parte favorevole, mi pare anche NUZZO, *op. cit.*, p. 6 ss.), *contra* RABITTI, *op. cit.*, p. 87 ss.). Secondo altra opinione sarebbe sinonimo di norma inderogabile (COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 13; in senso contrario: RABITTI, *op. cit.*, p. 88 ss., in particolare cfr. note 74 e 75; NUZZO, *op. cit.*, p. 5 ss.; RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 580 ss.), infine, secondo un terzo orientamento la norma imperativa sarebbe una norma di interesse o di ordine pubblico (F. FERRARA *senior*, *op. cit.*, p. 25 ss.; nello stesso senso mi pare anche RUSSO, *op. cit.*, p. 586, il quale afferma che possono definirsi norme imperative quelle finalizzate alla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume; *contra* NUZZO, *op. cit.*, p. 5 ss.)

<sup>66</sup> Indipendentemente dalla corretta e acuta distinzione operata da numerosi interpreti (cfr. nota precedente), reputo di condividere l'osservazione di chi rileva che le norme imperative non siano altro, in ultima analisi, che norme inderogabili, munite di efficacia assoluta (cfr. sul punto DE CUPIS, *Teoria e pratica del diritto civile*, ed. 2<sup>o</sup>, Milano, 1967, p. 44.

<sup>67</sup> Nello stesso senso anche PALAIA, *op. cit.*, p. 106 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 800.

<sup>68</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni di ALBANESE, *Violazione delle norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 5 ss., il quale ripercorre i lavori preparatori del c.c. e evidenzia come vi sia stata, in realtà, la proposta formulata da Chiarelli di identificare il carattere imperativo della norma con il concetto di ordine pubblico. Cfr. anche PALAIA, *op. cit.*, pp. 54-55, il quale

Infatti ontologicamente le norme imperative si differenziano dall'ordine pubblico, poiché, mentre le prime rappresentano le disposizioni espressamente ed appositamente rivolte a circoscrivere l'autonomia dei privati, il secondo è espressione delle fondamentali direttive del sistema e riguarda solo indirettamente e successivamente i privati<sup>69</sup>.

Con tale assunto, tuttavia, non vuole negare il carattere inderogabile dei principi di ordine pubblico<sup>70</sup>, poiché è naturale che quest'ultimi, qualora risultino positivizzati, siano tradotti in norme imperative, bensì significa rilevare che non tutte le norme imperative possono essere ritenute portatrici di un interesse generale che investe tutta la collettività, come si avrà modo di specificare nel paragrafo che segue.

Alquanto più complesso risulta, invece, tenere distinti i concetti di ordine pubblico e di buon costume<sup>71</sup>.

La nozione di buon costume affonda le sue origini nel diritto romano e nei *boni mores* e sintetizza la condivisione di parametri comuni di una civiltà<sup>72</sup>.

Infatti gli interpreti tendono a qualificare il buon costume come espressione dell'ordine etico, della coscienza morale della collettività<sup>73</sup>. Le esigenze di moralità non sono evidentemente legate a un particolare assetto politico, poiché dallo stesso, per loro stessa natura, trascendono<sup>74</sup>. La nozione di

---

definisce una vera e propria petizione di principio una simile identificazione, in quanto così operando si ottiene l'unico risultato di cercare di spiegare una nozione tramite l'altra, <<così che non si riesce a comprendere se le norme inderogabili siano tali per l'effetto dell'ordine pubblico, oppure, al contrario se la qualifica di ordine pubblico sia dovuta ad esse in quanto norme inderogabili. In ogni caso, se questa identificazione fosse davvero esatta, il concetto stesso di ordine pubblico verrebbe a perdere in sostanza, in diritto civile, qualsiasi utilità e rilevanza pratica, dal momento che non sarebbe più necessario fare riferimento ad esso e basterebbe invece prendere direttamente in considerazioni le singole norme inderogabili mediante il comune procedimento interpretativo>>.

<sup>69</sup> Così PALDIN, *op. cit.*, p. 134.

<sup>70</sup> CERRI, *op. cit.*, p. 399

<sup>71</sup> Infatti secondo parte della dottrina la distinzione tra ordine pubblico e buon costume è solo apparente, in quanto il buon costume non sarebbe altro che l'ordine pubblico in relazione alla morale (AZZARITI, *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1943, p. 129).

<sup>72</sup> Pertanto quando il giudice deve verificare se un comportamento sia o meno conforme al buon costume, non deve tenere conto della propria coscienza, del proprio senso morale, ma di quello che è nella generalità dei cittadini.

<sup>73</sup> RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, p. 5 ss.; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., *passim*; PROTETTI, voce *Buon costume*, in *Nuov. dig. it.*, Torino, 1957, p. 594 ss., il quale non accoglie né la definizione abbracciata dalla dottrina tedesca di <<buona usanza>> né la sua totlae identificazione con il concetto di moralità pubblica sessuale, né col <<diritto retto>> né, infine, con la morale religiosa.

<sup>74</sup> In questo senso GAZZONI, *op. cit.*, p. 802.

moralità si caratterizza per non essere uguale in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ma varia a seconda del passare del tempo e dello sviluppo intellettuale ed etico di un popolo.

Il parametro del buon costume assolve una funzione residuale rispetto al concetto di ordine pubblico e pertanto può operare solo qualora manchi nel sistema giuridico, oltre che una specifica norma imperativa, anche un principio di ordine pubblico da applicare<sup>75</sup>.

Infatti, osserva una dottrina che <<non si devono scambiare come espressioni del buon costume i contenuti etici (dell'etica dell'organizzazione e della convivenza, per dirla con la dottrina tedesca) di cui alcuni valori e principi fondamentali di un ordinamento giuridico possono farsi portatori, dato che questi evidentemente invece appartengono ai contenuti dell'ordine pubblico>><sup>76</sup>.

Seppure concettualmente possa apparire chiaro il *distinguo*, non altrettanto si può dire dal un punto di vista pratico, tanto che, a mio sommo avviso, la valutazione del campo di applicazione dei due concetti non può svolgersi in totale contrapposizione, ma deve tenere conto del costante processo di assorbimento e di osmosi a cui i due termini sono comunemente soggetti<sup>77</sup>.

Di tale difficoltà il legislatore è bene a conoscenza, tanto che ha sentito l'esigenza di espungere qualunque riferimento al buon costume<sup>78</sup> nella legge di riforma del diritto internazionale privato. Infatti l'art. 16 della legge n. 218/1995 individua quale unico limite all'applicabilità della legge straniera la contrarietà all'ordine pubblico, diversamente dalla previgente disposizione contenuta nell'art. 31 disp. prel. c.c.

---

<sup>75</sup> DE CUPIS, *op. cit.*, p. 45

<sup>76</sup> FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1049, nota 41, il quale afferma che il buon costume costituisce un *supplement de moralité*.

<sup>77</sup> In questo senso, NUZZO, *op. cit.*, p. 5, il quale, peraltro, osserva che <<i>valori morali operanti nella concretezza della realtà sociale, quali la lealtà, la fedeltà, il rispetto degli usi commerciali e industriali, la correttezza, la buona fede, progressivamente penetrano nell'ordine giuridico, materializzandosi in forme progressivamente nuove e costituiscono il fondamento di esso, concretando la nozione di ordine pubblico. Essi però non si esauriscono nei principi ricavabili dalle norme e dal sistema dell'ordine positivo, ma continuamente lo integrano, specificano e sviluppano in relazione all'evolversi della coscienza sociale, realizzando un continuo passaggio dell'uno all'altro in conseguenza dell'evolversi del sistema normativo e del divenire della realtà sociale>>

<sup>78</sup> Nello stesso senso osservano anche CARPI-ZUCCONI, *op. cit.*, p. 966.

### **3. Osservazioni conclusive: la differente funzione espletata dal concetto di ordine pubblico nel giudizio di liceità della causa del contratto. Spunti per la determinazione di un valido criterio di indagine.**

Come ho evidenziato nelle precedenti pagine, l'unico modo per cercare di offrire una definizione rilevante sul piano pratico del concetto di ordine pubblico è quello di valutare quale funzione lo stesso si trovi a esplicare in ogni specifico campo di applicazione.

L'adozione di siffatto criterio ha evidenziato che l'ordine pubblico che rileva all'interno del diritto privato è essenzialmente quello volto, come è noto, a limitare l'autonomia negoziale delle parti.

La domanda successiva che ci si deve porre è la seguente.

È possibile individuare nel concetto di ordine pubblico così delineato delle sottocategorie di finalità? In altre parole, l'ordine pubblico che limita l'agire dei privati persegue sempre la protezione dell'interesse generale?

A tale proposito appare utile soffermarsi sul modo di operare della nozione di ordine pubblico nel giudizio di liceità del contratto: infatti tale esame consente, come ha evidenziato una attenta dottrina<sup>79</sup>, di potere distinguere divieti nascenti da << ragioni di ordine etico-politico >><sup>80</sup> e divieti ascrivibili a << esigenze di ordine tecnico >>.

I divieti nascenti da << ragioni di ordine etico – politico >> nascono dalla

---

<sup>79</sup> NUZZO, *op. cit.*, p. 4.

<sup>80</sup> Questa distinzione, seppure espressa in termini diversi, appare in un certo senso anche in BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 107 ss. L'A., parlando di oneri (sul concetto di onere si rimanda a CARRESI, *Introduzione a uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 823 ss.) incombenti sull'autonomia privata nella formazione del negozio, distingue tra oneri aventi carattere disponibili e non disponibili. Possono qualificarsi disponibili gli oneri la cui inosservanza pregiudica l'efficacia vincolante della dichiarazione nei riguardi della controparte, mentre sono oneri indisponibili quelli comuni ad entrambe le parti. Oltre a questa distinzione l'A. ricorda che per quanto concerne gli oneri riferiti propriamente la causa del negozio, gli oneri dell'autonomia privata (sia essi disponibili che indisponibili) possono inoltre classificarsi in oneri di carattere formale (c.d. oneri di legalità) e oneri di carattere causale, attinenti alla funzionalità del negozio (c.d. oneri di legittimità). Tra gli oneri di legalità si devono menzionare quelli che servono ad assicurare la validità del negozio, diversamente da quegli oneri che servono a evitare che l'efficacia impegnativa del negozio si estenda oltre i confini previsti dalla parte.

necessità di impedire che attraverso l'autonomia negoziale si pongano in pericolo i principi generali su cui si basa l'ordinamento giuridico; in altre parole si vuole evitare di minare <<nell'essenza lo <<spirito>> dell'ordinamento>><sup>81</sup>.

Diversamente, i divieti nascenti da principi c.d. di <<ordine tecnico>> costituiscono pura espressione dell'ordine razionale proprio degli istituti giuridici e sono volti ad assicurare l'equilibrio tra i contraenti e la loro effettiva libertà di scelta.

Conseguentemente, mentre i primi sono volti alla tutela dell'interesse generale, i secondi si pongono il fine di tutelare l'equilibrio del sinallagma contrattuale.

Inoltre, mentre la violazione dei primi determina la illiceità del negozio e quindi la sua nullità, il mancato rispetto dei secondi da luogo, unicamente, alla incompiuta realizzarsi della fattispecie prevista dalla legge ma non alla illiceità.

In altre parole, la distinzione che emerge dalla opzione ermeneutica qui menzionata consente di affermare che all'interno del concetto di ordine pubblico è possibile individuare due categorie di regole: la prima volta alla tutela dell'interesse generale e la seconda indirizzata alla protezione dell'interesse individuale proprio del negozio posto in essere<sup>82</sup>.

Questa bipartizione delle finalità perseguite dall'ordine pubblico ricorda, a mio sommo avviso, un *distinguo* molto caro all'ordinamento francese, il quale, in realtà, è conosciuto anche nel nostro ordinamento grazie al recepimento<sup>83</sup> da parte della dottrina e giurisprudenza<sup>84</sup> del concetto di ordine pubblico economico.

Mi riferisco alla contrapposizione tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione.

Le pagini che seguono sono dedicate all'analisi di queste due fattispecie.

La possibilità di rinvenire all'intero del concetto di ordine pubblico due diverse finalità non costituisce altro che espressione dell'adattamento del concetto

---

<sup>81</sup> Così si esprime NUZZO, *op. cit.*, pp. 4 e 5. L'A. osserva, pertanto, che deve ritenersi nullo, a esempio, per contrasto con l'ordine pubblico il negozio finalizzato a imporre limitazioni alla libertà della persona umana. Sul punto cfr. Cass., 2 novembre 2003, n. 16432, in *Dejure*.

<sup>82</sup> Naturalmente quella che rileva nel giudizio di liceità è solo la seconda.

<sup>83</sup> Come evidenzia, RABITTI, *op. cit.*, p. 83; NUZZO, *op. cit.*, p. 4.

<sup>84</sup> PANZA, *op. cit.*, p. 5; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2011, p. 202 ss.; BIANCO, *Considerazioni sull'ordine pubblico economico, costituzione economica e diritto comunitario della concorrenza*, in *Arcg. giur. Serafini*, 1995, p. 179 ss.; ID., *Costituzione economica e ordine pubblico*, Milano, 2008, p. 33 ss.

stesso alla evolversi della società<sup>85</sup>.

Questa mutazione determina la necessità di garantire non solo la salvaguardia di interessi pubblici ma anche la tutela di interessi particolari dei contraenti e dei gruppi di cui essi fanno parte.

Tale modo di operare, in ultima analisi, da un punto di vista strettamente civilistico, si traduce anche in una graduazione della disciplina dell'atto nullo<sup>86</sup> evitando che si realizzi <<una eccedenza dello strumento tecnico, o se si vuole della sanzione, rispetto al fondamento sostanziale della norma che lo prevede>><sup>87</sup>.

Solo la chiara definizione della nozione di ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione mi consentirà di evidenziare il ruolo che gioca l'ordine pubblico all'interno della problematica dell'arbitrabilità dei diritti.

---

<sup>85</sup> RABITTI, *op. cit.*, p. 83.

<sup>86</sup> La nullità, infatti, costituisce diretta conseguenza della violazione dell'ordine pubblico.

<sup>87</sup> PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 57 ss., RABITTI, *op. cit.*, p. 84, in particolare nota 64, il quale osserva che da una parte, il legislatore e la giurisprudenza colgono la potenzialità della nullità non solo come strumento di tutela degli interessi pubblici ma anche come tecnica di tutela di un contraente o di una categoria di contraenti, elaborando la teoria della c.d. <<nullità parziale necessaria>> e ampliando le ipotesi delle nullità relative; dall'altra parte l'interprete è chiamato a dichiarare la nullità anche laddove la norma non disponga alcuna comminatoria di nullità in conseguenza della propria violazione. Per un'ampia disamina del tema si rimanda anche a PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, *passim*;

## Sezione Seconda

# LA NOZIONE E LA FUNZIONE ESPLERATA DALL'ORDINE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

**SOMMARIO:** 1. Rilievi introduttivi sul concetto di ordine pubblico. – 2. L'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale. – 3. Il contenuto dell'ordine pubblico politico e morale. – 3.1. segue: il contenuto dell'ordine pubblico politico e morale con riguardo alla organizzazione dello Stato e dei poteri pubblici. – 3.2. segue: il contenuto dell'ordine pubblico con riguardo alla tutela della famiglia. – 3.3. segue: la difesa della morale. – 4. L'ordine pubblico economico e sociale. – 4.1. segue: le finalità dell'ordine pubblico economico di direzione. – 4.2. segue: le finalità dell'ordine pubblico economico e sociale di protezione. – 5. L'odierna dicotomia tra l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione. – 6. Un esempio della applicabilità dei criteri di ordine pubblico di direzione e di ordine pubblico di protezione al problema dell'arbitrabilità dei diritti. – 7. Sintesi e transizione.

### 1. Rilievi introduttivi sul concetto di ordine pubblico.

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

La dottrina d'oltrealpe<sup>88</sup>, infatti, afferma che è praticamente impossibile dare una definizione soddisfacente della nozione di ordine pubblico, in ragione del fatto che in tale concetto è possibile rinvenire l'origine delle relazioni tra la società e i cittadini che la compongono<sup>89</sup>. Tale consapevolezza ha portato Malaurie<sup>90</sup>, nella sua celebre monografia, a qualificare l'ordine pubblico nel << *bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité*>>.

---

<sup>88</sup> HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2004, p. 4; CARBONNIER, *Les obligations*, in *Droit civil*, IV, 2000, p. 145; AA. VV., *L'ordre public concept et applications*, in *Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, Bruylant-Bruxelles, 1995, p. 10.

<sup>89</sup> Afferma infatti Louis Lucas (citato da MALAURIE, *L'ordre public et le contract. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Reims, 1961, p. 13) che il fine generale dell'ordine pubblico è quello di << *assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale*>>

<sup>90</sup> MALAURIE, *op. cit.*, p. 69.

Al contempo Planiol<sup>91</sup> afferma che una disposizione è di ordine pubblico <<toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi>>.

Anche gli interpreti francesi ritengano che l'ordine pubblico costituisca un concetto mutevole nello spazio e nel tempo<sup>92</sup> e, per di più, che assuma delle specifiche caratteristiche in ogni determinato campo di applicazione.

Tali peculiarità hanno condotto parte della dottrina a qualificare, come già ricordato, il medesimo come una *notion à contenu variable*<sup>93</sup>, anche se altra parte degli interpreti ritiene più opportuno parlare di una *notion à fonction variable*<sup>94</sup>, poiché, indipendentemente dallo specifico campo di applicazione o momento storico vissuto, è possibile sempre individuare, come ho già rilevato, un c.d. <<noyau dur>> del concetto di ordine pubblico, e cioè un'insieme di <<regole>> inderogabili a tutela dell'interesse generale, la cui applicazione non può essere esclusa dalla mera volontà individuale<sup>95</sup>.

Così come avviene nell'ordinamento italiano anche in quello francese si rinvencono due grandi definizioni di ordine pubblico<sup>96</sup>: nella prima accezione l'ordine pubblico assolve la funzione di assicurare il primato dell'interesse generale sugli interessi particolari, garantendo, quindi, la tutela dello Stato in se stesso; diversamente, il secondo significato, accolto nelle relazioni di diritto privato, esprime <<l'esprit des lois civiles>> e interviene per salvaguardare le regole considerate essenziali per il diritto francese<sup>97</sup>.

Infatti, l'art. 6 *Code civil* sancisce il divieto generale di derogare attraverso

---

<sup>91</sup> Così riporta MALAURIE, *op. cit.*, p. 263.

<sup>92</sup> Cfr. TERRE', *Rapport Introductif*, in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 35; EUSTATZIU, *Lois d'ordre public en droit interne*, Paris, 1913, p. 28 ss.

<sup>93</sup> In questo senso CARBONNIER, *La notion à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Le notion à contenu variable en droit. Études publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst (Travaux du Centre national de recherches de logique)*, Bruxelles Bruylant, 1984, p. 99; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, *ivi*, p. 77

<sup>94</sup> In questo senso JARROSSON, *op. cit.*, p. 225

<sup>95</sup> JARROSSON, *op. cit.*, p. 225; nello stesso senso mi pare anche FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 29, il quale parla di <<l'ordre public fondamental>> e ancora prima MALAURIE, *op. cit.*, p. 112, il quale, infatti, afferma che <<l'ordre public est dans sa définition; il est multiple dans ses applications>>. Questa è la tesi che anch'io ho reputato di accogliere nella disamina del concetto di ordine pubblico.

<sup>96</sup> GEGOUT, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *JurisClasseur, droit civil*, 1979, p. 3.

<sup>97</sup> Al suo interno si riconduce anche il c.d. ordine pubblico internazionale.



convezioni particolari, alle leggi che interessano l'ordine pubblico e il buon costume<sup>98</sup>.

L'ordine pubblico, unitamente al buon costume<sup>99</sup> che esprime l'aspetto morale del medesimo, costituiscono, quindi, i limiti entro cui deve operare la libertà contrattuale. Si tratta di limiti insuperabili e quindi, come tali, inderogabili<sup>100</sup> poiché sono posti a tutela dell'interesse generale.

In realtà, analizzando le norme che sono considerati quali veicoli dei principi di ordine pubblico – che peraltro non esauriscono totalmente questo insieme<sup>101</sup> -, la dottrina ha avuto modo di constatare che solo alcune di esse hanno come fine la difesa dell'interesse generale, mentre altre si prefiggono la

---

<sup>98</sup> In realtà le disposizioni del codice civile che menzionano direttamente l'ordine pubblico sono numerose. Per un'ampia disamina si rimanda a GÈGOUT, *op. cit.*, p. 3 ss.

<sup>99</sup> Sul concetto di buon costume si rimanda alla disamina contenuta nel paragrafo 3.3

<sup>100</sup> Il carattere inderogabile dei principi di ordine pubblico ha condotto anche in Francia a interrogarsi se gli stessi e le norme imperative costituissero al contempo unica categoria. Tale assunto trova fondamento, in linea generale, su due elementi: in primo luogo, in ragione della identità di funzioni espletate dai due concetti che impongono sostanzialmente dei limiti, in secondo luogo in virtù dello stesso dettato normativo dell'art. 6 *Code civil*, il quale espressamente richiama le <<*lois qui intéressent l'ordre public*>>. Tuttavia, altra parte della dottrina osserva che tali assunti non sono determinanti, sia in ragione del fatto che in altri luoghi del codice civile il concetto di ordine pubblico è richiamato senza che venga sancito alcun legame con la norma imperativa sia in virtù del fatto che il concetto di ordine pubblico è sensibilmente più ampio rispetto a quello di norme imperative, poiché i principi di ordine pubblico non traggono origine solo da disposizioni normative. Al contempo, questa parte degli interpreti, invece, si domanda, se tutte le norme imperative esprimano un principio di ordine pubblico. Per cercare di offrire una risposta a questo interrogativo, una parte della dottrina ha analizzato la sanzione che consegue dalla violazione delle norme imperative e ha potuto constatare che solo in taluni casi si richiama espressamente la nullità assoluta, in altri la c.d. nullità relativa (Per un'ampia disamina di questo aspetto si rimanda a GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 80 ss.; GHESTIN, *Les obligations. Le contract: formation*, 2° ed., Paris, 1988, p. 89 ss., il quale ritiene che l'ordine pubblico ingloba tutte le norme imperative: afferma infatti <<*il semble donc préférable d'admettre que l'ordre public englobe toutes les lois impératives, sans essayer de distinguer entre celles-ci à partir d'une notion d'ordre public trop incertaine et trop diversifiée pour fonder une division rigoureuse*>>; HAUSER, *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contract*, sous la direction Remy-Corlay, Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 105, il quale, oltre a rilevare la differenza concettuale tra i due termini, evidenzia come tale distinzione assuma un ruolo importante nell'ambito europeo; MALAURIE, AYNES, *Les obligations*, 5° ed., Paris, 2011, p. 320 ss.; in giurisprudenza: Cass. civ., 1°, 20 juill. 1994, in *RTD civ.*, 1995, p. 101; Cass. civ., 5 nov. 1991, *ivi*, 1992, p. 383 ss.

<sup>101</sup> I principi di ordine pubblico, infatti, non trovano concretizzazione solo nelle disposizioni di legge. In virtù di tale assunto, la letteratura francese è solita distinguere tra un ordine pubblico formale o testuale e un ordine pubblico virtuale. Il primo fa riferimento a un ordine pubblico di creazione legislativa, mentre il secondo a un ordine pubblico di origine giurisprudenziale o espressione di quei principi generali considerati come immanenti dell'ordinamento giuridico (GHESTIN, *Les obligations*, cit., p. 89 ss.; HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public*, cit., p. 5 ss.; FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *La conformité du contract à l'ordre public at aux bonnes mœurs*, in *Les obligations. L'acte juridique*, 14 ed., Sirey, 2010, p. 255 ss.; TERRE' - SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2005, p. 381 ss.)

salvaguardia di singoli diritti soggettivi o di specifiche categorie di soggetti.

Questa constatazione non è altro che la traduzione in concreto di due diverse finalità<sup>102</sup> di ordine pubblico poste in evidenza dall'ordinamento francese.

Storicamente le due concezioni erano tradotte nel noto dualismo tra l'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale.

Tale dicotomia si traduce oggi in quella tra l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione<sup>103</sup>.

## **2. L'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale.**

Nell'ordinamento francese è classico<sup>104</sup> distinguere tra un ordine pubblico politico e morale, tradizionale, e un ordine pubblico economico e sociale, molto più recente.

La distinzione ha origine storico-descrittiva e rispecchia, in ultima analisi, l'evoluzione del ruolo e del valore attribuito allo Stato<sup>105</sup>.

Infatti, se in un primo momento lo Stato doveva costituire il soggetto destinatario di ogni genere di tutela, successivamente lo stesso diviene strumento per garantire la difesa della personalità umana.

Oggi questa netta separazione è in parte artificiale<sup>106</sup>, poiché non è possibile scindere in modo perfetto le due realtà: infatti, l'evoluzione del contenuto dell'ordine pubblico, particolarmente rilevante con riferimento all'ordine pubblico economico e sociale, non può non riflettersi anche sull'ordine

---

<sup>102</sup> Pone in evidenza questa evoluzione GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 82.

<sup>103</sup> Una dottrina (MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, cit., p. 35) ridefinisce questa dicotomia attraverso il *distinguo* tra <<ordre étatique impératif>> e <<ordre privé impératif>>.

<sup>104</sup> Così osservano tra i tanti MALAURIE, AYNES, *Les obligations*, cit., p. 320 ss.; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 83.

<sup>105</sup> Così GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in S., 1982, 1<sup>er</sup>, p. 7

<sup>106</sup> Così osserva GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 83 ss.

pubblico politico e morale tradizionale<sup>107</sup>.

La correttezza della menzionata affermazione si può, per esempio, rinvenire nello stesso diritto fiscale, settore che storicamente era ricondotto all'ordine pubblico politico e morale, ma che la sua funzione economica e sociale lo rende, oggi, difficilmente separabile dall'ordine pubblico di matrice più recente<sup>108</sup>.

### **3. Il contenuto dell'ordine pubblico politico e morale.**

L'ordine pubblico politico e morale, ossia quello che la dottrina francese suole definire classico, tende essenzialmente alla protezione dell'organizzazione dello Stato e dei poteri pubblici, alla tutela della famiglia e dei buoni costumi<sup>109</sup>.

L'ordine pubblico qui esaminato si caratterizza per essere un ordine pubblico negativo, poiché si traduce essenzialmente in divieti, generale, in quanto si sostanzia in precetti di ampio respiro, giudiziale, poiché è compito del giudice verificare se una pattuizione tra privati sia contraria o meno all'ordine pubblico e infine statico, proprio in virtù dell'oggetto della sua protezione<sup>110</sup>.

#### **3.1. segue: il contenuto dell'ordine pubblico politico e morale con riguardo alla organizzazione dello Stato e dei poteri pubblici.**

Inizialmente il concetto di ordine pubblico politico si identificava con quello di diritto pubblico: pertanto costituivano violazione dello stesso tutte quelle pattuizioni private che non rispettavano i principi espressi dalle norme

---

<sup>107</sup> GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, cit., p. 7, il quale rileva che mentre le regole di ordine pubblico di direzione si pongono come fine quello di garantire l'utilità di un sinallagma contrattuale, quelle di ordine pubblico di protezione hanno lo scopo di garantire la giustizia dello stesso.

<sup>108</sup> Cfr. le osservazioni di HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public*, cit., p. 16 ss.; ANCEL, *Arbitrage et ordre public fiscal*, in *Revue d'arbitrage*, 2001, p. 275 ss.

<sup>109</sup> Questa è l'interpretazione maggiormente accolta, anche se alcuni autori adottano una interpretazione di ordine pubblico più limitata, escludendo, quindi, ogni riferimento alla famiglia e alla morale. Sul punto si rimanda all'ampia trattazione di HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public*, cit., p. 10 ss.;

<sup>110</sup> MALAURIE, AYNES, *Les obligations*, cit., p. 321; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 83 ss.

costituzionali, amministrative, fiscali e penali<sup>111</sup>.

Successivamente si è andata delineando<sup>112</sup> una concezione più ristretta, giustificata in base al rilievo che non tutte le disposizioni normative che riguardano l'organizzazione e il funzionamento dei servizi pubblici sono portatrici di un principio di ordine pubblico<sup>113</sup>. Conseguentemente vengono escluse dal concetto di ordine pubblico, per esempio, tutte le prescrizioni che regolano l'organizzazione giudiziaria. Per tale ragione, si è concretizzato il principio in virtù del quale non è possibile rinvenire una reale violazione dell'ordine pubblico, qualora le convenzioni stipulate tra i privati non determinino un danno effettivo ai valori che esprimono l'essenza dello Stato.

Seguendo questo assunto si è ritenuto di potere fare rientrare in questa violazione, a esempio, la vendita del voto<sup>114</sup>.

La necessità di delimitare l'ambito della infrazione qui delineata ha condotto gli interpreti a precisare che si deve parlare di inosservanza delle regole di ordine pubblico solo qualora i privati tramite specifiche pattuizioni si pongano il fine di violare il buon ordine sociale in sé considerato, mentre non assume importanza, in realtà, la natura della legge alla quale si deroga<sup>115</sup>.

L'affermarsi di questo assunto ha portato a ritenere, per esempio, che di per sé non abbia valore la decisione delle parti di derogare alla competenza giurisdizionale prevista dalla legge; tuttavia questo accordo può acquisire rilevanza ai fini della violazione dell'ordine pubblico se lo stesso si traduce concretamente in un costo del processo sensibilmente maggiore e nello stesso tempo in una limitazione all'accesso della giustizia.

Questa progressiva evoluzione pone in evidenza come oggi, in realtà, non sia più possibile accogliere l'idea di un ordine pubblico che si assuma il mero compito di tutelare il buon funzionamento delle istituzioni indispensabili o

---

<sup>111</sup> Così mette in evidenza GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 84; FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 260.

<sup>112</sup> Per l'ampia ricostruzione storica si rimanda a GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 83 ss.; ID., *Les obligations*, cit. p. 99 ss.; HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, cit., p. 9 ss.; FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 259 ss.

<sup>113</sup> Cass. Civ. 2°, 17 mars 1982, *Bull. civ.*, II, n° 76, p. 54.

<sup>114</sup> Esempio ricordato sia da GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 84 sia da FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 260.

<sup>115</sup> FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 260.

essenziali dello Stato e al contempo dimostra come i princìpi espressi dal nuovo ordine pubblico economico possano trovare applicazione anche all'ordine pubblico politico e morale<sup>116</sup>.

### **3.2. segue: il contenuto dell'ordine pubblico con riguardo alla tutela della famiglia.**

All'interno del c.d. ordine pubblico politico, secondo la ricostruzione classica, deve essere ricompresa anche la famiglia, essendo la stessa considerata una struttura fondamentale dello Stato.

Infatti, la dottrina mette in evidenza che <<la famille est un cadre fondamental de l'État, l'individu est un élément de l'État donc il doit, dans son intérêt, se couler dans modèle familial que l'État lui fournit. L'ordre public familial est au fond un ordre public (...) de droit public>><sup>117</sup>.

Per tale ragione sono considerate espressione di princìpi di ordine pubblico tutte quelle disposizioni volte a disciplinare i rapporti extrapatrimoniali della famiglia perché <<les bases mêmes de la société seraient atteintes si les hommes pouvaient aménager les structures familiales autrement que le législateur ne l'a voulu>>.

Maggiore apertura invece godono le norme di natura prettamente patrimoniale.

Se questa classica opposizione resta in parte vera, la dottrina francese evidenzia come la stessa si sia sensibilmente attenuata grazie alla convergente evoluzione del contenuto dell'ordine pubblico nel campo extrapatrimoniale e patrimoniale e in virtù della costante evoluzione dei costumi<sup>118</sup>.

L'operare di questi elementi hanno causato il passaggio da una

---

<sup>116</sup> GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 84.

<sup>117</sup> HAUSER, in *L'ordre public*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XLIX, 1998, LGDJ, p. 477.

<sup>118</sup> GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 85; HAUSER, in *L'ordre public*, cit., p. 490, il quale parla di un'evoluzione del diritto di famiglia in termini di negoziabilità, sia per quanto concerne i rapporti patrimoniali che quelli extrapatrimoniali. BENABENT, *L'ordre public en droit de la famille*, in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, cit., p. 30 ss.; TERRE<sup>2</sup> - SIMLER - LEQUETTE, *op. cit.*, p. 384.

legislazione attenta alla difesa della famiglia *tout cour* a un'altra, invece, interessata alla difesa degli individui che la compongono.

Tipico esempio di questa evoluzione si rinviene nella introduzione della legge sul divorzio.

### **3.3. segue: la difesa della morale.**

All'interno della categoria dell'ordine pubblico classico, secondo la dottrina tradizionale deve essere altresì incluso il buon costume<sup>119</sup>. Esso viene, infatti, definito dagli interpreti<sup>120</sup> come l'aspetto morale dell'ordine pubblico.

Si osserva in linea generale che mentre la contrarietà all'ordine pubblico di una pattuizione contrattuale concerne propriamente il suo oggetto, vi è violazione riconducibile al buon costume qualora a essere illecita sia la stessa causa del contratto: infatti non è proibito in sé l'impegno seppure immorale che è assunto da una delle due parti, bensì ciò che è vietato è il fine illecito che tramite l'impegno assunto dalle parti queste perseguono<sup>121</sup>.

Affinché sia possibile riempire di contenuto questo concetto, nella dottrina francese si sono sviluppate due diverse concezioni<sup>122</sup>, la prima c.d. *empirique* e la seconda c.d. *idéaliste*.

Secondo la prima teoria, il concetto di buon costume contempla i comportamenti ritenuti moralmente corretti in un determinato tempo e luogo. Diversamente la seconda opzione ermeneutica tende a fare prevalere una concezione della vita che il giudice reputa moralmente superiore.

Entrambe le ricostruzioni sono fortemente criticate<sup>123</sup>: l'accoglimento della prima necessita per il suo corretto operare della neutralità nella valutazione del giudice, requisito che non sempre è garantito, mentre l'accettazione della seconda

---

<sup>119</sup> Si rimanda alle osservazioni già compiute alla nota 108.

<sup>120</sup> Ampliamente GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 85. Per una completa disamina del tema si rimanda a BONNECASE, *La notion juridique de bonnes mœurs*, in *Études Capitant*, 1939, p. 91 ss.; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., 1949, LGDJ, p. 42 ss.

<sup>121</sup> In questo senso FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 262.

<sup>122</sup> FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 266; HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, cit., p. 29; TERRE<sup>2</sup> - SIMLER – LEQUETTE, *op. cit.*, p. 392.

<sup>123</sup> FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 267.

snatura, in realtà, il concetto stesso di morale, poiché stabilisce una sorta di presunzione in forza della quale i costumi che prevalgono devono reputarsi necessariamente buoni e corretti.

All'interno di questo dualismo si è altresì affermata una concezione c.d. intermedia che ritiene che con il concetto di buon costume non si voglia che indicare i comportamenti sociali che meritano di essere conservati e salvaguardati, perché conformi ai bisogni della società e al suo corretto equilibrio e, quindi, in ultima analisi, consoni all'essenza stessa dello Stato.

Abbracciando questa ultima definizione, gli interpreti reputano che configurino violazione del canone del buon costume tutte le convenzioni contrarie al rispetto della personalità umana, come a esempio eventuali pattuizioni che introducano delle restrizioni del modo personale di condurre la propria vita, oppure tendenti a realizzare un guadagno immorale, o ancora che siano contrarie alla morale sessuale<sup>124</sup>.

#### **4. L'ordine pubblico economico e sociale<sup>125</sup>.**

L'ordine pubblico qui esaminato ha per oggetto essenzialmente lo scambio di beni e di servizi considerato in sé stesso. Questo contenuto lo contraddistingue rispetto all'ordine classico, il quale prende in considerazione questi scambi esclusivamente nell'ottica delle eventuali conseguenze che gli stessi possono provocare nei riguardi dello Stato e della famiglia e della morale.

Il contenuto di tale ordine pubblico dipende essenzialmente dal ruolo riconosciuto allo Stato in questo settore, come lo dimostra l'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico francese<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Ampliamente FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 263 ss.;

<sup>125</sup> Con tale espressione si tende a coniugare due mondi e due modalità di intervento che solo in parte vengono a coincidere. Tuttavia, la bontà di tale modo di operare si può rinvenire nelle parole stesse di un autore francese (DURAND, *Traité de Droit du Travail*, T. I, Dalloz, 1947, n° 18, citato da FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 36, n° 28) che evidenzia <<l'économique et le social ne constituent pas deux domaines distincts, mai des points de vue différents d'ou un même phénomène peut être observé>>. Si deve già rilevare in questa sede che solo l'ordine pubblico economico di protezione assume propriamente un valore sociale, diversamente l'ordine pubblico economico di direzione è più interessato alla tutela generale del mercato.

<sup>126</sup> GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 87.

Infatti, la dottrina liberale confidava nelle leggi naturali del mercato e nella libera concorrenza per garantire nello stesso tempo la giustizia contrattuale e il bene comune, vale a dire, sul piano strettamente economico, il migliore adattamento possibile della produzione dei beni alla soddisfazione dei bisogni. L'accoglimento di questa concezione determinava inevitabilmente che solo i bisogni dei più forti trovavano una reale protezione.

Sotto l'influenza della dottrina socialista e di quella sociale cristiana, unitamente alla pressione esercitata dai gruppi liberamente costituiti grazie alla legge del 21 marzo 1884 relativa ai sindacati professionali e a quella del 1° luglio 1901, riguardante le associazioni, lo Stato francese decideva di intervenire nella vita economica del paese.

Solo negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, si può affermare che l'intervento dello Stato divenne rilevante nell'organizzazione della produzione e della distribuzione dei beni e dei servizi.

Il ruolo attivo assunto dal medesimo determinava inevitabilmente delle ripercussioni nella stessa concezione di ordine pubblico, il quale diveniva uno strumento per conseguire la giustizia sociale<sup>127</sup>.

Lo Stato interviene nel settore economico sia come imprenditore, sia attraverso la predisposizione di programmi di coordinamento e di indirizzo dell'attività economica sia nella sfera pubblica che in quella privata.

Tale tipo di intervento, determina uno stravolgimento dell'ottica visuale: si passa dall'idea di una giustizia universale, tipica dell'ordine pubblico classico, a una idea di una giustizia c.d. <<particolare>>.

Infatti, con l'espressione ordine pubblico economico non si vuole richiamare in linea generale i principi fondamentali che regolano una società, ma esso serve semplicemente a realizzare, al contrario, la normale qualificazione delle nuove legislazioni<sup>128</sup>.

Quest'ultime, quindi, si caratterizzano per una sostanziale protezione delle categorie particolarmente svantaggiate, come quella dei lavoratori, degli

---

<sup>127</sup> Il conseguimento di questo obiettivo, come verrà di seguito illustrato si realizza attraverso diverse modalità, le quali, talvolta, riguardano l'intera società, talvolta specifiche categorie della stessa.

<sup>128</sup> FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, pp. 272 e 273; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 87.



agricoltori, e solo successivamente, in epoca più recente, anche quella dei consumatori e risparmiatori.

L'ordine pubblico economico trova specialmente concretizzazione in apposite normative, le quali, non impongono proibizioni, ma sanciscono per lo più delle regole da rispettare. Si suole pertanto identificarlo per lo più come un ordine pubblico c.d. positivo, oltre che <<funzionale>> rispetto a quello tradizionale, poiché trova consistenza nello specifico scopo che assume nel caso concreto<sup>129</sup>.

La dottrina evidenzia come questo ordine pubblico sia essenzialmente variabile<sup>130</sup>. La sua efficienza tecnica impone un adattamento costante alle diverse situazioni storiche. Infatti l'ordine pubblico economico ha conosciuto nel corso del tempo un ampio sviluppo, a tal punto che è difficile ricostruire i molteplici interventi legislativi susseguitesisi, anche in ragione della natura eterogenea degli stessi.

Data la vastità di tali azioni, gli interpreti sono soliti distinguere all'interno della più ampia categoria dell'ordine pubblico economico, tra un ordine pubblico di direzione e un ordine pubblico di protezione<sup>131</sup>, ordine pubblico di matrice più prettamente sociale.

La differente qualificazione deriva dalle specifiche finalità perseguite dai due ordini, a cui si rispecchiano, a loro volta, due distinti regimi sanzionatori in caso di loro violazione.

L'origine di tale distinzione, ripresa da Farjat<sup>132</sup> nella sua celebre

---

<sup>129</sup> FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 268 ss.; GHESTIN, *Les obligations*, cit., p. 121 ss. Stessa caratteristica è riconosciuta anche nel nostro ordinamento, sul punto BIANCO, *Costituzione economica e ordine pubblico*, cit., p. 35 ss.

<sup>130</sup> A titolo esemplificativo, FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 268 ss.; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 88.

<sup>131</sup> Per completezza, è opportuno ricordare che Farjat (FARJAT, *op. cit.*, p. 110) oltre ad accogliere questa distinzione, individua una terza categoria che identifica propriamente con *l'ordre public économique de protection collective*.

<sup>132</sup> FARJAT, *op. cit.*, *passim*, il quale definisce, peraltro, l'ordine pubblico economico come <<l'ensemble des règles obligatoire dans les rapports contractuels, relative à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contract>>. La sua opera fu fortemente criticata nel nostro ordinamento da FERRI, *L'ordine pubblico economico (A proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, p. 464 ss., BARCELLONA, *op. cit.*, p. 224; GAZZONI, *op. cit.*, p. 801. Esprime una posizione diversa, la quale, a mio sommo avviso, deve ricevere accoglimento, invece, BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. it. (discip. pubbl.)*, Aggior. 2005, Torino, p. 499 ss., il quale rileva che nel contesto storico vigente, caratterizzato dalla crisi di sovranità degli Stati Nazionali e della stessa nozione di Stato, l'ordine pubblico economico costituisce una categoria degna di rilevanza. Infatti, come rileva altra attenta dottrina (FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p. 29 ss.), <<oggi pesa più spesso che

monografia, si deve Carbonnier<sup>133</sup>, il quale evidenzia che mentre l'ordine pubblico economico<sup>134</sup> di protezione <<n'ad'autre but que de protéger, dans divers contracts, le partie économiquement la plus faible>>, l'ordine pubblico di direzione <<se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contracts privés tout ce qui porrai la contrarier>>

Per comprendere l'essenza dei due concetti e il loro specifico operare, è necessario partire dall'analisi dell'ordine pubblico di direzione, poiché esso stesso costituisce il sostrato in cui opera l'ordine pubblico di protezione.

#### **4.1. segue: le finalità dell'ordine pubblico economico e sociale di direzione.**

L'ordine pubblico economico di direzione si pone essenzialmente l'obiettivo di difendere <<l'intérêt général économique de la Nation>><sup>135</sup>.

Questo infatti costituisce quella parte dell'ordine pubblico economico che più si avvicina all'idea tradizionale di ordine pubblico espressa dall'art. 6 *Code civil*, seppure lo stesso si trovi a incidere in un settore più ristretto, appunto quello economico.

Il conseguimento di questo fine avviene attraverso una politica c.d. dirigentistica, caratterizzata da un'ampia pianificazione degli interventi da parte dello Stato nell'economia, determinando, quindi, inevitabilmente una netta

---

nel passato proprio sugli organi giudiziari un'esigenza di costruzione di diritti in un rapporto sempre più dubbio con le fonti>> e che <<nel contesto transazionale sorge talora anche il bisogno di individuare il soggetto che deve rendere possibile la realizzazione del diritto e il tipo di prestazione che si può esplicitare>>, a differenza del passato in cui <<lo Stato era anche il soggetto principalmente chiamato a porre in essere la prestazione necessaria per la riaffermazione dei diritti>>. Inoltre nel contesto odierno esso trova ampia diffusione specialmente nel diritto comunitario, come è posto in evidenza da ANGELINI, *op. cit.*, p. 503 ss.

<sup>133</sup> CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, Paris, 1962, pp. 388-389; sul punto si rimanda anche alle osservazioni di RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génys*, II, *Le sources générales des systèmes juridique actuels*, Paris, 1934, p. 317 ss.

<sup>134</sup> È necessario evidenziare che il concetto <<ordine pubblico economico>> non è una mera ricostruzione dottrinale, ma ha ricevuto la sua consacrazione anche da parte della giurisprudenza. A tale proposito si veda Cass. Com., 4 fév 1975, in *Bull. civ.*, IV, n. 34, p. 28.

<sup>135</sup> BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 109, il quale riprende le parole di Malinvaud al quale lo scritto è dedicato.

limitazione della libertà contrattuale dei soggetti privati.

La dottrina ritiene che possono ascrivarsi all'interno degli interventi finalizzati alla tutela dell'ordine pubblico economico di direzione tutte quelle legislazioni che si pongono l'obiettivo di tutela la libera concorrenza<sup>136</sup> e quindi di garantire in ultima istanza il corretto funzionamento del mercato<sup>137</sup>. Possono pertanto qualificarsi come interventi di direzione tutte quelle legislazioni in tema di prezzi e di disciplina del sistema monetario<sup>138</sup>.

#### ***4.2. segue: la finalità dell'ordine pubblico economico e sociale di protezione.***

L'elemento sociale<sup>139</sup> trova all'interno di questa specifica categoria una rilevante attuazione, poiché il fine ultimo a cui tende questo particolare tipo di ordine pubblico è la protezione della parte debole di un qualunque rapporto contrattuale<sup>140</sup>.

Esso rispecchia la c.d. concezione neo-liberale, la quale, opponendosi a quella dirigenzistica, tende a ristabilire le condizioni del libero mercato. Infatti senza opporsi direttamente alla libertà contrattuale, la politica c.d. neo-liberale usa la stessa per raggiungere dei corretti fini di interesse generale. Si sviluppano pertanto un'insieme di regole volte a riequilibrare i rapporti economici al fine di garantire la tutela della libertà dei prezzi e dell'economia.

L'ordine pubblico economico di protezione si pone inevitabilmente in netta contrapposizione con la lettera e lo spirito dell'art. 6 *Code civil* e costituisce al contempo un importante strumento di riforma sociale, poiché si basa sull'idea che lo Stato possa costituire un importante punto di riferimento, non solo quale

---

<sup>136</sup> Ambito nel quale oggi maggiormente trova applicazione questo specifico tipo di ordine pubblico. Così TERRÉ'- SIMLER – LEQUETTE, *op. cit.*, pp. 386-387. Sul punto si rimanda anche a Cass. Com., 26 mai et 18 févr. 1992, *D.*, 1993, p. 57 ss.

<sup>137</sup> Sul punto si rimanda alla disamina di MÈADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, 2007, *passim*.

<sup>138</sup> FARJAT, *op. cit.*, p. 119.

<sup>139</sup> VINCENT LEGOUX, *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, Paris, 2001, p. 201 ss.

<sup>140</sup> Secondo Catala, l'ordine pubblico di protezione costituisce la vera essenza dell'ordine pubblico moderno: CATALA, *À propos de l'ordre public*, in *Mélages offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 511 ss.

difensore di principi fondamentali su cui si basa l'ossatura di una intera civiltà, ma anche come sostenitore di quei soggetti che si trovano in una situazione di inferiorità all'interno di un sinallagma contrattuale, come ad esempio, i lavoratori, gli agricoltori, i consumatori e, più in generale, qualsiasi debitore che si trovi in una situazione di inferiorità rispetto alla sua controparte<sup>141</sup>.

La realizzazione del menzionato obiettivo avviene mediante l'introduzione di un consistente apparato di norme imperative, le quali costituiscono l'unico mezzo in grado di assicurare un effettivo equilibrio del negozio.

L'utilizzo di questo strumento nasce dalla constatazione che le categorie di soggetti sopra indicate non siano sufficientemente armate per tutelarsi da sole e che quindi non siano consapevoli delle conseguenze che possono derivare dalla conclusione di un programma contrattuale.

Per sopperire tale inadeguatezza, il legislatore reputa opportuno inserire un complesso di regole, la cui applicazione imperativa è in grado di controbilanciare l'incapacità di tale soggetti di compiere una scelta consapevole e quindi adeguata alle loro necessità<sup>142</sup>.

Il raggiungimento di questo fine determina l'impossibilità di considerare valide tutte quelle pattuizioni contrattuali a cui si è pervenuti approfittando dello stato di inferiorità della controparte e, al contempo, la legge espressamente richiede il rispetto di determinate formalità nella conclusione di quei contratti in cui sia parte un c.d. soggetto debole, al quale gli viene altresì garantita un'ampia

---

<sup>141</sup> Farjat (FARJAT, *op. cit.*, p. 119 ss.) mette in evidenza, giustamente, che nei settori sopra richiamati seppure molte normative acquistino una doppia valenza, sia di protezione sia di direzione, ciò non determina l'abolizione di questo distinguo. Infatti seppure le regole relative alla durata del rapporto di lavoro, al riposo, alla tassazione dei salari costituiscano un'arma di strategia economica, non perdono al contempo la loro natura, ovvero regole di protezione di interessi privati. Lo stesso discorso può essere esteso alle norme che vietano il <<lavoro nero>>. Questa evidente commistione di piani ha portato una parte della dottrina francese a rinnegare la bontà di questa distinzione, mettendo in evidenza che è alquanto arduo distinguere gli interventi di direzione da quelli di protezione e, pertanto, si è negata l'utilità stessa di questa distinzione (sul punto si rimanda a titolo esemplificativo a FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 274 ss.)

<sup>142</sup> È necessario ricordare che certi tipi di contratti permettono il soddisfacimento di bisogni primari: il contratto di lavoro garantisce al lavoratore le risorse per vivere, il contratto di affitto garantisce un luogo dove potere vivere. I soggetti che si trovano in simili bisogni potrebbero essere spinti a concludere un contratto anche in presenza di condizioni non congrue. L'ordine pubblico di protezione interviene per difendere questi soggetti (sul punto cfr. CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2004, *passim*; REVET, *L'ordre public dans les relations de travail*, in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, cit., p. 43 ss.)

possibilità di ripensamento<sup>143</sup>.

Un esempio chiarificatore può derivare dalla disciplina dei consumatori<sup>144</sup>, ove, per fare fronte alla antica e non sempre legittima pratica dei contratti di adesione, come peraltro è avvenuto anche all'interno del nostro ordinamento<sup>145</sup>, viene introdotta una normativa dettagliata e imperativa volta a garantire, al momento della conclusione del contratto, l'esplicazione di un consenso maturo e non viziato da parte del consumatore.

Oltre alla presenza di un vasto impianto di norme imperative, l'ordine pubblico economico e sociale di protezione si caratterizza per il fatto che i diritti in esso rientranti siano caratterizzati da una disponibilità relativa. Infatti l'ordine pubblico di protezione impedisce al titolare del diritto di disporre dello stesso sino a quando sussiste la necessità della tutela. Una volta che la stessa sia venuta meno, cade anche il divieto di disposizione dello stesso.

Per tale motivo la violazione dell'ordine pubblico economico e sociale di protezione potrà essere fatta valere unicamente dalla parte a tutela della quale la normativa imperativa è posta<sup>146</sup>, diversamente da quanto si verifica in relazione alla violazione dell'ordine pubblico economico e sociale di direzione. I diritti, infatti, rientranti nel medesimo non sono soggetti ad alcuna forma di autonomia privata<sup>147</sup>.

In altre parole, al titolare è consentito di rinunciare alla tutela che l'ordinamento appresta a suo favore nel momento in cui lo stesso abbia acquistato il diritto medesimo.

Tale peculiarità è considerata legittima dalla dottrina<sup>148</sup>, poiché è logico

---

<sup>143</sup> Interessante è sul punto l'ampia disamina compiuta da VINCENT LEGOUX, *op. cit.*, p. 201 ss.; CANUT, *op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>144</sup> BRUNETTI-PONS, *op. cit.*, p. 109 ss., il quale qualifica questo ordine pubblico come un *ordre public législatif*.

<sup>145</sup> Cfr. D.lgs. n. 206 del 2005, il c.d. Codice del consumo. Ampia è la letteratura sul punto, si rimanda a titolo esemplificativo a ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Milano, 2002, *passim*

<sup>146</sup> Determinando, quindi, l'applicazione della c.d. *nullité relative*, figura che tende a coincidere con quella dell'annullabilità, tipica del nostro ordinamento.

<sup>147</sup> Ampliamente COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études offerts à Jacques Flour*, in *Répertoire du Notariat Defrénois*, Paris, 1979, p. 98 ss.

<sup>148</sup> GHESTIN, *L'ordre public*, cit., p. 90; stesso principio si rinviene anche nella dottrina americana. Per una interessante sintesi, seppure con riferimento al settore della famiglia, si rimanda ai

consentire a un soggetto di rinunciare a un beneficio riconosciutogli dalla stessa legge una volta o qualora constati che la protezione non sia (più) necessaria.

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

L'opposizione tra ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione trova aggigiorno anche una rilevanza autonoma, sganciata dalla stessa concezione di ordine pubblico economico e sociale<sup>149</sup>.

Infatti la dicotomia rinvenuta dagli interpreti all'interno dell'ordine pubblico economico diviene criterio imprescindibile per comprendere nell'attuale contesto giuridico-normativo l'operare del concetto di ordine pubblico.

Infatti, l'ordine pubblico (economico) di direzione viene sostanzialmente identificato dalla dottrina<sup>150</sup> con l'ordine pubblico tradizionale, in ragione del fine perseguito da entrambi, e cioè la protezione del c.d. interesse generale.

Pertanto, con l'accezione ordine pubblico di direzione non si vuole altro che identificare il c.d. l'ordine pubblico *stricto sensu*, ovvero l'insieme dei principi fondamentali che costituiscono l'essenza di uno specifico ordinamento giuridico.

Diversamente, con la formula ordine pubblico di protezione si suole definire quel particolare ordine pubblico che non si pone l'obiettivo di tutelare l'interesse generale, bensì quello esclusivo di determinati individui che, in ragione del loro specifico *status*, sono considerati dal legislatore, attraverso una valutazione che viene compiuta dallo stesso a monte, come soggetti deboli di un rapporto contrattuale - inteso anche in senso lato - e come tali inidonei di "difendersi" in modo autonomo.

Nasce, quindi, la preoccupazione di predisporre una serie di norme imperative che siano in grado di sopperire alla incapacità propria di questi soggetti

---

riferimenti contenuti in ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 493 ss.

<sup>149</sup> Così pone in evidenza puntualmente GHESTIN, *L'ordre public*, cit., p. 88 ss.

<sup>150</sup> GHESTIN, *L'ordre public*, cit., p. 90.

di difendersi, prima ancora che dall'agire di controparte, da loro stessi, in quanto non considerati effettivamente capaci di disporre in modo consapevole dei propri diritti.

In altre parole, la dicotomia sopra esplicita si traduce in due diverse finalità delle regole di ordine pubblico<sup>151</sup>.

Infatti, mentre l'ordine pubblico di direzione ha come fine di imporre una certa concezione di interesse generale sul piano della politica, della morale e dell'economia attraverso l'adozione di principi non necessariamente scritti ma immanenti all'interno dello stesso ordinamento, l'ordine pubblico di protezione, che trova esplicitazione, invece, in un dettato normativo imperativo<sup>152</sup>, è indirizzato alla tutela della parte debole di un sinallagma contrattuale e consente, quindi, in ultima analisi, di garantire l'equilibrio<sup>153</sup> interno del contratto medesimo.

Talvolta, come osserva la dottrina<sup>154</sup>, le due finalità tendono a coincidere, poiché attraverso la protezione del singolo si vuole, comunque, in ultima analisi, garantire la tutela della collettività<sup>155</sup>. In simile evenienze è tuttavia necessario procedere a una sorta di bilanciamento degli interessi: quello che risulterà preminente costituirà la vera *ratio* che caratterizza la regola.

Diverso è pertanto il regime dei diritti su cui i due tipi di ordine pubblico si trovano ad operare: mentre quelli che rispondono alla *ratio* dell'ordine pubblico di direzione non possono mai costituire oggetto di rinuncia da parte dei loro legittimi

---

<sup>151</sup> Infatti nelle odierne trattazioni relative all'ordine pubblico, la dottrina francese tende a classificare il medesimo in base alle fonti, al contenuto e alle finalità. Proprio in questa ultima modalità di classificazione si può rinvenire la dicotomia tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione.

<sup>152</sup> L'ampio sviluppo del c.d. ordine pubblico di protezione ha acuito la difficile distinzione fra il concetto di ordine pubblico e quello di norme imperative (sul punto cfr. BARCELONA, *op. cit.*, p. 224, il quale disconosce il valore di ordine pubblico economico di protezione), poiché quest'ultime divengono inevitabilmente mezzo per esprimere il primo. Per tale motivo la dottrina (BRUNETTI-PONS, *op. cit.*, p. 114 ss.) ha proceduto a distinguere le norme che sono espressione dell'ordine pubblico di protezione da quelle che invece incarnano il concetto vero di ordine pubblico e in quanto tali non disponibili per le parti. In queste ultime rientrano i precetti costituzionali, le leggi penali, quelle fiscali, quelle che riguardano il diritto delle persone, quelle che regolano le procedure fallimentari; mentre nelle prime ricadono quelle di diritto speciale imperativo, e cioè quelle disposizioni che derogano alle leggi di diritto comune quando la parte si trova in un determinato stato contrattuale, come si verifica nel caso del contratto con i consumatori. In questo caso queste regole possono essere designate come imperative, poiché vengono imposte alle parti, ma esse non rientrano, a differenze di quelle sopra ricordate, nell'ambito contemplato dall'art. 6 *Code civil*.

<sup>153</sup> In questo senso si esprime VINCENT LEGOUX, *op. cit.*, p. 232.

<sup>154</sup> TERRE' - SIMLER - LEQUETTE, *op. cit.*, p. 391.

<sup>155</sup> Sul punto ampiamente FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *op. cit.*, p. 274 ss ; FARJAT, *op. cit.*, p. 118.

titolari, quelli che rispondono, invece, a esigenze di ordine pubblico di protezione possono essere oggetto di atti di dismissione, ma solo una volta che gli stessi siano entrati nella diretta disponibilità<sup>156</sup> dei loro titolari e sia venuta meno la situazione di inferiorità che giustificava la protezione.

In sintesi.

La dottrina francese rinviene nel concetto stesso di ordine pubblico due diverse finalità: la prima, di direzione, è volta alla tutela dell'interesse della collettività nel suo insieme, la seconda, di protezione, invece, è indirizzata alla salvaguardia di determinati soggetti; anzi l'esistenza stessa una specifica categoria da difendere costituisce il presupposto dell'opera di quest'ultima.

La contrapposizione tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione viene oggi adottata dalla dottrina francese per individuare, all'interno di ogni settore del diritto<sup>157</sup>, quali siano i principi, e quindi le norme che esprimono gli stessi, posti a presidio dell'interesse generale e quali, invece, siano dettati per la difesa di interessi particolari, tenendo conto del fatto che nel tempo odierno si assiste a un'ampia moltiplicazione delle legislazioni di protezione.

Questa evoluzione emerge in particolare modo nel diritto di famiglia.

La dottrina<sup>158</sup> rileva che sebbene il diritto di famiglia abbia costituito nel passato il terreno tipico di applicazione dei principi di ordine pubblico di direzione, come peraltro ho evidenziato precedentemente, nel contesto odierno, lo stesso è costellato di norme che si pongono come obiettivo non tanto la tutela della famiglia in sé, ma degli individui stessi<sup>159</sup> che la compongono. Al contempo si tende ad accentuare la visione privatistica del contratto matrimoniale, facendo rientrare lo stesso quasi a pieno titolo nell'autonomia negoziale dei coniugi. Questa evoluzione costituisce espressione dello stesso cambiamento del concetto di famiglia<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> Così anche Cass. Civ., 3a, 27 ottobre 1975, in Bull. Civ., n. 310, p. 235; COUTURIER, *op. cit.*, p. 105.

<sup>157</sup> Come a esempio nel diritto del lavoro

<sup>158</sup> Cfr. l'ampia disamina di NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, Paris, 2008, *passim*.

<sup>159</sup> TERRE<sup>7</sup>- SIMLER – LEQUETTE, *op. cit.*, p. 384, ove si afferma <<la famille est aujourd'hui considérée plus comme une institution qui vaudrait par elle-même que comme un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité>>.

<sup>160</sup> HAUSER, in *L'ordre public*, cit., p. 488, il quale parla a tale proposito di *négociabilité du statut des personnes dans la famille*. Prosegue rilevando : <<L'ordre public familial est plutôt un centre de convergences d'intérêts individuels qui transportent leur ordre public. Il est une addition de



Pertanto, il c.d. ordine pubblico di direzione trova oggi diretta applicazione quasi esclusivamente nella legislazione predisposta per la difesa dei diritti dei figli<sup>161</sup>.

Il *distinguo* sopra richiamato è stato, altresì molto utile agli interpreti in ambito arbitrale. Infatti lo stesso ha consentito di delimitare in modo efficace ed efficiente la portata del concetto di ordine pubblico, richiamato dall'art. 2060 *Code civil*.

## **6. Un esempio dell'applicabilità dei criteri di ordine pubblico di direzione e di ordine pubblico di protezione al problema dell'arbitrabilità dei diritti.**

A differenza dell'ordinamento italiano, ove, come si è già avuto modo di evidenziare l'ambito oggettivo della convenzione arbitrale è determinato unicamente dalla previsione contenuta nell'art. 806 c.p.c., il legislatore francese, come è noto, conia un insieme di riferimenti generali e particolari, tassativi e non, alquanto complessi, per determinare l'ambito di applicazione dell'arbitrato<sup>162</sup>.

---

*libertés d'ordre public autour d'un noyau réduit à l'essentiel : monogamie, égalité, intégrité du consentement, respect de la personne, intérêt de l'enfant>>>.*

<sup>161</sup> HAUSER, *op. cit.*, p. 489, il quale giunge persino a immaginare la possibilità di contrarre matrimonio e conseguentemente di divorziare innanzi al notaio, purché il consenso manifestato dalle parti sia libero e consapevole.

<sup>162</sup> Come è noto la disciplina dell'arbitrato in Francia ha subito una rilevante modifica grazie al decreto del 15 gennaio 2011, n. 48. Questa novella tuttavia non ha comportato una modifica nella qualificazione dell'ambito oggettivo del patto compromissorio, almeno direttamente, poiché la stessa ha coinvolto esclusivamente la disciplina dell'arbitrato prevista dal *Code de procédure civile*. Tuttavia, non si può nascondere che la novella abbia inciso comunque indirettamente nel tema oggetto di esame. In primo luogo, il legislatore francese, nell'ottica di una generale opera di semplificazione, già perseguita in Italia dal legislatore del 2006, unifica il regime giuridico del compromesso e della clausola compromissoria, facendo, quindi, convergere le due fattispecie nel più grande ambito della convenzione d'arbitrato (art. 1442). Viene consacrato il requisito della forma scritta *ad substantiam* del patto compromissorio (art. 1443) e il principio, peraltro già accolto dalla giurisprudenza (ad esempio si cfr. Cass. civ., 7 maggio 1963, in *Journ. dr. int.*, 1963, p. 82 ss., con nota di BREDIN) dell'autonomia della convenzione d'arbitrato (art. 1447) e del relativo corollario della *Kompetenz-Kompetenz* (art.1148). Per un'ampia disamina della riforma si rimanda a AA. VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage, sous la direction de T. Clay*, LGDJ, 2011, *passim*; LOQUIN, *Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1036, Parigi, 2012, *passim*; LE BARS, *La réforme du droit de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche*, in *JCP – Édition générale*, 2011, p. 142 ss.; CADIEU – JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7<sup>o</sup>éd., Lexisnexis, 2011, p. 759 ss.; AA. VV., *Droit processual – Droit fondamentaux du procès*, 6<sup>o</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 1331 ss.; DE SANTIS – WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte Prima. La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *Dir. comm., int.*, 2011, p. 927 ss.

Inoltre, a differenza del sistema italiano, i criteri *de quibus* sono collocati all'interno della disciplina sostanziale dei contratti, in particolare nel titolo sedicesimo del terzo libro, rubricato <<*Du compromis*>><sup>163</sup>.

In tale sezione si rinvengono tre articoli che distintamente stabiliscono:

- art. 2059 *Code Civil* <<*Toutes les personnes peuvent compromettre sur les droit dont elles ont la libre disposition*>> ;
- art. 2060 *Code Civil* <<*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements public et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissement publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre*>>.
- Art. 2061 *Code Civil* <<*sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle*>>.

I problemi ermeneutici sorgono specialmente in relazione alle prime due disposizioni<sup>164</sup>, le quali, in virtù dello stretto legame tra il concetto di disponibilità e quello di ordine pubblico<sup>165</sup> evidenziato anche dagli interpreti d'oltrealpe, sono

---

<sup>163</sup> Il legislatore del 2011 si è dimenticato di armonizzare il titolo sedicesimo relativo all'ambito oggettivo del patto compromissorio con la nuova dicitura introdotta all'interno del c.p.c.

<sup>164</sup> L'art. 2061 *Code Civil* stabilisce la invalidità delle clausole compromissorie contenute nei contratti non inerenti una attività commerciale. Questa previsione è stata modificata nel 2001 e sostituisce una previsione ancora più restrittiva. Infatti era prevista, in linea generale, la nullità della clausole compromissorie a meno che la legge non prevedesse diversamente. Per effetto di questa disposizione, la portata della disciplina della convenzione d'arbitrato prevista nel codice di procedura civile si applica solo ai contratti commerciali. La norma, tuttavia, non si applica all'arbitrato internazionale (Cass. civ., 5 gennaio 1999, in *Revue crit. dr. int. privé*, 1999, p. 546 ss.) sebbene le parti siano soggette al diritto francese (per una disamina della disciplina ante 2001 si cfr. JARROSSON, *La clause compromissoire* (art. 2061 C. civ.), in *Rev. Arb.*, 1992, p. 259 ss; in merito alla disciplina novellata si rimanda a ID., *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2011*, in *JCP - Édition générale*, 2001, p. 1317)

<sup>165</sup> In verità il richiamo espresso all'ordine pubblico ha comportato numerosi problemi nel definire l'ambito oggettivo del patto compromissorio. Infatti per lungo tempo la giurisprudenza ha ritenuto che non fossero in arbitrabili tutte quelle liti che, in qualche modo, riguardassero discipline impregnate da norme di ordine pubblico, confondendo così, come è avvenuto anche in Italia (cfr. capitolo II) il concetto di indisponibilità con quello di inderogabilità. Per un'ampia ricostruzione del tema MEZGER, *L'arbitrage et l'ordre public*, in *RTD com.*, 1948, p. 611 ss.; LOQUIN, *Arbitrage*

stati considerati da una parte degli stessi come prescrizioni sostanzialmente sovrapponibili<sup>166</sup>.

In tale contesto affiora, invece, un'altra interpretazione<sup>167</sup>, la quale, attraverso l'uso del *distinguo* ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione, restituisce dignità autonoma alle due disposizioni normative e introduce un criterio di arbitrabilità nuovo, in grado di attribuire una razionalità al sistema.

Secondo questa tesi formulata per primo da Ancel<sup>168</sup> e ripresa poi da Loquin<sup>169</sup>, gli artt. 2059 e 2060 *Code civil* esprimono un regime differente di inarbitrabilità: mentre la seconda norma rileva l'esistenza di un blocco di materie non arbitrabili, la prima crea, al contrario, una non arbitrabilità che non deriva dalla materia litigiosa, ma dalla natura imperativa che caratterizza la disciplina di certi diritti litigiosi.

Scrive, infatti, Ancel<sup>170</sup>: <<*Cette distinction entre les articles 2059 e 2060 correspond à la distinction bien connue entre deux catégories de règles d'ordre public. L'art. 2060, en excluant d'une manière générale l'arbitrage dans un certain nombre de matières qui « intéressent l'ordre public » vise l'ordre public au sens premier (on serait tenté d'écrire l'Ordre Public avec des majuscules, c'est à-dire certaines règles qui ont pour finalité directe d'assurer le respect d'intérêt*

---

– *Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 2009, paragrafi nn. 10,11,12, 13, 14, 15, 16; MAYER, *Le contract illicite*, in *Rev. arb.*, 1984, p. 205 ss.; FAUVARQUE – COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, Parigi, 1996, paragrafi n. 154 ss. p. 129 ss.; in giurisprudenza, a titolo esemplificativo, è opportuno ricordare: Cass. civ., 29 novembre 1950, in *S.*, 1951, p. 120 ss.;

<sup>166</sup> LEVEL, *L'arbitrabilité*, in *Rev. Arb.*, 1992, p. 213; RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, p. 149, il quale afferma <<*l'abrogation de l'article 2060, loin de créer un vide, permettrait de couper une branche morte du Code civil*>>; JARROSSON, *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, in *RJ com.*, 1996, p. 3, il quale rileva individua il cuore dell'arbitrabilità nel dettato dell'art. 2059 *Code Civil*, <<*la notion de livre disposition des droits et son antonyme, la notion d'indisponibilité, sont les traits d'union qui relient l'arbitrabilité à l'ordre public*>>.

<sup>167</sup> In questa sede è mio interesse unicamente delineare gli aspetti salienti di tale opzione ermeneutica, la quale verrà poi ricostruita nelle sue diverse sfaccettature nel capitolo quarto attraverso un'analisi comparativa.

<sup>168</sup> ANCEL, *Arbitrage – Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 1986, *passim*.

<sup>169</sup> LOQUIN, *Arbitrage – Conventions d'arbitrage*, cit., paragrafi 22, 23, 24. Questa tesi è ripresa anche da BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, Parigi, 2009, par. 45, pp. 57-58.

<sup>170</sup> ANCEL, *op. cit.*, par. 24, p. 8. Questo assunto si trova altresì ribadito in uno scritto più recente ANCEL, *Arbitrage et ordre public fiscal*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 273.

*supérieurs de la société (...). L'article 2059, lui se rattache plutôt à ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public de protection : ici, les intérêts qui sont en cause sont, des intérêts privés, des <<droit subjectifs>>, mais il s'agit de droits qui sont garantis par une réglementation impérative, parce qu'on craint que leurs titulaires ne soient pas suffisamment armés pour les défendre eux-mêmes>>.*

Questi autori, quindi, pongono in evidenza che, oltre allo specifico elenco contenuto nell'art. 2060 *Code civil*, ove il legislatore a priori esclude l'arbitrato, il generico riferimento alle materie che interessano l'ordine pubblico, deve essere inteso non in senso globale, ma esaminando nel dettaglio quali siano gli interessi che possono essere qualificati come superiori della società. Quest'ultimi non possono essere soggetti all'esame di giudici privati, perché ciò che serve per giudicare queste controversie non è tanto il mero potere di *ius dicere*, proprio anche degli arbitri<sup>171</sup>, bensì l'*imperium*, manifestazione propria del potere dei giudici dello Stato.

In questo gruppo, quindi, vengono ricomprese le controversie in materia fiscale e penale, quelli concernenti il fallimento e anche quelle riguardanti la dichiarazione di nullità di un brevetto o un marchio. In questo ultimo caso, viene posta in evidenza che indipendentemente dalla disponibilità del diritto vi sono interessi pubblici che negano il ricorso allo strumento arbitrale<sup>172</sup>. Dubbi, invece, vengono sollevati in materia di liti societarie.

Diversamente, l'esclusione sancita dall'art. 2059 *Code civil* risponde alla *ratio* che sottende il c.d. ordine pubblico di protezione: infatti l'esclusione dell'arbitrato non trova fondamento in ragione della presenza di un vero e proprio interesse generale, ma in virtù del fatto che lo stesso si trova a incidere su diritti blindati da norme imperative<sup>173</sup>.

In questi casi l'interesse pubblico entra in gioco solo indirettamente, e cioè

---

<sup>171</sup> Secondo gli interpreti francesi, la funzione dell'arbitro è del tutto assimilabile a quella del giudice in quanto i principi essenziali e molti dei meccanismi operativi del processo civile ordinario sono legislativamente estesi all'arbitrato (cfr. art. 1464 *CPC*). Tuttavia, a differenza del giudice, il quale possiede sia la *jurisdictio* che l'*imperium*, l'arbitro detiene solo la prima, essendo esso stesso chiamato a *dire il diritto* (cfr. sul punto JARROSSON, *Réflexions sur l'imperium*, in *Études offerts à Bellet*, 1999, Litec, p. 245 ss.).

<sup>172</sup> Sul punto si rinvia alle osservazioni del capitolo IV.

<sup>173</sup> VALENCIA, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, in *Revue arb.*, 2007, p. 45 ss.; SACHS, *La protection de la partie faible en arbitrage*, in *Gazette du Palais*, 2007, p. 2274 ss.

nel momento in cui l'interesse privato protetto dalla norma non viene rispettato. I diritti *de quibus*, quindi, seppure definiti di ordine pubblico, non proseguono in realtà una finalità pubblica generale, e, quindi, in quanto tali possono ritenersi arbitrabili.

In questo gruppo vengono, quindi, collocate le controversie relative al diritto dei consumatori, dei lavoratori, le liti concernenti i contratti di locazione e quelle relative al diritto agli alimenti.

Pertanto, il divieto espresso dall'art. 2059 *Code civil* non trova fondamento nella semplice antinomia tra pubblico e privato, così come avviene nell'art. 2060 *Code civil*, ma in virtù della tradizionale diffidenza nei confronti della cognizione degli arbitri, sospetto che porta ad assimilare la devoluzione delle controversie agli arbitri alla rinuncia stessa del diritto. Sul punto si rimanda alle riflessioni contenute nel capitolo quarto.

Qualora sussista una simile situazione, l'arbitro non può dichiararsi *tout cour* incompetente ma deve procedere a un attento esame del diritto dedotto in causa.

L'utilizzo delle due categorie dogmatiche dell'ordine pubblico di direzione e dell'ordine pubblico di protezione consente alla dottrina citata di donare razionalità alla disciplina dei limiti oggettivi della convezione arbitrale.

## **7. Sintesi e transizione.**

Partendo dal presupposto delineato alla fine del secondo capitolo, e cioè che il concetto di arbitrabilità trova la sua estrema *ratio* nei principi di ordine pubblico, nel presente capitolo mi sono dedicata all'analisi del concetto di ordine pubblico prima nel nostro ordinamento e poi in quello francese. La necessità di una simile comparazione è nata dal fatto che, come ho potuto appurare, i principi di ordine pubblico non rispondono in realtà a una medesima finalità. Questo particolare peculiarità evidenziata da una attenta dottrina italiana con riferimento all'esame del giudizio di liceità del contratto, non ha incontrato nel nostro ordinamento, in realtà, una particolare attenzione a differenza di quanto, invece, è

avvenuto nell'ordinamento francese<sup>174</sup>.

Quest'ultimo, infatti, ritiene di potere ascrivere all'ordine pubblico due diverse finalità, una di direzione e l'altra di protezione. Tale dicotomia nasce all'interno del concetto di ordine pubblico economico, ma acquista, come si è visto, una propria indipendenza, venendo a delineare due diversi scopi, e quindi, in ultima analisi, due distinti concetti di ordine pubblico. Mentre, infatti, l'ordine pubblico di direzione si pone come obiettivo la tutela dell'interesse generale della collettività, l'ordine pubblico di protezione è volto alla difesa di determinati soggetti. In questo caso l'ordine pubblico si caratterizza per un ampio tessuto di norme imperative, poiché solo tramite tale strumento il legislatore reputa di garantire la protezione dei soggetti destinatari del medesimo.

Il diverso fine che caratterizza questi principi determina una distinta disciplina dei diritti su cui i principi medesimi si trovano a operare.

L'ordine pubblico di protezione, contrapposto a quello di direzione, che costituisce il c.d. *noyau dur* del concetto di ordine pubblico, blinda il diritto soggettivo di norme imperative, poiché vi è la preoccupazione che il titolare dello stesso non sia in grado di tutelarsi da solo ovvero disponga dei suoi diritti senza che si renda conto delle reali conseguenze del suo agire.

L'ampia presenza di norme imperative nella disciplina di questi singoli diritti non trasforma gli stessi in diritti indisponibili. Infatti, i loro titolari possono disporre degli stessi nel rispetto, tuttavia, delle prescrizioni di legge e possono addirittura rinunciarvi nel momento in cui la tutela che tali principi perseguono non è più necessaria. Tale dismissione, tuttavia, può riguardare solo diritti già acquisiti e non quelli ancora non sorti. Ammettere uno stesso trattamento nei confronti delle due classi di diritti vuole dire negare l'effettività della tutela stessa.

---

<sup>174</sup> Come ho già avuto modo di affermare nella prima parte del presente capitolo, anche il nostro ordinamento riconosce la necessità di offrire una maggiore tutela al contraente debole. Per tale motivo specialmente nei tempi recenti si assiste alla proliferazione di leggi speciali, le quali perseguono la protezione di tali soggetti tramite l'introduzioni di normative c.d. speciali (a titolo esemplificativo, oltre a ricordare il c.d. codice del consumo già peraltro citato, è opportuno menzionare il T.U. delle leggi bancarie, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385; il T.U. sull'intermediazione bancaria, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; la legge sulla subfornitura, d.lgs. 18 giugno 1998, n. 192). Generalmente queste nullità non possono essere fatte valere dalla parte destinataria dei divieti e ciò ha contribuito a rimettere in discussione la figura unitaria della nullità (sul punto ampiamente BIANCA, *op. cit.*, p. 624). La relatività seppure altera un connotato tipico della nullità, non cancella, però, i suoi tratti essenziali, cioè la rivelabilità d'ufficio, la imprescrittibilità dell'azione e la definitività della conseguente inefficacia. In merito alla perdita di rilievo del concetto assoluto di nullità si rimanda a SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, p. 521, i quali pongono in evidenza la crisi fra nullità e annullamento.

La contrapposizione tra le due finalità di ordine pubblico è divenuta nell'ordinamento francese criterio ermeneutico in grado di selezionare i principi, e quindi le norme che li cristallizzano.

Questa tecnica ha permesso anche di offrire una ulteriore lettura del fenomeno arbitrale – sibbene senza tenere conto della peculiarità dello stesso quale tecnica dell'accertamento del diritto<sup>175</sup> – ove è stato utilizzato da parte della dottrina per cercare di ricondurre a unità il problema dell'arbitrabilità, definito dallo stesso Jarroson come <<*est une question abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voir de contresens*>><sup>176</sup>.

L'esame delle due finalità ascrivibili all'ordine pubblico costituisce rilievo interessante per cercare di risolvere il problema dell'arbitrabilità anche nel nostro ordinamento, tenendo, tuttavia, in considerazione il fatto che la disponibilità sostanziale del diritto deve essere comunque letta all'interno del fine dell'arbitrato, e cioè l'accertamento del diritto.

Infatti, i sistemi francese e italiano, seppure caratterizzati da specifiche peculiarità si pongono, in realtà, a mio sommessimo avviso, il medesimo fine, e cioè quello di definire il concetto di arbitrabilità e di misurarlo direttamente con quello di ordine pubblico, confronto che in Francia è reso esplicito dalla stessa menzione del medesimo nell'art. 2060 *Code civil* ma che sussiste anche in Italia implicitamente nel concetto stesso di indisponibilità, come peraltro ho già evidenziato.

Nel capitolo che segue è, quindi, mia intenzione calare il *distinguo* sopra enucleato all'interno del fenomeno arbitrale, che, come più volte ricordato, si pone come finalità l'accertamento del diritto controverso. Peranto l'analisi non potrà puramente riprendere la ricostruzione dottrinale illustrata nel precedente paragrafo, poiché la stessa non tiene in dovuta considerazione il fine dello strumento arbitrale.

Tale peculiarità permetterà infatti di offrire una specifica distinzione tra ordine pubblico di protezione e ordine pubblico di direzione all'interno del fenomeno arbitrale.

---

<sup>175</sup> Conseguentemente lo stesso porta a una specifica lettura del *distinguo* ordine pubblico di protezione e ordine pubblico di direzione.

<sup>176</sup> JARROSSON, *L'arbitrabilité*, cit., par. 1, p. 1.

## Capitolo Quarto

### ARBITRATO E ORDINE PUBBLICO: DALLA TUTELA ARBITRALE ALLA TECNICA DEL PROCESSO ARBITRALE<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. L'arbitrato nell'ordine pubblico di protezione e di direzione. – 2. I diritti dei consumatori. – 2.1. segue: il problema del consenso con specifico riferimento alla clausola compromissoria. – 2.2. segue: il problema della imparzialità dell'arbitro e il costo dell'arbitrato. – 3. Il contenzioso familiare, con particolare attenzione alle liti di separazione e di divorzio. – 3.1. segue: <<i> nodi da sciogliere >>: il problema del consenso e la preparazione dell'arbitro. – 3.2. segue: la cooperazione giudiziaria e il rispetto della legge sostanziale. – 4. Le impugnative delle delibere assembleari. – 5. segue: le delibere di approvazione del bilancio. – 6. Le controversie relative alla proprietà industriale. – 6.1. segue: il diritto d'autore.

#### 1. L'arbitrato nell'ordine pubblico di protezione e di direzione.

L'analisi relativa all'ordine pubblico nell'ordinamento francese ha permesso di individuare all'interno di questo ampio concetto due distinte finalità: mentre l'ordine pubblico di direzione è volto alla tutela dell'interesse della collettività nel suo insieme, l'ordine pubblico di protezione è indirizzato alla salvaguardia di determinati soggetti<sup>2</sup>.

Questa dicotomia si ripercuote con riferimento ai diritti tutelati dai due tipi distinti di ordine pubblico.

Quelli garantiti dall'ordine pubblico di protezione, seppure possano essere qualificati come diritti di ordine pubblico in virtù delle regole che li contraddistinguono, non perseguono, in realtà, una finalità di pubblico interesse in senso stretto. Quest'ultimo, infatti, entra in gioco solo nella misura in cui

---

<sup>1</sup> Secondo la felice formula utilizzata da CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, II, Milano, 1951, p. 748.

<sup>2</sup> Come è noto, il nostro ordinamento non riconosce, in realtà, come propria la distinzione tra le due finalità di ordine pubblico, seppure ritenga corretta la possibilità di individuare un insieme di norme che siano poste a tutela di una determinata categoria di soggetti. Sul punto rimando alle osservazioni di PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 173 ss.; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 83 ss.



l'interesse privato protetto dalla norma imperativa non venga rispettato. Pertanto, tali diritti possono essere oggetto di rinuncia da parte del loro titolare, a condizione, tuttavia, che gli stessi siano entrati nella sua sfera giuridica.

Diversamente i diritti tutelati dall'ordine pubblico di direzione sono situazioni giuridiche soggettive che perseguendo una finalità di pubblico interesse e, in quanto tali, sono rivolti alla collettività indistinta.

Conseguentemente l'ordine pubblico di protezione, contrapposto a quello di direzione, restringe l'operatività del diritto soggettivo all'interno di una fitta trama di norme imperative, per timore che il titolare non sia in grado di difendersi da solo in modo sufficiente, ovvero ne disponga con troppa facilità senza essere in grado di giudicare pienamente quali siano i suoi reali interessi.

Questa specifica forza dell'ordine pubblico di protezione consente, quindi, di evidenziare che il divieto di disponibilità del diritto a favore del soggetto destinatario della disciplina di protezione non si traduce in un limite all'autonomia privata, bensì nell'obbligo per quest'ultimo di azionare la stessa secondo determinati canoni<sup>3</sup>.

Conseguentemente, l'ordine pubblico di protezione non può costituire un limite alla arbitrabilità dei diritti<sup>4</sup>: infatti, non essendo esclusa l'autonomia negoziale nell'ambito di applicazione del primo non dovrebbe giocoforza<sup>5</sup> essere vietata la compromettibilità delle relative situazioni giuridiche soggettive, poiché, come più volte ribadito, l'arbitrato è accertamento e non disposizione.

In altre parole, l'ordine pubblico di protezione è in grado di trasformare quella che è generalmente qualificata come inarbitrabilità del diritto in mera inderogabilità della normativa posta a tutela del menzionato diritto.

Pertanto l'ordine pubblico di protezione non costituisce un limite alla arbitrabilità del diritto ed è in grado di evidenziare la debolezza concettuale della

---

<sup>3</sup> Si è parlato di un <<negozio a discrezionalità vincolata>>, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2010, p. 151.

<sup>4</sup> In senso conforme ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 149; LOQUIN, *Arbitrage – Instance arbitrale – Procedure devant les arbitres*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1036, Parigi, 2012, p. 85; BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, Parigi, 2009, par. 45, pp. 57-58

<sup>5</sup> A tale proposito è opportuno ricordare i risultati applicativi a cui si è pervenuti al termine del capitolo secondo, ove si è manifestata la necessità di considerare un concetto di compromettibilità in senso più ampio di quello fatto proprio dall'autonomia negoziale.

correlazione arbitrabilità-disponibilità sostanziale dei diritti.

In realtà questo assunto non trova corretta applicazione pratica.

La ragione deriva dal fatto che l'ordine pubblico di protezione, calato nella dimensione arbitrale, è in grado di evidenziare che il limite alla disponibilità delineato dall'art. 806 c.p.c. si traduce nella sostanza in una diffidenza dello strumento arbitrale come tecnica di accertamento del diritto. Si protegge il titolare del medesimo perché si reputa che il giudizio arbitrale non sia idoneo a garantire la medesima tutela di quella offerta dal tribunale dello Stato.

Tale diffidenza trova origine da una errata analogia: si assimila il ricorso allo strumento arbitrale alla rinuncia stessa del diritto<sup>6</sup>.

Tuttavia, tale comparazione è priva di fondamento per due ordini di motivi.

In primo luogo, le parti devolvendo la propria controversia ad arbitri, non vogliono rinunciare al proprio diritto, bensì si prefiggono l'obiettivo di eliminare l'incertezza che domina lo stesso al fine di poterne godere in modo pieno.

In secondo luogo, come si è rilevato nel corso del capitolo secondo, il diritto al ricorso allo strumento arbitrale non determina alcuna rinuncia definitiva del diritto di azione, ma costituisce uno strumento alternativo alla giustizia statale, concorrente con quello ordinario<sup>7</sup>.

Infatti, la funzione tipica dell'arbitrato è quella di giungere all'accertamento del diritto posto in essere da un privato imparziale, in seguito a un processo in contraddittorio e con la garanzia dell'impugnativa della decisione per violazione di norme inderogabili<sup>8</sup>.

In altre parole la giustizia ordinaria e quella arbitrale possono essere

---

<sup>6</sup> In tale senso LOQUIN, *op. cit.*, par. 85.

<sup>7</sup> Lo stesso è altresì rilevato da CARPI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., p. 595, il quale afferma: «<<ritengo che con la convenzione arbitrale le parti, nell'autonomia loro riconosciuta dalla legge, dispongono proprio del diritto d'azione, che non per questo perde la sua rilevanza costituzionale ex art. 24, comma 1°, cost.>>»; nello stesso senso anche, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto a terzi*, Bologna, 2004, p. 75.

<sup>8</sup> Significativa a tale proposito l'idea di FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 653 ss. e condivisa da E.F. RICCI, *La <<funzione giudicante>> degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grande arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 370, il quale identifica anche l'arbitrato irrituale come processo (sul punto nuovamente FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 159 ss., specialmente p. 471).

considerate come due facce della stessa medaglia<sup>9</sup>, poiché, nella sostanza, si prefiggono il raggiungimento del medesimo fine<sup>10</sup>: l'accertamento<sup>11</sup> del diritto controverso, assunto che, a mio sommosso avviso, non può essere messo in discussione<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> In questo senso, come è noto, è la stessa Corte costituzionale (Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883 ss., con nota di VACCARELLA, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351, con nota di E. RICCI; in *Riv. arb.*, 2001, p. 657, con nota di BRIGUGLIO), che ha evidenziato, sia pure prima dell'ultima riforma, che il giudizio arbitrale è potenzialmente fungibile con quello degli organi giurisdizionali, pur essendo gli arbitri <<estranei all'organizzazione della giurisdizione>>. Tale rilievo, peraltro, trova conferma nella possibilità che il legislatore ha riconosciuto ai medesimi di sollevare la questione di legittimità costituzionale (art. 819-bis c.p.c.). Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 662-663.

<sup>10</sup> Proprio per siffatta ragione, una parte della dottrina aveva avanzato anche l'ipotesi di una lettura prettamente processuale del fenomeno arbitrale, sul punto BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, Torino, 1999, p. 37 ss.

<sup>11</sup> Tale affermazione postula il superamento del problema di potere individuare una attività accertativa al di fuori del processo statale. A mio parere, convenendo con una parte della dottrina, ritengo che l'effetto di accertamento può provenire da atti di natura differente (per l'ampia ricostruzione del tema si rimanda alla disamina di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, p. 163 e in particolare p. 195, ove espressamente afferma che <<l'effetto di accertamento può potenzialmente provenire da atti di natura differente e dà luogo alla medesima ripercussione sul rapporto dipendente: l'accertamento rappresenta infatti una "vicenda" alla pari della modificazione, della estinzione e della costituzione di un rapporto giuridico sostanziale (...)>>; ma più in generale si rimanda alla elaborazione relativa al negozio di accertamento: CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Traccani*, I, Roma, 1988, p. 1; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, rist., Firenze, 1993, *passim*; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, p. 21 ss.; VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi di diritto processuale civile: IV) La cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 563, p. 494, nota 23; in senso difforme si rimanda a LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 1 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 46 ss.). La dicotomia sopra individuata non è altro che la traduzione delle due differenti modalità di intendere la giurisdizione: da una parte come esercizio di un potere autoritativo oppure come espressione dell'attività di giudicare, scollegata alla sua provenienza e in grado di evidenziare la differenza tra lo *ius dicere* e l'imperatività tipica del giudicato (ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, p. 2 ss.). Ritengo opportuno comunque precisare, allineandomi con una parte della dottrina (LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 237 ss.), che la qualificazione dell'attività arbitrale come attività <<giurisdizionale>> può essere accettata solo in senso contenutistico (sul punto anche VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, p. 163 e BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 30 ss.)

<sup>12</sup> Questo elemento costituisce un postulato imprescindibile per valutare la bontà della opzione ermeneutica abbracciata. Infatti, ritengo, convenendo con quanto affermato da una parte della dottrina, che il lodo arbitrale, indipendentemente dalla ritualità o meno dell'arbitrato sia in grado di dare luogo all'accertamento del diritto. Tale conclusione deriva dal fatto che è necessario, a mio avviso, concentrarsi sull'effetti dell'atto (e non sulla natura) e sulla struttura del processo che conduce al medesimo (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, cit., p. 170 ss.; ID., *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 465, la quale afferma che il lodo arbitrale sia in grado di accertare il diritto oggetto del giudizio, nella sua natura di "fattispecie precettiva"; interessanti anche le osservazioni di LUIISO, *op. cit.*, p. 240, il quale, tra l'altro equipara gli effetti del lodo e quelli della sentenza; nel medesimo senso, mi pare anche,

La diversità deriva dalla modalità di accesso alla giustizia alternativa, che, come è noto, trova la sua origine nella pura scelta delle parti<sup>13</sup>.

Per tale motivo, con lo strumento arbitrale si realizza unicamente una disposizione del diritto ad agire dinanzi alla giurisdizione statale che le parti, <<pur non sacrificando, orientano verso un'attività *potenzialmente* alternativa a essa>><sup>14</sup>.

Conseguentemente non si verifica alcuna rinuncia né anticipata né successiva del diritto e neppure dell'azione.

Inoltre, l'ordine pubblico di protezione non costituisce un limite alla arbitrabilità neppure dei diritti ancora non entrati nella sfera giuridica del titolare, poiché in un simile caso è necessario tenere conto, in ragione della funzione e della struttura del processo arbitrale, del momento in cui la lite sorge.

Nonostante la bontà, a mio sommo avviso, di questo assunto, non si può sottacere, ad esempio, il fatto che il legislatore nella recente riforma del diritto del

---

D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 533, nota 7). Problema connesso al medesimo è poi quello relativo alla possibilità di riconoscere al lodo efficacia *ultra partes* nei confronti dei titolari di rapporti da quello deciso con il lodo (in senso positivo: E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 655; TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, *ivi*, 1987, p. 26 ss.; FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 614, nota 9; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, *cit.*, p. 464 ss.; LUIO, *op. cit.*, p. 243 ss. In senso contrario: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 402; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 10 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 46 ss., seppure nelle opere successive apre uno spiraglio, MONTESANO, *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1, in particolare p. 655 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2006, p. 185, in virtù della matrice privatistica dell'arbitrato, seppure ritenendo equiparabile il lodo alla sentenza; AULETTA, *op. cit.*, p. 431, lo esclude con riferimento al lodo non omologato). Semmai il vero problema è quello di determinare se sia legittimo o meno che l'accertamento contenuto nel lodo si riverberi sul diritto dipendente, sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, *cit.*, p. 473 ss.; in senso generale FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento*, Milano, 1964, *passim*.

<sup>13</sup> Tale elemento costituisce l'assunto su cui si basa la diversa ricostruzione di PUNZI, *op. cit.*, p. 409, ove si legge: <<(…) e se, dunque, si riconosce che è evidentemente privata la fonte dei loro poteri, diviene contraddittorio misconoscere tale essenziale rilievo per affrettarsi a predicare la coincidenza fra gli effetti del lodo e quelli della sentenza, sul piano contenutistico e sostanziale nonché sul piano della “forza” del comando degli arbitri rispetto a quello del giudice>>. Se pure non si possa disconoscere che il potere degli arbitri deriva da una investitura privata, non si deve dimenticare che l'arbitro, così come il giudice ordinario, non può consentire che le parti, dinanzi a sé dispongano della situazione soggettiva indisponibile, né può farlo esso stesso essendo obbligato ad accertare la consistenza e ad applicare il disposto della legge inderogabile. Di diverso avviso LUIO, *op. cit.*, p. 240.

<sup>14</sup> BERLINGUER, *op. cit.*, p. 38. Mi pare opportuno precisare che in seguito alla riforma del 2006 l'identità delle finalità perseguite dal giudizio arbitrale e quello statale è ampiamente confermata da numerose disposizioni, prima fra tutte l'art. 824 *bis* c.p.c.

lavoro, abbia limitato considerevolmente l'ammissibilità della stipula della clausola compromissoria, prevedendo, da una parte, la previa disciplina ad opera della contrattazione collettiva e la certificazione ai sensi dell'art. 31, comma 10°, della l. n. 183 del 2010, dall'altra, escludendo la sua stipulazione nelle liti che abbiano ad oggetto la risoluzione del contratto di lavoro e la sua sottoscrizione prima della fine del periodo di prova o prima che siano trascorsi trenta giorni dalla sottoscrizione del contratto di lavoro<sup>15</sup>.

Tali limitazioni costituiscono, a mio sommesso avviso, riprova della diffidenza dello strumento arbitrale in un campo, oltre che ad essere predominato dall'ordine pubblico di protezione, ove è espressamente contemplata la possibilità di addivenire alla scelta arbitrale<sup>16</sup>.

Per siffatto motivo, convenendo con le osservazioni compiute da una parte della dottrina<sup>17</sup>, laddove il processo arbitrale sia o possa divenire uno strumento parimenti efficace, rispetto alla giurisdizione statale, per la tutela della parte <<protetta>>, il diritto deve reputarsi compromettibile.

A diverse conclusioni, invece, si deve pervenire con riferimento all'ordine pubblico di direzione, che, come più volte ho ricordato, si pone a tutela della intera collettività.

In questa sede ritengo, infatti, più opportuno, anche alla luce del cammino compiuto, continuare ad accogliere una concezione c.d. <<classica>> di arbitrabilità del diritto. A diverse conclusioni si potrebbe, invece, pervenire qualora, pur riconoscendo il *distinguo* tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione, si ritenesse di poterlo superare ai fini della compromettibilità del diritto.

---

<sup>15</sup> Sul punto ampiamente cfr. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal <<collegato lavoro>> e prime attuazioni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2011, p. 888 ss.; BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. proc. civ.*, 2011, p. 851 ss.; BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del <<collegato lavoro>>*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) Non è mia intenzione misurare la bontà della ricostruzione proposta con riferimento ai diritti dei lavoratori, poiché, come evidenzia lo stesso legislatore in questo caso non si pone alcun problema di disponibilità del diritto, bensì di tecnica del processo arbitrale. Tale assunto è comprovato dalla specificità della tecnica introdotta dallo stesso legislatore del Collegato lavoro.

<sup>16</sup> Infatti la compromettibilità delle liti di lavoro è riconosciuta dallo stesso art. 806 c.p.c., pur in presenza di determinati presupposti: in questo senso ampiamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 470 ss.

<sup>17</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit., p. 151.

Ma tale percorso, come è evidente, richiederebbe un'analisi di altro genere, che, in questa sede, si ritiene di non potere intraprendere.

Ritornando alla interpretazione, invece, accolta si deve comunque precisare che l'individuazione dell'ordine pubblico di direzione quale limite alla compromettibilità dei diritti, non vuole dire impedire all'arbitro di occuparsi *incidenter tantum* dei diritti rientranti nello stesso<sup>18</sup>: affermare il contrario vorrebbe dire privare di rilevanza il dettato dell'art. 819 c.p.c.

È intuitivo, quindi, che ai fini della presente indagine diviene di fondamentale importanza individuare la corretta estensione dell'ordine pubblico di direzione e di protezione ai fini della arbitrabilità del diritto, tenendo in dovuta attenzione il fine dell'arbitrato, e cioè l'accertamento del diritto controverso.

Infatti ciò che è non disponibile con un contratto, non è necessariamente inarbitrabile, perché, come ho più volte ricordato, in campo arbitrale non può valere la massima *transigere est alienare*<sup>19</sup>.

Tale monito deve guidare la lettura delle pagine che seguono.

Senza volere anticipare eccessivamente i risultati a cui si giungerà, posso già in questa sede affermare che ai fini della compromettibilità dei diritti vi sia una eccessiva approssimazione esegetica, poiché non si tende a riconoscere la peculiarità del concetto di disponibilità. Tale errore, tuttavia, come ho posto in luce la disamina sopra compiuta, deve essere evitato.

Dopo avere verificato la possibilità di individuare, ai fini della compromettibilità del diritto, l'applicabilità o meno dell'ordine pubblico di protezione alla singola fattispecie analizzata, la mia indagine si concentrerà sulla possibilità di individuare dei correttivi per adeguare la tecnica arbitrale e consentire, quindi, la piena arbitrabilità della controversia.

La mia attenzione si soffermerà unicamente sul problema del contenzioso dei consumatori, a quello concernente le liti familiari, al problema della impugnativa delle delibere assembleari e alle liti relative ai diritti di proprietà industriale.

---

<sup>18</sup> Salvo naturalmente l'ipotesi rientranti nella previsione di cui all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003.

<sup>19</sup> Inoltre, si deve ricordare che anche nel processo statale si inizia a parlare di relatività contestuale del concetto di disponibilità (cfr. BARLETTA, *La <<disponibilità>> dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 987 ss.).

Non è mia intenzione, quindi, analizzare nel dettaglio tutte le singole fattispecie, bensì offrire una chiave di lettura di un mondo così eterogeneo, attraverso l'analisi delle fattispecie, che, a mio sommesso avviso, sono in grado di evidenziare le problematiche più significative.

## 2. I diritti dei consumatori

Non credo che possano sorgere dubbi in merito alla possibilità di ricondurre la normativa dettata a tutela dei consumatori all'interno dell'ordine pubblico di protezione, così come peraltro afferma lo stesso art. 2 del codice del consumo, delineando nello specifico i diritti di questi soggetti.

La verità di tale assunto non può essere evidentemente posta in crisi dalla previsione contenuta nell'art. 36 d.lgs. n. 206 del 2005, il quale attribuisce la legittimazione a sollevare l'eccezione di nullità della clausola, oltre che al consumatore, anche al giudice. La legittimazione attribuita al giudice è semplice sintomo del rafforzamento della tutela prevista da parte del legislatore, tanto che, come è stato correttamente affermato<sup>20</sup>, la nullità della clausola potrà essere sollevata *ex officio* dal giudice, ma solo se ciò vada a vantaggio del consumatore stesso.

Fatta questa breve e forse scontata premessa<sup>21</sup>, mi pare opportuno rilevare che in questo settore, pur predominato dall'ordine pubblico di protezione e, quindi, soggetto all'autonomia dei privati, l'arbitrato non incontra facile affermazione.

---

<sup>20</sup> TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, p. 635; unitamente si rimanda alla ampia disamina di ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, LXII, Padova, 2012, *passim*. In questo senso è allineata anche la giurisprudenza: a titolo esemplificativo, Cass., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Dejure*.

<sup>21</sup> Tale precisazione non mi pare, tuttavia, scontata, soprattutto alla luce della posizione della Corte di giustizia Ue (Corte di giustizia Ue, 26 ottobre 2006, C 168-05, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1083 ss., con nota critica di E.F. RICCI; in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2008, con nota di SALOMONE), la quale ha affermato espressamente che «la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano inoltre che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale». Tale assunto, a mio sommesso avviso, deve essere letto alla luce delle precisazioni che ho sopra esposto.

Numerosi sono i problemi sollevati dagli interpreti<sup>22</sup>: lo spauracchio della vessatorietà della clausola compromissoria e più in generale il problema di un consenso informato, l'imparzialità del giudicante e i costi della giustizia privata che, tuttavia, deve essere contemperato, dai vantaggi che la giustizia <<alternativa>> garantisce.

Preciso già in questa sede che i menzionati nodi possano trovare una soluzione abbracciando soluzioni già seguite in altri settori.

### **2.1. segue: il problema del consenso con specifico riferimento alla clausola compromissoria**

Lasciando da parte il <<non problema>> dell'ammissibilità del compromesso, poiché la tecnica del medesimo consente di rispettare la *ratio* sottesa all'ordine pubblico di protezione, il *focus* del discorso deve, evidentemente, incentrarsi sul problema della vessatorietà o meno della clausola compromissoria contenuta nei contratti conclusi dai consumatori, per via dell'incerto dettato normativo del codice del consumo, che non prende in specifica considerazione l'ipotesi.

Il primo problema da affrontare riguarda la possibilità di considerare o meno il patto compromissorio come un accordo di deroga alla competenza all'autorità giudiziaria.

L'espressione, se interpretata nel suo senso più lato, sembrerebbe censurare di abusività ogni forma di arbitrato sia rituale sia irrituale, qualora il patto non sia frutto di una trattativa privata<sup>23</sup>.

Tuttavia, la fonte comunitaria (dir. 93/13 del 1993) da cui trae origine la disciplina dei consumatori è di avviso contrario, considerando come abusivi solo gli arbitrati non regolamentati dalla legge.

---

<sup>22</sup> In questo senso, ad esempio, MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 57 ss.; ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 107 ss.; ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss.; GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, *ivi*, p. 2011, p. 127 ss.;

<sup>23</sup> Per un ampio e dettagliato esame della interpretazione della norma, GALLETTO, *op. cit.*, p. 127 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, *cit.*, p. 93 ss.



Conseguentemente, alla luce di tale disposizione normativa, non dovrebbero sorgere dubbi in merito alla legittimità della clausola compromissoria sia per arbitrato rituale sia per quello irrituale, trovando essi stessi una regolamentazione da parte della legge.

Il vero problema, a mio sommo avviso, diviene quello di verificare che la clausola compromissoria sia il frutto di una scelta espressa e meditata da parte del consumatore. Peraltro, proprio questa è la preoccupazione che anima la stessa Corte di giustizia Ue. La stessa, infatti, ha affermato che qualora una clausola compromissoria sia ritenuta vessatoria nel paese di attuazione, la relativa nullità deve sempre poter essere rilevata in sede di impugnazione, a prescindere da un precedente rilievo *ex parte*, in quanto negando tale rilievo, si finirebbe per disapplicare la disciplina a livello comunitario<sup>24</sup>.

Per siffatta ragione una parte degli interpreti propende per la vessatorietà delle clausole compromissorie all'esito di una indagine da effettuarsi caso per caso, ferma restando la possibilità per il professionista di dimostrare che l'introduzione di tali clausole sia stata oggetto di una specifica trattativa con il consumatore<sup>25</sup>.

Nonostante la bontà di detta soluzione, reputo più opportuno cercare di trovare una soluzione a monte, cercando di ridurre al minimo possibili ed eventuali contestazioni.

In un'ottica di massima tutela del consumatore, in sintonia, quindi, anche con la giurisprudenza della Corte di giustizia sopra richiamata e con la stessa giurisprudenza italiana<sup>26</sup>, si potrebbe individuare un particolare correttivo, peraltro già utilizzato nell'arbitrato gestito dalla Consob fra risparmiatore ed intermediario disciplinato dal d.lgs. n. 179 del 2007.

L'art. 6 prevede, infatti, che «la clausola compromissoria inserita nei

---

<sup>24</sup> Prosegue la Corte (Corte di giustizia Ue, 26 ottobre 2006, C 168-05, cit.). Tale decisione è assai rilevante nel nostro ordinamento, in quanto, per effetto della modifica dell'art. 817, la nullità della convenzione arbitrale – salvo il diverso caso di incompromettibilità del diritto – deve sempre essere sollevata dalla parte nella sua prima difesa davanti agli arbitri, per poter costituire successivo motivo di impugnazione del lodo, cosicché detta norma dovrebbe essere disapplicata dal giudice dell'impugnazione.

<sup>25</sup> ALPA, *op. cit.*, p. 623; in questo senso, prima della introduzione del codice del consumo anche, CONSOLO, in Consolo – De Cristofaro, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 472.

<sup>26</sup> G.d.p. Ancona, 28 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 307; Trib. Roma, 8 maggio 1998, *ivi*, 1998, I, c. 1989, in *Danno e resp.*, 1998, p. 800, con nota di GRANIERI.

contratti, stipulati dagli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa privata>>>.

Si tratta della rivisitazione del meccanismo della c.d. clausola compromissoria unilaterale<sup>27</sup>, che si caratterizza per il fatto che il vincolo sia imposto ad una sola delle parti, secondo il meccanismo previsto dall'art. 1331 c.c., mentre l'altra resta libera di aderire alla proposta irrevocabile o di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

In questo modo verrebbe meno il problema della vessatorietà della clausola compromissoria e non vi sarebbero dubbi in merito al consenso del consumatore, poiché lo stesso si concretizzerebbe tramite diretta esecuzione della clausola suddetta.

Non credo, inoltre, che una simile interpretazione indebolisca la giustizia arbitrale<sup>28</sup>, poiché, ritengo che la stessa trovi reale nocimento solo nell'incertezza che incombe perennemente sulla stessa vessatorietà della clausola.

Attraverso la lettura offerta, quindi, è possibile, a mio parere, risolvere il problema della vessatorietà della clausola compromissoria stipulata dai consumatori.

## ***2.2 segue: il problema della imparzialità dell'arbitro e il costo dell'arbitrato.***

Per quanto concerne, invece, il problema della imparzialità dell'arbitro, non credo che tale elemento possa costituire un limite alla possibilità di accedere alla giustizia arbitrale.

---

<sup>27</sup> Per l'ammissibilità di siffatto accordo: FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 22; BARTOLUCCI, *Clausola compromissori, modifiche oggettive*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 207 ss.; FERRO, *Il compromesso*, in *Arbitrato, profili sostanziali*, a cura di Alpa, Torino, 1999 p. 589 ss.; in giurisprudenza: Cass., 19 ottobre 1960, n. 2837, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1897; Cass., 22 ottobre 1970, n. 2096, in *Mass. Foro it.*, 1970, c. 651.

<sup>28</sup> Sarebbe comunque opportuno evitare che il patto di opzione sia tale da non lasciare il proponente in uno stato di perdurante incertezza sul mezzo di tutela giurisdizionale. Tuttavia, anche in questa eventualità, lo stesso art. 1331 c.c. consente di superare l'*impasse* prevedendo il ricorso al giudice.

Innanzitutto è necessario specificare che ciò che il nostro ordinamento considera violazione dell'ordine pubblico è la manifestazione del difetto di imparzialità attraverso l'operato dell'arbitro, perché l'oggettiva situazione di rischio, dovuta a una mancanza di terzietà, se non fatta valere nel previsto termine breve di dieci giorni, non può inficiare in alcun modo la decisione emanata<sup>29</sup>.

Pertanto il difetto di imparzialità trova la sua principale tutela nella possibilità di riconsiliazione, benché si possano anche aprire degli spiragli, come rileva una parte della dottrina, per violazione dell'ordine pubblico processuale<sup>30</sup>.

Inoltre, l'eventuale rischio di terzietà può altresì essere fugato grazie alla diretta applicazione dell'art. 832, comma 4°, c.p.c., norma che può trovare applicazione, stante il silenzio della legge, anche al di fuori dell'arbitrato amministrato<sup>31</sup>.

Tale norma prevede, infatti, il divieto <<per le istituzioni a carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza di interessi di categorie professionali, la possibilità di nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi>>.

L'applicazione di questa previsione costituisce ulteriore garanzia della imparzialità del giudice<sup>32</sup>.

Ultimo problema, ma per questo non meno importante rispetto agli altri, è quello dei costi dell'arbitrato, che può costituire un limite per consentire un reale accesso alla giustizia, intesa in senso lato.

Questa problematica, a mio sommo avviso, deve essere affrontata in modo responsabile e preciso, tenendo specialmente conto del momento storico

---

<sup>29</sup> Così GIOVANNUCCI ORLANDI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., p. 289.

<sup>30</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 776 ss.; NELA, in *Le recenti riforme del processo civile*, dir. da Chiarloni, Bologna, 2007, II, p. 776; in senso contrario MENCHINI, *Impugnazione del lodo <<rituale>>*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss.

<sup>31</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, cit., p. 470, la quale lo reputa applicabile alle nomine degli arbitri di lavoro.

<sup>32</sup> Inoltre, abbracciando il rilievo di parte della dottrina, non vedo ostacoli alla possibilità di estendere, seppure il nostro ordinamento non lo preveda espressamente, a differenza di quelli stranieri e dei regolamenti arbitrali, la possibilità di *disclosure* da parte degli arbitri. Lo ritengono un principio immanente nel nostro sistema: SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 427; CONSOLO, *La riconsiliazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 17 ss.; DITTRICH, in Tarzia, Luzzato, Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995, p. 70.

in cui viviamo.

Ritengo che il problema dell'*access to justice*<sup>33</sup> non comprenda unicamente il problema dei costi, evidentemente presenti nella giustizia arbitrale, ove sulle parti graverà anche l'onere di corrispondere il compenso all'arbitro o al collegio arbitrale, ma anche quello della effettiva durata dei processi.

In altre parole, molto spesso, quando si afferma che l'arbitrato costa troppo, non si pondera correttamente i costi dello stesso e la rapidità della decisione che tale strumento garantisce rispetto alla giustizia ordinaria, la cui lentezza, a sua volta, determina l'impossibilità per chi ha ragione di eliminare l'incertezza che grava sulla propria posizione giuridica soggettiva.

Prescindendo da tali osservazioni, non si può nascondere il fatto che il legislatore italiano non affronti questo problema in modo sistematico e completo.

Il problema, naturalmente non si pone, con riferimento agli arbitrati amministrati, ove, come è noto, i costi sono preventivamente determinati dai tariffari approvati dall'ente arbitrale.

Per quanto riguarda, invece, l'arbitrato *ad hoc*, non vige una disciplina di tutela effettiva delle parti, sibbene sia possibile individuare nelle norme di diritto comune dei correttivi per garantire la tutela delle medesime.

In primo luogo, l'art. 814 c.p.c. prevede che la liquidazione compiuta dagli arbitri in merito al loro compenso, non sia vincolante per le parti, le quali hanno la possibilità di richiedere il controllo da parte del giudice statale. Conseguentemente se il compenso appare eccessivo rispetto alla attività svolta dagli arbitri, lo stesso potrà essere rimodellato dal giudice.

In secondo luogo, l'art. 816-*septies* c.p.c. prevede che il mancato anticipo delle spese comporta l'inefficacia sopravvenuta della convenzione d'arbitrato per la lite in atto, a meno che l'avversario non decida di versare anche la quota spettante alla parte indigente.

Tale previsione, seppure sia direttamente rivolta agli arbitri, consente di interrogarci sulla eventualità di prevedere se sia possibile ammettere

---

<sup>33</sup> Ampliamente esaminato da COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 673 ss.; ID., *Abuso del diritto di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686 ss.; ID., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, *ivi*, 2008, p. 1509 ss.

l'inoperatività della convenzione d'arbitrato per indigenza economica delle parti, così come è stato ammesso da una pronuncia del *Bundesgerichtshof*<sup>34</sup>.

Si potrebbe, quindi, ad esempio, immaginare la possibilità di richiedere al giudice statale di dichiarare la risoluzione del patto compromissorio per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.)<sup>35</sup>.

Bisogna subito precisare che tale possibilità non appare contemplabile dall'art. 816-*septies* c.p.c., essendo la norma dettata a favore esclusivo degli arbitri.

Tuttavia, non credo che una simile possibilità possa essere totalmente esclusa prima dell'inizio della procedura arbitrale; a diverse conclusioni si deve, invece, pervenire una volta che la stessa sia iniziata, poiché l'art. 817 c.p.c. stabilisce che le contestazioni sulla validità e il contenuto della clausola compromissoria devono essere fatte valere innanzi agli arbitri.

In questo caso, le parti potranno essere svincolate dalla scelta arbitrale come diretta conseguenza della applicazione dell'art. 816-*septies* c.p.c., a meno che, naturalmente, il soggetto non indigente provveda al pagamento dell'intera anticipazione richiesta dagli arbitri.

Ulteriore soluzione potrebbe derivare dalla diretta previsione all'interno della convenzione arbitrale della possibilità di prevedere che i costi della procedura arbitrale siano sopportati da uno solo dei compromittenti.

Tale meccanismo, sibbene da una parte consenta di superare il problema *de quo*, dall'altra determina la necessità di introdurre ulteriori meccanismi per garantire l'imparzialità dell'arbitro rispetto alla parte gravata dal pagamento di tutte le spettanze.

Infine, ritengo che possa operare, almeno in alcune fasi, il sistema del gratuito patrocinio (d.p.r. n. 115 del 2002).

Mi spiego.

Seppure non si possa ritenere il medesimo operante all'interno della procedura arbitrale, per evidenti difficoltà tecniche, prima fra tutte la previsione che la liquidazione dell'onorario debba avvenire da parte dell'autorità giudiziaria

---

<sup>34</sup> 14 settembre 2000, in *Riv. arb.*, 2002, p. 729, con nota di RÖRIG.

<sup>35</sup> Possibilista RÖRIG, *Inoperatività della clausola compromissoria in diritto tedesco per impossibilità di far fronte ai costi dell'arbitrato*, cit., p. 731 ss.

che ha effettivamente trattato il processo<sup>36</sup>, *de iure condito*, non reputo che tale strumento non sia applicabile in tutte le fasi incidentali che possono sorgere prima e durante il processo arbitrale e che si svolgono davanti all'autorità giudiziale ordinaria: mi riferisco, ad esempio, al procedimento di eventuale nomina degli arbitri, alla liquidazione del compenso ed anche alla fase di impugnativa del lodo davanti alla Corte d'Appello.

Tali meccanismi, specialmente quelli derivanti da una lettura correttiva degli artt. 814 e 816-*septies* c.p.c., non potranno trovare applicazione, in virtù della espressa divieto sancito dall' 808-*ter* c.p.c., all'arbitrato irrituale, portando, inevitabilmente ad evidenziare, una evidente <<carezza>> di tecnica dello stesso.

Infine, vale la pena segnalare che l'art. 6 del D.M. 140 del 2012 stabilisce espressamente che <<per i procedimenti davanti agli arbitri, nel caso di arbitrato rituale, è dovuto il compenso stabilito per le controversie davanti ai giudici competenti a conoscere sulle stesse. In ogni altro caso di arbitrato o fattispecie analoga, per la liquidazione dei compensi si applicano i parametri previsti per l'attività stragiudiziale>>.

Un ulteriore prova, seppure non omogenea, del tentativo del legislatore di calmierare i costi dell'arbitrato, anche con riferimento all'arbitrato irrituale.

In sintesi.

Seppure come appare evidente il nostro ordinamento non offra una tutela effettiva e diretta al non abbiente, lo stesso potrà comunque tutelare la propria posizione attraverso i meccanismi sopra evidenziati, i quali, a mio parere, possono costituire valide valvole di sfogo per consentire anche ai medesimi l'accesso alla giustizia arbitrale.

*De iure condendo*, invece, è auspicabile una rivisitazione della problematica qui evidenziata attraverso due diverse modalità: o l'estensione del gratuito patrocinio al processo arbitrale, introducendo, quindi, gli inevitabili adattamenti per un suo corretto operare, oppure, avvalendosi della esperienza della mediazione (d.lgs. n. 28 del 2010)<sup>37</sup>, prevedendo dei vantaggi per coloro

---

<sup>36</sup> Per un dettagliato esame della compatibilità di detta disciplina e lo strumento arbitrale, rimando a ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 104 ss.

<sup>37</sup> Si deve ricordare l'esenzione del spese di bollo e di registrazione, oltre a un inusuale ma molto interessante credito di imposta per i compensi pagati ai mediatori.

che decidano di ricorrere allo strumento arbitrale<sup>38</sup>.

Non vedo ragioni, infatti, per non estendere una simile disciplina anche all'arbitrato.

Alla luce delle osservazioni compiute, quindi, la tecnica del processo arbitrale, con gli aggiustamenti illustrati, non può costituire causa per l'eventuale inarbitrabilità delle liti relative ai consumatori.

### **3. Il contenzioso familiare, con particolare attenzione alle liti di separazione e di divorzio.**

Molto più complessi sono i problemi che offre il contenzioso familiare.

Come già rilevato nel corso del capitolo terzo, seppure con riferimento all'ordinamento francese, l'ambito familiare è stato un settore ampiamente caratterizzato da una vera e propria metamorfosi.

Quest'ultima ha trovato origine nel nostro ordinamento nella celebre riforma del 1975, la quale, come è noto, ha portato a una progressiva <<privatizzazione >><sup>39</sup> degli istituti propri del diritto di famiglia (ed innanzitutto del matrimonio).

L'attenzione degli interpreti si è quindi lentamente spostata dal problema della salvaguardia della famiglia, intesa come istituzione, alla tutela dei soggetti facenti parte della stessa, quali il coniuge c.d. debole<sup>40</sup> e la prole.

---

<sup>38</sup> Unitamente a questi correttivi una parte della dottrina auspica altresì la possibilità della introduzione di forme di assicurazione privata delle spese legali che, pur non potendo supplire alla mancanza di un efficiente servizio pubblico, ben potranno, nell'ottica del principio di autonomia negoziale, valere anche nel procedimento arbitrale (ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 108 ed anche le osservazioni di TROCKER, voce *Patrocinio gratuito*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 291 ss.)

<sup>39</sup> Tale tendenza è riconosciuta unanimemente: a solo titolo esemplificativo TOMMASINI, *Famiglia di fatto*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Bessone, IV, Torino, 1999, p. 513; RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazione di volontà relative a procedimenti <<matrimoniali>> di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1989, p. 1081; AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 19, il quale acutamente osserva; BARCELLONA, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 782 ss.

<sup>40</sup> ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1330, il quale afferma <<con questa espressione, che richiama evidentemente un'altra categoria, quella del contraente debole, si vuole fare riferimento non soltanto alla sproporzione di forza contrattuale tra le parti contrapposte, ma alla condizione di inferiorità economica, ma anche psicologica, a cui il coniuge può trovarsi nei

Il *focus* della mia indagine si concentrerà unicamente sulle liti di separazione e di divorzio, discernendo in modo specifico tra i diritti inerenti ai coniugi e i diritti riguardanti la prole minorenni o maggiorenne, ma non autosufficiente<sup>41</sup>.

Mentre nel primo caso, ritengo che non devono sorgere dubbi in merito all'estensione dell'ordine pubblico di protezione, nel secondo caso, invece, sibbene sia possibile individuare un soggetto determinato da tutelare (appunto la prole), la posizione giuridica degli stessi<sup>42</sup> non è caratterizzata da alcun genere di disponibilità oggettiva<sup>43</sup>, sia per quanto concerne i diritti patrimoniali che per quelli, che, in modo non tecnico, potrei definire <<non patrimoniali>><sup>44</sup>.

Ciò deriva dalla particolare struttura di protezione congegnata in relazione ai medesimi derivante sia dal controllo penetrante da parte del giudice in sede di accordi relativi alla separazione e al divorzio<sup>45</sup> sia dal ruolo pregnante assunto dal p.m.<sup>46</sup>

Tali osservazioni, già in questa sede, mi permettono di concludere per l'impossibilità di includere i diritti facenti capo ai medesimi all'interno dell'ordine pubblico di protezione e a concentrare, quindi, la mia indagine unicamente con riferimento ai rapporti fra coniugi e ai diritti nascenti dai medesimi.

---

confronti dell'altro, e tale da impedire, nei fatti, il conseguimento di un assetto patrimoniale equo, specialmente in sede di accordi relativi alla separazione o al divorzio>>

<sup>41</sup> Non darò in questa sede conto, invece, del contenzioso *more-uxorio*, il quale, come appare evidente, può essere fatto rientrare nell'ambito di applicazione dell'ordine pubblico di protezione, non essendoci i paletti che la disciplina della famiglia, almeno in senso tradizionale, comporta. Rientra sempre, invece, nell'ordine pubblico di direzione i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio, soprattutto alla luce della recente novella del diritto di famiglia.

<sup>42</sup> Mi pare corretto parlare di diritti e non di meri interessi. Sul punto molto puntuali mi paiono le osservazioni di QUERZOLA, *Il processo minorile nella dimensione europea*, Bologna, 2010, *passim*.

<sup>43</sup> Giustamente, come è posto in evidenza dalla dottrina (BARBALUCCA – GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano, 2012, p. 14), nell'ambito del consesso familiare va distinto il concetto di inderogabilità di cui all'art. 160 c.c., che è tale, perché previsto espressamente dalla legge, dalla componente pubblicistica finalizzata alla difesa dell'interesse della prole, i cui interessi non trovano altrimenti reale tutela. Ancora più pregnante è la protezione della prole minore (sul punto ampiamente, RUO, *I diritti del minore e il ruolo del mediatore*, in *La mediazione familiare*, Milano, 2012, p. 342).

<sup>44</sup> Mi riferisco nella sostanza a quelli indicati nell'art. 147 c.c.

<sup>45</sup> Interessanti sono a tale proposito le osservazioni di ARCERI, *Affidamento dei figli e autonomia privata*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta e Arceri, Milano, 2012, p. 98, la quale individua un ruolo pregnante del giudice (e non meramente <<notarile>>) nonostante la modifica intervenuta nel dettato dell'art. 155 c.c.

<sup>46</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta-Arceri, Torino, 2012, p. 658 ss., la quale analizza anche le potenzialità di questa figura in una prospettiva *de iure condendo*.



Procediamo con ordine.

Per quanto concerne la disciplina relativa allo *status* di separato (in realtà, come è noto, non vi è un vero e proprio cambiamento di *status*) e quello di divorziato, la scelta tra ordine pubblico di protezione o di direzione è compiuta a monte dal legislatore a favore del secondo, sancendo un innegabile legame tra la modificazione dello *status* coniugale e l'intervento del giudice. Non costituisce, invece, un problema l'intervento obbligatorio del p.m. alla luce delle osservazioni già compiute nel capitolo secondo<sup>47</sup>.

Nonostante tale presa di posizione non si può sottacere che la disciplina relativa allo *status* non si caratterizza per una vera e propria indisponibilità oggettiva, come, peraltro, rileva una parte della dottrina<sup>48</sup>. Quest'ultima, infatti, osserva che l'obbligatorio intervento del giudice nelle vicende che riguardano lo *status* coniugale, a prescindere dall'apprezzamento riservatogli circa la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'emissione della relativa pronuncia<sup>49</sup>, non significa negare ai coniugi il potere di incidere sul relativo *status*. Se si opinasse diversamente, non troverebbero giustificazione né l'istituto della separazione consensuale, in relazione al quale, peraltro, l'accordo tra i coniugi di vivere separati esclude ogni valutazione giudiziale in ordine alla causa della crisi coniugale, né la previsione di cui all'art. 3, comma 4°, legge n. 898/1970 (come sostituito dalla legge n. 74/1987) che stabilisce <<l'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta>>.

---

<sup>47</sup> Sul punto anche ampiamente CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, p. 99. Peraltro si deve ricordare che la partecipazione del p.m. è riservato unicamente alla pronuncia (contenziosa) sullo *status* o alla presenza di minori (cfr. Cass., 24 febbraio 1997, n. 1664, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), ove si afferma che <<l'art. 70, comma 1°, n. 2, c.p.c. (...) trova applicazione fino a quando non sia in discussione il vincolo matrimoniale, e non anche, nel giudizio d'appello, ove inerente ai soli rapporti patrimoniali>>; confronta anche Cass., 30 gennaio 1991, n. 910, in *Pluris*.

<sup>48</sup> AMAGLIANI, *op. cit.*, p. 137 ss.

<sup>49</sup> In verità si dovrebbe valutare quale tipo di intervento è demandato dall'ordinamento al giudice, punto fortemente controverso all'interno delle interpretazioni della dottrina. Invero si potrebbe essere tentati di affermare, come osserva acutamente una dottrina (AMAGLIANI, *op. cit.*, p. 136, nota 16), che, nel caso della separazione giudiziale, già la presentazione del ricorso per separazione è sintomo di (almeno una unilaterale) intollerabilità della convivenza; mentre nella separazione consensuale l'accordo tra coniugi esclude ogni possibile accertamento giudiziale circa i motivi della decisione comune di vivere separati. Con riguardo alla domanda congiunta di scioglimento del matrimonio, ove si considera la ipotesi più frequente, e cioè la pregressa separazione consensuale, ben si nota che lo spazio di esplicazione della discrezionalità del giudice è assai limitato (sul punto cfr. GRASSO, *Convenzioni patrimoniali in vista dell'annullamento del matrimonio*, in *Stato civ.*, 1994, I, p. 326; in senso dubitativo: Cass., 17 giugno 1998, n. 6031, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 317 ss., con nota di CARBONE).

Nonostante la bontà di tali rilievi, l'intervento necessario dell'autorità giudiziaria compie un evidente scelta di campo in favore dell'ordine pubblico di direzione, escludendo, quindi, la possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale per la modificazione dello *status*.

Un discorso diverso deve essere compiuto in relazione alla disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi, i cui diritti rientrano, come dimostrerò, nell'ambito di estensione dell'ordine pubblico di protezione, non costituendo alcun problema la previsione di cui all'art. 160 c.c., la quale, come rileva ampiamente la dottrina<sup>50</sup>, non esclude, anche dopo il sorgere della crisi coniugale, la possibilità di una qualsiasi sistemazione patrimoniale dei rapporti tra coniugi.

Per dipanare ogni dubbio in merito alla corretta individuazione dell'ordine pubblico operante con riferimento a questi diritti, diviene, a mio parere, fondamentale spostare il campo dell'indagine sulla materia degli alimenti, che costituisce, per molti<sup>51</sup>, lo sfondo per tutte le questioni riguardanti il mantenimento familiare.

Risolta, quindi, positivamente questa problematica, non devono registrarsi ostacoli a fare rientrare il medesimo diritto nell'alveo dell'ordine pubblico di protezione.

Seppure non credo, come peraltro osserva gran parte della dottrina<sup>52</sup>, che vi sia una tendenziale coincidenza tra il diritto agli alimenti e quello al

---

<sup>50</sup> Qualora venga rispettata la disciplina inderogabile prevista dalla legge, la giurisprudenza e la dottrina reputano ammissibili anche eventuali accordi non omologati che siano successivi all'accordo di separazione. Sul punto si rimanda all'ampia disamina di NASCOSI, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, p. 329 ss. La giurisprudenza, invece, reputa non ammissibile nell'ambito del giudizio di separazione che i coniugi si accordino sul regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio (cfr., ad esempio, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 344, con nota di PICCALUGA; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1022; in senso in parte difforme: Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1318, con nota di CECCHERINI). Per un'ampia disamina anche in relazione al divorzio DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione e del divorzio*, Milano, 1996, p. 3 ss. ed anche TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., p. 1272 ss.; ove si osserva che sussistano maggiori perplessità in ragione degli accordi relativi al futuro divorzio, in sintonia, quindi, con la *ratio* sottesa dell'ordine pubblico di protezione (sul punto, giustamente, App. Milano, 22 gennaio 1980, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 881, il quale evidenzia che il nostro ordinamento non consente la rinuncia preventiva a un diritto futuro).

<sup>51</sup> DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV, 4, Milano, 1994, pp. 146, 147.

<sup>52</sup> VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale* Milano, 1973, p. 95 ss.; DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 6 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti fra coniugi*, Padova, 1997, p. 322.

mantenimento, la corretta catalogazione<sup>53</sup> del primo consenta di risolvere a monte ogni dubbio interpretativo.

Procediamo, quindi, con ordine.

È innegabile alla luce della stessa disciplina dell'art. 433 c.c. che il diritto agli alimenti sia delineato a favore di soggetti determinati, anzi, come osserva la dottrina, l'elencazione contenuta nella norma deve reputarsi tassativa<sup>54</sup>.

Inoltre, non ritengo, a differenza di quanto sostenuto dalla maggioranza<sup>55</sup> degli interpreti, che si possa parlare di diritto imprescrittibile. Se da una parte non mi pare che vi sia alcuna norma specifica che attribuisca allo stesso questo requisito, dall'altra vi sono numerose disposizioni che stabiliscono periodi di prescrizioni ancora più brevi rispetto a quella ordinaria per il diritto stesso. Infatti, l'art. 2948 c.c. prevede espressamente che siano prescrittibili in cinque anni le annualità delle pensioni alimentari, mentre gli artt. 2955 e 2956 c.c. introducono prescrizioni ancora più snelle con riferimento alla retribuzione del lavoratore.

Infine, a mio parere, la possibilità di ricondurre gli alimenti all'interno dell'ordine pubblico di protezione trova giustificazione su un altro elemento di primaria importanza.

Come ho già ricordato nel capitolo terzo, qualora sorgano dei dubbi in merito alla corretta collocazione di un diritto in seno all'ordine pubblico di direzione oppure a quello di protezione, è necessario avvalersi del criterio del bilanciamento, il quale consente di svelare la *ratio* che caratterizza la regola. Questo principio, naturalmente opera anche ai fini della determinazione dell'arbitrabilità o meno del diritto.

Tale verifica deve necessariamente condurre a ritenere prevalente l'ordine pubblico di protezione, pena la rottura della unità del sistema.

Mi spiego.

Se si ritenesse operante l'ordine pubblico di direzione, non si potrebbe giustificare per quale ragione si possano ritenere disponibili, e quindi

---

<sup>53</sup> In Francia lo considera ordine pubblico di protezione: LOQUIN, *op. cit.*, par. 90 ss.

<sup>54</sup> DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 111, nota 1; PROVERA, *Alimenti*, in *Dig. it., discipl. priv.*, Torino, 1987, p. 1 ss.; TRABUCCHI, *Alimenti*, in *Nuov. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 229.

<sup>55</sup> Cfr. nota 51 ed anche FERRI, *Degli alimenti*, in *Comm. al dir. it. fam.*, diretto da Cian – Oppo – Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 672, seppure distingue tra imprescrittibilità del diritto astratto agli alimenti e la prescrittibilità delle singole annualità.

compromettibili, le conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione di tale diritto<sup>56</sup>, mentre non soggetto al giudizio di arbitri il diritto agli alimenti, sibbene i due profili siano strettamente connessi fra loro, e la quantificazione delle somme dovute incide inevitabilmente sulla stessa garanzia assistenziale che il diritto si prefigge di tutelare<sup>57</sup>.

Per riprendere le parole di una dottrina, la cui differenziazione calza perfettamente con riferimento al *distinguo* ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione ai fini della arbitrabilità della lite, non è possibile ragionare in termini di indisponibilità del diritto astratto (il diritto agli alimenti) e del diritto concreto (la quantificazione stessa di tale diritto)<sup>58</sup>, poiché, opinando in questo modo si corre il rischio che <<la solennità del precetto venga svuotata dalla disponibilità della sanzione>><sup>59</sup>.

Alla luce di tale rilievo unitamente a quelli già in precedenza formulati, ritengo di dovere includere il diritto agli alimenti all'interno dell'ordine pubblico di protezione.

Nonostante, come mi pare di avere dimostrato, i diritti derivanti dal

---

<sup>56</sup> Se, come ritengo opportuno, si debba ricondurre il diritto agli alimenti nell'alveo dell'ordine pubblico di protezione, dovrebbe concludersi per l'ammissibilità di ricondurre al giudizio di arbitri anche le liti relative ai rapporti patrimoniali riguardante la prole minore e maggiorenne non autosufficiente. Tuttavia, alla luce delle osservazioni già compiute, non ritengo che allo stato attuale sia possibile, poiché, come più volte ricordato, il nostro legislatore individua nel giudice il c.d. garante del benessere dei figli. Interessante è l'apertura verso l'ammissibilità dell'arbitrato nelle liti relative ai figli compiute nell'ordinamento americano. Sul punto si rimanda a IMBROGO, *Arbitration and Alternative to Divorce Litigation: Redefining the Judicial Role*, in *Capital University Law Review*, 2003, p. 414, ove si pone in evidenza che non vi sarebbe ragione di differenziare tra figli e coniuge.

<sup>57</sup> Sempre con riferimento all'ordinamento francese, appaiono interessanti i rilievi di MALLETT-BRICOUT, *Arbitrage et droit de la famille*, in *Droit et patrimoine*, 2002, p. 59 ss.

<sup>58</sup> Critico a favore di una netta separazione dei due elementi, pur nell'ambito del diritto del lavoro, NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, Milano, 2007, p. 131.

<sup>59</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit., p. 147, ma ancora più precisamente si richiamano le parole di FERRI, *op. cit.*, p. 670, il quale osserva <<infatti se per indisponibilità del diritto agli alimenti s'intende l'intransigibilità, l'incompromettibilità, l'irrinunciabilità della posizione che, a determinati soggetti, deriva direttamente dalla legge, non c'è dubbio che tale indisponibilità effettivamente rappresenta una tipica caratteristica del diritto agli alimenti, anche perché non si può rinunciare ad una posizione meramente astratta, quando un diritto in concreto non è ancora sorto. Se, invece, per l'indisponibilità s'intende la impossibilità di sostituire, alla determinazione del giudice, una determinazione delle parti in via transattiva o degli arbitri o, peggio ancora, l'indisponibilità delle singole pretestazioni in cui si articoli un credito alimentare accertato e sorto (per accordo o sentenza) in capo ad un soggetto, l'esistenza di tale carattere del diritto agli alimenti non può essere affermata in modo così perentorio, come fa la dottrina, quasi unanime>>. Un discorso simile si ritrova anche con riferimento ai diritti dei lavoratori, anche esso rientrando a pieno titolo nell'ordine pubblico di protezione (si cfr. a titolo esemplificativo, DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 271 ss.).

rapporto coniugale siano riconducibili nell'alveo dell'ordine pubblico di protezione, gli interpreti non sono tutti concordi sulla possibilità di devolvere tale contenzioso al giudizio di arbitri<sup>60</sup>.

Le ragioni di tale riluttanza sono da ricercare, così come ho evidenziato già con riferimento al diritto dei consumatori, nella tecnica del processo arbitrale.

Infatti, sia gli interpreti italiani che quelli stranieri<sup>61</sup> evidenziano che i veri nodi per ritenere ammissibile il giudizio arbitrale in relazione a siffatti diritti sono: la piena consapevolezza della scelta arbitrale, la preparazione e la professionalità dell'arbitro, una istruttoria realmente efficace in grado di essere integrata dalla cooperazione giudiziale, la garanzia del rispetto della legge sostanziale ed infine il problema dei costi.

Preciso già in questa sede che tali nodi possono trovare una soluzione abbracciando soluzioni già accolte in altri settori, come cercherò di evidenziare nel proseguo.

Per quanto concerne il problema dei costi rimando alla disamina contenuta nel par. 2.2., precisando solamente che, in seguito all'introduzione del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, i procedimenti di separazione e di divorzio sono soggetti a una rilevante tassazione. Tale cambiamento di prospettiva giustifica ancora maggiormente l'apertura verso la giustizia arbitrale, sicuramente più celere di quella ordinaria.

### **3.1. segue: i <<nodi da sciogliere>>: il problema del consenso e la preparazione dell'arbitro.**

---

<sup>60</sup> In senso favorevole, Cass., 12 agosto 1954, n. 2942, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1526 condivisa da ANDRIOLI, *Comm. al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, p. 755; MORTARA, *Comm. del cod. e delle l. di proc. civ.*, III, Milano, 1923, p. 63 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, p. 74; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1951, p. 202; REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 798; SCHINZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 80 ss.

<sup>61</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit., p. 151, la quale evidenzia le potenzialità di questo strumento in relazione alle coppie senza figli o con figli autosufficienti; ID., *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 481 ss.; LOCATELLI, *Riflessioni in tema di arbitrato e questioni di diritto di famiglia*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 537 ss.

Prima di entrare nel merito dei problemi che pone il contenzioso familiare ai fini della piena arbitrabilità della controversia, mi pare opportuno precisare che, visti gli àmbiti di estensione dell'ordine pubblico di direzione precedentemente segnalati, il ricorso allo strumento arbitrale è particolarmente proficuo per coppie senza figli o con figli autosufficienti e presuppone l'assenza di un accordo sulle condizioni patrimoniali<sup>62</sup>. Qualora fosse presente una pattuizione di tale genere perde di consistenza la possibilità di addivenire al giudizio arbitrale.

Dico subito che non ritengo che il meccanismo dell'arbitrato irrituale<sup>63</sup> costituisca valido ausilio per risolvere le controversie relative allo stato patrimoniale tra coniugi, in quanto le soluzioni tecniche che porrò in evidenza trovano difficile attuazione tramite lo stesso in ragione del chiaro tenore dell'art. 808-ter c.p.c.<sup>64</sup>

Ma procediamo con ordine all'analisi di tutti i c.d. <<odi>>.

Per quanto concerne il consenso alla giustizia privata, l'unica via percorribile ritengo che possa essere quella del compromesso, non essendo pensabile allo stato attuale l'inserimento nell'atto di matrimonio della clausola compromissoria<sup>65</sup>.

Pertanto, le parti al momento del sorgere della crisi familiare o anche prima possono decidere di devolvere la propria controversia patrimoniale ad arbitri tramite la stipula di un compromesso. Si potrebbe anche immaginare<sup>66</sup> che la stipula del medesimo sia ammissibile finanche dopo l'eventuale sentenza non definitiva sullo *status*.

Naturalmente nei primi due casi, gli arbitri dovranno attendere la pronuncia sullo *status* e, quindi, inevitabilmente disporre la sospensione del giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 819 c.p.c.

La ragione della eventuale scelta di percorrere due binai paralleli di

---

<sup>62</sup> Sul punto ampiamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit., p. 149.

<sup>63</sup> Mi pare di diverso avviso, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit., p. 150, identificando una ipotesi applicativa particolare data dell'estensione dell'art. 711 c.p.c.

<sup>64</sup> Mi permetto di rinviare al mio scritto: *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1524 ss.

<sup>65</sup> In Italia, a differenza del sistema americano (sul punto la lucida trattazione di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit, p. 492 ss.) non è possibile dare per scontata la natura contrattuale del matrimonio, come pone in evidenza chiaramente TORRENTE – SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1063.

<sup>66</sup> In questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit, p. 149.

giustizia deriva, evidentemente, dalla possibilità per le parti di ottenere una sistemazione dei loro assetti patrimoniali in modo più veloce rispetto a quello che può garantire un giudizio ordinario. Si tratta di un elemento da tenere in dovuta considerazione, in ragione del fatto che una volta sorta la crisi familiare, il vero interesse dei coniugi è di ottenere certezza in merito al proprio patrimonio.

Affinché la scelta dello strumento arbitrale sia consapevole diviene preminente il ruolo dei difensori, i quali devono informare preventivamente la parte delle caratteristiche dell'arbitrato<sup>67</sup> e devono sostenere la medesima per tutto il corso del giudizio, sibbene l'art. 816-*bis* c.p.c. non preveda espressamente l'obbligo della difesa tecnica.

L'espletamento dell'obbligo informativo potrebbe risultare da una certificazione eteronoma, tramite cui le parti attestino di avere ricevuto un parere legale indipendente in merito, attraverso un meccanismo simile a quello previsto dal d.lgs. n. 28 del 2010 in tema di mediazione.

Tale certificazione costituirebbe valido ausilio per risolvere i problemi relativi al consenso.

Sempre dal mondo della mediazione potrebbe derivare la risoluzione del problema concernente la professionalità e specializzazione dell'arbitro, requisiti di primaria importanza in questo settore<sup>68</sup>.

La disciplina sulla mediazione stabilisce che il ruolo di conciliatore debba essere ricoperto solo da chi abbia una competenza tecnica specifica e una comprovata professionalità, acquisita anche tramite un corso di formazione adeguata. Ad esso si aggiunge, altresì, l'obbligo del costante aggiornamento professionale.

Tale previsione contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 trova poi completamento nella circolare "interpretativa" del Ministero della Giustizia del 20 dicembre 2011, la quale, come è stato osservato da parte della dottrina<sup>69</sup>, andando ben oltre rispetto a quanto stabilito dal D.M. 145/2010, prevede che la

---

<sup>67</sup> Interessanti sono le osservazioni di SILVESTRI, *La <<court-annexed arbitration>>: un nuovo rimedio per un vecchio problema*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1995, p. 1036, ove parla proprio di una etica della *informal justice*.

<sup>68</sup> Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit, p. 495, relativamente alla esperienza americana.

<sup>69</sup> In questo senso, MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in [www.judicum.it](http://www.judicum.it), par. 7.

preparazione professionale specifica maturata dal singolo mediatore nel campo professionale di provenienza divenga elemento importante per l'assegnazione degli affari di mediazione da parte dell'organismo di mediazione, determinando, quindi, un collegamento diretto e inscindibile tra mediatore e la natura della controversia.

Alla luce di tali previsioni, non vedo ragioni *de iure condendo* per escludere la possibilità di predisporre una lista di arbitri da conservare, ad esempio, presso i Tribunali oppure presso gli ordini professionali, contenete i nomi di professionisti che abbiano una comprovata esperienza nel settore familiare<sup>70</sup>.

In questo modo si potrebbe rimarginare il vuoto normativo presente. Naturalmente, la migliore soluzione sarebbe quella di imporre da parte del legislatore, così come avviene nell'art. 412-*quater* c.p.c. in materia di arbitrato di lavoro, che il presidente del collegio sia scelto tra i professori universitari in materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio davanti alla Corte di cassazione, aggiungo con comprovate esperienze nel campo del contenzioso familiare.

### ***3.2. segue: la cooperazione giudiziaria e il rispetto della legge sostanziale.***

Un nodo fondamentale, su cui si misura, in realtà, la tutela della situazioni in gioco nel contenzioso familiare riguarda sicuramente la fase istruttoria, essendo, come appare evidente, primaria la necessità di garantire la piena *discovery* della situazione patrimoniale dei coniugi.

Nel nostro ordinamento, sibbene la riforma del 2006, abbia potenziato la cooperazione giudiziaria nella fase istruttoria, non ha risolto, come è noto, tutte le

---

<sup>70</sup> Validi spunti in relazione a questa specifica tematica derivano dal mondo americano e australiano, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit, p. 496; WADE, *Arbitration of matrimonial property disputes*, in *Bond Law Review*, 1999, p. 395 ss.



problematiche che la realtà che un giudizio pone<sup>71</sup>.

Sicuramente degna di nota è la disciplina della testimonianza e la possibilità di rivolgersi al giudice in caso di teste renitente; allo stesso modo deve salutarsi con favore la previsione del ricorso alla pubblica amministrazione per richiedere informazioni scritte relative ad atti e documenti detenuti dell'amministrazione medesima.

Nessuna previsione è stata, invece, introdotta per gli altri mezzi istruttori, come per esempio l'esibizione, ausilio molto importante specialmente nel contenzioso familiare.

Nonostante l'assenza di una disciplina specifica, gli interpreti sia oggi che nel passato, hanno cercato di individuare dei correttivi, ritenendo che gli arbitri possano esperire il giuramento della parte sia decisorio sia suppletorio<sup>72</sup> e che gli stessi abbiano il potere di pronunciare ordini di esibizione e di ispezione<sup>73</sup>.

Rimanendo comunque privi dei poteri coercitivi, non possono supplire ad eventuali inadempienze delle parti o dei terzi.

Seppure la soluzione migliore sia quella di auspicare un intervento diretto e definitivo da parte del legislatore così come, ad esempio, avviene nell'arbitrato francese<sup>74</sup>, nell'attuale vuoto normativo, mi pare interessante, accantonando naturalmente il discorso sul giuramento, la proposta interpretativa avanzata, già da

---

<sup>71</sup> CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e assistenza giudiziaria*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 901 ss., il quale ricorda che sin dal congresso internazionale di Cadenabbia del 1954, Allorio e Minoli, redattori della mozione conclusiva, avessero suggerito <<il rafforzamento del potere degli arbitri, con facoltà per gli stessi di richiedere all'autorità giudiziaria, per singoli incombenti istruttori, la comminatoria delle sanzioni e delle misure coercitive previste, per analoghe situazioni, nel processo civile, e cioè mediante le cautele e modalità che all'uopo l'autorità giudiziaria ritenga di prescrivere>>.

<sup>72</sup> Interessanti sono le osservazioni di E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 49-53 ed anche CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1974, p. 884. Con riferimento alla ammissibilità del giuramento decisorio, Coll. arb. Roma, 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1182, con nota di GIACOBBE; ritiene ammissibile anche quello suppletorio, salvo diversa volontà delle parti, App. Roma, 7 ottobre 1995, in *Riv. arb.*, 1996, p. 317, con nota di FUSILLO. In senso negativo G.F. RICCI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 433, in virtù dell'impossibilità di applicare la sanzione penale di cui all'art. 371 c.p.

<sup>73</sup> Cfr. l'esame di G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 428.

<sup>74</sup> Sul punto si cfr. art. 1469 *NCPC* ove si stabilisce che <<si une parties à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal de grande instance uax fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce>>. Peraltro, mi pare opportuno ricordare che in Francia è altresì attribuito agli arbitri il potere di procedere al giudizio di verificaione e di decidere sulla querela di falso, senza che ciò determini alcuna sospensione del procedimento.

tempo, da autorevole dottrina<sup>75</sup>, e cioè la possibilità di ricorrere alla istruzione preventiva<sup>76</sup> al fine di combattere il rifiuto del terzo ad eseguire l'ordine di esibizione o di ispezione.

In altre parole, l'insigne autore ritiene ammissibile, in virtù della generale previsione di cui all'art. 818 c.p.c.<sup>77</sup>, che, nel caso in cui l'arbitro non riesca ad acquisire la prova poiché il terzo non adempie spontaneamente alla richiesta dallo stesso formulata, sia possibile risolvere *l'impasse* attraverso l'intervento del giudice ai sensi dell'art. 696 c.p.c., introducendo, quindi, una interessante interpretazione correttiva del criterio di <<urgenza>> richiesto dalla norma in esame, modellata sulle esigenze del giudizio arbitrale<sup>78</sup>.

Una volta acquisita in questo modo la prova, il verbale della medesima troverà ingresso nel giudizio arbitrale<sup>79</sup> mediante, come è evidente, un semplice deposito.

Altro ed ultimo requisito da analizzare concerne la necessità di garantire il rispetto della legge sostanziale nel corso del giudizio e anche in sede di impugnazione del lodo.

L'effettiva realizzazione di questo aspetto, a mio sommo parere, passa attraverso la realizzazione di tre elementi: la preparazione dell'arbitro, il divieto di giudizio secondo equità e la previsione dell'impugnazione per violazione di norme di diritto.

Per quanto riguarda il primo elemento mi sono già soffermata precedentemente, cercando di offrire una lettura correttiva dello stesso.

---

<sup>75</sup> E' la ricostruzione proposta da TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 723.

<sup>76</sup> SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 619 ss.

<sup>77</sup> Sul punto si richiama naturalmente la nota sentenza della Corte cost., 28 gennaio 2010, n. 26, in *Dejure*.

<sup>78</sup> TARZIA, *op. cit.*, p. 723, il quale osserva che il problema dell'urgenza deve essere risolto attraverso una lettura costituzionalmente orientata del testo normativo, idoneo ad adeguare il particolare assetto del giudizio arbitrale. Afferma quindi la possibilità di formulare l'ipotesi che <<il fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni>> possa essere inteso anche non sia riferibile ai casi consueti, che attengono allo stato di salute del teste, ma anche ad altre situazioni a lui facenti capo, come il rifiuto, espresso o tacito, di comparire davanti agli arbitri. Un medesimo discorso deve essere esteso anche alla verifica dello <<stato dei luoghi>> e della <<qualità o condizione delle cose>>.

<sup>79</sup> Interessante è la pronuncia del Coll. arb. Roma, 4 giugno 2010, in *Riv. arb.*, 2010, p. 315, con nota di TEODOLDI, ove si legge: <<l'accertamento tecnico preventivo acquisito nell'arbitrato ha la stessa efficacia delle prove assunte nel corso dell'arbitrato, a condizione che sia stato assicurato il rispetto del contraddittorio>>.

Ritengo, infatti, che la preparazione e la professionalità dell'arbitro siano indispensabili per garantire la corretta applicazione della legge. Un arbitro preparato, per esempio, è in grado di fare buon uso dei poteri d'ufficio ad esso riconosciuti<sup>80</sup>, primo fra tutti la possibilità di indicare le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.

Non credo, inoltre, come peraltro dimostra sia la disciplina dell'arbitrato del lavoro<sup>81</sup> sia quella dell'arbitrato societario, che sia ammissibile devolvere la risoluzione della lite secondo un giudizio di equità<sup>82</sup>. Pur essendo vero che l'art. 822 c.p.c. prevede la decisione sempre secondo diritto<sup>83</sup>, salvo diversa volontà delle parti, ritengo che la migliore soluzione per garantire il massimo rispetto della legge sostanziale sia imporre il divieto di giudizio secondo regole equitative<sup>84</sup>.

Infine, a mio sommo parere, è necessario potenziare l'impugnazione del lodo, prevedendo espressamente la impugnabilità dello stesso per violazione delle norme di diritto, ora ammessa solo in casi particolari.

Non ritengo di potere considerare esaustiva la impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico, non essendo lo stesso concetto equiparabile in senso stretto a quello di norma inderogabile, come più volte evidenziato<sup>85</sup>, sibbene il medesimo costituisca una via di fuga talvolta percorsa per superare il vuoto normativo.

Alla luce delle osservazioni compiute, quindi, la tecnica del processo arbitrale, con gli aggiustamenti illustrati, non può costituire ragione per escludere

---

<sup>80</sup> G.F.RICCI, *op. cit.*, p. 378.

<sup>81</sup> Per completezza è giusto ricordare che in verità l'art. 412-*quater* c.p.c. consente la possibilità per le parti di richiedere un giudizio secondo equità, purché lo stesso avvenga, come precisa la norma stessa, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari (cfr. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal <<collegato lavoro>> e prime attuazioni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2011, p. 888 ss.; BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. proc. civ.*, 2011, p. 851 ss.).

<sup>82</sup> FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, p. 129 ss.; FESTI, *L'arbitrato di equità*, in *Contr. e imp.*, 2006, p. 155 ss., il quale ritiene non applicabile al giudizio arbitrale quanto statuito dalla Corte costituzionale in tema di giudizio del giudice di pace (Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Corr. giur.*, 2005, p. 497, con nota di ZANUTTIGH).

<sup>83</sup> Si rimanda alla dettagliata analisi di BORGHESI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., p. 544 ss.

<sup>84</sup> Sul punto mi pare opportuno ricordare le parole di BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 884; CAPONI, <<Natura>> dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in *Studi sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 130, seppure con riferimento all'arbitrato del lavoro, il quale, come è evidente, condivide le medesime preoccupazioni che sorgono anche in quello familiare.

<sup>85</sup> Cfr. ampi riferimenti contenuti nel capitolo terzo.

l'arbitrabilità delle menzionate controversie.

#### **4. Le impugnative delle delibere assembleari**

Ho deciso di analizzare le ricadute applicative del *distinguo* tra ordine pubblico di direzione e di protezione all'interno del fenomeno societario ponendo l'attenzione sul problema da sempre più dibattuto, e cioè quello del diritto di impugnativa delle delibere assembleari.

Prima di procedere a detta analisi è necessario sgombrare il campo da inutili fraintendimenti.

In primo luogo, la presenza di molteplici interessi, o meglio diritti, non significa concludere in favore della presenza di un interesse generale, e pertanto per l'applicabilità della disciplina dell'ordine pubblico di direzione, come sembrerebbe indirizzarsi le interpretazioni della giurisprudenza e parte della dottrina<sup>86</sup>.

A mio sommo avviso, la contemporanea esistenza di più diritti determina esclusivamente la necessità di individuare nello specifico la disciplina di protezione dettata per i medesimi.

In secondo luogo, affinché sia possibile compiere una analisi reale e dettagliata del fenomeno societario, è necessario tenere in considerazione la peculiarità dello stesso<sup>87</sup>: in altre parole, come ha posto chiaramente in evidenza la dottrina, è necessario verificare chi sia il soggetto titolare del potere di influire sul contenuto della deliberazione, senza giungere a conclusioni troppe frettolose in merito alla impossibilità di individuare un soggetto detentore del potere dispositivo e conseguentemente una c.d. categoria protetto<sup>88</sup>.

Ma procediamo con ordine: solo una ricostruzione sistematica delle specifiche problematiche consentirà di verificare la bontà delle precedenti affermazioni.

---

<sup>86</sup> Cfr. per i compiuti riferimenti quando già indicato nel par. 1, sez. 2, capitolo 1.

<sup>87</sup> Sul punto GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di personalità giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 596 ss.

<sup>88</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., pp. 471-472.

Non ritengo che possano esservi dubbi sulla possibilità di ricondurre la disciplina della annullabilità della deliberazione all'interno dell'ordine pubblico di protezione: la disciplina dettata è posta evidentemente sia a tutela della società sia dei soci, come testimoniano i criteri di legittimazione delineati dall'art. 2377, comma 2°, c.p.c.<sup>89</sup>. Inoltre, viene prevista sia la sostituibilità generalizzata della deliberazione sia uno specifico termine decadenziale per fare valere il vizio (art. 2377, comma 6° e 7° c.c.).

Più complessa è invece la disciplina prevista con riferimento alla nullità della deliberazione, sibbene già ritengo opportuno specificare che anche la medesima possa essere collocata all'interno dell'ordine pubblico di protezione.

Come è noto, l'art. 2379 c.c., malgrado che in apparenza preveda la possibilità di sollevare il vizio da parte di «chiunque vi abbia interesse» introduce chiaramente una disciplina del relativo diritto in netta controtendenza rispetto a quella che dovrebbe caratterizzare l'ordine pubblico di direzione<sup>90</sup>.

Infatti, oltre alla previsione di uno specifico termine decadenziale per fare valere la nullità, salvo quella relativa alla delibera che muta l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, è sempre prevista la possibilità di sostituzione della deliberazione ad opera dello stesso organo assembleare che l'ha posta in essere.

Per siffatta ragione, una parte della dottrina ha da subito parlato di nullità funzionali<sup>91</sup>, intendendo con tale termine, nullità volte alla tutela dell'interesse di soggetti specifici, e cioè poste a protezione degli interessi dei singoli soci e di

---

<sup>89</sup> Mi pare opportuno ricordare che rientrano nei vizi di annullabilità quelli concernenti violazione della legge e dello statuto, da individuarsi con un criterio di stretta residualità rispetto all'elencazione dei vizi di nullità (in questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 454, in particolare nota n. 3).

<sup>90</sup> Configurano vizi di nullità la mancata convocazione dell'assemblea, la mancanza del verbale e illiceità dell'oggetto della deliberazione. Ad essi si aggiungono anche le invalidità delle deliberazioni di aumento o riduzione del capitale sociale disciplinate dall'art. 2379-bis c.p.c. Si deve precisare che la possibilità che l'impugnativa della delibera assembleare per impossibilità o illiceità dell'oggetto non possa né essere fatta valere, né essere dichiarata trascorsi tre anni dall'assunzione, iscrizione o deposito ha sollevato perplessità da parte della dottrina (STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abadessa e Portale, 2007, Milano, p. 180), la quale, richiamando le norme sui contratti, afferma che tale previsione legittima la possibilità di incidere su diritti di terzi soggetti. Tuttavia subito precisa che la possibilità di consolidamento della deliberazione non vale nei riguardi dei diritti dei soci e dei terzi. Non ritengo ammissibile una simile interpretazione, poiché si pone in contrasto con la disciplina specificamente delineata, la quale prevede la salvezza solo dei diritti dei terzi in buona fede.

<sup>91</sup> BUONOCORE, *La riforma delle società*, Milano, 2004, p. 37.

riflesso anche della società.

Alle medesime conclusioni, a mio sommesso avviso, si deve altresì pervenire con riferimento alla delibera che modifica l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili per i seguenti motivi<sup>92</sup>.

In primo luogo reputo che costituisca un errore estendere alle delibere assembleari la disciplina relativa alla nullità dei contratti<sup>93</sup> - indipendentemente dal giudizio che si reputa di attribuire alle medesime (cfr. *infra*) - in virtù dell'assenza di uno specifico richiamo nel testo di legge, a differenza di quanto, invece, accadeva nella normativa precedente<sup>94</sup>.

In secondo luogo anche in questo caso, alla luce del silenzio del legislatore sul punto, non vedo ragioni per negare la possibilità di estendere il meccanismo della sostituzione<sup>95</sup> anche alle stesse. Conseguentemente perde di rilievo il fatto che il legislatore non preveda un termine di decadenza per la rilevazione del vizio: infatti la sostituzione della deliberazione viziata impedisce la stessa declaratoria di nullità e finisce quindi per togliere di rilievo al vizio.

Appurato che il diritto di impugnativa di delibera assembleare possa entrare a pieno titolo nell'ordine pubblico di protezione, diviene necessario verificare se la tecnica del processo arbitrale possa qualificarsi adeguata.

---

<sup>92</sup> In senso conforme mi pare anche SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 61; in senso difforme invece ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., p. 454 ss., sibiene mostra alcuni spiragli verso una simile lettura.

<sup>93</sup> Sulla possibilità di ricondurre la nullità del contratto all'ordine pubblico di protezione o di direzione si rimanda alle riflessioni contenute nel paragrafo n. 6.

<sup>94</sup> Esprime volontà di distaccarsi dal sistema codicistico delle nullità, SANZO, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Cagnasso-Bonfanti-Montalenti, Bologna, 2004, p. 645-651, malgrado che poi giunga a conclusioni difformi per il caso di illecita modifica dell'oggetto sociale. Non credo, a mio sommesso avviso, che una simile interpretazione sia da accogliere, poiché o si ritiene applicabile la disciplina dei contratti oppure la si esclude. E comunque, anche nel caso in cui si scegliesse di estendere anche alle delibere assembleari la disciplina della nullità dei contratti, ritengo che la previsione della sostituzione della delibera costituisca eccezione al divieto di cui all'art. 1423 c.c. Inoltre, ritengo utile ricordare che già altra parte della dottrina, seppure con riferimento ad un altro profilo, rileva che la nullità delle delibere assembleari presenta specifiche peculiarità rispetto all'invalidità contrattuale, tanto da condurre a parlare di nullità caducante E.F. RICCI, *Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di delibere assembleari*, in *Processo civile e società commerciale*, Atti del XX convegno nazionale dell'Associazione italiana studiosi del processo civile, Milano, 1995, p. 23.

<sup>95</sup> Sulla natura della sostituzione si rimanda a REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano, 1995, p. 7 ss.; post-riforma GALGANO, *Il nuovo dir. soc.*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, 29, Padova, 2003, p. 223; SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., tomo II, Torino, 2004, p. 577 ss, il quale afferma che la sostituzione equivale, nella sostanza, all'annullamento della deliberazione, perché ha i medesimi effetti.

A differenza dei casi analizzati nei precedenti paragrafi, ritengo che la tecnica del processo arbitrale così come delineata dal legislatore garantisca la soddisfazione della tutela richiesta dall'ordine pubblico di protezione.

In primo luogo la disciplina delineata dal d.lgs. n. 5 del 2003, la cui disciplina, come è noto integra quella di diritto comune, delinea correttamente una chiara modalità di espressione del consenso da parte dei soci, prevedendo altresì che <<le modifiche all'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvati da tanti soci che rappresentano almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso>>.

In secondo luogo, essendoci più categorie da difendere, giustamente l'art. 34 d.lgs. cit. prevede che la nomina dell'arbitro venga compiuta da un soggetto estraneo alla società, garantendo, quindi, in modo corretto l'imparzialità dell'organo giudicante. Non rileva, invece, come ho già indicato nel paragrafo 2.2. l'eventuale rischio di terzietà.

Adeguate risulta anche la disciplina del processo: viene previsto un esteso diritto di intervento del terzo<sup>96</sup> (sul punto però rimando alla disamina del paragrafo 5), viene escluso la possibilità di ricorrere a un giudizio secondo equità e viene, altresì garantita l'impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto.

Da ultimo, per quanto riguarda i costi del giudizio arbitrale, oltre a richiamare le osservazioni già compiute nel paragrafo 2.2., è opportuno ricordare che specialmente nel contesto societario, la riservatezza e la celerità garantite dall'arbitrato costituiscono elementi pregnanti per analizzare in modo diverso il problema dei costi della procedura.

## **5. segue: le delibere di approvazione del bilancio.**

---

<sup>96</sup> Terzi, come rileva una parte della dottrina, potrebbero essere anche i soci non direttamente investiti dalla deliberazione (MEO, in *Il nuovo diritto della società*, cura di Abbadessa e Portale, *Liber amicorum* G. Campobasso, II, Torino, 2006, p. 303). La disposizione è interessante perché conferma la ipotesi ricostruttiva qui delineata, e cioè un evidente avvicinamento tra il vizio dell'annullamento e quello della nullità.

Come è noto, la dottrina e anche la giurisprudenza, è solita qualificare la disciplina predisposta a tutela della redazione del bilancio come normativa di ordine pubblico di direzione poiché posta alla tutela, oltre che dei membri della società<sup>97</sup>, dei terzi e, quindi, in ultima istanza, della collettività indistinta<sup>98</sup>.

Tuttavia, se si procede a una corretta indagine di chi siano, in realtà, i terzi a protezione dei quali la normativa inderogabile è dettata, si può appurare che è possibile<sup>99</sup>, circoscrivere una categoria determinata degli stessi.

Conferma di tale assunto, a mio parere, deriva dalla disciplina degli artt. 2377, comma 9° e 2379-bis, comma 2°, c.c., i quali, espressamente prevedono che possono subire un effettivo pregiudizio dalla delibera impugnata, solo coloro che hanno acquistato dei diritti in buona fede. Per siffatto motivo, il legislatore prevede la salvezza delle relative situazioni giuridiche.

Da tale normativa è quindi possibile dedurre che solo i terzi che hanno subito una innovazione nella loro posizione giuridica<sup>100</sup>, in buona fede, in seguito alla delibera di approvazione di bilancio, sono coloro che possono subire un reale pregiudizio nella loro posizione giuridica e conseguentemente sono altresì

---

<sup>97</sup> Sul punto ampiamente BUTTURINI, *L'impugnativa del bilancio d'esercizio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007, p. 21 ss., ove si osserva che i soci, attraverso il bilancio, sono messi in condizione di valutare l'operato dell'organo amministrativo, in modo da potere assumere le relative determinazioni e di esercitare, in linea generale, in modo consapevole i propri diritti.

<sup>98</sup> Sul punto, a titolo esemplificativo BUTTURINI, *op. cit.*, p. 14 ss.; SALAFIA, *La clausola compromissoria negli statuti sociali*, in *Società*, 2001, p. 1042 ss., osserva che sussiste un interesse generale alla conoscenza dei risultati delle società di capitali, la cui sorte incide sul patrimonio nazionale e quindi sulla pace sociale; FICO, *Interesse all'impugnazione di delibera di approvazione di bilancio d'esercizio nulla*, *ivi*, 2005, p. 1411 ss.; PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, <<abusi>> e rimedi*, Torino, 2004, p. 1005, il quale, tra l'altro, ritiene coincidenti il concetto di ordine pubblico e di norma imperativa. In giurisprudenza si cfr.: App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 1192; Trib. Monza, 16 febbraio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, p. 874 ss.; Trib. Bologna, 13 settembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, p. 359 ss.; in senso contrario, mi pare Trib. Milano, 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1239 e Trib. Milano, 29 gennaio 1998, p. 1196, con nota di MURATORE.

<sup>99</sup> E' opportuno distinguere tra società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio e società che non vi fanno ricorso. Tuttavia anche nel caso di società che fanno riferimento al mercato di capitale di rischio, sibbene è più complesso evidentemente, propenderei per l'applicazione dell'ordine pubblico di protezione. Il discrimine è sempre legato al grado di interesse, come avrò modo di spiegare.

<sup>100</sup> Interessante a tale proposito FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 494. Per quanto concerne l'arbitrato, degne di nota sono le osservazioni di FUSILLO, *Disponibilità dei diritti ed ammissibilità delle clausole compromissorie nelle controversie in materia societaria. Rescindente e rescissorio nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 317 ss., già citato nel capitolo primo, nota 78.



interessati a fare valere i propri diritti attraverso la relativa azione<sup>101</sup>.

Pertanto, quest'ultimi costituiscono i soggetti protetti dalla norme dettate in tema di chiarezza e veridicità dei bilanci.

Ma vi è di più.

La riprova che la normativa sulla redazione dei bilanci sia posta a favore di soggetti determinati e non della collettività indistinta, è altresì, dimostrata dalla disciplina dettata in tema di impugnativa del bilancio.

Come già sopra ricordato, alle azioni che hanno per oggetto una delibera di approvazione del bilancio si applica la disciplina prevista sia per le azioni di annullabilità che per quelle di nullità delle delibere, oltre che la specifica regola sancita dall'art. 2434-*bis* c.c. Quest'ultima stabilisce che <<le azioni previste dagli artt. 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che *sia* avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo>>.

Ciò vuole dire che oltre al limite scandito dall'articolo *de quo*, anche, qualora la rappresentazione globale della situazione economica e patrimoniale della società non sia veritiera, i soci e i terzi da essa danneggiati non possono più agire per invalidare la delibera, ma solo per richiedere, eventualmente, naturalmente nei termini di legge, il risarcimento del danno<sup>102</sup>.

Questa previsione, quindi, consente, come osserva correttamente una dottrina<sup>103</sup>, che il vizio della delibera possa consolidarsi, qualora i soggetti

---

<sup>101</sup> Come è noto, la possibilità di potere impugnare un atto è sempre legata alla possibilità di rinvenire una reale lesione di un diritto. A tale proposito sono molto interessanti le osservazioni compiute da PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 407 ss., il quale, in un più ampio discorso relativo all'ambito di applicazione dell'art. 1421 c.c., rileva che il concetto di interesse accostato al termine <<chiunque>> costituisce criterio della legittimazione ad agire (così anche ATTARDI, voce *c.c. Legittimazione ad agire*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 724; SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, p. 163 ss.). Pertanto, egli conclude che ai sensi dell'art. 1421 c.c. non tutti i terzi creditori siano legittimati a esperire la relativa azione ma solo coloro che possono allegare l'effettiva sussistenza, all'atto del giudizio, di un loro autonomo interesse sostanziale alla pronuncia. Nel medesimo senso, mi pare, seppure in relazione all'analisi degli effetti dell'accertamento, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, cit., p. 284 ss.

<sup>102</sup> SPAGNUOLO, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli – Santoro, II (art. 2423-2461 c.c.), Torino, 2003, p. 856.

<sup>103</sup> SALVANESCHI, *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 63, la quale ricorda che la relazione di accompagnamento al decreto delegato precisa che l'art. 2434-*bis* c.c. si applica quantunque <<in essa si possa ravvisare una deliberazione con oggetto illecito>>.

legittimati non provvedano a esperire la menzionata impugnazione.

Se si trattasse di una disciplina posta a protezione dell'interesse generale non vi sarebbe una simile possibilità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si deve reputare che le norme poste a protezione della veridicità e della chiarezza dei bilanci rispondono, in ultima analisi, alla *ratio* dell'ordine pubblico di protezione.

Tale assunto dimostra che non devono neppure essere posti ostacoli alla arbitrabilità di siffatte controversie<sup>104</sup>, nonostante la differente posizione che anima gli interpreti<sup>105</sup>.

Anche in questo caso, non ritengo che possa essere posta in discussione l'adeguatezza della disciplina del processo arbitrale, come di seguito cercherò di dimostrare.

L'analisi deve procedere su due binari paralleli, poiché, come già ricordato, è doveroso tenere conto sia della disciplina speciale, dettata dal d.lgs. n. 5 del 2003 che di quella di diritto comune.

Il d.lgs. n. 5 del 2003 citato prevede una tutela potenziata del terzo, in grado di consentire effettivamente la partecipazione del medesimo all'interno di un arbitrato in cui entrano in gioco i suoi diritti. Ciò deriva, come è evidente, dalla peculiarità del fenomeno societario e dalla consapevolezza che i diritti oggetto di accertamento non incidono esclusivamente sulla sfera giuridica di un unico soggetto<sup>106</sup>.

Infatti, oltre all'usuale intervento adesivo dipendente, è possibile per qualunque terzo, anche non vincolato dal patto compromissorio<sup>107</sup>, partecipare all'arbitrato con intervento innovatore, senza il consenso delle parti originarie. Unitamente a tale previsione, tenendo conto dell'accezione di terzo accolta nelle

---

<sup>104</sup> A simili conclusioni ritengo che si debba pervenire anche nel caso di società soggette al mercato di capitale di rischio, seppure in questo caso potrebbe divenire complesso porre in essere il processo arbitrale per l'evidente numero di soggetti direttamente interessati.

<sup>105</sup> Si rimanda ai richiami già contenuti nei capitoli 1°, parte seconda e capitolo 2°.

<sup>106</sup> GENNARI, *L'arbitrato societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LI, Verona, 2009, p. 142.

<sup>107</sup> BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arbitrati speciali*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, p. 124; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 445; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 411 ss.; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 536 ss.; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 ss.; *contra*: RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1534, il quale pone, invece, limiti all'intervento innovatore.

pagine precedenti, è opportuno rilevare che l'art. 35 del decreto citato consente altresì l'intervento di altri soci<sup>108</sup> a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c. senza che sia necessario, a differenza di quanto preveda l'art. 816-*quinquies* c.p.c., l'accordo del terzo e delle parti e il consenso degli arbitri<sup>109</sup>.

Accanto a tale previsione di ampio respiro, non si deve comunque dimenticare che l'arbitrato di diritto comune consente l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 105, comma 2°, c.p.c. – l'intervento adesivo dipendente del terzo – del litisconsorte necessario e del successore a titolo particolare nel diritto controverso, senza che vi sia la necessità né del consenso delle parti né degli arbitri.

Non costituisce, invece, una limitazione degna di creare vere e proprie disparità rispetto al giudizio statale la previsione contenuta nel decreto citato della possibilità per il terzo di intervenire sino alla c.d. prima udienza di trattazione<sup>110</sup>. In un simile caso la stessa potrà essere integrata, a mio avviso, a seconda delle diverse circostanze dedotte dal terzo, dalla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, che, invece, non sembra contenere alcun genere di limitazione<sup>111</sup>.

Alla tutela preventiva di ampio respiro si accompagna, altresì, una protezione successiva adeguata.

Qualora il terzo non abbia partecipato al giudizio, potrà comunque azionare, così come avviene per le sentenze, il rimedio offerto dalla opposizione

---

<sup>108</sup> BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arbitrati speciali*, cit., p. 123; DANOVÌ, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), i quali evidenziano che la restrizione è facilmente spiegabile come riflesso del divieto, costituzionalmente rilevante, di arbitrato obbligatorio.

<sup>109</sup> Per un'ampia disamina G. F. RICCI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., p. 454 ss. e GRADI, *L'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, p. 283 ss.

<sup>110</sup> Sulla corretta interpretazione si rimanda a BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arbitrati speciali*, cit., p. 127; GENNARI, *op.cit.*, p. 136.

<sup>111</sup> Ciò non vuole dire tuttavia acconsentire senza limiti di tempo l'intervento del terzo nel giudizio arbitrale. Ritengo, invece, che un valido aiuto per disciplinare questo aspetto possa derivare dalla normativa del processo ordinario. Quest'ultimo, come è noto, consente la possibilità dell'intervento del terzo sino al momento della precisazione delle conclusioni, imponendo a quest'ultimo, tuttavia, di accettare lo stato del processo. Pertanto non potrà compiere atti che siano preclusi alle parti, ad eccezione del caso in cui intervenga il litisconsorte pretermesso, così come prevede l'art. 269 c.p.c. In un simile caso, ritengo possibile anche l'ulteriore proseguo dell'attività istruttoria. In un simile caso ritengo che possa trovare applicazione l'art. 820, comma 3°, b, c.p.c.

di terzo<sup>112</sup>; diversamente il terzo intervenuto potrà esperire l'impugnazione per nullità e richiedere la riforma della sentenza per di più anche per violazione di legge, così come prevede l'art. 36 del d.lgs. n. 5 del 2003<sup>113</sup>.

Non costituisce, invece, a mio sommo avviso, una limitazione di tutela, l'impossibilità per il terzo di esperire il rimedio dell'appello, il quale, pur non godendo di garanzia costituzionale neppure per le sentenze, assume oggi ancora di più un ruolo circoscritto in ragione dell'ambito di applicazione riformulato dalla recente novella<sup>114</sup>.

Unitamente a tali rilievi, come ho già ricordato, è opportuno aggiungere che la tutela del terzo è altresì garantita dalla previsione della nomina dell'arbitrato da parte di un soggetto estraneo alla società.

Dall'affresco sopra delineato, emerge che la tutela offerta dall'arbitrato al c.d. <<protetto>> possa qualificarsi parimenti efficace rispetto alla giustizia statale.

---

<sup>112</sup> Ritene che il terzo titolare di un diritto autonomo e incompatibile possa altresì intervenire nel giudizio di impugnazione per nullità, GRADI, *op. cit.*, p. 299. Sul punto non vi è concordia da parte della dottrina: alcuna parte della medesima esclude la possibilità di intervento in difetto di espressa previsione normativa e in considerazione del carattere non devolutivo dell'impugnazione per nullità (per esempio RIZZO, *Lodo – Impugnazione per opposizione di terzo*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 451; CECHELLA, in *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, p. 284), altra parte, invece la consente. La giurisprudenza si pone in una posizione restrittiva (cfr. Cass., 13 aprile 2005, n. 7702, in *Riv. arb.*, 2006, p. 309 ss., con nota di SANTAGADA). A mio sommo avviso, pur condividendo le perplessità dell'orientamento restrittivo e reputando in virtù del dato normativo una applicazione analogica dell'art. 344 c.c., la *ratio* che sottende un simile intervento, cioè anticipare le censure che il terzo potrebbe legittimamente promuovere, mi portano a ritenere ammissibili tali intervento (sul punto anche ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, cit., p. 820, la quale rileva che un valido argomento a favore dell'ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio di impugnazione per nullità deriva dalla possibilità di riunire questo giudizio con l'eventuale giudizio di opposizione di terzo prevista dall'art. 831 c.p.c.).

<sup>113</sup> BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arbitrati speciali*, cit., p. 145.

<sup>114</sup> Sul punto si rimanda ai commenti di CONSOLO, *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, in [www.judicum.it](http://www.judicum.it); IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note alla prima lettura del d.l. 83/2012*, *ivi*; DE CRISTOFARO, *Appello e Cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, *ivi*; CAPONI, *La riforma dell'appello civile dopo la scelta delle commissioni parlamentari*, *ivi*; ID., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, *ivi*; GALLETTO, *"Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali*, *ivi*.

## 6. Le controversie relative alla proprietà industriale e il diritto d'autore.

Incanalare i diritti nascenti dalla proprietà industriale all'interno dell'ordine pubblico di direzione o di protezione richiede un esame di più ampio respiro.

Numerosi sono le tematiche che devono essere affrontate nella disamina di questa problematica, sibbene, come avrò modo di evidenziare, in realtà è lo stesso legislatore che pone fine ad ogni genere di diatriba.

Ma procediamo con ordine.

Sicuramente l'aspetto più importante concerne il diritto di nullità delle privative industriali.

Analizzando la disciplina delineata dal c.p.i. è possibile individuare, come rileva la stessa dottrina<sup>115</sup>, una serie di nullità dei titoli di privativa industriale, sicuramente poste nell'interesse esclusivo di determinati soggetti. Di tale segno, infatti, sono le disposizioni di cui all'art. 122 c.p.i.<sup>116</sup> e all'art. 43, comma 2° e 3° c.p.i.<sup>117</sup>

Ulteriormente a tali dati, l'art. 76 c.p.i. prevede che nullità dei brevetti sia suscettibile di conversione<sup>118</sup>, mentre, la nullità del marchio, nelle ipotesi elencate

---

<sup>115</sup> Cfr. l'ampia ed esaustiva disamina di MUSSO, *Ditta e insegna. Marchi. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2012, p. 2574.

<sup>116</sup> L'art. 122, comma 2° stabilisce che «l'azione diretta ad ottenere la dichiarazione di nullità di un marchio per la sussistenza di diritti anteriori oppure perché l'uso del marchio consentirebbe violazione di un altrui diritto di autore, di proprietà industriale o altro diritto esclusivo di terzi, oppure perché il marchio costituisce violazione del diritto al nome oppure al ritratto oppure perché la registrazione del marchio è stata effettuata a nome del non avente diritto, può essere esercitata soltanto dal titolare dei diritti anteriori e dal suo avente causa o dall'avente diritto», mentre il comma 3°, c.p.i. prevede che «l'azione diretta ad ottenere la dichiarazione di nullità di un disegno o modello per la sussistenza dei diritti anteriori di cui all'art. 43, comma 1°, lettere *d*) ed *e*), oppure perché la registrazione è stata effettuata a nome del non avente diritto oppure perché il disegno o modello costituisce utilizzazione impropria (...), può essere rispettivamente esercitata soltanto dal titolare dei diritti anteriori e dal suo avente causa o dall'avente diritto oppure da chi abbia interesse all'utilizzazione»

<sup>117</sup> L'art. 43, comma 2°, prevede «la nullità di registrazione del disegno o modello che forma oggetto di diritti anteriori ai sensi del comma 1, lettere *d*) ed *e*), può essere promossa unicamente dal titolare di tali diritti o dai suoi aventi causa», mentre il comma. 3° stabilisce «la nullità della registrazione del disegno o modello che costituisce utilizzazione impropria (...) può essere fatta valere unicamente dall'interessato alla utilizzazione».

<sup>118</sup> L'art. 76, comma 3°, prevede «il brevetto nullo può produrre gli effetti di un diverso brevetto del quale contenga i requisiti di validità e che sarebbe stato voluto dal richiedente, qualora questi

dall'art. 28 sia oggetto di convalida<sup>119</sup>.

Quindi, in base alle norme sopra individuate, non dovrebbero esserci dubbi a ritenere rientranti i medesimi diritti all'interno dell'ordine pubblico di protezione.

Più complesso è, invece, l'analisi della disciplina delle nullità che non rientrano in queste fattispecie: in primo luogo, infatti, diviene necessario risolvere il problema della corretta localizzazione della disciplina della nullità del contratto all'interno dell'ordine pubblico di direzione e di protezione ai fini della compromettibilità del diritto, in secondo luogo risolvere il problema del potere concesso al p.m. di promuovere la relativa azione, ed infine, verificare che influenza possa produrre l'atto amministrativo di brevettazione o di registrazione nel caso più generale di nullità del titolo di privativa industriale.

Per risolvere il primo aspetto è di fondamentale importanza analizzare la disciplina generale della nullità del contratto, alla quale deve necessariamente rivolgersi, in assenza, a differenza di quanto avviene per le impugnative di delibere assembleari, di alcuna disciplina *ad hoc*.

Come è noto, si ritiene che la nullità dei contratti sia un diritto irrinunciabile, imprescrittibile, azionabile da chiunque vi abbia interesse, caratterizzato da divieto di convalida, salvo diversa disposizione di legge. Solo in casi specifici è consentita la possibilità di conversione del contratto nullo<sup>120</sup>.

Sibbene tali elementi siano formalmente corretti, la loro applicazione concreta denota una realtà diversa da una visione puramente teorica.

Cerco di essere più chiara.

In primo luogo, l'assunto che la nullità possa essere fatta valere da

---

ne avesse conosciuto la nullità. La domanda di conversione può essere proposta in ogni stato e grado del giudizio>>.

<sup>119</sup> Se il titolare del segno anteriore abbia tollerato per cinque anni consecutivi, essendone a conoscenza, la registrazione e l'uso del segno successivo. In questo caso non è più possibile domandare la dichiarazione di nullità del marchio posteriore, né l'inibitoria all'uso dello stesso, ad eccezione del caso in cui il marchio sia stato domandato in male fede. La convalida si applica anche nel caso di marchio registrato in violazione degli artt. 8 e 14, comma 1°, lette. c) c.p.i. Sebbene la norma preveda una applicazione specifica non sono mancate interpretazioni dottrinali più estese (sul punto cfr. MUSSO, *op. cit.*, p. 501, nota n. 11)

<sup>120</sup> Cfr. l'ampia disamina di SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., p. 576 ss. interessante, peraltro, il fatto che l'a. evidenzi che persino il contratto illecito è talvolta recuperabile, come nel caso di irripetibilità del contratto immorale, o della conversione, o ancora della sostituzione automatica di clausole.

chiunque vi abbia interesse è contrastata dalla effettiva applicazione compiuta da parte della giurisprudenza, la quale limita la possibilità di sollevare il vizio solo a chi faccia valere un interesse concreto<sup>121</sup> ed attuale<sup>122</sup>. Inoltre, come ha dimostrato un acuto interprete<sup>123</sup>, la legittimazione attiva dell'azione non investe in realtà entrambe le parti del contratto, tanto che questa stessa dottrina ha proposto la ricostruzione dell'*actio nullitatis* come rimedio *direzionale*, in quanto non <<indirizzato alla tutela di interessi di una parte, bensì perché *mutevole*, variando in ragione dell'interesse concreto allagato da chi la promuove>><sup>124</sup>.

Infine, sibbene sia prevista la imprescrittibilità della stessa, altro autore<sup>125</sup> ha posto in evidenza che la medesima perde di fatto rilevanza dalla previsione della <<stabilizzazione>> degli effetti da parte dell'usucapione e dalla prescrizione della azioni di ripetizione<sup>126</sup> (art. 1422 c.c.); tanto che afferma, <<fra nullità ed annullabilità, (...) vi è solo una graduazione quantitativa e non qualitativa: con la nullità la parte interessata ha più *chances* di far valere il vizio

---

<sup>121</sup> Sul punto rimando anche alle osservazioni di PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1081, il quale evidenzia la <<confusione tra interesse e legittimazione ad agire è avvenuta in particolare con riferimento a quelle disposizioni che genericamente attribuiscono la legittimazione (straordinaria) ad una determinata azione (a dedurre cioè in giudizio un rapporto giuridico altrui) a chiunque vi abbia interesse: come è stato da più parti notato, il termine interesse non si riferisce in tali casi all'interesse *ex art. 100*, ma solo a designare che, in tanto il terzo estraneo al diritto controverso potrà dedurre tale diritto in giudizio, in quanto sia titolare di un rapporto giuridicamente dipendente da quello altrui, di modo che la sentenza emanata sul rapporto altrui manifesterebbe in ogni caso efficacia riflessa nei suoi confronti: l'unica particolarità di simili disposizioni è data dal fatto che la legittimazione straordinaria è attribuita indipendentemente dal riferimento alla titolarità di situazioni sostanziali tipiche, ma questo non vuol dire che perché il terzo sia legittimato non debba essere titolare di un rapporto giuridicamente dipendente da quello altrui che deduce in giudizio>>. In senso contrario, PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, p. 157.

<sup>121</sup> LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 467; per una chiara delimitazione del concetto di terzo, interessanti sono le osservazioni di FUSILLO, *op. cit.*, p. 317 ss.

<sup>122</sup> Già da tempo si esprime in questo senso la giurisprudenza: Cass., 4 marzo 1960, in *Giust. civ.*, 1960 I, p. 682; nella dottrina per un ampio esame: IUDICA, *Impugnazione contrattuali e pluralità degli interessi*, Padova, 1973, p. 123 ss.; POLIDORI, *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Roma, 2001, p. 123 ss.

<sup>123</sup> PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, cit., p. 424.

<sup>124</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 410, il quale dimostra che debba escludersi un interesse comune degli stipulanti alla declaratoria di nullità, poiché quando la nullità non è motivo di contestazione le parti o eseguono il contratto o si avvalgono della rinnovazione. Inoltre evidenzia che opinare diversamente vorrebbe dire legittimare forme di abuso della stessa azione, in grado, quindi, di evidenziare, modalità devianti rispetto all'interesse sostanziale tutelato.

<sup>125</sup> LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 467.

<sup>126</sup> In realtà in questo senso anche la giurisprudenza: Cass., 9 aprile 2003, n. 5575, in *Dejure*, ove si legge che <<in materia contrattuale, deve escludersi la permanenza di un interesse all'accertamento e alla declaratoria della nullità del contratto quando risulti oramai prescritta l'azione di ripetizione della prestazione in base alla stessa effettuata>>.

dell'atto di quante ne abbia con l'annullabilità>>.

Questi assunti, a mio sommesso avviso, sottolineano la ulteriore verità dell'assunto evidenziato in sede di analisi del diritto agli alimenti, ove, riprendendo quanto ha evidenziato una dottrina<sup>127</sup>, ho rilevato come il criterio del bilanciamento non consenta di distinguere tra una indisponibilità del diritto in astratto e disponibilità del diritto in concreto<sup>128</sup> ai fini della compromettibilità del medesimo.

Alla luce di tali rilievi non è possibile non concludere in favore della inclusione dell'azione di nullità nell'ordine pubblico di protezione, poiché l'ordine pubblico di direzione, non consente la <<stabilizzazione degli effetti>> di un atto con esso contrastante e non determina mai il venire meno dell'interesse a fare valere una eventuale sua violazione<sup>129</sup>, indipendentemente dalla causa posta alla base della declaratoria di nullità<sup>130</sup>.

Risolto positivamente questo nodo, è ora necessario misurare la bontà delle conclusioni a cui si è pervenuti con riferimento agli altri aspetti che connotano la peculiare disciplina dell'azione di nullità dei diritti di privativa industriale, prima fra tutti il ruolo assunto dal p.m.

Prima di tutto mi pare opportuno precisare che non credo che il p.m. agisca come titolare di una posizione autonoma, poiché tale conclusione contrasterebbe con l'assenza della obbligatorietà del suo intervento.

Pertanto, stando al dato positivo, se la parte privata assuma per prima l'iniziativa di agire, non vi sarebbero ragioni per escludere la possibilità dell'operare della giustizia arbitrale; diversamente, nel caso in cui sia il p.m. a

---

<sup>127</sup> Sul punto si rimanda al par. 3.

<sup>128</sup> Interessanti sono anche le parole di E.F. RICCI, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 659, il quale osserva che <<per nessun soggetto l'accertamento della nullità (...) può avere un apprezzabile rilievo, se considerato in sé e per sé; possono interessare invece (e normalmente interessano) le conseguenze, che dalla situazione accertata possono discendere per diritti soggettivi e rapporti correnti tra soggetti; e chi chiede l'accertamento, lo fa soltanto per i suoi effetti riflessi>>.

<sup>129</sup> Tali peculiarità <<nascoste>> dell'azione di nullità hanno portata a fare evidenziare una dottrina che l'interpretazione restrittiva, sibiene corrispondente alla realtà applicativa, ha come effetto di determinare un <<avvicinamento della nullità all'annullabilità>>. Sul punto si rimanda a SACCO, *op. cit.*, p. 535. Ma si deve ricordare che una simile lettura trova sostegno nelle discipline di altri ordinamenti, come quello francese e tedesco, ove l'atto nullo si recupera.

<sup>130</sup> In posizione diversa, prevedendo una graduazione del vizio, DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 438 ss.; CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitrati della questione di nullità del contratto di illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 276 ss.



prendere l'iniziativa, il titolare del diritto sostanziale deve necessariamente partecipare al processo davanti al giudice statale in qualità di parte necessaria<sup>131</sup>.

Ed ancora.

Secondo alcuni l'azione di nullità o di decadenza della validità del titolo di proprietà industriale spiega inevitabilmente i suoi effetti nei confronti dell'atto amministrativo di registrazione o brevettazione, poiché si riconosce alla pronuncia medesima natura di accertamento costitutivo<sup>132</sup>, comportando, quindi, di fatto la fuoriuscita di questo diritto dall'alveo dell'ordine pubblico di protezione, come mi sembrava di potere dedurre.

Tale conclusione non mi pare convincente, poiché lo stesso c.p.i. all'art. 117 prevede che <<la registrazione e la brevettazione non pregiudicano l'esercizio delle azioni circa la validità e l'appartenenza dei diritti di proprietà industriale>>, affermando, quindi, l'indipendenza dei due elementi<sup>133</sup>.

Infatti, a mio parere, oggetto dell'azione di nullità non è l'atto amministrativo, bensì il diritto soggettivo privato al titolo di proprietà industriale. Conseguentemente le conseguenze relative alla registrazione e alla brevettazione costituiscono naturale conseguenza dell'accertamento della nullità sancita dal giudizio degli arbitri<sup>134</sup>.

Il percorso esegetico qui delineato dovrebbe, quindi, portare a ritenere che l'azione di nullità dei diritti di proprietà industriale sia sempre da ricondurre all'interno dell'ordine pubblico di protezione.

Tuttavia, non è possibile confermare questa conclusione in ragione della scelta compiuta dal legislatore all'art. 122 c.p.i., il quale stabilisce che <<le decadenze o le nullità anche parziali di un titolo di proprietà industriale hanno efficacia nei confronti di tutti quando siano dichiarate con sentenza passata in giudicato>>.

Tale previsione conduce inevitabilmente l'interprete, nonostante i risultati

---

<sup>131</sup> Sul tema richiamo le ampie riflessioni già compiute nel capitolo secondo.

<sup>132</sup> Sul punto MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, diretto da Galgano, V, Padova, 1982, p. 331; GIOIA, *La tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, in *Nuov. leg. civ. comm.*, 2006, p. 3 ss.

<sup>133</sup> Sul punto FERRARI, *Le norme processuali del codice di proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 282 ss.

<sup>134</sup> In senso difforme, ad esempio, App. Milano, 4 marzo 1980, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1980, p. 1278; in dottrina, mi pare anche FILOCAMO, *Arbitrabilità delle controversie in materia di proprietà industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 1109 ss.

esegetici sopra delineati, a fare confluire le azioni di nullità dei titoli di privativa industriale all'interno dell'ordine pubblico di direzione. Tale dicitura non offre spazi di manovra all'interprete, a differenza di quanto, invece, concedeva la disciplina positiva della nullità, parlando specificamente di <<chiunque vi abbia interesse>>.

A diverse conclusioni, alla luce delle osservazioni riferite alla disciplina della nullità del contratto, si deve pervenire per le controversie scaturenti dalla nullità dei contratti aventi ad oggetto marchi e brevetti, rientranti all'interno dell'ordine pubblico di protezione, a meno che, detta nullità derivi dalla nullità del relativo titolo<sup>135</sup>.

Stesso discorso deve essere compiuto con riferimento ai diritti di privativa <<non titolati>> di cui all'art. 2, comma 4°, c.p.i., poiché, abbracciando la posizione di una parte della dottrina<sup>136</sup>, non ritengo che agli stessi sia applicabile la disciplina delle nullità, così come delineata dal c.p.i. Trovando, quindi, applicazione la disciplina generale della nullità dei contratti, è giocoforza arrivare alle medesime conclusioni abbracciate per la fattispecie in precedenza analizzata<sup>137</sup>.

In simili fattispecie la tecnica del processo arbitrale può facilmente essere resa efficiente al pari di quella del processo ordinario.

A tale proposito, senza incorrere a inutili ripetizioni, richiamo quanto già indicato nel par. 3.2.: i problemi della cooperazione giudiziale<sup>138</sup> e del rispetto della legge sostanziale divengono preminenti anche in questa sede.

Aggiungo solamente alcune riflessioni sulle misure cautelari.

E' noto che le stesse siano vitali nelle controversie in materia di proprietà industriale.

Esse acquistano particolare interesse nelle liti giudiziali, dati i tempi del processo, a seguito del riconoscimento generalizzato della stabilità attenuata dei mezzi anticipatori.

---

<sup>135</sup> Per un esempio, si rimanda a lodo arb. Bologna 19 ottobre 1990, in *Riv. arb.*, 1991, 615, con nota di ROSI

<sup>136</sup> ROSI, *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, 630.

<sup>137</sup> Sul punto confronta Cass., 19 maggio 1989, n. 2406, in *Dejure*.

<sup>138</sup> Anche in arbitrato varranno, di massima, le disposizioni di cui all'art. 121 c.p.i., nella misura in cui le liti siano ritenute arbitrabili. Naturalmente con gli specifici adattamenti, già evidenziati, in sede di controversie familiari.

In arbitrato i tempi sono accelerati, ma non per questo la tutela cautelare perde di attualità, data l'urgenza che spesso contraddistingue le liti su queste materie: pertanto, molte critiche ha suscitato l'art. 818 c.p.c. a termini del quale, in difformità con altri ordinamenti, gli arbitri non possono concedere provvedimenti cautelari.

Le critiche riguardano soprattutto le misure *self-executing*, come l'inibitoria.

Dato il silenzio legislativo sul punto, non si può che rilevare, *de iure condito*, l'impossibilità per gli arbitri di emettere sia i provvedimenti cautelari previsti dal c.p.i., nonché quelli generali del c.p.c.

Gli stessi dovranno essere richiesti direttamente al giudice.

Una dottrina<sup>139</sup> ha comunque suggerito la possibilità per gli arbitri di adottare misure non coercitive, una sorta di "raccomandazioni", che possono essere osservate dalle parti.

## **6.1. segue: il diritto d'autore.**

Un discorso a parte deve essere fatto per quanto concerne il diritto d'autore, disciplinato dalla l. n. 633 del 1941 e successive modifiche.

Nonostante che l'art. 22 legge *de qua* qualifica il diritto alla paternità dell'opera o quello alla sua integrità e conservazione come aspetti della personalità dell'autore, numerosi sono gli indici<sup>140</sup> che conducono verso la estensione dell'ordine pubblico di protezione.

Si pensi alle prerogative morali sulla paternità dell'opera e alla possibilità concessa al coautore di rinunciare ad apporre il proprio nome nelle opere collettive; oppure al patto con cui l'autore si vincola a pubblicare l'opera sotto falso nome e alla possibilità di disporre di questi diritti *mortis causa*.

Quanto al diritto alla conservazione dell'opera, la norma prevede che una volta accettate determinate modificazioni non sia più consentito all'autore agire

---

<sup>139</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Il processo industriale*, a cura di Giussani, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè, che per cortesia dell'A. ho potuto consultare.

<sup>140</sup> Tutti esaminati nel dettaglio da BERLINGUER, *op. cit.*, p. 109 ss.

per impedire l'esecuzione o per chiedere la soppressione, poiché il suo consenso o l'acquiescenza prestate preventivamente sono sufficienti a impedire all'autore la tutela giurisdizionale del suo diritto morale. Infine l'art. 18, ultimo comma, l. 633 del 1941 consente all'autore di introdurre nell'opera qualsiasi modificazione, compresa quella eventualmente deteriore<sup>141</sup>.

Anche in questo caso, a mio sommo avviso, deve soccorrere il criterio del bilanciamento, il quale, come già ricordato più volte, non consente di parlare in termini di indisponibilità concreta ed indisponibilità astratta<sup>142</sup>. Giocoforza deve ritenersi rientrante i diritti sugli attributi immateriali della personalità all'interno dell'ordine pubblico di protezione<sup>143</sup>. La bontà di tale conclusione sembra trovare un unico ostacolo nella previsione di cui all'art. 23, comma 2°, ove si attribuisce la titolarità dell'azione anche al Ministro per i beni e le attività culturali.

Tuttavia, non credo che una simile previsione possa costituire un vero ostacolo per l'accoglimento della proposta esegetica qui abbracciata, poiché dalla stessa emerge chiaramente che l'interesse generale non costituisca la regola in siffatto ambito, altrimenti non troverebbe giustificazione la dicitura <<qualora esigenze pubbliche lo esigano>>.

Nonostante la possibilità di ricondurre le fattispecie sopra esaminate nell'ambito dell'ordine pubblico di protezione, gli interpreti, così come per le fattispecie sopra esaminate, non sono sempre concordi nel ritenere applicabile lo strumento arbitrale<sup>144</sup>.

Non ritengo, tuttavia, che possano sorgere dubbi sulla efficienza dello strumento

---

<sup>141</sup> Ad esse si aggiunge anche la previsione di cui all'art. 142 legge n. 633 del 1941, ove è stabilito che l'autore ha diritto di ritirare l'opera dal commercio.

<sup>142</sup> In questo senso proprio con riferimento ai diritti della personalità in generale e anche nello specifico con riferimento al diritto d'autore: RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 350, il quale esclude che possano essere devolute al giudizio arbitrale solo quelle controversie che importino un giudizio sulla spettanza e conformazioni di tali situazioni giuridiche. Interessanti sono a tale proposito le osservazioni che giungono da oltrealpe, OPPETIT, *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins*, in AA VV, *Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque organisé per l'institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (Paris, 26 janvier, 1994)*, Paris, 1994, p. 121 ss.

<sup>143</sup> Seppure utilizzando altri generi di argomentazioni giunge al medesimo risultato anche RESTA, *op. cit.*, p. 250 ss.

<sup>144</sup> Nonostante che la evoluzione della prassi fa emergere l'uso dello strumento arbitrale proprio in quei settori nei quali è più spiccata la tendenza alla <<commercializzazione>> dei diritti della personalità, come ad esempio nell'arbitrato in materia sportiva, oppure ai diritti delle reti telematiche, se si pensa alle liti in tema di *domain grabbing*.

arbitrale, sibbene anche in questo caso la via dell'arbitrato rituale costituisca una strada privilegiata per garantire una reale efficienza dello stesso.

Anche in questo caso assumerà un ruolo pregnante la modalità di manifestazione del consenso. Per siffatto motivo, onde evitare inutili ripetizioni, richiamo le riflessioni già compiute in sede di analisi dei diritti dei consumatori e di quelli scaturenti dalle liti familiari.

Diviene anche in questo caso cruciale un giudizio secondo diritto. A tale proposito si deve ricordare che nell'arbitrato domestico, gli arbitri decidono sempre secondo diritto, quando le parti non abbiano deferito loro il metro equitativo, nel quale caso, peraltro, le norme di applicazione necessaria non saranno comunque derogabili, come si è già posto in evidenza nelle pagine precedenti.

Importante peculiare assume il controllo del lodo, con l'evidente necessità di introdurre l'esame della corretta applicazione delle norme di diritto. Sul punto richiamo, comunque, quanto già detto diffusamente nel par. 3.2.

## CONCLUSIONI

È giunto il momento di verificare se l'ipotesi di lavoro indicata all'inizio di questa trattazione abbia trovato riscontro nell'analisi che ho sviluppato. Ritengo che la risposta sia positiva.

Dall'analisi storica compiuta, ho potuto evidenziare lo stretto legame intercorrente tra il concetto di arbitrabilità e quello di ordine pubblico. Solo nelle legislazioni successive, si è evidenziato, come la compromettibilità sia stata accostata alla nozione di disponibilità sostanziale.

Successivamente la ricostruzione di un concetto positivo di disponibilità ai fini della compromettibilità dei diritti, ha posto in evidenza come il binomio arbitrato e ordine pubblico diventasse preminente per risolvere diversi dubbi interpretativi.

Per siffatto motivo, la mia attenzione si è concentrata nell'analisi del concetto di ordine pubblico, prima nell'ordinamento italiano e poi in quello francese.

Riprendendo, quindi, gli insegnamenti della dottrina francese sul concetto di ordine pubblico, ho evidenziato che l'ordine pubblico di protezione non pone, a differenza di quello di direzione, alcun problema ai fini della arbitrabilità dei diritti, poiché trasforma il divieto di arbitrato in mera inderogabilità della normativa.

Ho, quindi, posto in luce che i limiti generalmente individuati dagli interpreti derivano unicamente dalla modalità abbracciata dall'arbitrato per giungere all'accertamento del diritto.

Tale presa di posizione ha spinto, pertanto, la mia indagine a spostare l'attenzione dal piano della tutela arbitrale a quello della tecnica del giudizio arbitrale, una volta aver ricondotto lo specifico diritto analizzato nell'alveo dell'ordine pubblico di protezione ai fini della arbitrabilità del diritto.

Conseguentemente, avvalendomi delle esperienze straniere e di quelle derivanti da altre tecniche di risoluzione delle controversie, seppure non

eteronome come l'arbitrato<sup>1</sup>, ho cercato di individuare dei correttivi, tutte le volte in cui l'analisi della tecnica del processo arbitrale appariva lacunosa, al fine di potere allontanare qualsiasi dubbio in merito alla compromettibilità del diritto.

Ciò mi ha consentito di concludere a favore della piena arbitrabilità dei diritti dei consumatori, dei diritti patrimoniali tra coniugi, delle impugnative delle delibere di approvazione del bilancio, e così via.

Sibbene, nelle pagine iniziali non avessi ritenuto stringete il *distinguo* arbitrato rituale ed arbitrato irrituale ai fini della arbitrabilità del diritto, l'analisi condotta mi ha fatto ricredere<sup>2</sup>.

Infatti, nonostante che il requisito per la devoluzione della controversia in arbitri rimanga la disponibilità sostanziale del diritto, la tecnica dell'arbitrato irrituale peculiare rispetto a quella dell'arbitrato rituale, non consente sempre di garantire la realizzazione della tutela richiesta dalla struttura di protezione (e cioè dalla inderogabilità della normativa) invocata dall'ordine pubblico di protezione.

Infine, come più volte evidenziato, la distinzione tra ordine pubblico di protezione e di direzione non è sempre apparsa semplice, tanto che, in numerose circostanze, mi sono dovuta avvalere del c.d. giudizio di bilanciamento.

L'applicazione di detto criterio ha trovato costante sostegno nel dato positivo e nella necessità di non determinare una inopportuna divisione concettuale ai fini della compromettibilità del diritto, grave sul piano pratico, tra disponibilità concreta e disponibilità astratta del diritto.

L'esame condotto, a mio sommo avviso, apre le porte a una nuova riflessione, la cui dimostrazione, seppure mai riuscita in modo compiuto da alcun autore<sup>3</sup>, potrebbe garantire la massima, e al contempo, forse più corretta

---

<sup>1</sup> Per una chiara distinzione sul punto, si rimanda a PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzioni delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 385 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 654 ss.)

<sup>2</sup> Cfr. premessa.

<sup>3</sup> Gli autori francesi hanno infatti introdotto il concetto di ordine pubblico giurisdizionale, sibbene gli stessi non siano stati di fatto in grado di separare questa nozione da quella di ordine pubblico sostanziale, come peraltro dimostra anche la ricostruzione teorica contenuta nel cap. 3°, seconda parte. Sul punto si rimanda all'ampia disamina di LOQUIN, *Arbitrage – Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 2009, par. 8; ANCEL, *Arbitrage – Conventions d'arbitrage – Conditions de fond – Litiges arbitrables*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 1986, *passim*; FAUVARQUE – COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, Parigi, 1996, paragrafi n. 154 ss. p. 129 ss.; COIPEL-

esplicazione dello strumento arbitrale.

In altre parole, la disamina compiuta, a mio parere, inserisce un nuovo tassello a favore della possibilità di delineare un nuovo concetto di ordine pubblico, che poggia le sue basi esclusivamente sul piano processuale.

---

CORDONNSER, *Les conventions d'arbitrage et d'election for en droit international privé*, Parigi, 1999, p. 236 ss.



## BIBLIOGRAFIA

- A.A. V.V., in *L'ordre public*, in *Trauvax de l'Association Henri Capitant*, XLIX, LGDJ, 1998;
- AA. VV., *L'ordre public concept et applications*, in *Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, Bruylant-Bruxelles, 1995;
- AA. VV., *Le nouveau droit français de l'arbitrage, sous la direction de T. Clay*, LGDJ, 2011;
- AA. VV., *Droit processual – Droit fondamentaux du procès*, 6° éd., Dalloz, 2011;
- ALBANESE, *Violazione delle norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003;
- ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Scritti in onore di Rovelli*, Milano, 1955, p. 154 ss.;
- ID., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957;
- ID., *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 116 ss.;
- ID., *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 ss.;
- ANCEL, *Arbitrage et ordre public fiscal*, in *Revue d'arbitrage*, 2001, p. 275 ss.;
- ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. it. (discipl. pubbl.)*, XVII, Agg. 2005, Torino, p. 503 ss.;
- ANGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità delle controversie sulla validità dei brevetti per invenzione*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, p. 58 ss.;
- AMAR, *Giudizi arbitrali*, Torino, 1879;
- AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005;
- ANDRIOLI, *Comm. al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964;
- ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti fra*

- coniugi*, Padova, 1997;
- AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960;
  - ARCERI, *Affidamento dei figli e autonomia privata*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta e Arceri, Milano, 2012, p. 98 ss.;
  - ARIETA – DE SANTIS, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004;
  - C. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal <<collegato lavoro>> e prime attuazioni*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2011, p. 885 ss.;
  - ATTARDI, voce *c.c. Legittimazione ad agire*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 724 ss.;
  - AULETTA, *La riforma della società. Il processo*, a cura di Sassoni, Torino, 2003, p. 336;
  - ID., *Le impugnazioni del lodo nel <<Collegato lavoro>> (L. 4 novembre 2010, n. 183)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
  - ID., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Milano, 2010, p. 423 ss.;
  - AZZARITI, *Diritto civile italiano*, I, Padova, 1943;
  - AZZARITI – SCARPELLO, *sub art. 2934 c.c.*, in *Commentario del c.c.*, a cura di Scaloja e Branca, IV, Bologna – Roma, 1964;
  - BADIALI, voce *Ordine pubblico*, III) *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.;
  - BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969;
  - BARCELLONA, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 782 ss.;
  - BARILE, voce *Ordine pubblico (dir. inter. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1111 ss.;
  - BARLETTA, *Il <<nuovo>> arbitrato irrituale e il suo ambito di applicazione*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010p. 47 ss.
  - ID., *La <<disponibilità >> dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 983 ss.;

- BARBALUCCA – GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano, 2012;
- BARTOLUCCI, *Clausola compromissori, modifiche oggettive*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 207 ss.;
- BENABENT, *L'ordre public en droit de la famille*, in in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 30 ss.;
- BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, I – II, Torino, 1999;
- BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. proc. civ.*, 2011, p. 834 ss.;
- BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935.
- ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947.
- ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., rist., in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XV, 1, Torino, 1960;
- ID., *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 335 ss.;
- ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949;
- BEVENUTI, *L'arbitrato tra stato e società*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2775 ss.;
- BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000;
- BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, 2001;
- BIANCO, *Considerazioni sull'ordine pubblico economico, costituzione economica e diritto comunitario della concorrenza*, in *Arcg. giur. Serafini*, 1995, p. 179 ss.;
- ID., *Costituzione economica e ordine pubblico*, Milano, 2008;
- BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arbitrati speciali*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, p. 124 ss.;
- BILLEMONT, *La liberte contractuelle à l'epreuve de l'arbitrage*, Parigi, 2009;
- BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it. (disc. priv.)*, XIII, Torino, 1966, p. 887 ss.;

- BONIFACIO, voce *Compromesso (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1959, p. 784 ss.;
- BONCENNE-BOURBEAU, *Théorie de la procédure*, IV, Paris, 1874;
- BONNECASE, *La notion juridique de bonnes mœurs*, in *Études Capitant*, 1939, p. 91 ss.;
- BORGHESI, *L'arbitrato immobiliare*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 575 ss.;
- BORGHESI, *L'arbitrato nei tempi del <<collegato lavoro>>*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- ID., *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, in *Lav. e dir.*, 2009, p. 13 ss.;
- ID., *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2009, p. 121 ss.;
- ID., in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 544 ss.
- BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 474 ss.
- ID., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- ID., *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- ID., *Arbitrato e fallimento*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- ID., *La giustizia privata*, Padova, 2009;
- BROGGINI, *Iudex Arbiterve. Prolegomeni zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957.
- BRUNELLI, *Tutela giurisdizionale e arbitrato per i gravi difetti dell'appalto*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 353 ss.;
- BRUNELLI, *Procedimento di ingiunzione e arbitrato: alcune questioni vecchie e nuove*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 85 ss.;
- BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 109 ss.;
- BUONOCORE, *La riforma delle società*, Milano, 2004;
- BUTTURINI, *L'impugnativa del bilancio d'esercizio*, in *Trattato di diritto*

- commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007;
- CABRINI, *Diritto vivente e merito possessorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1293 ss.;
  - CADIET – JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7<sup>o</sup>éd., Lexisnexis, 2011, p. 759 ss.;
  - CAIA, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in *L'arbitrato e la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 19 ss.;
  - CANALE, *Arbitrato e <<collegato lavoro>>*, *ivi*; DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizionale statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 57 ss.;
  - CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2004;
  - CAPONI, <<Natura>> dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 131 ss.;
  - ID., *La riforma dell'appello civile dopo la scelta delle commissioni parlamentari*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
  - ID., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
  - CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
  - ID., *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1785 ss.;
  - CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Parigi, 2002 ;
  - CARBONNIER, *Les obligations*, in *Droit civil*, IV, 2000;
  - ID., *La notion à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Le notion à contenu variable en droit. Études publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst (Travaux du Centre national de recherches de logique)*, Bruxelles Bruylant, 1984, p. 99 ss. ;
  - CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, rist., Napoli, 2011;
  - CARLEO, *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*,

- Torino, 1997, p. 401 ss.;
- CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, II, Milano, 1951;
  - ID., voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1974, p. 884 ss.;
  - CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 327 ss.;
  - ID., *Lezioni di dir. proc. civ., Processo di esecuzione*, II, Padova, 1932;
  - ID., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, p. 3 ss.;
  - CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, p. 99 ss.;
  - CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
  - ID., *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 415 ss.;
  - ID., *L'arbitrato fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e imp.*, 1990, p. 901 ss.;
  - ID., *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 674 ss.;
  - CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983;
  - CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm.*, diretto da Vassalli, IX, 3, Torino, 1966;
  - ID., *Introduzione a uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 823 ss.;
  - CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969.
  - CASTELLANO, *Istituzioni di procedura civile per lo Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1840;
  - CATALA, *À propos de l'ordre public*, in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 511 ss.;
  - CATERINI, *Disponibilità e indisponibilità nell'arbitrato*, in *L'arbitrato. Fondamenti e tecniche*, a cura di Caterini-Chiappetta, Napoli, 1995, p. 109 ss.;

- CATRICALÀ, voce *Accertamento (negoziato di)*, in *Enc. giur. Truccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.;
- CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005;
- ID., *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1136 ss.;
- CECCOPIERI MARUFFI, *In tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Giur. it.*, 1949, p. 153 ss.;
- CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991;
- ID., *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005;
- CERRI, voce *Ordine pubblico. II)Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.;
- CHIAPETTA, *Ordine pubblico costituzionale e arbitrato*, in *L'arbitrato fondamenti e tecniche*, a cura di Caterini-Chiappetta, Napoli, 1995, p.125 ss. ;
- CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in *Saggi di diritto processuale civile, 1894-1937*, vol. II, Milano, 1993 (rist.);
- ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934;
- ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960;
- CHIRONI-ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1904;
- CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915;
- ID., *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1915;
- COMASTRI, *Su alcune ricorrenti questioni in tema di arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 333 ss.;
- COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 673 ss.;
- ID., *Abuso del diritto di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686 ss.;
- ID., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1509 ss.;
- CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv.*

- arb.*, 2003, p. 241 ss.;
- ID., *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche*, in *L'arbitrato e la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 153 ss.;
  - ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2006;
  - ID., in Consolo – De Cristofaro, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 472 ss.;
  - ID., *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 17 ss.;
  - ID., *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, in [www.judicum.it](http://www.judicum.it);
  - CORDONNSER, *Les conventions d'arbitrage et d'election for en droit international privé*, Parigi, 1999, p. 236 ss. ;
  - CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1294 ss.;
  - CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1060 ss.;
  - COSTANTINO, in *Codice degli arbitrati e delle conciliazioni ai altre adr*, a cura di Buonfrate, Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, p. 7 ss.;
  - COSTI, *Arbitrato societario e impugnativa delle delibere di bilancio, Disponibilità della tutela giurisdizionale cinquant'anni dopo*, Bologna 2011, p. 129 ss.;
  - COTTA, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Iustitia*, 1966, p. 267 ss.;
  - COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915;
  - ID., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924;
  - COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Étudesb offerts à Jacques Flour*, in *Répertoire du Notariat Defrénois*, Paris, 1979, p. 98 ss.;
  - CRIFÒ, voce *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1858, p. 895 ss.;
  - CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 276 ss.;



- ID., *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano, p. 360 ss.;
- ID., *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma della società*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 45 ss.;
- DALLOZ, voce *Ministre public*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, I, Paris, 1870, p. 28 ss.;
- D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 533 ss.;
- DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999;
- ID., *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- DAVID, *Arbitration in international trade*, Kluwer, 1985;
- DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico <<processuale>> ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale <<europeo>>*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, II, Padova, 2009, p. 893 ss.;
- ID., *Appello e Cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu – Messineo, continuato da Mengoni, IV, Milano, 1982 (seconda ed.);
- ID., *Teoria e pratica del diritto civile*, ed. 2°, Milano, 1967;
- DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 333 ss.
- DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939;
- DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976;
- ID., *Considerazioni sull'inderogabilità e sull'indisponibilità dei diritti del lavoratore subordinato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 577 ss.;

- DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, p. 211 ss.;
- DE NOVA, *Nullità del contratto ed arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 406 ss.;
- ID., *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 424 ss.;
- DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, Roma, 1893;
- DE SANTIS – WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte Prima. La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *Dir. comm., int.*, 2011, p. 927 ss.;
- DI MAJO, *Riflessioni sulla pianificazione urbanistica e sull'assetto proprietario dei suoli*, in *Dem. Dir.*, 1970, p. 251 ss.;
- DITTRICH, in Tarzia, Luzzato, Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995;
- DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1982;
- ID., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV, 4, Milano, 1994;
- D'ONOFRIO, *sub art. 1966 c.c.*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1974;
- DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano 2000;
- DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione e del divorzio*, Milano, 1996;
- DURAND, *Traité de Droit du Travail*, T. I, Dalloz, 1947;
- ESMEIN, *Obligations*, in Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, 1930 ;
- EUSTATZIU, *Lois d'ordre public en droit interne*, Paris, 1913 ;
- FABBRINI, *L'accertamento privato (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 631 ss.;
- FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento*, Milano, 1964;
- FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1978;

- FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 494 ss.;
- FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963;
- FAUVARQUE – COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, Parigi, 1996;
- FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 444 ss.;
- ID., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 653 ss.;
- ID., *I processi arbitrati nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 159 ss.;
- ID., *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 614 ss.;
- FERRARA, *I negozi su patrimoni altrui, a proposito di una recente pubblicazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 179 ss.
- FERRARA, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937;
- F. FERRARA senior, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914;
- FERRARI, *Le norme processuali del codice di proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 282 ss.;
- FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959;
- ID., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, p. 137 ss.;
- ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970;
- ID., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1039 ss.;
- ID., *Degli alimenti*, in *Comm. al dir. it. fam.*, diretto da Cian – Oppo – Trabucchi, IV, Padova, 1992;
- FERRO, *Il compromesso*, in *Arbitrato, profili sostanziali*, a cura di Alpa, Torino, 1999 p. 589 ss.;
- FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.*, 1997,

p. 1435 ss.;

- ID., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001;
- ID., *L'arbitrato di equità*, in *Contr. e imp.*, 2006, p. 155 ss.;
- FICO, *Interesse all'impugnazione di delibera di approvazione di bilancio d'esercizio nulla*, in *Società*, 2005, p. 1411 ss.;
- FIECONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 973 ss.;
- FILOCAMO, *Arbitrabilità delle controversie in materia di proprietà industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, 1109 ss.;
- FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001;
- FLOUR-AUBERT-SAVAUX, *La conformité du contract à l'ordre public at aux bonnes mœurs*, in *Les obligations. L'acte juridique*, 14 ed., Sirey, 2010, p. 255 ss.;
- FOCOUSTOS, *L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique*, Parigi, 1976;
- FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002;
- FRAGALI, *Clausole, frammenti si clausole, rapporti fra clausola e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 313 ss.;
- FRANCIARI, voce *Indisponibilità (vincolo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 1 ss.;
- FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001;
- FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (diritto privato)*, XIII, in *Enc. dir.*, 1964, p. 401 ss.;
- FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, rist., Firenze, 1993;
- ID., voce *Confessione (dir proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 876 ss.;
- ID., *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 157 ss.;
- FUSILLO, *Disponibilità dei diritti ed ammissibilità delle clausole compromissorie nelle controversie in materia societaria. Rescindente e*

- rescissorio nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 317 ss.;
- GABELLINI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Rivista Trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1540 ss;
  - GABRIELLI, *Considerazioni sull'interpretazione e sull'invalidità delle clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 1988, p. 973 ss.;
  - GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, *ivi*, p. 2011, p. 127 ss.;
  - ID., *“Doppio filtro” in appello, “doppia conforme” e danni collaterali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
  - GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo continuato da Mengoni, III, 1, Milano, 1988.
  - ID., voce *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, Roma, p. 932 ss.;
  - ID., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di personalità giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 596 ss.;
  - ID., *Il nuovo dir. soc.*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, 29, Padova, 2003;
  - GARBAGNATI, *Il procedimento per ingiunzione*, Milano, 1991;
  - GASPARINI CASARI, *Arbitrato e controversie amministrative*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, 1999, p. 1018 ss.;
  - GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994;
  - ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009;
  - GEGOUT, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *JurisClasseur, droit civil*, 1979, p. 3 ss.;
  - GENNARI, *L'arbitrato societario*, Padova, 2009;
  - GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in *Le notion à contenu variable en droit. Études publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst (Travaux du Centre national de recherches de logique)*, Bruxelles Bruylant, 1984, p. 77 ss.;
  - ID., *Les obligations. Le contract: formation*, 2° ed., Paris, 1988;
  - GHIRGA, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel*

*quadro della riforma del diritto societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);

- GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, I, Napoli, 1894;
- GIOIA, *La tutela giurisdizionale della proprietà industriale*, in *Nuov. leg. civ. comm.*, 2006, p. 3 ss.;
- GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939;
- GIOVANNUCCI ORLANDI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 289.
- GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999;
- GORLA, *L'atto di disposizione di diritti*, Perugia, 1936;
- GRADI, *L'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, p. 283 ss.;
- GRANATA, *La riconoscibilità extra moenia ai sensi della Convenzione di New York del 1958 del lodo irrituale del lavoro previsto dalla Legge n. 183/2010*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 237 ss.;
- GRASSETTI, voce *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 185 ss.;
- GRASSO, *Convenzioni patrimoniali in vista dell'annullamento del matrimonio*, in *Stato civ.*, 1994, I, p. 326 ss.;
- GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 73;
- GROSSI, *Inappellabilità del lodo, violazione di norme imperative e <<patto compromissorio>>*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 524 ss.;
- ID., *La sospensione dell'arbitrato per pregiudizialità penale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 332 ss.;
- GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. it. (disc. priv.)*, 1995, Torino, p. 154 ss.;
- GUGINO, *Procedura civile romana*, Palermo, 1873;
- GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, in *Aida*, 2006, p. 11 ss.;
- HAUSER, *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contract*, sous la direction Remy-Corlay, Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 105 ss.;
- HAUSER – LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2004, p. 4 ss.;

- HAUTOT, *L'arbitrato come strumento al servizio del commercio internazionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 615 ss.
- HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986;
- IMBROGO, *Arbitration and Alternative to Divorce Litigation: Redefining the Judicial Role*, in *Capital University Law Review*, 2003, p. 414 ss.;
- IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note alla prima lettura del d.l. 83/2012*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità degli interessi*, Padova, 1973;
- JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, p. 219 ss.;
- JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987;
- ID., *La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.)*, in *Rev. Arb.*, 1992, p. 259 ss.;
- ID., *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2011*, in *JCP - Édition générale*, 2001, p. 1317 ss.;
- ID., *L'arbitrabilité : présentation méthodologique*, in *RJ com.*, 1996, p. 3 ss.;
- ID., *Réflexions sur l'imperium*, in *Études offerts à Bellet*, 1999, Litec, p. 245 ss.;
- LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007
- LA PIRLA, "Compromissum" e "litis contestatio", in *Studi in onore di Riccobono*, II, Palermo, 1936, p. 187 ss.;
- LE BARS, *La réforme du droit de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche*, in *JCP – Édition générale*, 2011, p. 142 ss.;
- LENER, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 618 ss.;
- LESSONA, voce *Arbitramento*, in *Enc. giur. it.*, I, Milano, 1893, p. 594 ss.;
- LEVEL, *L'arbitrabilité*, in *Rev. Arb.*, 1992, p. 213 ss.;
- LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975;
- LICCI, *Disponibilità del diritto, inderogabilità della normativa e interessi superindividuali: quali i limiti alla arbitrabilità delle liti societarie?*, in

[www.judicium.it](http://www.judicium.it);

- LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 1 ss.;
- LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 641 ss.;
- ID., *Diritti fondamentali e categoria civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 411 ss.;
- LOCATELLI, *Riflessioni in tema di arbitrato e questioni di diritto di famiglia*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 537 ss.;
- LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993;
- LOQUIN, *Arbitrage – Instance arbitrale – Procédure devant les arbitres*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1036, Parigi, 2012;
- LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970;
- LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 80 ss.;
- LUDOVICI, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono integrare ipotesi di situazioni giuridiche disponibili ai sensi dell'art. 1966 Cod. Civ. e quindi astrattamente compromettibili ai sensi degli artt. 806 e ss. Cod. Proc. Civ.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 709.
- ID., *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2011.
- ID., *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 499 ss.;
- ID., *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 467 ss.;
- ID., *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 237 ss.;
- MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010;
- MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 52 ss.;
- MALAURIE, *Le contract contraires à l'ordre public*, Reims, 1953;
- ID., *L'ordre public et le contract. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Reims, 1961;
- MALAURIE, AYNES, *Les obligations*, 5° ed., Paris, 2011;



- MALLET-BRICOUT, *Arbitrage et droit de la famille*, in *Droit et patrimoine*, 2002, p. 59 ss.;
- MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, *Comm. del c.p.c. per gli stati sardi*, V, II, Torino, 1856;
- MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959;
- MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, diretto da Galgano, V, Padova, 1982;
- MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato, contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Torino, 1966;
- MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994;
- ID., *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 57 ss.;
- MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 11 ss.
- MARTONE, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984.
- MAYER, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 359 ss.;
- ID., *Le contract illicite*, in *Rev. arb.*, 1984, p. 205 ss.;
- MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in [www.judicum.it](http://www.judicum.it);
- MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1964;
- MEADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ, 2007;
- MENCHINI, *Impugnazione del lodo <<rituale>>*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss.;
- MENESTRINA, *Scritti giuridici vari*, Milano, 1964;
- MEO, in *Il nuovo diritto della società*, cura di Abbadessa e Portale, *Liber amicorum* G. Campobasso, II, Torino, 2006, p. 303 ss.;
- MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 371 ss.;

- ID., *Diritti fondamentali e categoria civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 416 ss.;
- MESTRE, *L'ordre public dans les relations économiques*, in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 35;
- MERLIN, voce, *Compromesso*, in *Dizionario universale ossia Repertorio ragionato di giurisprudenza questioni di diritto* (trad. it. di CARILLO), Venezia, 1834, p. 1228 ss.;
- MEZGER, *L'arbitrage et l'ordre public*, in *RTD com.*, 1948, p. 611 ss.;
- MOCCIA, voce *Ordine pubblico, (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.;
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994;
- ID., *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 655 ss.;
- MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923;
- MORTARI, voce *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1858, p. 898 ss.;
- MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 287 ss. ;
- MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- ID., in *Commentario alle riforma del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, vol. III, tomo II, Padova, 2009, p. 474 ss.;
- MUSSO, *Ditta e insegna. Marchi. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2012;
- NASCOSI, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, p. 329 ss.;
- ID., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, Milano, 2007;
- NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957;
- NELA, in *Recenti riforme del processo civile*, II, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1606 ss.;

- NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, Paris, 2008;
- NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 241 ss.;
- NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir.* – *Annali*, IV, Roma, 2011, p. 133 ss.;
- NUZZO, voce *Negoziio giuridico IV), Negoziio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.;
- ODORISIO, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 255 ss.;
- OPPETIT, *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins*, in AA.VV., *Arbitrage et propriété intellectuelle. Colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (Paris, 26 janvier 1994)*, Paris, 1994, p. 121 ss. ;
- ORICCHIO, *Commento alle norme del c.p.c. (artt. 806-840; L. 5 gennaio 1994, n. 25) annotato con giurisprudenza e riferimenti di dottrina*, Napoli, 1994;
- PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 407 ss.;
- PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Nuov. dig. it., disc. priv.*, XIII, Torino, 1968, p. 130 ss.;
- PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974;
- PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. dir. priv.*, vol. 13°, parte V, diretto da Rescigno, Torino, 1985;
- PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000;
- PANDOLFI, *L'autonomia della clausola compromissoria nel diritto inglese: recenti sviluppi*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 332 ss.;
- PANZA, voce *Ordine pubblico. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.;
- PANZARINI, *I profili di modernità degli arbitrati greci e romani nei principi e nelle regole tecniche da essi trapassati, con sorprendenti coincidenze, negli odierni arbitrati*, in *Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, p. 1209 ss.;
- PAPA MALATESTA, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*,

in *Dir. fall.*, 2000, p. 1017 ss.;

- PARESCHE, voce *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 236 ss.;
- PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995;
- PERRET, *I limiti all'arbitrabilità*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 682 ss.;
- PERLINGERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002;
- ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972;
- PERTILE, *Storia del diritto italiano, Storia della procedura*, IV, Bologna, 1966;
- PIACENTINO, *Summa Codicis*, II, tit. LV, *De receptis arbitriis*, Moguntiae 1536 ;
- PICCIRILLI, *Gli arbitrati interstatali greci dalle origini al 338 a.C.*, I, Pisa, 1973;
- PIERGIOVANNI, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, 1999, p. 10 ss.;
- ID., *Il mercante e il diritto canonico medievale: <<Mercatores in itinere dicuntur miserabiles personae>>*, in *Proceeding of the Eight International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1992;
- PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze, <<abusi>> e rimedi*, Torino, 2004;
- PIZZOFERRATO, *La giustizia privata del lavoro*, Padova, 2003;
- POCAR, *I principi generali del diritto internazionale privato nella legge di riforma*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 16 ss.;
- POLIDORI, *Discipline delle nullità e interessi protetti*, Roma, 2001;
- PROTETTÌ, voce *Buon costume*, in *Nuov. dig. it.*, Torino, 1957, p. 594 ss.;
- PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.*, diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1081 ss.;
- PROVERA, *Alimenti*, in *Dig. it., discipl. priv.*, Torino, 1987, p. 1 ss.;
- PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958;
- PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967;
- PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, Roma, p. 366

ss.;

- ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 534 ss.;
- ID., *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1951, p. 5 ss.;
- ID., *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943;
- PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale: nuove regole, nuove responsabilità*, Napoli, 1998;
- PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 963 ss.;
- ID., *Disegno sistematico sull'arbitrato*, Padova, 2000;
- ID., *Disegno sistematico sull'arbitrato*, Padova, 2012;
- ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 10 ss.;
- ID., in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e E. Ricci, Padova, 2005, p. 263 ss.;
- ID., *Il processo civile*, III, Torino, 2008;
- ID., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzioni delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 385 ss.;
- QUERZOLA, *Il processo minorile nella dimensione europea*, Bologna, 2010;
- RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000;
- RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999;
- RADICATI DI BRONZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 9 ss.;
- REALMONTE-MAGRÌ, voce *Indisponibilità (Agg) III*, in *Enc. giur.*, Milano, 1999, p. 686 ss.;
- REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it*, III, Torino, 1959, p. 787 ss.;
- RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1993, p. 520 ss.;

- ID., voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 143 e 192 ss.;
- ID., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.;
- RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005;
- REVET, *L'ordre public dans les relations de travail*, in in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 43 ss.;
- REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano, 1995;
- E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 521 ss.;
- ID., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 955 ss.;
- ID., *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente legislazione dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 26 ss.;
- ID., *La <<funzione giudicante>> degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grande arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 370 ss.;
- ID., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 662 ss.;
- ID., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974;
- ID., *Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di delibere assembleari*, in *Processo civile e società commerciale*, Atti del XX convegno nazionale dell'Associazione italiana studiosi del processo civile, Milano, 1995, p. 23 ss.;
- ID., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 659 ss.;
- 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. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 759 ss.;
- ID., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrali nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 760 ss.;
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., 1949, LGDJ;

- ID., *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, II, *Le sources générales des systèmes juridique actuels*, Paris, 1934, p. 317 ss. ;
- RIVALTA, *I giudizi di arbitri*, Bologna, 1885;
- RIZZO, *Lodo – Impugnazione per opposizione di terzo*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 451 ss.;
- ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arc. giur.*, 1906, p. 125 ss.;
- RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, p. 5 ss.;
- ROMANO, *Gli ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1955, p. 308 ss.;
- ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato italiano*, I, Napoli, s.d.;
- ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 249 ss.;
- ROMEO, *L'inderogabilità del diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 92;
- RORDORF, *Deferibilità in arbitri di controversie relative a delibere assembleari*, in *Società*, 1985, p. 494 ss.;
- RÖRIG, *Inoperatività della clausola compromissoria in diritto tedesco per impossibilità di far fronte ai costi dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 731 ss.;
- ROSI, *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, 630 ss.;
- RUFFINI, in *C.p.c. commentato*, a cura di Consolo e Luiso, III, Milano, 2007.
- ID., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 140 ss.
- ID., *La riforma dell'arbitrato societario nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1532 ss.
- ID., *Il patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 713 ss.
- ID., *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 423 ss.;

- RUO, *I diritti del minore e il ruolo del mediatore*, in *La mediazione familiare*, Milano, 2012, p. 342 ss.;
- RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 580 ss.;
- ID., *Negoziio giuridico e dichiarazione di volontà relative a procedimenti <<matrimoniali>> di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1989, p. 1081 ss.;
- SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, II, 3° ed., Torino, 2004;
- SACHS, *La protection de la partie faible en arbitrage*, in *Gazette du Palais*, 2007, p. 2274 ss.;
- SALAFIA, *La clausola compromissoria negli statuto sociali*, in *Società*, 2001, p. 1042 ss.;
- SALVANESCHI, *Arbitrato e delibere assembleari*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 741 ss.
- ID., *Le materie arbitrabili*, in *Arbitrato*, a cura di Salvaneschi, Radicati di Brozolo, Carlevaris, Allevana, Cintioli, Iacoviello, Ielo, Negri, Olivieri, Villa, Milano, 2012;
- ID., *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 64 ss.;
- ID., *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 427 ss.;
- ID., *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 619 ss.;
- SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da Del Giudice, Milano, 1927, p. 30 ss.;
- SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, p. 817 ss.;
- SANGIOVANNI, *Natura processuale o contrattuale dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2008, p. 874 ss.;
- SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 196 ss.;



- SANTONI, *Arbitrato e controversie collettive di lavoro*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 809 ss.;
- SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975;
- ID., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1956, p. 5 ss.;
- ID., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1989;
- SANZO, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino-Cagnasso-Bonfanti-Montalenti, Bologna, 2004, p. 645 ss.;
- SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it);
- ID., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006;
- ID., *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 203 ss.;
- ID., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983;
- SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969;
- ID., *Comm. c.p.c.; Procedimenti speciali*, Milano, 1971;
- SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988;
- SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936;
- SILVESTRI, *La <<court-annexed arbitration>>: un nuovo rimedio per un vecchio problema*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1995, p. 1036 ss.;
- SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità: il sistema positivo*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da Sanseverino e Mazzoni, Padova, 1971, p. 723 ss.;
- SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitrato*, Milano, 2009;
- SPAGNUOLO, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli – Santoro, II (art. 2423-2461 c.c.), Torino, 2003, p. 856 ss.;
- SPINELLI, *Il negozio di destinazione alla liquidazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 85 ss.;
- STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abadessa e Portale, 2007, Milano, p. 180 ss.;
- TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958;
- TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e*

*proc. civ.*, 1978, p. 105 ss.;

- TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976;
- TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 26 ss.;
- TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 723 ss.;
- TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs.17 gennaio 2003 n. 5)*, in [www.judiocium.it](http://www.judiocium.it).;
- TERRE', *Rapport Introductif*, in AA. VV., *L'ordre public à la fin de XX<sup>e</sup> siecle*, Dalloz, 1996, p. 35 ss.;
- TERRE' - SIMLER – LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2005;
- THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Böhlau, 1878.
- *Tractaturi de iudiciis, Incerti auctoris Ordo iudiciarius*, Innsbruck, 1887, tit. XXI, *De Arbitris*, pp. 153-154;
- TOMMASINI, *Famiglia di fatto*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Bessone, IV, Torino, 1999, p. 25 ss.;
- TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007;
- TRABUCCHI, *Alimenti*, in *Nuov. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 229 ss.;
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2011;
- TROCKER, voce *Patrocinio gratuito*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 291 ss.;
- UNGARETTI DELL'IMMAGINE, *Note su indisponibilità dei diritti, inderogabilità della normativa ed impugnazioni delle delibere assembleari*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 235 ss.;
- VALENCIA, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, in *Revue arb.*, 2007, p. 45 ss.;
- VALERI, *Brevi riflessioni sull'arbitrato e la <<nuova>> giurisdizione esclusiva*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2000, p. 323 ss.;
- VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu – Messineo, Milano, 1954;

- VECCHIONE, *L'arbitrato*, Milano, 1971;
- VELISSAROPOULOS, KARAKOSTAS, *L'arbitrage dans la Grèce antique, epoques archaique et classique*, in *Rev. arb.*, 2000, p. 18 ss. ;
- VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970;
- VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2006;
- ID., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006;
- ID., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010;
- ID., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 371 ss.;
- VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale* Milano, 1973;
- VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996;
- ID., *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 466 ss.;
- VINCENT LEGOUX, *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, Paris, 2001;
- VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi di diritto processuale civile: IV) La cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir proc. civ.*, 1971, p. 563 ss.;
- WADE, *Arbitration of matrimonial propety disputes*, in *Bond Law Review*, 1999, p. 395 ss.;
- ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1987, p. 429 ss.;
- ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig., sez. civ.*, II, 1995, p. 430 ss.;
- ID., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, p. 466 ss.;
- ZOPPÈ, *Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 107 ss.;
- ZOPPINI, *i <<diritti disponibili relativi al rapporto sociale>> nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1174 ss.;

- ID., *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1330 ss.;
- ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Milano, 2002;
- ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001.
- ID., in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007;
- ID., *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2008;
- ID., *Arbitrato e famiglia: una via possibile?* in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, p. 141 ss.;
- ID., *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004;
- ID., *La compromettibilità delle delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2005, p. 453 ss.;
- ID., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Milano, 2010, p. 24;
- ID., *Note sulla convenzione di arbitrato nel diritto successorio*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 281 ss.;
- ID., *L'efficacia ultras partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 465 ss.;
- ID., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 459 ss.;
- ID., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011;
- ID., in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta-Arcieri, Torino, 2012, p. 658 ss.;
- ID., *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 654 ss.;
- ID., in *Il processo industriale*, a cura di Giussani, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè
- ZUMPANO, *Arbitrato e giurisdizione penale*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 237 ss.