

# La giustizia arbitrale

*a cura di*

VINCENZO PUTORTÌ



Edizioni Scientifiche Italiane

*Pubblicazione edita con il contributo finanziario del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.*

PUTORRÌ, Vincenzo (a cura di)

La giustizia arbitrale

Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze, 3

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015

pp. X+302; 24 cm

ISBN 978-88-495-3015-5

---

© 2015 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

E-mail: [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

GIOVANNI PASSAGNOLI

## Il compromesso. La clausola compromissoria La convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: convenzione d'arbitrato e contratto d'arbitrato. – 2. La convenzione d'arbitrato. – 3. Le tre specie di accordo compromissorio.

### 1. Considerazioni introduttive: convenzione d'arbitrato e contratto d'arbitrato

Una lezione, puramente introduttiva quale vuole esser questa, sulla convenzione d'arbitrato presuppone la delimitazione dell'oggetto del discorso, rispetto, al c.d. contratto d'arbitrato, ovvero al contratto che, sul presupposto dell'accordo compromissorio, lega le parti all'arbitro.

I due istituti – complice dapprima l'art. 34 del codice di procedura civile del 1865 che legava indissolubilmente le sorti dell'accordo compromissorio al persistere del mandato arbitrale – sono stati lungamente concepiti più come fasi di un unico procedimento che come istituti davvero autonomi. Così era, certamente, nell'ambito della tradizionale tesi dell'accordo compromissorio come negozio giuridico processuale, nella quale la incombente concezione pubblicistica dell'arbitrato<sup>1</sup> conduceva a negare la stessa natura contrattuale dell'istituto. Ma, altrettanto, avveniva nel contesto dell'orientamento, di segno contrario, che con varianti e sfumature concepiva l'arbitrato come una transazione *in fieri*, demandata a un terzo, chiamato a integrare o a determinare la concreta volontà transattiva dei compromittenti<sup>2</sup>, in bilico, diremmo, tra arbitrato e arbitraggio. Oggi, nella acquisita dimensione privatistica dell'istituto arbitrale<sup>3</sup>, la convenzione

<sup>1</sup> Per tutti, vedi l'efficace sintesi di CARLEO, *Compromesso-Natura giuridica*, in AA.Vv., *Dizionario dell'Arbitrato*, Torino, 1997, p. 241; e, da ultimo, MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, p. 3 ss.

<sup>2</sup> Per gli essenziali riferimenti bibliografici, ancora, CARLEO, *op. loc. cit.*

<sup>3</sup> RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 16; e, per

arbitrale e il contratto di arbitrato appaiono in linea di principio autonomi.

Il punto merita tuttavia di essere precisato, giacché proprio l'autonomia tra i due negozi pone l'esigenza di coglierne i nessi e le implicazioni reciproche. In tale prospettiva, può scorgersi secondo i più un collegamento negoziale – funzionale e necessario, stante l'accessorietà del contratto d'arbitrato rispetto all'accordo compromissorio – oppure, con diverso approccio metodologico, un collegamento di fatto tra due fattispecie, giacché il contratto di arbitrato presupporrebbe, appunto tra i propri elementi di fatto, l'esistenza dell'accordo compromissorio<sup>4</sup>.

Dal punto di vista positivo, costituisce indubbiamente un momento rilevante di siffatto collegamento la innovativa disciplina posta dall'art. 816 *septies*, laddove la mancata prestazione della anticipazione delle spese disposta dagli arbitri – quindi un inadempimento al contratto d'arbitrato – determina, invece, effetti risolutivi della convenzione d'arbitrato.

## 2. La convenzione d'arbitrato

La convenzione d'arbitrato, nella intitolazione dedicata al capo I (quindi nella sistematica del riformato titolo VIII del c.p.c.), si offre all'interprete come una sorta di figura generica, se si vuole di disciplina generale, suscettibile di ricomprendere in un solo *genus* le varie *species*, apparentemente costituite dal compromesso, dalla clausola compromissoria, dalla convenzione arbitrale in materia non contrattuale e dall'arbitrato irrituale.

In realtà, un tale valore latamente categoriale della figura, appare ben lungi dalla realtà positiva. Lo si comprende agevolmente attraverso poche considerazioni cui accenno soltanto, tra le tante che al riguardo potrebbero farsi.

Manca, anzitutto, una minima omogeneità, quanto a natura giuridica ed effetti<sup>5</sup>, tra arbitrato rituale ed irrituale, che possa giustificare

un ampio inquadramento sistematico, CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998. In giurisprudenza, la tesi privatistica ha infine prevalso con la nota Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699.

<sup>4</sup> Questo profilo problematico è lucidamente sviluppato da MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., p. 20 ss.

<sup>5</sup> Basti qui accennarvi, giacché la questione è trattata da altri in questo corso: ma vedi sin d'ora, per il fondamentale mutamento dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità, Cass., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3407 e,

l'esistenza di una disciplina generale, che per esser tale suppone regole comuni, applicabili in quanto non derogate. Il punto, del resto, è testuale, giacché l'art. 808 *ter* espressamente esclude la applicazione della disciplina del titolo VIII all'arbitrato irrituale: il che vale quanto dire che il relativo accordo compromissorio non è una *species* del *genus* (convenzione d'arbitrato) ivi disciplinato.

Manca, ancora, una sicura disciplina comune della forma della convenzione d'arbitrato. Da un lato, infatti, l'art. 807 prescrive, a pena di nullità, la forma scritta del compromesso; dall'altro, gli artt. 808 e 808 *bis*, con riferimento alla clausola compromissoria e alla convenzione arbitrale in materia non contrattuale, si accontentano, letteralmente, che l'accordo *risulti* da atto avente la forma scritta. Ciò autorizza, come è noto, una lettura – che, per quanto minoritaria, non è priva di argomenti plausibili – differenziata del requisito formale, che alcuni intendono qui prescritto solo *ad probationem*<sup>6</sup>.

Resta, perciò, principalmente l'art. 808 *quater*, in materia di interpretazione, a dettare uno statuto generale<sup>7</sup> della convenzione d'arbitrato, sotto il profilo, assai rilevante nella prassi, del criterio interpretativo per la determinazione dell'oggetto dell'accordo compromissorio: un criterio, ora, finalmente e chiaramente estensivo, a favore della inclusione nella competenza arbitrale di tutte le controversie che derivino non solo dal contratto, ma anche dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

Si offre, così, soluzione al ricorrente problema della competenza degli arbitri a conoscere delle azioni non contrattuali che pur derivino dalle vicende del contratto: per tutte, le azioni di ripetizione – anche conseguenti alla nullità del contratto, grazie alla regola posta dall'art. 808 secondo comma – quelle di arricchimento, di garanzia decennale nell'appalto, o quelle risarcitorie fondate sul dolo incidente o sulla responsabilità precontrattuale. Al riguardo, una sola notazione: è evidente che il criterio interpretativo in questione sia chiamato a risolvere – nel compromesso, nella clausola compromissoria, nella convenzione arbitrale in materia non contrattuale – i casi dubbi, quindi,

per tutti, in dottrina, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ.*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2014, p. 145.

<sup>6</sup> Sul punto, seppure in termini critici, quindi a favore della uniforme forma *ad substantiam*, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ.*, cit., p. 86 e, *ivi*, ampi riferimenti bibliografici.

<sup>7</sup> Sembra invece riferire, ma a mio avviso senza convincenti ragioni; l'ambito di applicazione della disposizione solo alla clausola compromissoria e alla convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale, senza includervi il compromesso, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ.*, cit., p. 188 ss.

per così dire, *a valle* dell'ordinario procedimento interpretativo posto dagli artt. 1362 e seguenti c.c.

### 3. *Le tre specie di accordo compromissorio*

Torniamo dunque, brevemente, per distinguerle e per cogliere la portata innovativa della riforma, alle tre *species* di convenzione d'arbitrato delle quali dicevo: compromesso, clausola compromissoria, convenzione in materia non contrattuale.

Poche parole sulle prime due, che vantano una elaborazione diffusa e per più versi consolidata<sup>8</sup>: è nozione istituzionale che la differenza tra compromesso e clausola compromissoria consista nel fatto che la lite devoluta agli arbitri nel primo caso sia già sorta, nel secondo sia una eventualità futura. E si comprende che il fulcro della distinzione tradizionale ruoti attorno alla *determinabilità* dell'oggetto dell'accordo compromissorio.

In effetti, nel caso del compromesso, esso può riferirsi tanto a liti contrattuali che extracontrattuali proprio poiché esse sono, per definizione, già determinate nel loro oggetto in quanto *iam natae*. Nel caso della clausola compromissoria, invece, trattandosi di liti *nondum natae*, è la connessione genetica col contratto, cui la clausola afferisca, a soddisfare il requisito di determinabilità, fermo che, oggi, quest'ultimo – per quanto si è detto con riferimento all'art. 808 *quater* – si intende in modo estensivo e ricomprende, *ex post*, tutte le pretese derivate dalle possibili vicende del contratto.

In questo contesto va posta e precisata la terza ipotesi di convenzione, innovativamente disciplinata con la riforma: quella in materia non contrattuale, regolata dall'art. 808 *bis*.

In essa, evidentemente, vi è un elemento che vale a distinguerla dal compromesso, rispetto al quale non vi è attualità della lite, dovendosi trattare di «controversie future». E ve n'è uno che la distingue invece dalla clausola compromissoria, giacché, per definizione, l'oggetto della convenzione è costituito «da uno o più rapporti non contrattuali determinati»: deve quindi trattarsi di pretese non solo extracontrattuali, ma anche prive di quella connessione genetica con le

<sup>8</sup> Per una sintesi dei problemi tradizionalmente dibattuti e delle soluzioni prospettate vedi, per tutti, PONTICORVO, *Clausola compromissoria. Forma*, in AA.VV., *Dizionario dell'Arbitrato*, cit., p. 198 ss.; ZACCHEO, *Compromesso. Forma*, in AA.VV., *Dizionario dell'Arbitrato*, p. 248 ss. Nel vigore della nuova disciplina, L. SALVANECHI, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ.*, cit., pp. 65 ss., 78 ss.

vicende del contratto che, altrimenti, grazie all'art. 808 *quater*, ci ricondurrebbero alla fattispecie della clausola compromissoria.

Come si sa, salve isolate opinioni, prima della riforma si escludeva la possibilità di devolvere agli arbitri le liti future non contrattuali, per ragioni che spaziavano dagli argomenti letterali tratti dal vecchio art. 808 c.p.c., alla indeterminabilità dell'oggetto di siffatte convenzioni per gli effetti dell'art. 1346 c.c., sino al sempre incombente argomento della contrarietà all'ordine pubblico di una preventiva – ma troppo generica ed ampia – rinuncia alla giurisdizione ordinaria<sup>9</sup>.

Il nuovo art. 808 *bis*, adeguando il nostro sistema alle fonti internazionali<sup>10</sup>, introduce ora questo istituto, che pone un difficile problema applicativo ed appare come sempre in bilico sul baratro della indeterminatezza del proprio oggetto e della conseguente nullità. In effetti, l'esigenza di determinatezza del contenuto del rapporto non contrattuale deferito in arbitri emerge con evidenza già dal testo dell'art. 808 *bis* ove, seppur si ammetta che la convenzione si riferisca a «uno o più rapporti», si richiede che gli stessi siano «determinati». Tale dato testuale, in coerenza con l'argomento che può trarsi dall'art. 29 c.p.c., conduce ad escludere la ammissibilità, quindi la validità, di una convenzione *omnibus*.

Il problema è serio<sup>11</sup>, sol che si ricordi la distinzione tra diritti autodeterminati ed eterodeterminati, a seconda che, per la individuazione della situazione soggettiva dedotta, rilevi o meno il relativo titolo d'acquisto della pretesa. Ad esempio, è autodeterminato il diritto di proprietà, che prescinde dal titolo dell'acquisto, mentre è eterodeterminata la pretesa al risarcimento del danno extracontrattuale.

Così, con riferimento ai diritti eterodeterminati, la indeterminatezza dell'oggetto della convenzione arbitrale non contrattuale è evidentemente massima, nel senso che per individuare il rapporto cui essa si riferisca non è sufficiente la generica indicazione del *nomen iuris* della pretesa extracontrattuale (ad esempio, ripetizione d'indebito, responsabilità extracontrattuale, ecc.), ma occorre proprio la spe-

<sup>9</sup> Per ripercorrere i termini di quel dibattito, per tutti, RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, p. 319 ss; CONFORTINI, *Clausola compromissoria-Notione*, in AA.Vv., *Dizionario dell'Arbitrato*, cit., p. 190 ss., ove anche ampi riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

<sup>10</sup> Sul punto vedi ancora, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ.*, cit., p. 127.

<sup>11</sup> Per una più approfondita disamina e per un completo quadro bibliografico, MORO, *La convenzione di arbitrato per controversie future relative a rapporti non contrattuali*, in *Commentario alle riforme del processo civile. Arbitrato*, a cura di Briguglio e Capponi, III, 2, Padova, 2009, p. 516 ss.

cificazione – di norma difficile *a priori* – dei fatti costitutivi della futura ed eventuale pretesa. E ciò in quanto, al mutare dei fatti concreti dai quali sorge la pretesa, muta la stessa *causa petendi*<sup>12</sup>.

Se ciò appaia condivisibile – e con questo concludo – ne discende che la convenzione arbitrale in materia extracontrattuale risulta essere strumento di indubbia utilità per le liti *nondum natae*, concernenti pretese autodeterminate: per esemplificare, si pensi alle liti, che possano derivare dall'esercizio dei rispettivi diritti reali, tra proprietari confinanti, oppure tra proprietario e titolare del diritto reale minore sul medesimo bene<sup>13</sup>. Al contrario, essa appare di scarsa utilità per quelle eterodeterminate, ove è alto, per quanto detto, il rischio di nullità per indeterminatezza: ad esse, dunque, maggiormente si addice, *ex post*, l'impiego del compromesso.

<sup>12</sup> In generale, sulla rilevanza dell'accadimento concreto ai fini della individuazione dell'azione, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 207 ss.

<sup>13</sup> Sempreché, beninteso, tali diritti non sorgano per contratto, giacché in tal caso rientreremmo nell'ipotesi della clausola compromissoria, nella sua nuova ed estensiva accezione imposta dall'art. 808 *quater*.