

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 31

Settore Concorsuale: 12/A1

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01

FUNZIONI E LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA GIUSTIZIA
ARBITRALE

Presentata da: SILVIA MARONI

Coordinatore Dottorato

PROF. ANDREA MORRONE

Supervisore

PROF. RICCARDO CAMPIONE

Esame finale anno 2019

Funzioni e limiti dell'autonomia privata nella giustizia arbitrale.

INDICE

<i>Premessa</i>	4
Cap. I	8
<i>L'autonomia privata nel fenomeno arbitrale</i>	8
1. <i>Il contratto e l'autonomia privata nell'epoca moderna (cenni)</i>	9
2. <i>Lo sviluppo della nozione di autonomia privata: l'arbitrato fra funzione giurisdizionale e negoziale</i>	15
3. <i>L'arbitrato come contratto fra privati: natura e funzione dell'accordo</i>	25
4. <i>(segue) La distinzione fra norme inderogabili e norme derogabili: gli strumenti in mano all'interprete</i>	33
5. <i>(segue) Incidenza delle norme imperative e degli altri limiti sull'autonomia privata arbitrale</i>	37
6. <i>Clausola compromissoria e contratti asimmetrici (Cenni e rinvio)</i>	40
7. <i>L'autonomia privata arbitrale nelle ADR e nelle altre forme prodromiche: il dispute resolution board quale fattispecie paradigmatica</i>	43
Cap. II	50
<i>I settori di esplicazione dell'autonomia privata nell'arbitrato: la materia arbitrabile</i>	50
1. <i>La libertà sull'oggetto: materie arbitrabili e convenzione di arbitrato</i>	51
2. <i>La clausola compromissoria nei contratti in serie, con il consumatore e con il risparmiatore</i>	67

3. <i>L'arbitrabilità delle controversie antitrust: dubbi e prospettive di soluzione...</i>	76
4. <i>La convenzione di arbitrato in ambito non contrattuale.</i>	86
Cap. III	97
<i>I settori di esplicazione dell'autonomia privata nell'arbitrato: il procedimento</i>	97
1. <i>La libertà delle parti rispetto alla conformazione delle regole procedurali.</i>	98
2. <i>(segue) Disciplina convenzionale delle regole parti-arbitri (il contratto di arbitrato).</i>	100
3. <i>(segue) La modificabilità delle regole sul procedimento e i suoi limiti.</i>	104
4. <i>(segue) Il ruolo dell'autonomia privata nel c.d. arbitrato amministrato.</i>	109
5. <i>Di alcune ipotesi peculiari: autonomia ed eteronomia nell'Arbitrato societario.</i>	113
6. <i>(segue) Il peculiare ruolo dell'autonomia privata nel caso di mancata nomina degli arbitri.</i>	117
7. <i>(segue) Il peculiare intervento integrativo-suppletivo del presidente del tribunale.</i>	120
8. <i>Autonomia privata e clausole limitative del lodo arbitrale.</i>	122
Cap. IV	128
<i>Il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato in alcuni modelli di comparazione</i>	128
1. <i>I presupposti teorici per l'impiego della comparazione quale argomento interpretativo. La disciplina dell'arbitrato nei sistemi di common law (cenni e rinvio).</i>	129
2. <i>Arbitrato e autonomia privata in Inghilterra.</i>	132
3. <i>(segue) Ambiti di applicazione: arbitration agreement e disciplina degli arbitri.</i>	137
4. <i>Arbitrato e autonomia privata negli Stati Uniti.</i>	140
5. <i>Il procedimento arbitrale nel diritto inglese e nel diritto statunitense.</i>	143

6. <i>Alcune osservazioni dal raffronto fra i sistemi di common law e l'ordinamento interno.</i>	145
7. <i>L'autonomia privata nell'arbitrato internazionale.</i>	146
8. <i>I rapporti fra arbitrato internazionale e arbitrato interno in materia di autonomia privata.</i>	152
Conclusioni.	156
Bibliografia	161

Premessa.

Le pagine che seguono saranno dedicate a un tema molto complesso in quanto certamente a cavallo fra il diritto privato e il diritto processuale, in particolare, per quel che qui interessa, il diritto processuale civile.

Lo studio dell'autonomia privata nel fenomeno arbitrale rappresenta, infatti, certamente, una forma di attenzione per una tematica, l'autonomia privata, che sebbene molto sfaccettata, è collocabile nel contesto della disciplina civilistica. La peculiarità di questa disamina è data però, come anticipato, dal fatto che l'autonomia privata è declinata in questo caso facendo riferimento ad un oggetto, l'arbitrato, che per sua natura e per i suoi principali tratti caratterizzanti ha una difficile collocazione.

Come vedremo, infatti, le principali ricostruzioni che in letteratura si contendono il primato della più corretta catalogazione del fenomeno arbitrale oscillano fra il riconoscimento di una natura negoziale per quest'ultimo e l'attribuzione di un connotato evidentemente giurisdizionale all'istituto medesimo.

Anche ove si volesse prediligere una configurazione della fattispecie arbitrale nel settore del diritto privato, enfatizzando la natura negoziale dello stesso, non si potrebbe, tuttavia, sottacere come lo studio dell'autonomia privata in questo settore conduca, inevitabilmente, a trattare di tematiche molto vicine al diritto

processuale e, in particolare, come anticipato, al diritto processuale civile¹.

Nel suddividere il lavoro ci siamo preoccupati, in primo luogo, di analizzare, sebbene nell'economia di questa trattazione, il concetto di autonomia privata e la sua reale portata in epoca moderna.

Il primo capitolo è inoltre dedicato alla disamina dell'istituto arbitrale attraverso la sua possibile collocazione fra contesto privatistico e contesto processualcivilistico.

Le successive parti della trattazione saranno scandite, invece, utilizzando quale metodo di ricerca il tentativo di selezionare gli ambiti nei quali il fenomeno dell'autonomia privata nel contesto arbitrale possa dispiegarsi.

Così il secondo capitolo sarà dedicato alla trattazione della c.d. materia arbitrabile, facendo in particolare riferimento alle ipotesi considerate più dubbie e ai casi ritenuti di più complessa soluzione. Lo studio dell'autonomia privata in ambito di arbitrato impone ineluttabilmente di considerare i settori che possono essere deferiti per volontà delle parti allo strumento arbitrale. Ciò vale a delineare i limiti del fenomeno arbitrale e quindi i limiti entro i quali le parti possono ricorrere all'istituto arbitrale.

Il capitolo terzo della trattazione sarà invece dedicato ad un peculiare aspetto: quello dell'incidenza del potere dei privati nel

¹ Anche soltanto facendo riferimento allo schema di lavoro proposto in questa sede, può evidenziarsi come il capitolo III di questa trattazione sia interamente dedicato allo studio del dispiegarsi del fenomeno dell'autonomia privata nel fenomeno arbitrale con particolare riferimento alle cc.dd. regole procedurali che disciplinano l'istituto dell'arbitrato.

determinare le regole del processo arbitrale. Anche tale potere deve ritenersi espressione del ruolo dell'autonomia privata nel contesto in esame: in altri termini rientra nella nozione di autonomia privata la facoltà conformativa delle parti di determinare le regole della procedura arbitrale².

In tale contesto le alternative che si aprono sono nella sostanza due: quella dell'assenza di una data regola e, quindi, quella della possibilità che le parti regolamentino in un determinato modo una data situazione sprovvista di una precipua regolamentazione da parte del legislatore; quella della presenza già di una regola posta.

In tale ultimo caso l'interprete si dovrà preoccupare di considerare quella determinata regola come espressione di una disciplina derogabile ovvero inderogabile³. In tale ipotesi dovranno inoltre offrirsi argomentazioni e criteri per ritenere o meno una determinata disciplina modificabile dalle parti.

L'ultima parte della trattazione sarà dedicata alla comparazione e in particolare alla verifica di come alcuni ordinamenti e in particolare il modello inglese e il modello nordamericano trattino il tema del ruolo dell'autonomia privata nel contesto arbitrale.

² Questa parte della trattazione dimostra in modo evidente quanto accennato nelle battute iniziali di questa premessa e quindi, in particolare, come il fenomeno della autonomia privata nel diritto arbitrale debba muoversi necessariamente a cavallo fra istituti e materia privatistica, istituti e materia processualcivilistica.

³ Sui rischi di tautologia legati alla individuazione del concetto di inderogabilità anche nel contesto della disciplina dell'arbitrato efficacemente E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018, p. 28 e ss.

La scelta di questi modelli si giustifica in ragione del fatto che l'accorciamento progressivo delle insormontabili distinzioni fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* consente di valutare le soluzioni offerte da questi modelli di regole alle principali questioni emerse dallo studio della materia qui in esame.

La scelta di dedicare una parte di questo lavoro alla comparazione nasce dal riconoscimento di un precipuo valore a quelle impostazioni che riconoscono alla comparazione quanto meno un valore argomentativo e quindi il ruolo di strumento in grado di supportare, coadiuvato da altre tipologie di argomentazioni, la scelta di una determinata opzione interpretativa.

Cap. I

L'autonomia privata nel fenomeno arbitrale.

- 1) Il contratto e l'autonomia privata nell'epoca moderna (cenni).
- 2) Lo sviluppo della nozione di autonomia privata: l'arbitrato fra funzione giurisdizionale e negoziale.
- 3) L'arbitrato come contratto fra privati: natura e funzione dell'accordo.
- 4) (segue) La distinzione fra norme inderogabili e norme derogabili: gli strumenti in mano all'interprete.
- 5) (segue) Incidenza delle norme imperative e degli altri limiti sull'autonomia privata arbitrale.
- 6) Clausola compromissoria e contratti asimmetrici (Cenni e rinvio).
- 7) L'autonomia privata arbitrale nelle ADR e nelle altre forme prodromiche: il *dispute resolution board* quale fattispecie paradigmatica.

1. Il contratto e l'autonomia privata nell'epoca moderna (cenni).

I fenomeni del contratto e dell'autonomia privata non possono essere indagati, nell'epoca moderna, senza dare conto delle modificazioni più attuali dei processi economici⁴.

⁴ Sul rapporto fra autonomia privata, contratto e operazione economica si veda la raccolta di saggi di E. GABRIELLI, in *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim*. Sul differente concetto di equilibrio economico e sulla relazione fra tale concetto e l'interpretazione negoziale cfr., ad esempio, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 55 e ss.; V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. Contr.*, 2006, p. 429 e ss.; S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto ed interpretazione*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 515 e ss. Anche lo studio della relazione fra autonomia privata e Costituzione, oggetto, come è noto, dell'attenzione della civilistica più sensibile, rinvia a questioni di natura economica; la “stagione” della rilettura costituzionale del codice civile sembra oggi giunta a compimento per opera delle applicazioni della Suprema Corte nella materia del contratto e dell'autonomia privata (in tema, di recente, F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, p. 52 e ss.). L'assenza di riferimenti espliciti e diretti ai quali ancorare il rinvenimento delle garanzie costituzionali dell'autonomia privata non ha impedito alla letteratura giuridica di realizzare un tale tipo di operazione ermeneutica; si è, infatti, posto in risalto come «alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull'iniziativa economica privata e la proprietà privata»: in questi termini P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006, XLVII e ss. Analoghe riflessioni sono proposte da A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione dei diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 134; sul punto si considerino, inoltre, le considerazioni di Bianca secondo il quale l'autonomia privata, in quanto strumento necessario della libertà di iniziativa economica, rappresenta un sicuro valore costituzionale (cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 32); sul rapporto fra libertà e solidarietà, *ex multis*, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2004, p. 87.

Il dato che più rileva, da questo punto di vista, è rappresentato, come di recente si è osservato, dall'«estrema varietà e complessità degli scambi e, più in generale, delle operazioni economiche realizzabili nel contesto economico contemporaneo»⁵.

Questa constatazione ha favorito un'ulteriore riflessione secondo la quale i tipi legali, disciplinati dal codice civile, non esauriscono le tecniche attraverso cui può realizzarsi l'organizzazione degli interessi nella concreta realtà, essendo il tema dei cc. dd. contratti nuovi (sia in quanto meramente tipici socialmente, sia in quanto, addirittura, atipici) «tra i più rilevanti e densi di implicazioni»⁶.

La complessità della realtà economica, che appare sempre più varia e sfaccettata, induce a valutare un altro risvolto “giuridico” del progresso economico che può essere racchiuso nell'interrogativo relativo all'atteggiarsi dell'autonomia privata o dell'autonomia contrattuale nel mutato contesto socio-economico⁷.

Accanto, infatti, all'esigenza delle parti di dare vita a nuovi modelli organizzativi dei propri interessi patrimoniali o non patrimoniali si pone, probabilmente, l'esigenza di reinterpretare il ruolo dei rapporti fra potere delle parti e regole predefinite, di fonte legislativa, nella regolamentazione di modelli organizzativi già tipizzati.

⁵ In questi termini L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 29 e ss.

⁶ Cfr. L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 30 e ss.

⁷ In arg. M. FRANZONI, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 565 e ss., p. 574 e ss.

In altri termini, il tema che si pone è quello relativo alla possibilità che, accanto al diffondersi di nuovi schemi contrattuali, si realizzi il fenomeno del riconoscimento di un maggiore potere, in capo alle parti di schemi contrattuali tipizzati, di derogare alla disciplina legale, al fine di assecondare le esigenze di flessibilità della regolamentazione, dettate da una crescente variabilità del contesto socio-economico in cui questi medesimi modelli organizzativi sono destinati ad operare.

Al di là della risposta a questo quesito, che, a livello generale, fuoriesce dagli intendimenti di questa analisi, vale certamente una indicazione di metodo che può ritenersi adatta ad entrambi i fenomeni ai quali abbiamo accennato in questa parte iniziale della trattazione e, quindi, sia a quello della creazione di nuovi contratti quali modelli per la regolamentazione di interessi, sia a quello del possibile modificarsi del ruolo nell'autonomia privata in settori già disciplinati⁸; tale indicazione si attesta sull'opportunità di argomentare le soluzioni a singoli quesiti anche attraverso l'argomento comparativo.

Questo tipo di esigenza metodologica non sembra incontrare più i limiti derivanti dalle insormontabili differenze fra i diversi sistemi di regole: basti, infatti, soffermarsi sul dato dell'accorciamento delle distanze fra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*⁹

⁸ L'esigenza di rintracciare il ruolo della volontà delle parti attraverso il ricorso all'art. 1362 c.c. anche rispetto alle cc.dd. clausole di stile è correttamente evidenziata dalla letteratura: in arg., ad esempio, G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2009, p. 49 e ss.

⁹ In arg., *ex multis*, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995, p. 343 e ss.; più di recente, M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il*

quale effetto del crescente diffondersi di processi circolatori di modelli e tecniche giuridiche.

Tale accorciamento è il risultato anche, indubbiamente, della comunanza delle istanze socio-economiche che devono trovare ovunque risposta in determinati modelli di regole.

L'argomento comparativo verrà impiegato, in questa sede, al fine di indagare uno dei fenomeni ai quali abbiamo fatto riferimento in questa parte iniziale della trattazione e, in particolare, quello del possibile modificarsi del ruolo dell'autonomia privata, quale effetto della variabilità dei processi socio-economici, in settori disciplinari che prevedono schemi contrattuali già sufficientemente regolamentati¹⁰.

Più in particolare, il predetto ruolo sarà valutato nel contesto del fenomeno arbitrale¹¹. In questo contesto la funzione dell'autonomia privata assume connotati particolari in ragione del suo dispiegarsi in

precedente giudiziale fra storia e teoria, in *Quaderni fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno)*, 2015, p. 81 e ss.

¹⁰ Le soluzioni proposte dai sistemi di *common law* saranno prese in considerazione nel cap. IV di questa trattazione. Nelle conclusioni dell'indagine verificheremo, invece, l'impatto delle opzioni adottate dal sistema inglese e da quello americano, in particolare, sul sistema interno.

¹¹ Sui rapporti più in generale fra autonomia privata e giurisdizione cfr., sebbene a titolo meramente esemplificativo, i seguenti lavori: G. CANZIO, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus Civile*, 2018, p. 383 e ss.; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, ivi, p. 376 e ss.; M. CONFORTINI, *Autonomia privata e giurisdizione*, ivi, p. 413 e ss.; C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, ivi, p. 396 e ss.; E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione*, ivi, p. 420 e ss.; M. TAVASSI, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, ivi, p. 429 e ss.

un ambito che, come vedremo nel corso della trattazione, poggia sul crinale della funzione negoziale e di quella giurisdizionale¹².

Sulla base di questa constatazione¹³ è agevole rilevare che estensione e limiti del potere delle parti dovranno essere apprezzati, sia con riferimento ai diritti e/o alle situazioni giuridiche soggettive che possono essere oggetto di disposizione e, quindi, oggetto di una procedura arbitrale, sia rispetto al potere di conformare le regole della procedura arbitrale medesima.

Un'ulteriore precisazione pare essenziale: il riferimento alla nozione di autonomia privata e al rapporto fra quest'ultima e il fenomeno arbitrale non deve considerarsi casuale.

Esso è infatti dettato dalla difficoltà di considerare l'autonomia contrattuale quale termine della predetta relazione.

Ciò si desume agevolmente se solo si pone l'attenzione su fattispecie, quali, ad esempio, la previsione di una clausola arbitrale all'interno del testamento¹⁴. Tali ipotesi giustificano il ricorso al concetto di autonomia privata e, al contempo, giustificano

¹² In alcuni sistemi, quali quello inglese, il dibattito sulla natura giuridica dell'arbitrato, in ragione della forte connotazione pragmatica di quella cultura giuridica, non assume un peso peculiare: cfr. B. ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008, p. 66 e ss.

¹³ E quindi della doppia funzione alla quale occorre fare riferimento quando si studia il fenomeno arbitrale, quindi sia della c.d. funzione negoziale che della c.d. funzione giurisdizionale.

¹⁴ In arg., ad esempio, F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, in L. MEZZASOMA, L. Ruggieri (a cura di), *L'arbitrato nella moderna giustizia arbitrale*, Napoli, 2013, p. 63 e ss.; G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015, p. 141 e ss.

l'ampliamento della nozione di autonomia, nella materia in esame, oltre all'ambito contrattuale.

Le fonti dell'arbitrato, pur essendo riconducibili a iniziative di privati, non possono essere limitate al fenomeno contrattuale.

Di certo, vale quale indicazione di carattere generale, in questi passaggi iniziali della trattazione, il rilievo per cui, voler indagare il fenomeno arbitrale¹⁵ dal punto di vista dell'autonomia privata, oltre che frutto della scelta di una determinata prospettiva di analisi,

¹⁵ Tale fenomeno, come tutti i fenomeni giuridici, necessita di un continuo processo di adeguamento che deriva anche dal modificarsi delle esigenze socio-economiche. Con riferimento all'istituto in esame occorre sottolineare che la recente Commissione istituita per la riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione e presieduta dal Professore Guido Alpa ha posto in evidenza alcune concrete proposte che potrebbero valere a garantire un migliore impiego di questo strumento. In particolare, si è previsto per accelerare la conclusione delle vertenze tra le parti, la possibilità di omettere il giudizio di appello, in caso di impugnazione, e di ricorrere direttamente alla Corte di Cassazione. Inoltre, per quanto riguarda l'arbitrato societario, si è previsto che la disciplina possa essere inserita all'interno del codice di procedura civile, l'estensione della disciplina a tutte le società iscritte nel registro delle imprese, la etero-integrazione delle clausole statutarie non conformi allo standard di terzietà imposta per il soggetto che designa il collegio o l'arbitro unico così da salvare la volontà compromissoria delle parti e al contempo di uniformare la nomina alle nuove regole disposte dalla legge n. 5 del 2003. Per quanto concerne l'arbitrato della P. A. si è anche previsto di includere nell'oggetto dell'arbitrato le domande di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Particolare menzione merita infine l'idea della Commissione di poter derogare al permanente divieto di esercizio cautelare del potere degli arbitri. Per maggiori approfondimenti G. ALPA, *Riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo a mediazione, negoziazione assistita e arbitrato. Proposte della Commissione Alpa*, in *GiustiziaCivile.com*, 2017, p. 1 e ss.

rappresenti il risultato della constatazione di come il discorso sull'arbitrato appartenga anche allo studioso del diritto privato¹⁶.

2. Lo sviluppo della nozione di autonomia privata: l'arbitrato fra funzione giurisdizionale e negoziale.

Per inquadrare il ruolo dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale¹⁷, occorre indugiare, sebbene nell'economia di questa trattazione, su come deve collocarsi questo fenomeno all'interno dell'alternativa fra funzione giurisdizionale e funzione negoziale.

Per far ciò occorre qualche, seppur rapido, riferimento allo sviluppo diacronico che ha scandito la relazione fra queste funzioni nella storia più recente.

La cultura giuridica e politica dell' '800 e della prima parte del '900 aveva considerato lo Stato quale fonte prima ed ultima del diritto e della giurisdizione, configurati come monopoli esclusivi di questo.

¹⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 1 e ss.

¹⁷ Altra tematica che appare connessa a quella rappresentata dall'autonomia privata nell'arbitrato è quella della c.d. flessibilità che proprio di recente è stata letta come possibilità di individuare regole adatte al risultato che deve essere raggiunto in concreto; da questa prospettiva "la regola diviene strumentale alla sua funzione con riguardo a quella lite e non ad una categoria seriale di dispute": queste le riflessioni di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 15.

In particolare, è all'inizio del ventesimo secolo che risale l'affermazione dottrinarica del monopolio statale della giurisdizione e del dogma della statualità della giurisdizione in funzione del monopolio statale del diritto¹⁸.

In questo contesto storico si è affermato autorevolmente: «come il diritto obiettivo non può avere legittima scaturigine che dai pubblici poteri investiti della funzione politica sovrana, così normalmente non può derivare da altra sorgente pura e legittima la tutela giurisdizionale del diritto»¹⁹.

A partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, sovranità, territorio e giurisdizione perdono progressivamente il ruolo di coordinate dell'evocata cultura e «comincia così a prevalere l'idea che l'esercizio della giurisdizione non sia più indissolubilmente legato alla sovranità, quale sua manifestazione, ma laddove operi entro i confini statuali, costituisca un servizio che lo Stato offre ed organizza, senza averne il monopolio»²⁰.

Il potere della legge ordinaria statale sul diritto e il monopolio dello Stato sulla giurisdizione sono messi in crisi, come si è opportunamente posto in rilievo, «anche dalla crescente internazionalizzazione dei rapporti sociali ed economici, dalla fisiologica inettitudine degli ordinamenti giuridici nazionali a regolamentare in modo efficiente i rapporti transnazionali, dalla

¹⁸ Cfr. C. PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p. 2491 e ss.

¹⁹ L. MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, terza ed., Milano, s.d., p. 39 e ss.

²⁰ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *L'evoluzione dell'arbitrato nell'età moderna*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale. Atti del Convegno Internazionale S.I.S.D.I.C.*, Napoli, 2016, p. 21 e ss.

correlata tendenza della loro disciplina a trasferirsi dal piano della legislazione statale ad istanze internazionali o sovranazionali, nonché dalla progressiva incidenza di fonti normative internazionali o sovranazionali sugli stessi rapporti interni ad uno Stato»²¹.

In questo quadro devono collocarsi alcune riflessioni della Corte Costituzionale che, sul presupposto del rinvenimento del fondamento dell'arbitrato nell'autonomia privata, evidenzia che i soggetti privati, come possono decidere di non tutelare i propri diritti, allo stesso tempo possono decidere di non tutelarli nel modo tradizionale, ma diversamente, ricorrendo a nuovi mezzi e, principalmente, senza ricorrere ai giudici dello Stato²².

Questo clima culturale conduce una parte degli interpreti, anche sulla base dei risultati della riforma del '94, a ritenere che il lodo abbia natura giurisdizionale, del tutto equiparata a quella di una sentenza costitutiva o di accertamento di primo grado²³.

Quale voce dissonante rispetto a questo orientamento complessivo, maturato anche alla luce del modificarsi del quadro normativo, si colloca la giurisprudenza della Corte di Cassazione che, in alcune pronunce, anche a Sezioni Unite, sostiene la tesi secondo la quale l'arbitrato rituale, al pari di quello irrituale, con la riforma del '94 avrebbe assunto natura negoziale e non giurisdizionale²⁴.

²¹ Cfr. R. CAPONI, «Natura» dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 127 e ss.

²² Corte Cost. 14 luglio 1977, n. 127, in *Giust. cost.*, 1977, I, p. 1143 e ss.

²³ In arg. C. TENELLA SILLANI, *L'evoluzione dell'arbitrato in età moderna*, cit., p. 21, ivi anche ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁴ Cfr. Cass. S. U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Giust. civ.*, 2001, p. 764; in arg., *ex multis*, P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, cit., p. 13 e ss.

La direzione intrapresa dal legislatore pare, ad ogni modo, bene definita; la legge del 2006 si prefigge, infatti, lo scopo di accostare il nostro ordinamento ad altri sistemi di regole al fine di rendere più agevole il riconoscimento e l'esecuzione all'estero dei lodi italiani²⁵.

Da questa prospettiva deve essere guardata, infatti, la formulazione dell'art. 824 *bis* del codice di procedura civile: la disposizione prevede, come è noto, che «il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria».

Alla luce degli elementi richiamati, può convenirsi con l'impostazione che sottolinea il processo di riconoscimento di una sostanziale equivalenza fra giustizia statale e giustizia arbitrale²⁶.

L'A. si sofferma, in particolare, sulla relazione fra l'art. 1322 c.c. e la figura dell'arbitrato. In arg. di recente le riflessioni di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 27 e ss.

²⁵ La riforma tocca particolari aspetti della disciplina arbitrale: essa, infatti, si sofferma sull'ampliamento del processo arbitrale anche a controversie relative a rapporti non contrattuali, sul rafforzamento dei poteri degli arbitri cui è demandato anche il potere di pronunciare sulla propria competenza, sull'ampliamento dei poteri di autonomia delle parti (cfr., per esempio, artt. 816 *bis* e 816 *ter*) al fine di rendere celere ed efficace la procedura e l'istruzione probatoria: in arg. anche C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 24 e ss.

²⁶ In arg., per tutti, P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 1 e ss.; sul punto anche le osservazioni di Luiso il quale pone in evidenza come nella disciplina dell'arbitrato societario sia presente una «vistosa giurisdizionalizzazione del procedimento arbitrale»: in questi termini F. P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 e ss. La letteratura ha schematizzato i tratti caratterizzanti la giustizia arbitrale nei termini a seguire: il giudice è scelto dalle parti; gli arbitri, sia nell'arbitrato secondo diritto sia in quello secondo equità, sia nell'arbitrato rituale sia in quello irrituale, hanno da rispettare i tempi e il contraddittorio; l'arbitrato è

Giudice privato e giudice statale possono svolgere la stessa funzione²⁷ e sono, pertanto, in grado di risolvere le controversie mediante un giudizio che, in entrambi i casi, rispetta i principi fondamentali che si pongono a garanzia di un regolare processo²⁸. Quest'ultimo aspetto ritornerà diverse volte nel corso della trattazione anche ai fini della risoluzione di questioni che potremmo definire applicative.

rigorosamente riservato; l'arbitrato sia esso *ad hoc* o amministrato è costoso; in questi termini G. IUDICA, *Premessa*, in Id (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2012, p. 7 e ss.

²⁷ Sulla base di una prospettiva di analisi più ampia, si sono enfatizzate le trasformazioni che stanno attraversando, durante l'età contemporanea, le strutture del potere: dal tradizionale monopolio pubblico di un potere progettato secondo un disegno pianificatore ed esercitato secondo logiche rigidamente gerarchiche, si sta transitando verso un potere distribuito in senso orizzontale, in cui partecipa la stessa comunità, continuamente e progressivamente esposto a componenti di natura privata. Il soggetto privato non è più concepito quale suddito, tenuto ad obbedire ad una distante volontà del sovrano, ma soggetto che coopera all'interno dei processi decisionali: in questi termini, C. PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, cit., p. 2495 e ss.

²⁸ Fra essi rientrano, a titolo meramente esemplificativo, il principio di imparzialità, quello del contraddittorio, l'obbligo di motivazione. Parte della letteratura osserva come alcuni di questi principi non caratterizzino soltanto il fenomeno arbitrale, ma si pongano, al contempo, quali limiti all'autonomia privata nell'ambito del fenomeno arbitrale; si è scritto di recente che «in forza del principio di autonomia le parti possono quindi configurare lo svolgimento del procedimento, compatibilmente con la natura e le esigenze di un arbitrato; il processo civile ordinario resta il paradigma per quello arbitrale, salvo, appunto, una maggiore libertà, autonomia, e flessibilità nel prevederne lo svolgimento: rileva in ogni caso, per la disciplina procedimentale, l'autonomia delle parti e in subordine le decisioni degli arbitri; fermo e garantito comunque il rispetto dei principi del contraddittorio e di parità fra le parti, costituendo questi i cardini di qualsivoglia giudizio»: in questi termini F. ALCARO, *L'arbitrato: principi e classificazioni*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 35.

In particolare l'equiparazione sopra richiamata giustifica l'applicazione di alcuni limiti previsti per il giudice statale anche al giudice privato.

Questa equiparazione²⁹ consente, inoltre, di rimettere alle parti il potere di decidere, attraverso una libera ed autonoma scelta, quale giudice adire al fine di poter vedere tutelati i propri diritti.

Occorre ad ogni modo chiarire come la richiamata sovrapposibilità funzionale, fra arbitrato e processo statale, non importi la necessaria trasposizione, indiscriminata, delle soluzioni interpretative adottate in quest'ultimo ambito all'interno del fenomeno arbitrale.

Si è opportunamente posto in risalto, infatti, come «la segnalata equiparazione di funzioni, evidentemente non significa totale identità di disciplina, posto che gli arbitri, a differenza dei giudici, derivano il loro potere da un atto di autonomia privata; che nello svolgimento del processo devono seguire, di regola, i poteri direttivi loro riconosciuti dalle parti; che la loro decisione è priva di forza esecutiva e non ha natura di documento pubblico»³⁰.

In altri termini il giudice deriverebbe dallo Stato il potere di decidere le controversie ad egli devolute, mentre l'arbitro deriverebbe tale medesimo potere dalle parti; questa differenza

²⁹ La richiamata equiparazione non vale naturalmente a celare la problematica legata alla scarsa diffusione del fenomeno arbitrale; questo tema è stato affrontato anche dalla letteratura civilistica: cfr., ad esempio, le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 657 e ss.

³⁰ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *L'evoluzione dell'arbitrato in età moderna*, cit., p. 26 e ss.

sostanziale dovrebbe tradursi anche, alla luce della richiamata dottrina, in una differenziazione della disciplina che regola le funzioni di giudice e di arbitro.

Quest'ultima riflessione pare un'opportuna indicazione metodologica nel momento in cui ci si accosta allo studio del ruolo dell'autonomia privata nel contesto del fenomeno arbitrale.

Le soluzioni da prospettarsi nei diversi sotto-settori in cui la figura dell'autonomia si dispiega (sempre nell'ambito più ampio dell'istituto dell'arbitrato) devono essere argomentate tenendo in debito conto le peculiarità appena sopra poste in risalto.

Ne discende che le soluzioni, volte a prediligere un'interpretazione restrittiva di una data disposizione, dovranno ritenersi adottabili nei casi in cui esse sottendano il rispetto di principi che, da un punto di vista del valore loro riconoscibile, debbono ritenersi superiori a quelli caratterizzanti il fenomeno arbitrale e sopra schematicamente riproposti.

Queste caratteristiche sembrano tutte confermare come l'arbitrato rappresenti un fenomeno che si fonda sull'autonomia privata, in quanto sono le parti che, liberamente, decidono di sottrarre la controversia alla decisione giurisdizionale³¹.

Tale ultima constatazione consente di ridimensionare il tradizionale *sfavor arbitratus* che si è concentrato essenzialmente sull'idea

³¹ In questi termini S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008, p. 6 e ss.; l'A. precisa: «che al lodo sia possibile assegnare effetti di sentenza è profilo ulteriore, che non muta né altera la qualificazione giuridica dell'istituto».

dell'istituto come giustizia privilegiata - riservata cioè ai ceti privilegiati - e, quindi, quale giustizia di parte³².

Sul tema si è osservato che «in presenza di determinate condizioni, l'arbitrato appare applicabile a livelli economici diversi».

Esso rappresenta tuttora la modalità di soluzione preferibile per le grandi controversie finanziarie internazionali, ma rivela altresì una certa idoneità a definire le liti commerciali della piccola e media impresa³³.

Il ruolo dell'autonomia privata nell'ampia applicazione dell'arbitrato si desumerebbe anche dalla constatazione del dato per cui le forme di giustizia privata siano anche in grado di accrescere il grado di vincolatività di decisioni costruite con una diretta partecipazione auto-regolativa dei soggetti³⁴.

Ciò si desumerebbe in buona sostanza dalla considerazione secondo cui sarebbero le parti direttamente a rimettere agli arbitri il potere decisionale su una data controversia. Questo potere delle parti si declina anche in relazione a quanto le parti possano ritenersi vincolate alle decisioni degli arbitri.

Esemplificazione di questo potere, sebbene sul punto torneremo più avanti nella trattazione, deve ritenersi la facoltà delle parti di intervenire, ad esempio, sulle modalità di impugnazione del lodo.

Quanto detto non può tuttavia esimere l'interprete dall'approfondire determinate problematiche che sembrano emergere quando si

³² In arg. P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002, p. 21 e ss.

³³ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 21.

³⁴ P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, cit., p. 21.

affrontano alcuni temi e, per quel che qui interessa, in particolare, quello del rapporto fra arbitrato e autonomia privata.

Sebbene sul punto torneremo in altri passaggi di questa trattazione, deve, comunque, osservarsi che anche le distinzioni fra le diverse figure di arbitrato devono essere in grado di sollecitare una riflessione più approfondita sul modo di operare dell'autonomia privata nel contesto che ci impegna in questa sede.

Proviamo ad esplicitare in modo esemplificativo quanto appena sopra affermato.

Nota è la distinzione, sulla quale torneremo in diversi passaggi di questa trattazione, fra arbitrato *ad hoc* e arbitrato amministrato; il primo è singolarmente e specificamente instaurato, il secondo è predisposto per una serie di procedimenti³⁵.

Con riferimento alla seconda fattispecie richiamata³⁶, è noto come abbia particolare rilevanza soprattutto la previsione di cui all'art. 832 c.p.c., ai sensi della quale la convenzione arbitrale può fare rinvio a un regolamento arbitrale preconstituito. In questo specifico contesto operano camere arbitrali generiche o di settore che curano e assistono lo svolgimento del procedimento arbitrale³⁷.

³⁵ Su questa distinzione, senza pretesa di completezza, in letteratura, S. AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in AA VV, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da G. Alpa, t. II, Torino, 1999, p. 810 e ss.; R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato delle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 669 e ss.; A. M. BERNINI, *L'arbitrato amministrato (il modello delle Camere di commercio internazionale)*, Padova, 1996, p. 9 e ss.

³⁶ In arg. V. VIGORITI, *L'arbitrato amministrato*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 364 e ss.

³⁷ In arg. F. ALCARO, *L'arbitrato: principi e classificazioni*, cit., p. 40 e ss. L'art. 832 c.p.c. fa riferimento ad un regolamento preconstituito ed amministrato

La gestione e l'organizzazione sono generalmente affidate a tali organismi³⁸, ma in alcuni casi potrebbero essere richiamati soltanto i regolamenti, senza richiedere la gestione del procedimento; in queste ipotesi il profilo peculiare che pare emergere è, piuttosto che la devoluzione della gestione della controversia, la pre-regolamentazione della procedura arbitrale.

La letteratura giuridica ha di recente osservato come «da un punto di vista valutativo, l'arbitrato *ad hoc* esalta l'autonomia delle parti in funzione della maggiore semplicità e funzionalità del procedimento rispetto alla preconfezione del regolamento, che offre, tuttavia, altre garanzie, di completezza, di oggettività e trasparenza, nonché di qualificazione ed efficienza, specialmente nelle controversie transnazionali»³⁹.

Questo dato di partenza non può ad ogni modo, come del resto già anticipato, esimere da un'indagine volta a individuare il ruolo dell'autonomia privata nel contesto di questa peculiare figura arbitrale.

Gli sforzi ricostruttivi ai quali è tenuto l'interprete pare debbano andare in una duplice direzione: da un lato occorre giungere alla soluzione della questione relativa alla possibilità di rinvenire un fenomeno di autonomia privata anche in questo caso; dall'altro lato occorre valutare in che limiti l'autonomia privata delle parti possa

da un ente o organismo a ciò deputato: presso la Consob, la Banca d'Italia, le Camere arbitrali in seno alle Camere di Commercio, le Camere arbitrali per i contratti pubblici, le Camere di conciliazione e arbitrato dell'autodisciplina pubblicitaria.

³⁸ Come vedremo quando ci occuperemo della fattispecie dell'arbitrato internazionale tali organismi possono avere anche rilievo internazionale.

³⁹ Cfr. F. ALCARO, *op. cit.*, p. 41 e ss.

incidere sul regolamento precostituito al quale abbiamo fatto sopra riferimento quale tratto caratterizzante l'arbitrato amministrato.

3. L'arbitrato come contratto fra privati: natura e funzione dell'accordo.

L'arbitrato, quale fenomeno di autonomia privata, mostra una struttura apparentemente unitaria, ma che in realtà è agevolmente scomponibile in almeno due figure giuridiche dotate di sufficiente autonomia.

È possibile, infatti, isolare da un lato la convenzione arbitrale e, dall'altro lato, il c.d. contratto di arbitrato.

La prima, come vedremo subito nel prosieguo, vale a rendere operativo l'arbitrato, rappresentando il fulcro della scelta di uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie. Il secondo (intercorrente fra parti ed arbitri) varrebbe, invece, a regolamentare l'attività degli arbitri durante il processo arbitrale.

La dottrina si è posta il quesito se possa ritenersi sussistente un collegamento negoziale fra i richiamati atti di autonomia privata (convenzione arbitrale e contratto di arbitrato); la medesima letteratura giuridica ha dato risposta negativa a tale interrogativo.

Si è infatti osservato che «il contratto di arbitrato reca tra i propri presupposti di fatto un valido ed efficace accordo compromissorio, il rapporto tra i due negozi è tutto in ciò: la situazione iniziale, che è

una delle componenti della fattispecie (in senso ampio) contratto di arbitrato, è data dall'esistenza dell'accordo compromissorio»⁴⁰.

Altra recente letteratura giuridica sembra invece voler ricavare da alcuni dati positivi l'esistenza di un collegamento funzionale e necessario.

Si è considerata, quale momento rilevante di siffatto collegamento, l'innovativa disciplina positiva dell'art. 816 *septies* del c.p.c.; la disposizione prevede, infatti, che la mancata prestazione dell'anticipazione delle spese disposta dagli arbitri - che si configurerebbe quale inadempimento del contratto di arbitrato - determini effetti risolutivi della convenzione di arbitrato⁴¹.

Il collegamento sopra richiamato dovrebbe intendersi come collegamento funzionale e necessario in ragione dell'accessorietà del contratto di arbitrato rispetto all'accordo compromissorio.

Sulla base di una differente impostazione metodologica si è invece ritenuto presente, nella ipotesi in esame, un collegamento di fatto tra due fattispecie: il contratto di arbitrato (seconda fattispecie) presupporrebbe, tra i propri elementi di fatto, l'esistenza dell'accordo compromissorio (prima fattispecie)⁴².

⁴⁰ Cfr. S. MARULLO DI CONDOJANNI, *op. cit.*, p. 20 e ss. L'A. precisa che «tale esistenza è, in altri termini, uno dei dati di fatto che compongono la fattispecie contratto di arbitrato».

⁴¹ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 52 e ss.

⁴² V. sul punto S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., p. 20 e ss.; in arg. anche G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale*, cit., p. 52 e ss.

Tralasciando l'opportunità o meno di prendere posizione su questa polemica che non è interesse di questa trattazione, può osservarsi che la convenzione arbitrale⁴³, quale contratto volto a rendere operativo l'arbitrato, sarebbe scomponibile in tre distinte sub-figure: il compromesso (disciplinato all'art. 807 c.p.c.), la clausola compromissoria (di cui all'art. 808 c.p.c.) e la c.d. convenzione arbitrale non contrattuale⁴⁴.

La figura generale sopra richiamata sarebbe, sulla base di alcune letture⁴⁵, provvista anche di uno statuto giuridico generale, sebbene abbastanza scarno ed essenziale.

Il riferimento è, principalmente, all'art. 808 *quater* del codice di procedura civile in materia di interpretazione della convenzione arbitrale; la disposizione, come è noto, impiega un criterio 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 riferisce⁴⁶.

⁴³ Sul carattere polisenso del termine convenzione torna di recente la letteratura giuridica; si è infatti osservato che «nel codice civile la qualifica convenzione è, come è noto, adottata con riguardo agli accordi relativi ai rapporti patrimoniali fra i coniugi (art. 162), in altri pochi casi e in genere tende a designare un patto o un accordo (anche di secondo grado), talvolta con finalità regolamentari della fase esecutiva; ricorre poi nel diritto pubblico e soprattutto nel diritto internazionale [...]»: in questi termini, F. ALCARO, *L'arbitrato: principi e classificazioni*, cit., p. 34 e ss.

⁴⁴ In arg., per tutti, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2015, p. 121 e ss.

⁴⁵ G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 53 e ss.

⁴⁶ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale*, cit., p. 53 e ss.; in arg. anche L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2014, p. 188 e ss.; l'Autrice restringe, tuttavia, l'applicazione della disposizione solo alla clausola compromissoria e

Sempre con riferimento alla figura generale, può osservarsi come la convenzione, il cui fondamento è rinvenuto nell'autonomia privata, abbia forti radici costituzionali e, precisamente, negli artt. 24, 25 e 102 della Carta Costituzionale⁴⁷.

A questi referenti costituzionali è possibile aggiungere anche l'art. 41 Cost., ove si aderisca a quella impostazione secondo la quale la nozione di autonomia privata può trovare in questa disposizione un fondamento assiologicamente superiore. Benché l'art. 41 della Carta Costituzionale non sia configurabile quale referente normativo diretto - in ragione del fatto che il referente oggettivo di questa disposizione è, come è noto, la libertà di iniziativa economica - tale medesima disposizione potrebbe conferire un fondamento alla figura *de qua* un fondamento costituzionale c.d. indiretto.

Tornando, quindi, alla tripartizione di cui sopra: il compromesso, come è noto, è il contratto per mezzo del quale le parti scelgono l'arbitrato a lite già sorta; con la clausola compromissoria⁴⁸ le parti

alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale; sulla base di tale restringimento non potrebbe pertanto parlarsi di regime giuridico o statuto generale della convenzione arbitrale.

⁴⁷ Cfr. F. ALCARO, *op. cit.*, p. 37 e ss.

⁴⁸ Una interessante, recente pronuncia della Corte di Cassazione ha statuito che «nell'arbitrato rituale la questione relativa alla determinazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria – ossia all'individuazione delle controversie, nascenti dal contratto, che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, hanno inteso compromettere in arbitri – e, quindi, dell'ambito oggettivo del potere decisorio degli arbitri stessi, integra non già una questione di “competenza” di questi ultimi, bensì una questione di merito. La soluzione di tale questione richiede – mediante l'interpretazione della clausola secondo i normali canoni ermeneutici codicistici dettati per l'interpretazione dei contratti (art. 1362 c.c.) – l'indagine e la determinazione della comune intenzione delle parti circa il contenuto oggettivo che le stesse

scelgono l'arbitrato per eventuali liti che dovessero sorgere in relazione ad un determinato rapporto contrattuale, prima ancora che esse nascano; la convenzione arbitrale non contrattuale, già prevista dall'art. II della Convenzione di New York, è stata introdotta dalla novella del 2006 e consente alle parti di rimettere ad arbitri liti, non ancora sorte, riguardanti rapporti extra-contrattuali.

Le prime due fattispecie, sebbene simili, si mostrano tuttavia ben distinguibili: basta fare riferimento ai rispettivi presupposti applicativi: nel primo caso la lite devoluta agli arbitri è già sorta, mentre nel secondo caso la lite rappresenta soltanto un'eventualità futura⁴⁹.

hanno inteso dare alla clausola medesima. In questa prospettiva, ove il senso letterale delle parole in essa utilizzate non conduca univocamente alla individuazione della comune volontà delle parti, deve valutarsi anche il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto, e, in questo senso, darsi rilievo al comportamento tenuto dalle parti nel procedimento arbitrale, al fine di verificare la sussistenza di una inconciliabile incompatibilità fra un determinato comportamento, che sia univocamente volto al riconoscimento della competenza arbitrale, e la mera espressione ad avvalersi della eccezione stessa. Deriva da quanto precede, pertanto, che una volta che gli arbitri abbiano fissato, mediante l'interpretazione della clausola, l'ambito oggettivo di essa e, quindi, del loro potere decisorio, il relativo *dictum*, proprio in quanto ha previamente definito i confini della clausola stessa, non è impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1 n. 4 c.p.c. (per avere, cioè, pronunciato fuori dei limiti del compromesso o della clausola compromissoria), bensì unicamente ai sensi del combinato disposto degli art. 829 comma 1 n. 5 e art. 823 c.p.c., comma 2 n. 3 c.p.c., vale a dire nel solo caso in cui la motivazione sul punto in esame risulti radicalmente inidonea alla comprensione dell'iter logico-giuridico seguito dal collegio arbitrale o all'individuazione della ratio decidendi del lodo, ovvero, ai sensi dell'art. 829, comma 2 del codice di rito, per violazione e falsa applicazione delle regole ermeneutiche codicistiche» (Cfr. Cass. civ. 27.01.2015 n. 1498 in *Guida al diritto*, 2015, 20, 72).

⁴⁹ Sempre in chiave distintiva si è di recente posto in risalto che «nel caso del compromesso, esso può riferirsi tanto a liti contrattuali che extracontrattuali

La terza fattispecie richiamata si differenzia da entrambe le altre: si distingue dal compromesso in quanto non vi è attualità della lite; si distingue dalla clausola compromissoria poiché per definizione l'oggetto della convenzione è rappresentato da uno o più rapporti non contrattuali determinati.

Quest'ultima fattispecie è stata anche impiegata, di recente, al fine di argomentare la c.d. disposizione testamentaria di arbitrato; all'incompatibilità fra arbitrato e testamento si è infatti obiettato il dato per cui l'art. 808 *bis* c.p.c. ammette convenzioni di arbitrato per rapporti non contrattuali.

Da ciò se ne potrebbe inferire l'ammissibilità di un atto di autonomia, di natura non contrattuale, fonte dell'arbitrato e idoneo a fondare la competenza degli arbitri⁵⁰.

Anche la possibile obiezione fondata sulla distinzione fra contenuto tipico e atipico del negozio testamentario sembra incapace di negare l'ammissibilità della disposizione testamentaria di arbitrato; il limite della necessaria previsione legislativa per le disposizioni facenti parti del contenuto atipico non parrebbe, infatti, applicabile all'ipotesi in esame.

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 [...] si intende in modo estensivo e ricomprende, *ex post*, tutte le pretese derivate dalle possibili vicende del contratto»: in questi termini, G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale*, cit., p. 54.

⁵⁰ Cfr. G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 142 e ss.

Tale conclusione discende dalla constatazione per cui, come è stato scritto di recente, «è vero che la disposizione testamentaria di arbitrato non ha carattere attributivo delle proprie sostanze, ma l'art. 587 c.c., quando stabilisce che il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, non assegna a questo negozio una funzione esclusivamente attributiva, ma intende riconoscergli una funzione dispositivo-regolamentare»⁵¹.

Anche, quindi, l'inserimento di una clausola arbitrale equivale a disporre, a regolare mediante testamento.

Con specifico riferimento alla natura giuridica del contratto compromissorio⁵², l'intuizione di Carnelutti⁵³ - per cui la sua essenza risiederebbe nella predisposizione di un mezzo per risolvere il conflitto e non tenderebbe direttamente al componimento di quest'ultimo - ha aperto la strada alla lettura fornita dalla dottrina preferibile secondo la quale la convenzione arbitrale è un contratto con comunione di scopo, poiché realizza interessi convergenti.

Lo scopo delle parti, con la stipula del compromesso, è quello di predisporre uno strumento processuale, diverso da quello

⁵¹ Cfr. G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, cit., p. 154 e ss.

⁵² Sugli elementi essenziali e sugli elementi accidentali del patto compromissorio, cfr., ad esempio, L. MARVASI, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 50 e ss.

⁵³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 179 e ss.

utilizzabile di fronte all'autorità giudiziaria, per ottenere un accertamento che ponga fine alla lite⁵⁴.

Il contratto di arbitrato intercorre, invece, fra parti ed arbitri⁵⁵: la nomina degli arbitri costituisce, infatti, una proposta contrattuale che deve essere accettata per iscritto; per effetto dell'accettazione nasce fra gli arbitri, da un lato, e le parti, dall'altro, un contratto che la dottrina definisce nei termini di contratto di arbitrato⁵⁶.

La disciplina di questo contratto va ricostruita oltre che sulla base delle norme contenute negli artt. 806 e ss. c.p.c., sulla base delle norme in materia di contratto di mandato e di contratto d'opera di prestazione intellettuale, essendo queste funzioni entrambe connaturate al contratto di arbitrato.

Distinguere i momenti nei quali l'autonomia privata delle parti può dispiegarsi all'interno del fenomeno arbitrale consente di verificare quali regole, facenti parte della disciplina legale di questo duplice rapporto (quello fra le parti e quello fra le parti e gli arbitri), possono essere modificate e in quali limiti.

⁵⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 138 e ss.

⁵⁵ In arg., fra gli altri, M. BOVE, *La giustizia arbitrale*, Padova, 2015, p. 86 e ss.; l'A. propende per un accostamento del contratto in esame alla figura giuridica del mandato, salvo poi precisare che «tuttavia, è anche vero che questa disputa classificatoria ha ben scarsa importanza pratica, perché, per un verso, considerando le discipline che il codice civile detta per il mandato e per il contratto di prestazione d'opera, non sembra che vi siano questioni concrete che troverebbero soluzioni radicalmente diverse se si riportasse il contratto in parola all'una o all'altra figura, e per altro verso, a ben vedere, il contratto di arbitrato tra le parti e gli arbitri ha una sua disciplina ampiamente tratteggiata nel codice di procedura civile». La posizione richiamata nel testo è, invece, espressa, fra gli altri, da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 203 e ss.

⁵⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit.*, p. 203 e ss.

Per fare ciò occorre soffermarsi sugli interessi che ciascun ambito disciplinare tende a proteggere e verificare se sia possibile rinunciare a questo tipo di protezione, a vantaggio della tutela del potere dispositivo dei soggetti che hanno dato vita al fenomeno arbitrale.

4. *(segue) La distinzione fra norme inderogabili e norme derogabili: gli strumenti in mano all'interprete.*

Il tema dei contenuti dell'autonomia contrattuale ha, a partire dalla fine dell' '800, acquisito sempre un peso maggiore.

Ciò si è verificato in concomitanza con la presa di coscienza dell'esistenza di palesi situazioni di disparità sostanziali rispetto alle quali la mera previsione di una regola di uguaglianza formale (tecnica normativa propria dei sistemi ottocenteschi) si mostrava incapace di fungere da rimedio⁵⁷.

Gli effetti di questa constatazione sono coincisi, sulla base di un dibattito che si è sviluppato negli anni e che non è possibile condensare in poche battute, con lo svuotamento dell'elemento caratterizzante il contratto ovvero l'autoregolamentazione di interessi privati.

Lo strumento contrattuale si riduce, così, a tecnica organizzativa e realizzativa di una particolare categoria di interessi.

⁵⁷ Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 39 e ss.

Ne deriva l'impossibilità di celare il processo continuo ed espansivo di incrementazione delle norme imperative che ha contribuito a ridefinire i limiti e il significato che l'autonomia contrattuale assume in epoca moderna.

Si è in particolare accentuato il controllo sul contenuto del contratto «che trova sempre maggior spazio in virtù dell'aumento delle norme imperative»⁵⁸.

In alcuni casi si mostra cambiata, inoltre, la tecnica legislativa. Si è così dato vita ad interventi riguardanti, non già il tipo, ma i soggetti del contratto (assicuratori, intermediari) ovvero un raggruppamento di contratti⁵⁹.

Accanto a questo tipo di tendenza non può, tuttavia, non cogliersi la presenza, all'interno del codice del '42, di una vasta area caratterizzata dalla presenza di norme dispositive/suppletive che consentono di riconoscere, in capo alle parti, il potere di costruire un contenuto del contratto differente dal modello predisposto dal legislatore.

⁵⁸ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 43 e ss. L'A. evidenzia opportunamente come le riforme degli ultimi lustri hanno sancito l'introduzione di norme imperative con riferimento a singoli contratti, in particolare di agenzia, deposito in albergo, interessi usurari, fideiussione. Parallelamente si palesa l'incremento delle nullità relative, divenendo, al contempo, la nullità quale strumento rimediabile per le parti, al fine di sottrarsi al vincolo contrattuale.

⁵⁹ Ad esempio nullità del contratto avente ad oggetto trasferimento, costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali su edifici per mancata indicazione della concessione edilizia; tutela degli acquirenti con riferimento agli immobili da costruire ai sensi del d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122.

Anche il diritto europeo dei contratti⁶⁰ pare ispirarsi all'adozione di norme derogabili in quanto, a parte nella disciplina dei diritti dei consumatori, emerge l'esigenza di preservare le molteplici peculiarità di ogni singolo sistema nazionale⁶¹.

Questo *trend* è oggetto di critica ad opera di una parte della dottrina la quale pone in evidenza come la tradizionale risposta sul ruolo e sulla funzione del diritto dispositivo, secondo cui esso assolverebbe il compito di ridurre i costi di transazione, non soddisferebbe in ragione del fatto che tali costi sarebbero soppressi una volta per tutti mediante la regolamentazione imposta da norme imperative⁶².

Al di là delle differenti tendenze richiamate, il compito dell'interprete, nell'operare la distinzione fra i diversi gruppi di regole (norme inderogabili/norme derogabili), non pare così semplice come l'apparente linearità della differenziazione sembrerebbe presupporre.

La rilevanza di questo tipo di operazione interpretativa si palesa in maniera evidente in quanto da essa dipendono conseguenze quali la

⁶⁰ In arg., senza pretesa di completezza, R. ZIMMERMANN, *Diritto privato europeo: "Smarrimenti, disordini"*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 8 e ss.; sulla recente proposta di regolamentazione di una vendita europea quale esito più avanzato del processo di armonizzazione del diritto privato europeo, P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti*, in *Contratti*, 2012, p. 634 e ss.; M. HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 195 e ss.; più di recente, G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, p. 832 e ss.

⁶¹ Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 143 e ss.

⁶² In questi termini, S. PATTI, *Il contratto tra «Autonomie de la volonté» e moderno «Zwingendes Vertragsrecht»*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p. 2359 e ss.

comminatoria della sanzione della nullità per la violazione di regole considerate inderogabili e, al contrario, sempre dalla medesima operazione ermeneutica dipende la conferma della validità di un determinato accordo derogatorio rispetto ad una determinata disciplina legislativa.

Ad accrescere le evidenziate difficoltà contribuiscono due fattori ai quali appare opportuno fare un seppur rapido riferimento in questa sede. In primo luogo, rileva la presenza di disposizioni in relazioni alle quali non sia espressamente comminata la sanzione della nullità; in tal caso è possibile richiamare la previsione di cui all'art. 1418, primo comma c.c. e, quindi, l'istituto della nullità virtuale. In secondo luogo, rileva la diffusione, in epoca contemporanea, di norme dispositive a derogabilità condizionata le quali paiono in grado di offuscare la nettezza della distinzione fra norme derogabili e norme inderogabili⁶³.

Viste le peculiarità del fenomeno arbitrale, occorrerà verificare come le problematiche, in questa sede evidenziate, potranno trovare risposta all'interno dell'istituto in esame.

La natura negoziale dell'istituto arbitrale⁶⁴ permette di mantenere ferma l'impostazione qui proposta adeguandola, tuttavia, alle peculiarità della figura giuridica in esame e alle diverse tipologie di

⁶³ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 144 e ss.

⁶⁴ A questa natura parte della dottrina ha ricollegato la facoltà "di superare ogni dubbio circa la possibilità per le parti di gestire con tutta l'ampiezza possibile il proprio strumento; in altri termini, alla scelta dell'arbitrato è connessa la scelta della sue modalità di svolgimento ed i limiti trovano la loro fonte unicamente nella funzione ch'esso deve svolgere: limiti, dunque, interni e non esterni all'arbitrato": in questi termini E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 26 e ss.

disposizioni che verranno prese in considerazioni nel corso della trattazione; ne deriva, pertanto, che l'individuazione della natura della disposizione, nello specifico coinvolta, servirà a determinare i confini di operatività dell'autonomia privata nell'ambito del fenomeno arbitrale.

5. (segue) Incidenza delle norme imperative e degli altri limiti sull'autonomia privata arbitrale.

Il tema del rapporto fra norme imperative o norme inderogabili e fenomeno arbitrale, al quale abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente, si declina in maniera differente a seconda, come vedremo, che la disposizione presa in esame attenga all'oggetto arbitrale o ad altri aspetti del fenomeno arbitrale.

La risposta al quesito, relativo all'incidenza di questa tipologia di regole sull'istituto, non può essere sempre e immutabilmente nel senso di riconoscere un limite all'arbitrato ogni qual volta ci si trovi in presenza di una norma inderogabile o imperativa; ciò anche recependo i risultati, ai quali abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente, rispetto alle conseguenze (effetti) derivanti dalla violazione di tali tipologie di regole.

Vedremo nel prosieguo della trattazione come la risposta da dare alla singola questione debba essere calibrata sulla base del contesto in cui la norma opera e sulla base della posizione che la regola convenzionale intende assumere rispetto al singolo aspetto considerato all'interno del fenomeno arbitrale.

Quello che si vuole precisare in questa sede è, in particolare, se sia possibile individuare ulteriori limiti all'istituto (autonomia privata in sede arbitrale)⁶⁵ che prescindano da un'attenzione al tipo di regole valutate in virtù della circostanza che prescrivano o meno, con carattere vincolante, un determinato comportamento per parti e arbitri (distinzione fra norme inderogabili e norme derogabili).

Il quesito attiene, in termini ancora più espliciti, alla possibilità di configurare ordine pubblico e buon costume quali limiti al fenomeno arbitrale.

Questa domanda sottende, in realtà, un ulteriore interrogativo se si aderisce all'impostazione della dottrina processualcivilistica più avvertita secondo la quale buon costume e ordine pubblico⁶⁶ si ridurrebbero, in un ordinamento retto dalla Carta Costituzionale, ai principi di questa peculiare fonte del diritto⁶⁷.

Una differente impostazione imporrebbe di rintracciare, nella materia in esame, quei limiti in concetti assolutamente nebulosi. Il che rischierebbe di dar vita a concrete difficoltà applicative in tutte quelle ipotesi nelle quali il richiamo ai concetti possa avere un risvolto interpretativo di una determinata disciplina.

Su questa premessa i principi di vertice, che caratterizzano e reggono ogni sorta o meglio tipologia di giustizia presente

⁶⁵ In arg., *ex multis*, P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, cit., p. 2439 e ss.

⁶⁶ Per una nozione di "ordine pubblico arbitrale", E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 997 e ss.

⁶⁷ Cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, p. 465 e ss.

nell'ordinamento, devono ritenersi parte imprescindibile anche della forma di giustizia privata rappresentata dall'arbitrato.

Così, in virtù di un'analisi congiunta dell'art. 24 e dell'art. 111 (in particolare al primo e secondo comma) della Costituzione, dovranno ritenersi operanti, anche nel contesto del fenomeno arbitrale, i seguenti principi⁶⁸: a) il principio secondo cui la giurisdizione si realizza mediante un processo caratterizzato dal principio del contraddittorio⁶⁹; b) il principio secondo cui il giudice investito deve essere terzo (rispetto al rapporto controverso) e imparziale (durante lo svolgimento del processo e in ordine alla

⁶⁸ Sulla funzione giurisdizionale degli arbitri cfr. Cass. S. U. ordinanza 25 ottobre 2013, n. 24153 (Pres. Rovelli), in *Corr. Giur.*, 2014, p. 84 e ss., commentata da G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*.

⁶⁹ Su tale principio, in particolare, cfr. Cass. 16.11.2015, n. 23402, in *Riv. dir. arb.*, 2015, p. 739 e ss., con nota di F. LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*. La Suprema Corte in questa circostanza precisa in particolare che «in tema di contraddittorio nell'ambito del giudizio arbitrale, va affermato il principio secondo cui, in mancanza di determinazione delle regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, con l'unico limite di garantirne la funzionalità e assicurare il principio del contraddittorio che, per quanto si riferisca essenzialmente al momento della chiusura della trattazione del giudizio, può essere derogato ove in tal senso sia la volontà successiva delle parti (principio affermato in relazione ad un caso in cui le parti avevano concordato con l'arbitro l'andamento della procedura la quale: a) si era snodata per più udienze istruttorie; b) aveva visto le parti depositare anche le memorie, senza che le stesse avessero formulato una richiesta di discussione o di fissazione di un termine per il deposito delle conclusioni, accettando che il procedimento “passasse in decisione” nell'udienza in cui era stato fissato (e venne effettivamente svolto) il sopralluogo alla presenza dei difensori tecnici di ciascuna parte»).

pronuncia che lo conclude); c) il principio in forza del quale il processo deve essere di durata ragionevole⁷⁰.

Da quanto detto, ne deriva che le regole, espressione di questi principi, non potranno essere toccate dall'autonomia privata anche in ambito arbitrale e che, quindi, una regola convenzionale, volta a derogare ad una disposizione che si ponga quale espressione diretta di uno di questi principi, dovrà considerarsi priva di validità⁷¹.

Questo passaggio, sul quale torneremo in altri punti della trattazione, pare essere uno degli snodi essenziali di questa ricerca e pare condensare il metodo preferibile attraverso il quale analizzare i rapporti tra autonomia privata e arbitrato.

6. *Clausola compromissoria e contratti asimmetrici (Cenni e rinvio).*

⁷⁰ Cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, cit., p. 469 e ss.

⁷¹ Parte della letteratura pone in evidenza come attraverso l'applicazione della clausola generale di buona fede anche agli accordi in materia di arbitrato sia possibile arrivare alla conclusione per cui la regola pattizia in violazione di norme inderogabili (ma astrattamente il discorso potrebbe valere anche per principi richiamati nel testo) interpretata ed integrata sulla base del canone sopra considerato (buona fede o correttezza) sia in grado di tornare in linea con i valori espressi dalla legge (e, quindi, pare di capire anche dall'ordinamento); ove ciò non potesse avvenire l'unica soluzione plausibile sarebbe quella di sancire l'invalidità e nella specie la nullità dell'accordo: in questi termini E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 41 e ss.

L'assenza di una disciplina esplicita del tema della compromettibilità dei contratti di consumo⁷² impone di ricondurre ai limiti dell'autonomia privata, nel settore arbitrale, anche questa tematica.

A dimostrazione di quanto appena osservato, può evidenziarsi come parte della dottrina ritenga possibile accostare questa peculiare questione alla nozione di ordine pubblico, immaginando, inoltre, la presenza, all'interno del nostro ordinamento, di una nozione peculiare di ordine pubblico, il c.d. ordine pubblico arbitrale⁷³.

Tale nozione sarebbe “finalizzata a verificare se il legislatore consenta l'esperimento, su una determinata lite, di un accertamento tramite processo privato”⁷⁴. Si ritiene, seguendo questa impostazione, che sarebbero astrattamente immaginabili due distinte direzioni.

Da un lato, «l'esigenza di garantire, su determinati diritti individuali, l'interesse generale che vi sottende è tale da impedire in radice la “tutela arbitrale”, lo svolgimento cioè, per iniziativa del titolare del diritto, di un processo privato per accertare il suddetto diritto; si ricade nell'incompromettibilità da indisponibilità

⁷² In arg., per tutti, G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 e ss.; già sul tema, i rilievi di G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 26 e ss.; G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 555 e ss.

⁷³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 998 e ss.

⁷⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 998 e ss.

(arbitrale) del diritto»⁷⁵; dall'altro lato «l'esigenza di garantire, su determinati diritti individuali, l'interesse generale che vi sottende non è tale da impedire al titolare di scegliere un processo privato per l'accertamento del proprio diritto»⁷⁶.

Al medesimo ambito - quello, quindi, delimitato dall'espressione ordine pubblico arbitrale - dovrebbe ricondursi la questione dell'ammissibilità o meno della clausola arbitrale nel caso di contratti asimmetrici, ovverosia di fattispecie negoziali nelle quali il potere contrattuale delle parti appaia sperequato.

Sebbene sul punto torneremo più diffusamente nel corso della trattazione⁷⁷, occorre già sin da ora sottolineare come non paia persuasiva l'ipotesi di accostare la fattispecie in esame alla nozione di ordine pubblico; ciò per il carattere nebuloso dell'accezione richiamata e per la necessità di dover adeguare costantemente questa medesima nozione al modificarsi della realtà socio-economica.

Convincente pare, invece, la soluzione proposta in letteratura secondo cui occorrerebbe valutare, caso per caso, se la clausola concretamente predisposta possa considerarsi valida o meno⁷⁸.

Si precisa, inoltre, come sia da considerarsi vessatoria soltanto la clausola allorché «l'arbitrato cui dà seguito non presenti determinate caratteristiche»⁷⁹.

⁷⁵ Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, cit., p. 998 e ss.

⁷⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 998 e ss.

⁷⁷ Cfr. Cap. II par. 2.

⁷⁸ Cfr. G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, cit., p. 623.

Alla luce di quanto osservato può ritenersi che l'invalidità della clausola debba riscontrarsi nelle ipotesi in cui da essa derivi un fenomeno arbitrale nel quale i principi, ai quali abbiamo sopra fatto riferimento, non siano rispettati, dovendosi escludere che la condizione di diverso potere contrattuale fra le parti sia sufficiente di per sé a dar vita a un arbitrato "viziato".

7. L'autonomia privata arbitrale nelle ADR e nelle altre forme prodromiche: il dispute resolution board quale fattispecie paradigmatica.

Se una prospettiva di analisi rivolta allo studio dei limiti dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale possa dirsi feconda, in quanto utile a verificare entro quali confini il potere delle parti può spingersi al fine di "regolamentare" l'istituto in esame⁸⁰, allo stesso tempo non può tralasciarsi una differente prospettiva di studio che vada nella direzione opposta: quella dell'analisi degli strumenti volti ad ampliare le ipotesi di risoluzione "non giudiziale" delle controversie.

In tempi recenti, giuristi e operatori giuridici hanno messo in forte dubbio l'efficacia dello strumento dell'arbitrato in materie

⁷⁹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 999 e ss. Precisa questa lettura come l'interesse generale, alla base dell'esigenza di tutela del consumatore, non si risolve in un secco divieto di arbitrato, ma si riflette nell'applicazione di modalità obbligatorie di tecnica arbitrale.

⁸⁰ Il tema dei limiti rinvia, per come abbiamo già accennato, implicitamente, a quello della validità di eventuali accordi volti a regolamentare alcuni aspetti della disciplina del fenomeno arbitrale in modo derogatorio.

complesse quali, ad esempio, gli appalti internazionali di costruzione⁸¹.

Parallelamente all'incremento della diffusione del commercio internazionale, prendono forma e si diffondono sempre più rapidamente le tecniche di ADR (*Alternative dispute resolution*) che presentano caratteristiche che valgono a distinguerle tanto dall'arbitrato, quanto dal processo civile.

Questi strumenti mostrano una maggiore propensione alla “cura” degli atteggiamenti di tipo psicologico delle parti e sono improntati a forte pragmatismo, ricerca del consenso, tendenza a privilegiare gli interessi delle parti, piuttosto che alla posizione di diritto di ciascuna di esse⁸².

Figura paradigmatica di queste tecniche è certamente il *Dispute Board Resolution* (DBR)⁸³, applicato negli appalti internazionali, che assume due possibili forme: il *Dispute Adjudication Board* (DAB) e il *Dispute Review Board* (DRB).

Entrambe le ipotesi hanno degli aspetti comuni caratterizzanti: viene, infatti, nominato un collegio composto da esperti indipendenti (solitamente ingegneri o giuristi); gli esperti seguono il

⁸¹ Sul rapporto fra arbitrato e contratto di appalto interno, cfr., di recente, F. FESTI, *Convenzione di arbitrato e patto di arbitraggio nel contratto di appalto (privato)*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 229 e ss.

⁸² Per una esaltazione di queste caratteristiche all'interno della figura del *Dispute Board Resolution*, con riferimento alla letteratura giuridica interna, C. CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali di appalto*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 756 e ss.

⁸³ Per una recente trattazione di questa figura giuridica, G. IUDICA, *The Dispute Board in Construction Contract*, in AA. VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, p. 1127 e ss.

progetto a partire dalla stipulazione del contratto e per tutte le sue fasi e il collegio può essere consultato tempestivamente al sorgere di una qualsiasi problematica⁸⁴.

La principale distinzione fra le due fattispecie è data dal fatto che nel DAB il collegio emana una decisione vincolante e obbligatoria per le parti, mentre nel DRB si è in presenza di una raccomandazione sprovvista di carattere vincolante.

Comune alle due sub-ipotesi è anche l'approccio: come si è osservato «l'idea di fondo, infatti, è quella di assistere il committente e l'appaltatore nell'individuare le questioni suscettibili di generare contenzioso e di intervenire il prima possibile evitando l'inasprimento dei rapporti fra le parti»⁸⁵.

La rilevanza crescente di questo schema è testimoniata, oltre che dal suo impiego sempre più capillare nella prassi internazionale degli appalti, dalla predisposizione, ad opera di importanti organismi internazionali, oltre che di modelli sempre più precisi e dettagliati, di gruppi di regole più articolati che disciplinano, progressivamente con maggior precisione, l'applicazione dello strumento⁸⁶.

⁸⁴ Per un accostamento invece della figura dell'arbitro al *project manager* cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 167 e ss.

⁸⁵ C. CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali di appalto*, cit., p. 777.

⁸⁶ Si fa in particolare riferimento alle regole predisposte dalla FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), dalla Banca Mondiale, dalla ICC (*International Chamber of Commerce*) e dall'AAA (*American Arbitration Association*)

Per quel che concerne l'analisi che stiamo svolgendo in questa sede, ciò che interessa è verificare se un modello quale il DBR possa essere applicato all'interno del sistema giuridico interno.

Occorre preliminarmente osservare come l'eventuale scelta, ad opera delle parti, di applicare un tale strumento debba essere, in ogni caso, ricondotta al fenomeno della autonomia privata.

Tale conclusione appare valida nonostante si ricorra a schemi già ampiamente consolidati a livello internazionale e a modelli di regole che, sebbene sprovvisti del carattere di vere e proprie disposizioni di legge, risultano, anch'essi sufficientemente recepiti da parte degli operatori economici.

Il nesso fra autonomia privata e DBR discende dal fatto che l'effetto di questa opzione è l'adozione di modelli di risoluzione non giudiziale delle controversie non tipizzati o non regolamentati all'interno del nostro ordinamento.

Se, quindi, da un lato l'introduzione dell'arbitrato irrituale⁸⁷ pare indice dal quale ricavare una possibile apertura del nostro ordinamento, anche nella direzione appena evocata, non può, tuttavia, sminuirsi il ruolo dei limiti derivanti dall'applicazione dei

⁸⁷ Sul rapporto fra arbitrato irrituale e autonomia privata cfr. una recente pronuncia della Corte di Cassazione a tenore della quale «è valida la clausola compromissoria per arbitrato irrituale, la quale attribuisca soltanto ad una delle parti la facoltà di declinare la competenza arbitrale e di chiedere che la controversia sia decisa dal giudice ordinario, poiché tale derogabilità unilaterale della clausola è in linea con i limiti di esercizio dell'autonomia privata ed è coerente con la tendenza di sistema favorevole al riconoscimento della giustizia pubblica quale forma primaria di soluzione dei conflitti (cfr. Cass. civ. 22.5.2015, n. 10679, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.)

principi costituzionali - ai quali abbiamo già fatto riferimento in materia di arbitrato - anche a questo tipo di procedure.

Tale esigenza si fa addirittura più pressante nella fattispecie in esame in quanto siamo di fronte alla totale assenza di una disciplina organica dalla quale ricavare una possibile regolamentazione della figura giuridica.

Ove, pertanto, lo schema di *Dispute Board Resolution* possa ritenersi rispettoso dei principi richiamati, potrà affermarsi la validità dello stesso; nel caso in cui ciò non avvenga, dovrà ritenersi non applicabile, all'interno del nostro sistema, il modello concretamente adottato⁸⁸. Superato questo giudizio che potremo definire relativo all'*an* ve ne potrà essere un altro relativo al *quomodo* della fattispecie descritta: in tal caso i criteri di giudizio dovranno attenere singole pattuizioni o singole clausole e la rilevanza delle stesse, per il caso di valutazione negativa, potrà eventualmente mostrarsi in grado di incidere sulla validità dell'intera fattispecie presa in esame⁸⁹

⁸⁸ Questo tipo di impostazione sembra avallare un modello di analisi non aprioristico, cioè in grado di ritenere ammissibile o di escludere a priori e incondizionatamente il *Dispute Board Resolution*. Ulteriore alternativa, sulla quale non pare possibile soffermarsi oltre in questa sede, sembra quella di rinvenire, all'interno della Carta Costituzionale, ulteriori principi dai quali desumere l'accogliabilità, all'interno del nostro ordinamento, delle figure del DAB e del DRB.

⁸⁹ Anche in tal caso troverà applicazione la disciplina della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c in forza della quale «la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità».

Sempre nel contesto della materia qui in esame, la letteratura interna⁹⁰, che in particolare si è occupata della relazione fra contratto di appalto e arbitrato, ha messo in evidenza la necessità di distinguere quest'ultima figura da quella di cui all'art. 1349 c.c.

Tale distinzione deve apprezzarsi rispetto all'ipotesi in cui le parti affidino al terzo il compito di determinare l'oggetto del contratto, con particolare riferimento al corrispettivo.

Si evidenzia, in particolare, che nel caso in cui nel contratto di appalto sia inserito un patto in forza del quale un terzo venga incaricato di stabilire l'entità del corrispettivo, tale terzo potrebbe agire sia quale arbitratore che quale arbitro⁹¹.

L'impostazione pare condivisibile in quanto sembrerebbe condurre al riconoscimento di un importante ruolo, anche in questo contesto, dell'autonomia privata. Può ritenersi infatti che soltanto l'esercizio del potere delle parti di individuare i margini e le modalità con i quali il terzo può operare nella fattispecie descritta sia in grado di far ritenere applicabile la regolamentazione di cui all'art. 1349 c.c. ovvero quella dell'arbitrato.

Di diverso avviso pare altra parte della letteratura che si sofferma in termini più generali sulla distinzione fra arbitrato e arbitraggio⁹².

⁹⁰ F. FESTI, *Convenzione di arbitrato e patto di arbitraggio nel contratto di appalto (privato)*, cit., p. 240 e ss.

⁹¹ Cfr. F. FESTI, *op. cit.*, p. 240 e ss.

⁹² M. CICOGNA, *La conciliazione commerciale nei metodi di ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 13 e ss. Su questa distinzione di recente A. MOTTO, *La compromettibilità in arbitrato secondo il diritto italiano*, Milano, 2018, p. 100 e ss.

Si osserva, infatti, che l'arbitraggio costituisce lo strumento, vincolante per le parti, di determinazione di un elemento mancante del contratto; questo istituto presuppone un rapporto contrattuale incompleto in quanto mancante di un elemento essenziale.

L'arbitrato, invece, presuppone un rapporto perfetto in tutti i suoi elementi, ma controverso; sulla base di questa premessa la giurisprudenza⁹³ è solita affermare che l'arbitrato si differenzia dall'arbitraggio poiché mentre a mezzo del primo le parti attribuiscono agli arbitri il compito di risolvere divergenze insorte in ordine ad un rapporto precostituito in tutti i suoi elementi, con il secondo le parti demandano ad altro soggetto la determinazione del contenuto di un contratto già concluso, ma incompleto⁹⁴.

La constatazione per cui i profili differenziali richiamati possono, in alcune circostanze, raggiungere tonalità così sfumate da divenire incapaci di fondare una distinzione netta fra gli istituti da ultimo evocati induce a far prediligere la soluzione, già evidenziata, in forza della quale forse sarebbe più opportuno fare riferimento a criteri più facilmente identificabili e aventi natura oggettiva.

Fra questi si porrebbero i poteri attribuiti dalle parti ai soggetti terzi; un'attività interpretativa volta a tratteggiare il rilievo di questi poteri dovrebbe ritenersi in grado di far emergere la distinzione, nella concreta ipotesi, fra arbitrato e arbitraggio.

⁹³ Cfr. Cass. 28 luglio 1995, n. 8289 e Cass. 19 aprile 2002, n. 5707.

⁹⁴ In arg. M. CICOGNA, *op. cit.*, p. 13 e ss.

Cap. II

I settori di esplicazione dell'autonomia privata nell'arbitrato: la materia arbitrabile

- 1) La libertà sull'oggetto: materie arbitrabili e convenzione di arbitrato.
- 2) La clausola compromissoria nei contratti in serie, con il consumatore e con il risparmiatore.
- 3) L'arbitrabilità delle controversie antitrust: dubbi e prospettive di soluzione.
- 4) La convenzione di arbitrato in ambito non contrattuale.

1. La libertà sull'oggetto: materie arbitrabili e convenzione di arbitrato.

Proviamo, a questo punto della trattazione, ad individuare una possibile, progressiva tassonomia sulla base della quale sia possibile affrontare le modalità con le quali si realizza l'autonomia privata nell'arbitrato.

Il primo ambito, all'interno del fenomeno arbitrale, nel quale si esplica l'autonomia privata è certamente quello della c.d. materia arbitrabile.

È di intuitiva percezione, infatti, che dopo la scelta dello strumento arbitrale⁹⁵ il potere della parti si esprime nella individuazione della controversia, potenziale o già in atto, da assegnare alla competenza degli arbitri e da sottrarre, quindi, alla giurisdizione ordinaria.

Con riferimento a questo tema, la disamina dell'incidenza e del ruolo dell'autonomia privata sembra esaurirsi, di fatto, nell'individuazione dei limiti entro i quali l'autonomia privata si esplica.

In altri termini, occorre individuare quale siano le materie arbitrabili, ma, soprattutto, quali siano le materie non arbitrabili⁹⁶; occorre, in altri termini, selezionare, a seguito di attente valutazioni

⁹⁵ Anche questa, come già chiarito nella prima parte della trattazione, rappresenta espressione dell'autonomia privata.

⁹⁶ Per una analisi da una prospettiva anche di diritto sostanziale, *ex multis*, G. ALPA, V. VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, in AA. VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Milano, 2013, p. 264 e ss.

da compiersi caso per caso, i contesti nei quali non può farsi ricorso all'istituto dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie.

Abbiamo già fatto riferimento⁹⁷ alla possibilità di considerare la distinzione fra norme inderogabili e norme derogabili quale strumento, in mano essenzialmente all'interprete, al fine di ritenere non ammissibile o, piuttosto, ammissibile un determinato accordo anche in materia arbitrale.

Da tale distinzione discenderebbe, conseguentemente, quella fra diritti indisponibili e diritti disponibili che sarebbe più direttamente implicata nelle questioni in questa sede trattate. Le norme inderogabili, che hanno per oggetto diritti indisponibili, sarebbero, pertanto, indici dai quali ricavare la non arbitrabilità della controversia avente ad oggetto tali situazioni; diversamente, le norme derogabili aventi ad oggetto diritti disponibili sarebbero indici dai quali ricavare l'arbitrabilità di queste ultime posizioni soggettive.

Abbiamo già chiarito nella prima parte della trattazione, tuttavia, come le distinzioni fra le diverse tipologie di regole e di diritti, anche qui sopra riportate, sebbene possano rappresentare in astratto un valido strumento in mano all'interprete, non rappresentano un criterio univoco e in assoluto dirimente rispetto alla conclusione o meno dell'ammissibilità di determinati accordi in materia arbitrale. Al contempo, abbiamo già posto in luce come si debba, in ogni caso, guardare allo specifico ambito nel quale le singole disposizioni operano.

⁹⁷ Cfr. quanto già osservato al Cap. I, par. 4 e par. 5.

Una conferma a quanto appena osservato si trova se si guarda a quella letteratura giuridica che, di recente, con riferimento al tema specifico dell'arbitrabilità, ha opportunamente osservato come «tutti i rapporti giuridici di diritto civile, contrattuali o no, siano o no a contenuto patrimoniale, possano essere accertati, valutati o decisi dalla giustizia arbitrale, purché, per la presenza di un interesse generale qualificato non sia necessaria o richiesta la presenza del p.m.⁹⁸ o vi sia una giustificata riserva di giurisdizione statale che abbia una sua ragionevolezza, cioè una giustificazione costituzionale»⁹⁹.

L'auspicabile espansione del ruolo dell'autonomia privata nel contesto dell'arbitrabilità delle controversie deriva, nella lettura

⁹⁸ Le controversie che richiedono la presenza obbligatoria del pubblico ministero riguardano, a titolo esemplificativo, decisioni su *status* della persona (artt. 48, 50, comma 1, e 58 c.c., su scomparsa, assenza e morte presunta), *status* di figlio (artt. 125, 264, 321 e 336 c.c.), matrimonio (artt. 102, comma 5, 117 e 119 c.c.), adozione (art. 313, comma 2 c.c.), interdizione, inabilitazione (artt. 417, 418 e 429, comma 2 c.c.), amministrazione di sostegno (art. 407, comma 5 c.c.), e collocamento (art. 2098 c.c.), e relative deliberazioni assembleari delle persone giuridiche (art. 23 c.c.), e denuncia degli amministratori che, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409 c.c.). Per una differente impostazione rispetto a quella ripresa nel testo A. BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in AA. VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, cit., p. 354 e ss. L'A. precisa che «molteplici contributi, più o meno recenti, hanno reso sufficientemente chiaro che l'intervento del pubblico ministero risponde, nel nostro ordinamento processuale, ad una molteplicità di esigenze diverse, a seconda della pregnanza delle fattispecie dedotte in giudizio; e che non vi è alcuna possibile equazione fra la presenza, obbligatoria o facoltativa, del pubblico ministero e la presenza di diritti indisponibili. Lo ha confermato di recente la soppressione dell'intervento dell'autorità requirente nell'ambito della proprietà industriale [...]».

⁹⁹ In questi termini, P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015, p. 16.

evocata, proprio da una valorizzazione della funzione decisoria quale funzione attribuibile anche all'istituto arbitrale¹⁰⁰.

Quanto sin qui osservato a livello più generale non può, tuttavia, esimere da un confronto più esplicito con l'art. 806, primo comma c.p.c. a tenore del quale, come è noto, «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge».

La disposizione rappresenta il referente normativo al quale dottrina e giurisprudenza hanno fatto e continuano a fare riferimento al fine di ideare argomentazioni in grado di proporre una coerente e compiuta sistemazione della tematica, oggetto anche di queste notazioni, dell'arbitrabilità delle controversie.

Dalla lettura della disposizione si desume, *a contrario*, come arbitrabili siano le controversie che abbiano ad oggetto i cc.dd. diritti disponibili¹⁰¹.

I limiti dell'enucleazione della classe della disponibilità dei diritti, quale strumento ai fini dell'individuazione del requisito dell'arbitrabilità, discendono, soprattutto, dalle difficoltà di individuare con certezza la categoria richiamata.

Esisterebbero, infatti, una varietà di posizioni giuridiche soggettive che sarebbero da considerarsi soltanto relativamente disponibili.

¹⁰⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰¹ Per una disamina critica dei principali orientamenti giurisprudenziali in tema di limiti alla disponibilità dei diritti, cfr. N. SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, p. 117 e ss.

In questo novero è possibile collocare, esemplificando, il diritto al risarcimento del danno derivante da responsabilità contrattuale per dolo o per colpa: tale diritto è, infatti, irrinunciabile soltanto finché non sia divenuto attuale¹⁰²; nello stesso modo può essere considerato il diritto di partecipazione all'impresa familiare che si mostra inalienabile nei confronti della generalità dei consociati, ma trasferibile ad alcuni soggetti¹⁰³; ancora nel medesimo contesto può essere collocato, infine, il diritto sui beni del fondo patrimoniale in presenza di figli minori: esso è infatti alienabile soltanto con l'autorizzazione del giudice¹⁰⁴.

Queste notazioni, oltre ad aprire la strada alla possibile lettura del concetto di disponibilità quale concetto fornito di un certo livello di graduabilità, agevolano la riflessione subito a seguire.

Il trattamento giuridico di queste posizioni soggettive ai fini dell'applicabilità o meno dell'art. 806 c.p.c. sconta il prezzo della

¹⁰² Cfr. il testo dell'art. 1229 c.c. Tale disposizione al primo comma recita: «è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave»; al secondo comma è invece previsto: «è nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico».

¹⁰³ Cfr. il testo dell'art. 230 *bis*, comma 5 c.c.; tale disposizione recita «in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Si applica nei limiti in cui è compatibile la disposizione di cui all'art. 732 c.c.».

¹⁰⁴ Cfr. il testo dell'art. 169 c.c.; tale disposizione recita: «se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o utilità evidente».

difficile collocabilità delle situazioni medesime¹⁰⁵, facendo originare peculiari problematiche con riferimento alle istanze di certezza del diritto che, anche in questo specifico settore dell'ordinamento giuridico, devono essere sufficientemente prese in considerazione e tutelate nella soluzione delle questioni controverse.

Le sopra richiamate perplessità hanno indotto una parte autorevole della dottrina a porre in risalto come «la registrata difficoltà di tracciare il confine tra disponibilità e indisponibilità dovrebbe [...] incoraggiare uno sforzo teso al superamento di tale limite nella direzione del riconoscimento della arbitrabilità delle questioni relative a tutte le situazioni giuridiche, soprattutto quelle patrimoniali, in considerazione dell'oggetto dell'arbitrato o dei settori nei quali esso deve operare»¹⁰⁶.

Occorre a questo punto un chiarimento - dettato anche dal riferimento fatto già nella prima parte di questa trattazione alla questione sulla quale torneremo subito nel prosieguo - rispetto alla tendenza, non soltanto dottrinale¹⁰⁷, alla equiparazione fra

¹⁰⁵ Queste difficoltà sono sottolineate nel contesto dell'arbitrato di diritto societario, fra gli altri, da L. CAPELLI, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 670 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, cit., p. 18 e ss. L'Autore precisa, tuttavia, che «nonostante che il concetto di patrimonialità appaia più ampio di quello di disponibilità, neppure esso è criterio sufficiente, giacché anche nei rapporti patrimoniali potrebbe essere presente un forte interesse generale o pubblico, tale da esigere la presenza del p.m.».

¹⁰⁷ In giurisprudenza, si veda, ad esempio, Cass. 12 settembre 2011, n. 18600, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 1286.

inderogabilità della norma, tutela di una situazione indisponibile¹⁰⁸ e non arbitrabilità della situazione medesima¹⁰⁹.

Il nesso richiamato pare criticabile, a ben guardare, se si utilizzano valutazioni di carattere sistematico dalle quali emerge, in maniera inconfutabile, che la presenza di una normativa inderogabile non rappresenta una sorta di impedimento assoluto alla possibilità di disporre, quanto, piuttosto, la possibilità di disporre rispettando determinate regole.

Provando a dare una dimostrazione esemplificativa di quanto appena sopra osservato possiamo prendere in considerazione l'art. 2441, comma 1 c.c. Tale regola rappresenta una disposizione inderogabile che riconosce ai soci il c.d. diritto di opzione. Ciò non esclude, tuttavia, la disponibilità da parte dell'assemblea dello stesso diritto, qualora lo esiga l'interesse sociale (art. 2441, comma 5)¹¹⁰.

¹⁰⁸ Anche la giustizia arbitrale sul punto sembra esprimere una posizione analoga a quella espressa dalla giurisprudenza richiamata alla nota precedente; un recente lodo dell'11 marzo del 2008 - pronunciato da autorevoli giuristi quali Franco Grande Stevens, Antonio Gambaro e Francesco Denozza - ha infatti statuito che le controversie relative a deliberazioni che approvano un bilancio non vero e non chiaro non sono arbitrabili, in quanto l'interesse alla veridicità delle poste contabili, esposte in un bilancio societario, non è disponibile: in arg. P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, cit., p. 19 e ss. Tale lodo è anche richiamato da S. CERRATO, *La compromettibilità in arbitri dell'impugnativa di bilancio*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 203, nota 22.

¹⁰⁹ In letteratura, ad. esempio, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, p. 566 e ss. Per una proposta di differenziazione dei diversi piani (inderogabilità/indisponibilità) i rilievi di M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 1 e ss.

¹¹⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, cit., p. 19 e ss. L'Autore fa inoltre riferimento agli artt. 2285 e 2437 c.c.

Quanto ricavabile da un'attenta lettura della disposizione appena richiamata può essere traslato nell'ambito oggetto di questa disamina. Si può pertanto affermare la compromettibilità di controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili, purché sussistano indici normativi dai quali ricavare tale conseguenza giuridica.

La diversità delle tipologie di disposizioni prese in considerazione e soprattutto dei diversi ambiti nei quali le medesime operano non può, tuttavia, giustificare l'applicazione di principi differenti nel contesto dei diversi settori disciplinari.

Da quanto appena sopra rilevato, deriva che l'arbitrabilità, quale conseguenza applicabile anche alle fattispecie disciplinate da norme inderogabili, non può, in nessun caso, condurre all'aggiramento del principio di legalità o delle regole che caratterizzano il c.d. giusto processo¹¹¹.

Abbiamo già osservato, del resto - quando, nella prima parte della trattazione, ci siamo occupati dei principi dell'ordine pubblico e del buon costume nei termini di limiti all'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale - che in ragione di un'analisi congiunta dell'art. 24 e dell'art. 111 della Costituzione dovranno ritenersi

¹¹¹ Evidenza di recente la letteratura giuridica che “i principi del giusto processo arbitrale ed in particolare, per quanto riguarda il procedimento, l'imparzialità e il contraddittorio rappresentano il criterio-guida fondamentale per la gestione del processo da parte degli arbitri e costituiscono, ad un tempo, un limite inderogabile alla loro azione”: in questi termini, letteralmente, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 75.

operanti, anche nel contesto del fenomeno arbitrale, differenti principi che potremmo definire a rilevanza costituzionale.

Fra essi rientrano: il principio secondo cui la giurisdizione si realizza mediante un processo a sua volta caratterizzato dal principio del contraddittorio; quello per cui il giudice investito deve essere terzo (rispetto al rapporto controverso) e imparziale (durante lo svolgimento del processo e in ordine alla pronuncia che lo conclude); quello, infine, in forza del quale il processo deve essere di durata ragionevole.

Quanto appena osservato porta coerentemente a considerare più corretto ritenere invalide quelle convenzioni che abbiano ad oggetto materie o diritti che siano in grado di provocare, direttamente o indirettamente, una violazione dei principi sopra richiamati, piuttosto che fare riferimento a criteri quali la differenza fra derogabilità e inderogabilità delle disposizioni in materia arbitrale, ovvero quali la distinzione fra disponibilità o indisponibilità dei diritti arbitrabili. Ovvero, mutuando la medesima terminologia, potranno definirsi contrarie a norme inderogabili le convenzioni in violazione dei principi sopra richiamati; potranno definirsi conformi a norme comunque derogabili le convenzioni che non provochino una lesione dei principi costituzionali presi in esame.

Anche rispetto a questo snodo emerge l'impostazione del metodo basato sul rispetto dei principi costituzionali quale strumento per ricostruire i margini di operatività dell'autonomia privata nell'arbitrato.

Da una differente prospettiva, ma giungendo di fatto ad analoghe conclusioni, si è efficacemente osservato come “la flessibilità del

processo arbitrale non può mai portare ad un'incompletezza (o sommarietà) della cognizione, bensì vale esattamente il contrario: è unicamente finalizzata alla ricerca di una decisione accertativa di massima qualità¹¹².

L'applicazione dei principi sopra richiamati al fenomeno dell'autonomia privata in sede arbitrale apre la strada ad un'ulteriore complessa questione: quella dei cc.dd. limiti di ordine processuale in materia di arbitrabilità.

Sulla base di quanto sin qui osservato e dell'applicabilità quindi degli artt. 24 e 111 della Carta Costituzionale alla materia arbitrale, può ritenersi che non paiono compromettibili, ad esempio, i cc.dd. procedimenti monitori che sono caratterizzati da un rito sommario svolto senza contraddittorio¹¹³.

Parimenti devono essere considerati non compromettibili i procedimenti incidentali ad altri giudizi preordinati all'esecuzione o all'accertamento di responsabilità. Essi rappresentano un momento delicato di un meccanismo procedurale più ampio che, «per portare al risultato prefisso, deve godere di una certa continuità e di una struttura organica»¹¹⁴.

Sempre nello scenario della non compromettibilità deve inserirsi anche la disciplina del fallimento «nell'ambito della quale esigenze

¹¹² In questi termini le riflessioni di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 24 e ss.

¹¹³ Cfr. L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, p. 58 e ss.; più di recente, in arg., A. BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, cit., p. 352 e ss.

¹¹⁴ Cfr. A. BERLINGUER, *op. cit.*, p. 353 e ss. Rappresentano un esempio dei procedimenti richiamati nel testo i giudizi di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi.

di ordine cognitivo, cautelare, esecutivo rendono impraticabile l'arbitrato, almeno per tutte le vicende legate all'accertamento e alla gestione della posizione debitoria del fallito»¹¹⁵.

Anche in tale caso vi sarebbe, pertanto, per l'ipotesi di sottoposizione ad arbitrato della vicenda concretamente realizzatasi, una violazione dei principi del contraddittorio, della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata del processo, desumibili tutti da una lettura unitaria e congiunta dell'art. 24 e dell'art. 111 della Carta Costituzionale.

Non può ad ogni modo sottacersi l'impostazione secondo la quale - con riferimento specifico al procedimento per ingiunzione o per convalida di sfratto - per valutare l'incompromettibilità occorrerebbe avere riguardo esclusivamente ai diritti soggettivi in gioco¹¹⁶.

Tale lettura, seppur autorevolmente prospettata, non sarebbe da considerarsi tuttavia accoglibile per le ragioni, alle quali abbiamo del resto già fatto riferimento, che inducono a ritenere non utilizzabili, ai fini della distinzione fra materia arbitrabile e materia non arbitrabile, criteri impostati sulla natura giuridica dei diritti oggetto del giudizio arbitrale.

Per esigenze di completezza della trattazione deve osservarsi come al di fuori del contesto dei limiti processuali all'arbitrabilità si ponga il tema, anch'esso certamente rilevante, della

¹¹⁵ A. BERLINGUER, *op. cit.*, p. 353; secondo l'Autore, tuttavia, uno spazio si aprirebbe, sempre nel medesimo contesto, rispetto alle cc.dd. liti recuperatorie.

¹¹⁶ Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2015, p. 83 e ss.

compromettibilità delle liti di diritto del lavoro e di un peculiare settore della materia successoria.

Con riferimento al primo gruppo di ipotesi, l'art. 806 c.p.c. sembra sancire la piena compromettibilità di queste controversie. La necessità che l'arbitrato sia regolato dalla legge o dai contratti collettivi rappresenta, esclusivamente, una mera condizione di legittimità dell'arbitrato e non di arbitrabilità¹¹⁷.

Parte della dottrina precisa che in virtù della nuova normativa¹¹⁸ sarebbe possibile distinguere, nella materia qui in esame, fra arbitrato da clausola compromissoria e da compromesso; soltanto per il primo varrebbe la condizione per cui questo debba essere disciplinato dai contratti collettivi¹¹⁹.

Per quanto concerne il secondo gruppo di ipotesi, il riferimento più esplicito, nel vasto ambito successorio, è alla validità o meno di un vincolo arbitrale che abbia ad oggetto controversie relative alla quota di legittima.

¹¹⁷ Come opportunamente sottolinea la dottrina processual-civilistica, la distinzione non è di poco conto; si evidenzia infatti che «la scelta fra le due teorie non è innocua [...] il lodo sarà annullabile solo nei limiti dell'impugnazione per nullità, entro un determinato termine; se si accede alla teoria qui contestata, invece, il lodo sarà sempre impugnabile con un'autonoma *actio nullitatis*»: in questi termini, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 97 e ss.

¹¹⁸ Quanto riportato a seguire nel testo si desumerebbe dal confronto fra il nuovo articolo 412 *quater*, novellato dal nono comma dell'art. 31, l. n. 183 del 2010 e il decimo comma di quest'ultimo articolo.

¹¹⁹ Cfr. G. F. RICCI, *Diritto processuale civile. III. Il processo di esecuzione. I procedimenti speciali*, Torino, 2013, p. 505 e ss.; in arg. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I*, Torino, 2014, *passim*.

A tale riguardo autorevole dottrina ha posto in risalto che la richiamata previsione sarebbe nulla in quanto aggraverebbe una posizione successoria che la legge vuole libera da “pesi o condizioni”¹²⁰.

L’art. 549 c.c. recita, infatti, come è noto, che «il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari, salva l’applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro».

Sulla base di una differente impostazione si è ad ogni modo evidenziato che «in realtà la previsione della competenza arbitrale non diminuisce i diritti dei legittimari, né li modifica ma piuttosto configura un mezzo attuativo dell’art. 549; l’arbitro dovrà comunque rispettare l’an e il *quantum* dei diritti di riserva, garantiti dall’appellabilità del lodo per nullità e per ricorso in Cassazione»¹²¹.

Nello stesso condivisibile orizzonte interpretativo si pone l’orientamento dottrinario secondo il quale «se in virtù dell’applicazione delle norme contenute nel titolo IV del libro II - unica deroga prevista dall’art. 549 c.c. - è consentito al testatore di deferire ad un arbitratore la composizione delle quote (compresa la riserva) e/o la stima dei beni destinati a far parte delle medesime con il limite della manifesta iniquità [...], a maggior ragione deve ritenersi permessa l’attribuzione ad arbitri del compito di decidere

¹²⁰ In questi termini, L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1982, p. 89 e ss.

¹²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, cit., p. 10 e ss.

le controversie relative alla composizione o alla stima effettuata dal testatore»¹²².

La lettura qui accolta si lascia inoltre prediligere sulla base della valorizzazione della funzione decisoria insita nel fenomeno arbitrale; tale impostazione è preferibile, inoltre, in virtù del carattere strumentale proprio del processo arbitrale (e, del resto, di quello ordinario), rispetto alle situazioni soggettive sostanziali che, attraverso questi fenomeni procedurali, vengono protette o tutelate.

La disposizione di cui all'art. 549 c.c. sarebbe norma avente carattere sostanziale: in questo ambito dovrebbero collocarsi pertanto i pesi e le condizioni che la regola medesima prevede, assoggettandoli a divieto di imposizione.

Analoghe problematiche sono connesse, in quanto ad ambito oggettivo di applicabilità della fattispecie in esame, infine, agli atti o i comportamenti della pubblica amministrazione.

Su questo specifico aspetto si è scritto, di recente, che il fatto che determinati rapporti siano oggetto di cognizione del giudice

¹²² F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 817 e ss.; l'A. evidenzia inoltre che «se insorge una lite di cui sono parte gli eredi necessari si prospettano due ipotesi alternative: o gli arbitri la compongono correttamente, rispettando i diritti di riserva, ed allora i soggetti di cui all'art. 536 c.c. potranno conseguire tale quota senza pesi vietati dall'art. 549 c.c.; oppure gli arbitri pervengono ad una decisione ingiusta violando i diritti dei legittimari, ed allora questi ultimi potranno appellare il lodo per violazione di norme giuridiche, non derogabili nemmeno in un giudizio di equità; in altre parole, dal carattere strumentale del processo (ordinario o arbitrale) rispetto ai diritti sostanziali - tra i quali il diritto ad ottenere una quota di legittima priva di pesi disciplinato dall'art. 549 c.c. - si ricava che l'obbligo imposto ai legittimari di devolvere le controversie ad arbitri costituisce non un'infrazione al divieto di cui all'art. 549 c.c., ma piuttosto un mezzo per ottenere la sua osservanza».

amministrativo, e, quindi, di giurisdizione esclusiva, non implica, per ciò solo, che non ci sia spazio per l'esplicazione dell'autonomia privata e, quindi, per la compromettibilità in arbitri delle controversie potenziali in questo specifico settore¹²³.

La legislazione speciale ha avuto un atteggiamento ondivago, introducendo e sopprimendo, varie volte e in diverse circostanze, il divieto di compromettere in arbitri e di inserire la clausola arbitrale in materia di appalti pubblici¹²⁴.

Nella direzione di una soluzione positiva sembra porsi il codice dei contratti pubblici (cfr. d. lg. 12.4. 2006, n. 163).

Tale complesso di regole, in particolare, ha introdotto, attraverso l'art. 241, la disposizione secondo cui «le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento

¹²³ Cfr. G. ALPA, V. VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, cit., p. 266 e ss.

¹²⁴ La giurisprudenza sembra riconoscere un generale potere di compromettere anche alla pubblica amministrazione sul presupposto che tale potere derivi dall'applicazione dei profili caratterizzanti l'autonomia privata anche nell'ambito qui in esame. A riguardo, in particolare, sembra opportuno confrontare Cass. 8.11.1984, n. 5637 (in *Giust. civ. mass.*, 1984) ove può leggersi che «allorché la pubblica amministrazione si avvalga, per la realizzazione dei suoi fini, degli strumenti e delle facoltà tipici della privata autonomia negoziale, essa, ferme le regole sul procedimento di formazione e di esplicazione della volontà dell'ente pubblico, e salvi i limiti e i divieti specificamente posti dalla legge anche all'attività di diritto privato della p.a., si pone sullo stesso piano di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, e gode degli stessi diritti e poteri comuni a tali soggetti, ed in tale veste nulla vieta che, nei limiti in cui è consentito il ricorso all'arbitrato a norma dell'art. 806 c.p.c., anche alla p.a., possa stipulare un compromesso o una clausola compromissoria per arbitrato secondo equità».

dell'accordo bonario previsto dall'art. 240 possono essere deferite ad arbitri».

L'art. 133 del codice del processo amministrativo (d.lg. 2.7.2010, n. 104) ha, invece, individuato le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche in ambito di contratti pubblici.

Quel che pare si possa ritenere, in questa materia, quale risultato interpretativo plausibile - visti anche gli indici normativi contraddittori e che si muovono, in alcune circostanze, addirittura in direzioni opposte - è che non sia possibile affermare una soluzione univoca e generalizzabile circa l'arbitrabilità o meno di determinate controversie.

La soluzione della compromettibilità delle controversie deve essere pertanto prospettata caso per caso, tentando di valorizzare gli indici normativi settorialmente rilevanti e gli interessi che questi medesimi indici tendono a porre in risalto.

Ove tali indici e tali interessi si mostrino compatibili con l'utilizzo dello strumento arbitrale dovrà concludersi per l'arbitrabilità della materia in esame; ove ciò non dovesse accadere, la conclusione sarà quella della non arbitrabilità della controversia.

Occorre precisare, in conclusione, che la disciplina in principio contenuta negli artt. 241-243 del d.lgs n. 163 del 2006 è ora contenuta negli artt. 209-210 del d.lgs. n. 50 del 2016. Tale variazione non è di poco conto perché ha risvolti e contenuti anche sostanziali.

Nel nuovo codice non è più presente, infatti, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 241 secondo la quale era fonte di nullità non solo "l'inclusione della clausola compromissoria senza preventiva autorizzazione", ma allo stesso modo "il ricorso all'arbitrato senza preventiva autorizzazione".

Da tale modifica la letteratura giuridica ha desunto che «questa mancanza elimina alla radice l'equivoco nel quale la lettera di quella disposizione poteva indurre a cadere e cioè che per aversi il giudizio arbitrale occorresse non solo una clausola compromissoria previamente autorizzata, ma anche un successivo avvio del giudizio arbitrale previamente autorizzato»¹²⁵.

2. La clausola compromissoria nei contratti in serie, con il consumatore e con il risparmiatore.

L'autonomia privata che si esprime a mezzo della clausola compromissoria - figura sulla quale ci siamo già soffermati in diversi passaggi sino a qui - incontra determinati limiti che derivano dalla peculiare collocazione della clausola medesima all'interno di alcune tipologie contrattuali e, soprattutto, nell'ambito di determinati rapporti nei quali sembra rilevare la posizione di diverso potere economico/contrattuale delle parti medesime.

In determinati ambiti disciplinari, quali, in particolare, quelli tratteggiati dagli artt. 1341 e 1342 c.c., il collegamento fra clausola

¹²⁵ Cfr. E. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1609.

compromissoria e tipologia di arbitrato (arbitrato rituale/arbitrato irrituale) vale a creare, sulla base di alcune letture, una differenziazione rispetto al giudizio di vessatorietà della clausola medesima.

Si è osservato a riguardo, recentemente, che «a mente di dette norme, che accomunano nella qualificazione di vessatorietà clausole compromissorie e clausole di deroga alla giurisdizione, si è ritenuto infatti che solo l'arbitrato rituale fosse l'unico a comportare una deroga alla giurisdizione e potesse qualificarsi come vessatorio; mentre l'arbitrato irrituale doveva ritenersi esente dagli obblighi previsti dalla disciplina codicistica»¹²⁶.

A ben guardare una distinzione come quella appena prospettata non pare condivisibile in ragione della crescente regolamentazione di molti dei profili che riguardano l'arbitrato irrituale che non consentirebbe una diversificazione del trattamento giuridico anche rispetto alla materia della quale ci stiamo occupando.

Maggiormente sfaccettato e complesso si presenta il quadro che emerge dalla disamina della tematica - alla quale, del resto, abbiamo già fatto riferimento nella prima parte della trattazione -

¹²⁶ Cfr. A. BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, cit., p. 356. La giurisprudenza pone in evidenza come la differente natura della clausola compromissoria negli ambiti sopra individuati sia in grado di influire sul trattamento giuridico; mentre, quindi la clausola per arbitrato rituale mantiene la propria autonomia rispetto al contratto cui accede, quella irrituale, quale negozio di secondo grado, mandato a transigere, arbitraggio della transazione o dell'accertamento, non può sopravvivere al contratto stesso e viene travolta dalla sua invalidità: in tema, fra le altre, Cass. 2.7.1981, n. 4279, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Arbitrato*, n. 61.

del valore della clausola compromissoria all'interno della categoria dei contratti dei consumatori.

Alcune sollecitazioni provengono, in questo ambito, anche dalla legislazione comunitaria. Con la Direttiva 93/13/CE, il legislatore comunitario ha inserito un allegato contenente un elenco di clausole presuntivamente vessatorie; il n. 1 lettera a) di tale elenco ha previsto le clausole che hanno per oggetto o per effetto quello di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali, obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o impedendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe su un'altra parte del contratto.

La legge 6 febbraio 1996, n. 52 - tramite la quale il legislatore italiano ha recepito la sopra richiamata direttiva - ha operato la scelta di non fare alcuna menzione del patto arbitrale quale ipotesi da far rientrare nel novero delle clausole da considerare vessatorie sino a prova contraria¹²⁷.

L'art. 1469 *bis* c.c. al n. 18 trascura ogni riferimento all'arbitrato e delinea un testo, oggi fedelmente trasposto nell'art. 33 comma 2 lett. t) del codice del consumo, secondo il quale sono da considerarsi vessatorie quelle clausole che hanno l'effetto di «sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni delle facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità

¹²⁷ In arg. G. SALVI, *L'arbitrato nei contratti dei consumatori: il giudizio di vessatorietà della clausola compromissoria*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 217 e ss.

giudiziaria, limitazioni all'allegazione di prove, inversioni, modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi»¹²⁸.

Il silenzio del legislatore in tema di arbitrato ha dato luogo a diverse interpretazioni, frutto dei diversi dubbi interpretativi circa il trattamento giuridico da riservare alla clausola compromissoria inserita all'interno dei contratti dei consumatori.

Secondo un primo orientamento, il patto compromissorio sarebbe da considerarsi vessatorio se non oggetto di trattativa individuale, in quanto derogatorio della competenza giudiziaria a favore di altra giurisdizione, quella arbitrale, prescindendosi anche da eventuali differenziazioni fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale¹²⁹.

A conferma di quanto sopra affermato è presa in considerazione anche la disciplina comunitaria nella quale si fa espressa menzione dell'arbitrato nell'ambito della elencazione dei patti presuntivamente abusivi.

¹²⁸ Occorre ricordare come la Commissione Alpa abbia di fatto proposto «al fine di favorire l'utilizzo dell'arbitrato anche nelle controversie con i consumatori e di evitare interpretazioni discordanti dell'ambigua disposizione di cui all'art. 33, 2 lett. t), [...] di modificare tale norma introducendo una deroga a favore delle convenzioni arbitrali, seppure individuando specifiche condizioni a tutela del consumatore»: cfr. G. ALPA, *Riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo a mediazione, negoziazione assistita e arbitrato. Proposte della Commissione Alpa*, cit., p. 24 e ss.

¹²⁹ Cfr. G. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 424 e ss.; F. LAPERTOSA, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1997, p. 357 e ss.

Ogni interpretazione differente da quella appena sopra riportata dovrebbe considerarsi, pertanto, in evidente violazione della normativa comunitaria¹³⁰ e, conseguentemente, rappresenterebbe una strada ermeneutica non agevolmente percorribile.

Una differente lettura impiega il testo di origine comunitaria al fine di distinguere fra clausole dirette all'instaurazione di un arbitrato rituale e quelle dirette all'instaurazione di un arbitrato irrituale.

Valorizzando l'espressione della Direttiva in forza della quale si considerano abusive le clausole relative all'arbitrato non disciplinate da disposizioni giuridiche, si è ritenuto che in caso di arbitrato rituale il patto compromissorio mantenesse la propria validità, trattandosi di procedura disciplinata da regole giuridiche.

Nella diversa ipotesi di arbitrato irrituale mancherebbe la normativa di riferimento; la procedura sarebbe di fatto disciplinata dalla volontà delle parti. Ne consegue che la clausola che demandi la controversia al giudizio di un arbitrato irrituale, da ritenersi valida nella normalità dei casi, risulterebbe invalida se inserita in un contratto fra consumatore e professionista¹³¹.

Il processo di progressiva regolamentazione anche dell'arbitrato irrituale, al quale abbiamo del resto già fatto riferimento, sembra far vacillare la rilevanza della distinzione sopra richiamata (quella fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale); la presenza o l'assenza di una disciplina non potrebbero essere considerate criteri utili ai fini della

¹³⁰ Per maggiori approfondimenti, F. LAPERTOSA, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit. p. 372 e ss.

¹³¹ In arg., G. SALVI, *L'arbitrato nei contratti dei consumatori: il giudizio di vessatorietà della clausola compromissoria*, cit., p. 219 e ss.

differenziazione delle valutazioni circa il giudizio di vessatorietà della clausola compromissoria.

Occorre, per completezza, menzionare un indirizzo interpretativo particolarmente favorevole all'impiego delle clausole compromissorie anche nel contesto dei contratti fra consumatori e professionisti.

Alla luce di questa lettura il mancato inserimento del patto compromissorio nell'elenco delle clausole vessatorie non può considerarsi una svista del legislatore nazionale, ma una scelta assolutamente consapevole e intenzionale.

Questa opzione di politica normativa, sebbene realizzata attraverso un contegno omissivo, sottende il *favor*, sempre normativo, dell'impiego dell'arbitrato come tecnica alternativa di risoluzione delle controversie, anche nei contratti, ai quali ci stiamo riferendo in questa sede, fra professionisti e consumatori¹³².

Valutazioni di carattere sistematico invitano, tuttavia, a riflettere sul dato della disparità di trattamento che una lettura - come quella appena sopra riportata - genererebbe; tale disparità riguarderebbe, da un lato, la disciplina dettata dall'art. 1341 c.c. e, dall'altro lato, quella dei contratti fra professionisti e consumatori.

La maggiore sensibilizzazione rispetto alla salvaguardia di esigenze di tutela che dovrebbe caratterizzare il trattamento giuridico delle clausole compromissorie inserite nell'ultima categoria contrattuale richiamata - e frutto del diverso potere contrattuale dei soggetti

¹³² Cfr. P. STANZIONE, *Clausole compromissorie, arbitrato e tutela dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, p. 1172 e ss.

coinvolti - verrebbe ulteriormente frustrata dalla qualificazione normativa, operata in altro contesto, della clausola compromissoria nei termini di clausola vessatoria: tale attributo è infatti presente nella disciplina dettata dall'art. 1341 c.c., alla quale abbiamo già fatto riferimento in diversi passaggi della trattazione.

L'atteggiamento della giurisprudenza è di adesione all'impostazione che considera vessatoria la clausola compromissoria: le decisioni delle corti sono inclini, anche se sulla base di una pluralità di motivazioni, ad affermare la nullità della clausola compromissoria e, in senso più generale, l'incompatibilità fra l'istituto dell'arbitrato e la figura giuridica del consumatore¹³³.

Questa lettura sembra, in ogni caso, in contrasto con il processo di valorizzazione comunitario e interno del fenomeno arbitrale¹³⁴.

Con riferimento specifico a quest'ultimo contesto, in particolare, può considerarsi, fra le altre, l'iniziativa che si è concretizzata con l'introduzione dell'art. 29 d.lg. 28 dicembre 2005, n. 262.

Tale disposizione ha previsto, come è noto, all'interno del T.U.B. (Testo Unico Bancario)¹³⁵, un nuovo articolo 128 *bis* il quale, attraverso una delega al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, ha dato vita all'Arbitrato Bancario Finanziario¹³⁶.

¹³³ Cfr., *ex multis*, Trib. Padova, 23.2.2004, in *Mass. Giur. civ. patavina*, 2006.

¹³⁴ Per una disamina di tale sviluppo G. SALVI, *L'arbitrato nei contratti dei consumatori: il giudizio di vessatorietà della clausola compromissoria*, cit., p. 199 e ss.

¹³⁵ La normativa richiamata nel testo è contenuta, come è noto, nel D. lg. 1 settembre 1993, n. 385.

¹³⁶ Per una prima informazione, E. MINERVINI, *L'arbitrato bancario finanziario*, Napoli, 2014, p. 7 e ss.; G. GUIZZI, *L'Arbitrato Bancario*

Il processo richiamato pare confermare le valutazioni già prospettate nella prima parte della trattazione. Alla luce di quanto detto deve ritenersi assolutamente non condivisibile l'impostazione che predichi un giudizio aprioristico sul regime disciplinare da applicarsi alla clausola compromissoria.

Tale conclusione può mantenersi ferma anche se il giudizio evocato debba essere operato rispetto ad una categoria contrattuale le cui peculiarità hanno indotto il legislatore interno a dar vita a una disciplina settoriale che, come è noto, prende il nome di Codice del consumo e che è in particolare volta a tutelare il consumatore¹³⁷ nel caso in cui intraprenda una iniziativa contrattuale con soggetti dotati di un maggiore potere contrattuale (i cc.dd. professionisti).

In virtù di quanto osservato può ribadirsi che l'invalidità della clausola compromissoria debba riscontrarsi esclusivamente nelle ipotesi in cui da essa derivi la costruzione di un fenomeno arbitrale nel quale i principi, ai quali abbiamo più volte fatto riferimento e che trovano nella Carta Costituzionale il loro fondamento e la loro più compiuta disciplina, non siano rispettati, dovendosi, quindi, escludere che la condizione di diverso potere contrattuale fra le parti sia elemento sufficiente, di per sé, a dar vita a un arbitrato "viziato" e, ancor prima, ad una manifestazione dell'autonomia contrattuale da ritenersi invalida.

Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'Abf, in *Soc.*, 2011, p. 1216 e ss.

¹³⁷ Sulla nozione di consumatore, *ex multis*, C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 775 e ss.

La funzione dei principi costituzionali più volte evocati si realizza, quindi, trasversalmente nei diversi ambiti in cui opera l'autonomia privata nel contesto arbitrale.

Questa soluzione si lascia prediligere anche in ragione della necessaria valorizzazione dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale; a tale fenomeno abbiamo fatto riferimento in diversi passaggi della trattazione.

Occorre, infatti, chiarire come detta autonomia sarebbe ingiustificatamente depotenziata nel momento in cui si considerasse sufficiente ad affermare l'invalidità di una determinata clausola arbitrale l'inserimento di tale previsione all'interno di una determinata fattispecie contrattuale (contratto fra consumatore e professionista).

L'effetto inaccettabile sarebbe quello di precludere alle parti il potere di scegliere (in tal caso l'arbitrato come mezzo di risoluzione di quella determinata controversia) e di regolamentare, attraverso gli strumenti normativamente consentiti, quella scelta.

In ragione di quanto detto occorrerebbe anche riconsiderare il valore precettivo dell'art. 1341 secondo comma c.c che, come del resto già osservato, considera in ogni caso prive di effetto anche le clausole compromissorie.

Tale riconsiderazione importerebbe la critica di ogni interpretazione che configuri come inefficaci le clausole compromissorie inserite nelle cc.dd. "Condizioni generali del contratto", senza operare una valutazione specifica della realizzazione del fenomeno arbitrale nella fattispecie concreta; a tal fine dovranno essere utilizzati quali

parametri i medesimi principi costituzionali ai quali abbiamo più volte fatto riferimento.

Sulla base delle osservazioni appena prospettate dovrebbe infatti superarsi l'interpretazione letterale che considera in ogni caso inefficace la clausola compromissoria quando essa risulta inserita in un contratto rientrante nella disciplina dell'art. 1341 c.c.

Questa impostazione consentirebbe di dare vita ad una lettura unitaria e coerente del fenomeno dell'introduzione delle clausole compromissorie all'interno di fattispecie contrattuali caratterizzate da una disparità di potere contrattuale fra le parti.

3.L'arbitrabilità delle controversie antitrust: dubbi e prospettive di soluzione.

Occorre a questo punto verificare se sia possibile confermare quanto sin qui osservato in tema di relazione fra autonomia privata e arbitrato facendo riferimento all'applicazione dell'istituto in esame nel contesto della materia antitrust¹³⁸.

¹³⁸ In arg., *ex multis*, R. NAZZINI, *Arbitrato e concorrenza tra giustizia privata ed esigenze pubblicistiche di tutela*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 553 e ss.; M. LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, in *Annali it. dir. aut.*, 2006, p. 95 e ss.; P. BERNARDINI, *Concorrenza e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 434 e ss.; G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e la questione ancora aperta*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 12 e ss.

La disciplina antitrust trova, come è noto, il suo fondamento negli artt. 101 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, nonché negli artt. 2 e ss. della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Questo complesso di regole è caratterizzato, per la maggior parte, da norme di carattere imperativo che le parti non possono derogare, né con riferimento al loro contenuto, né rispetto alla loro portata precettiva¹³⁹.

Tale inderogabilità sembrerebbe derivare dall'esigenza insopprimibile della costruzione di un mercato comune in funzione della quale le norme *antitrust* e quelle dirette a garantire la libertà di concorrenza e la libera circolazione delle merci furono assegnate originariamente alla sovranità comunitaria¹⁴⁰.

All'interno di queste disposizioni, ne esistono soprattutto alcune, rilevanti per la materia che stiamo qui trattando, che prevedono una competenza esclusiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della Commissione¹⁴¹ nel rilascio di autorizzazioni o esenzioni, nonché del giudice amministrativo/comunitario nel caso di impugnazioni delle decisioni assunte da tali Autorità.

Queste disposizioni prevedono il divieto del ricorso all'arbitrato. Al di fuori di queste fattispecie, si ritiene che le norme sostanziali,

¹³⁹ Cfr., con riferimento alla materia arbitrale, M. CURATOLA, *Le materie arbitrali*, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 40 e ss.

¹⁴⁰ In arg. C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 520 e ss.

¹⁴¹ Il *discrimen* deriva dalla circostanza che si faccia riferimento al mercato nazionale o a quello comunitario.

relative alla concorrenza, non abbiano sempre ad oggetto diritti indisponibili pur essendo di natura imperativa.

Questa distinzione è ripresa da una pronunzia della Corte di Appello di Milano del 13 settembre 2002¹⁴² dalla quale emerge, in maniera chiara, come del resto già chiarito in altri passaggi della trattazione, che non tutte le norme imperative hanno ad oggetto diritti indisponibili, cioè sono tali da sottrarre le posizioni giuridiche soggettive dalla disponibilità dei privati.

Dalla lettura della pronunzia si evince come la Corte ritenga che «gli articoli 806 c.p.c. e 1966 c.c. - che escludono dalla compromettibilità in arbitrati nazionali le controversie su diritti che per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti - impediscono di compromettere le controversie aventi ad oggetto solo quei diritti - di regola, ma non sempre, personali o personalissimi - che sono irrinunciabili, intrasmissibili ed imprescrittibili (e dei quali perciò non si può disporre con transazione o compromesso), fermo restando che non tutte le norme imperative hanno ad oggetto diritti indisponibili potendo esse agire con comandi o divieti pur sempre perentori ma nel territorio dei diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia conformato da una disciplina inderogabile che preveda, ad esempio, specifiche sanzioni di nullità di atti o fatti illeciti»¹⁴³.

¹⁴² Cfr. Corte di Appello di Milano, 13 settembre 2002, in *Dir. ind.*, 2003, p. 346 e ss.

¹⁴³ In arg. G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1207 e ss: questo lavoro è anche reperibile in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, p. 355 e ss. dal quale si cita in questa occasione.

Su queste conclusioni si attesta anche la letteratura giuridica preferibile secondo la quale l'arbitrato può rappresentare strumento fisiologico per la soluzione di controversie anche nel caso in cui vengano in rilievo norme di applicazione necessaria.

Queste disposizioni possono, infatti, essere applicate anche dall'arbitro, dal momento che in ogni caso è possibile fare affidamento sul controllo del giudice sull'esito finale¹⁴⁴.

La medesima dottrina evidenzia, in maniera netta, come tra gli effetti della richiamata sentenza dovrebbe collocarsi anche quello di «ridurre il ricorso da parte dei convenuti a eccezioni di arbitrabilità pretestuose basate sulla rilevanza della concorrenza sulla soluzione della controversia, che sarebbero altrimenti troppo facili vista la crescente coscienza del rilievo di questa normativa e il numero delle situazioni nelle quali potrebbe affermarsi, a torto o ragione, che questa assume rilievo»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cfr. G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., p. 12 e ss.; in tema anche le considerazioni di M. CURATOLA, *Le materie arbitrali*, cit., p. 41 e ss. Il tema più generale del rapporto fra arbitrato e giudice è stato enfatizzato dalla letteratura al fine di porre in evidenza il reale ruolo dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale. Si scritto a riguardo: «autonomia non vuol dire che la volontà privata possa esplicitarsi in una dimensione autosufficiente, dato che l'arbitrato ha costantemente necessità della collaborazione del giudice ordinario per averne la forza coattiva nei momenti essenziali dell'instaurazione del procedimento, con la nomina degli arbitri ove manchi un atto di volontà (art. 810), con la sostituzione dell'arbitro venuto meno (art. 811) o inadempiente (art. 813 *bis*); nel corso del procedimento (es. art. 816 *ter*), oppure al suo termine (con la *vis* esecutiva conferita dal decreto del giudice unico del tribunale *ex* art. 825, comma 3)». In questi termini, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in F. Carpi (diretto da), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 2 e ss.

¹⁴⁵ G. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 12 e ss.

L'orientamento giurisprudenziale richiamato è stato confermato da una ulteriore pronunzia emanata sempre della Corte di Appello di Milano.

La Corte nel provvedimento n. 1897 del 15 luglio 2006 ha, infatti, ribadito che «sono da ritenersi pacificamente arbitrabili le questioni in materia di concorrenza sia di diritto interno che comunitario; nessun particolare inconveniente può derivare in proposito dal fatto che un lodo estero (nella specie svizzero) non sia sindacabile per violazione di norme di diritto nel paese di provenienza, perché al giudice (italiano) dell'*exequatur* è sempre possibile verificarne la conformità all'ordine pubblico (nella specie sussistente)»¹⁴⁶.

Da quanto sin qui affermato può desumersi che anche con riferimento alla materia in esame non può parlarsi di arbitrabilità o non arbitrabilità di una determinata controversia sulla base di un giudizio astratto e a priori.

Ogni valutazione di tale natura deve, infatti, essere compiuta caso per caso, coniugando gli aspetti giuridicamente rilevanti e le disposizioni coinvolte nella fattispecie in esame con la fattispecie concretamente verificatasi nella prassi.

Pertanto può ritenersi che l'invalidità della clausola compromissoria, avente ad oggetto la materia *antitrust*, possa riscontrarsi esclusivamente nelle ipotesi in cui attraverso tale clausola si sia dato vita ad un fenomeno arbitrale (concretamente operante) nel quale i principi che trovano nella Carta Costituzionale

¹⁴⁶ Cfr. Corte di Appello Milano, 15 luglio 2006, n. 1897, in *Riv. arb.*, 2006, p. 744.

il loro fondamento, e volti alla salvaguardia della correttezza del processo ordinario e arbitrale, non siano rispettati.

Deve quindi escludersi che la mera inclusione della normativa *antitrust* nella materia arbitrabile sia elemento sufficiente di per sé a dar vita a un arbitrato “viziato” e, ancor prima, ad una manifestazione dell’autonomia contrattuale da ritenersi invalida.

Può pertanto concludersi che neppure la normativa *antitrust* sia da considerarsi quale limite all’esercizio dell’autonomia privata, ad opera dei soggetti legittimati ad esercitarla, nell’ambito del fenomeno arbitrale.

La rimozione di ogni infondato limite all’utilizzabilità dell’istituto arbitrale vale, d’altro canto, qui solo per inciso, a elidere ogni atteggiamento culturale di scetticismo che origina dalla configurazione della figura giuridica stessa quale mero surrogato della c.d. giustizia ordinaria.

In questa direzione sembra inoltre andare la riforma del 2006 che ha previsto, come del resto meglio chiariremo nel paragrafo successivo, la possibilità di una clausola compromissoria, per definizione accessoria ad un contratto, in grado di devolvere agli arbitri anche le liti che hanno come sfondo una responsabilità di tipo aquiliano.

Nella medesima prospettiva, vale a dire quella di una crescente valorizzazione dell’istituto arbitrale, si muovono gli spunti di riflessione che - come vedremo con maggiore attenzione nella parte

della trattazione a ciò dedicata¹⁴⁷ - provengono, come del resto già anticipato, da un esame comparato della figura giuridica qui in esame.

Un ultimo ordine di considerazioni - in relazione sempre al tema della arbitrabilità della materia *antitrust* - deriva dalla constatazione, effettuata a livello empirico, di come le controversie *antitrust* abbiano in prevalenza per oggetto la nullità di contratti o intese per la asserita violazione di norme protettive della concorrenza¹⁴⁸.

Tale considerazione apre la strada all'opportunità di un confronto con la lettura dell'art. 1972 c.c.: tale disposizione disciplina, come è noto, la fattispecie della "transazione su titolo nullo".

Esigenze di coerenza sistematica rendono auspicabile un tale tipo di raffronto, nonostante la dottrina tenda ad evidenziare come non appartenga ai principi incontrovertibili quello secondo cui il disposto dell'art. 1972 c.c. debba essere automaticamente esteso all'arbitrato rituale¹⁴⁹.

Le alternative che si dischiudono all'occhio dell'interprete sono quindi astrattamente due.

È, infatti, possibile che il contratto nullo per violazione di norme antitrust rientri nell'ambito del primo comma della disposizione

¹⁴⁷ Cfr. quanto più nel dettaglio osserveremo al Cap. IV di questa trattazione, con particolare riguardo al modello inglese e americano di disciplina del fenomeno dell'autonomia privata nell'arbitrato.

¹⁴⁸ Sul tema, fra gli altri, U. DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 401 e ss.

¹⁴⁹ Per i termini di questo dibattito, G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, cit., p. 386; ivi anche per una puntuale e accurata indicazione bibliografica.

richiamata che regola il c.d. contratto illecito; ovvero è, inoltre, possibile che la fattispecie richiamata rientri nel successivo secondo comma della disposizione che disciplina i cc.dd. casi ulteriori¹⁵⁰.

Al di là del merito di ogni ulteriore approfondimento volto a gettare luce su quale possa considerarsi il comma effettivamente disciplinante la fattispecie in esame, pare più proficuo verificare, in questa sede, quali siano le conseguenze nel caso in cui si applichi l'una e l'altra disposizione sopra richiamata.

Ove si ritenga applicabile il secondo comma (che riguarda la transazione su titolo nullo per ragione diversa dalla sua illiceità) occorre rammentare che questo tipo di transazione non è nulla, ma soltanto annullabile su istanza della parte che ignorava la causa di nullità del contratto.

In questo caso la transazione non può ritenersi inammissibile poiché l'annullabilità può essere eliminata da una convalida e la domanda di annullamento non può più essere proposta decorso il termine quinquennale di prescrizione.

Ciò chiarito, con più esplicito riferimento alla tematica arbitrale, qui oggetto di più specifica analisi, è possibile riprendere i risultati di quella dottrina che «recependo le indicazioni del diritto positivo, ha rilevato che, ai fini dell'ammissibilità dell'arbitrato, la disponibilità o transigibilità della materia controversa deve essere riconosciuta tutte le volte in cui la situazione giuridica dedotta nel processo - pur

¹⁵⁰ Sul punto, senza pretesa di completezza, A. DI MAJO, *Le nullità di disvalore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, tomo VII, Torino, 2002, p. 73 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 746 e ss.

non essendo suscettibile di rinunce o transazione a priori e prima del suo sorgere - è tuttavia suscettibile di rinunce aventi ad oggetto l'azione, una volta che sia sorta»¹⁵¹.

La strada dell'arbitrato sarà da intendersi pertanto percorribile in quanto «il divieto di arbitrato non opera ogni qual volta la tutela giurisdizionale è monopolio di soggetti individuati come titolari dei relativi interessi, e questi hanno il potere di rinunciare alla tutela conseguibile mediante la domanda giudiziale»¹⁵².

Un diverso ragionamento deve essere proposto per il caso invece in cui si supponga che il contratto sia nullo per illiceità e si ritenga pertanto applicabile il primo comma dell'art. 1972 c.c.¹⁵³.

In tale caso la transazione è a sua volta nulla e la nullità non può essere transattivamente eliminata.

Occorre ad ogni modo puntualizzare che è possibile parlare di transazione (e nello specifico di transazione nulla su titolo illecito) solo nell'ipotesi in cui le parti si accordino per considerare il titolo illecito, e quindi nullo, quale titolo valido.

Nel diverso caso in cui le parti prendono atto dell'illiceità del contratto, al fine di disciplinare in via transattiva le conseguenze disponibili che discendono da questa constatazione, la norma in questa sede richiamata non può dirsi applicabile poiché di fatto non vi è transazione alcuna.

¹⁵¹ Cfr. G. CANALE, *op. cit.*, p. 388 e ss.

¹⁵² Cfr. G. CANALE, *op. cit.*, p. 388 e ss.

¹⁵³ In arg. G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 235 e ss.

Ciò che rileva è, pertanto, il concreto contenuto dell'accordo concluso dalle parti, perché nulla impedisce di prendere atto della nullità esistente.

Sulla base delle osservazioni sino a qui fatte, è possibile convenire con quella dottrina che ritiene che la nullità della transazione, stipulata su titolo illecito, non possa rappresentare un divieto di arbitrato ai sensi dell'art. 806 c.p.c.¹⁵⁴.

Se infatti gli arbitri prendono atto e dichiarano la nullità del titolo illecito, i medesimi non si pongono in contrasto con il divieto di transazione, né violano la regola sulla indisponibilità dei diritti nella materia arbitrale.

Per il caso in cui gli arbitri considerino, in tutto o in parte, valido il contratto nullo per illiceità, vi sarebbe un errore, integrante una violazione di norme di legge e, trattandosi di violazione di norma imperativa, l'impugnazione del lodo sarebbe sempre consentita, a prescindere da qualsiasi rinuncia.

Anche questo tipo di impostazione (che origina da una ricognizione che potremmo definire meramente empirica) consente, pertanto, la soluzione, in senso affermativo, della questione relativa alla arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto la materia antitrust.

Anche con riferimento alle ipotesi relative alla nullità, e qui prese in considerazione, dovrà tuttavia proporsi un giudizio che si fondi sulla conformità ai principi costituzionali del fenomeno arbitrale concretamente sviluppatosi, più volte sin qui richiamati.

¹⁵⁴ In questi termini G. CANALE, *Arbitrato e antitrust*, cit., p. 390 e ss.

4. La convenzione di arbitrato in ambito non contrattuale.

L'ampliamento del ruolo dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale sembra trarre fondamento, come del resto già anticipato, anche dall'indice normativo rappresentato dalla previsione dell'arbitrabilità in ambito non contrattuale.

La fattispecie qui in esame è espressamente disciplinata dall'art. 808 *bis* del c.p.c. il quale recita: «le parti possono stabilire, con apposita clausola, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati; la convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807 c.p.c.»¹⁵⁵.

Anche prima della riforma si era posto il problema della arbitrabilità delle controversie non contrattuali e la soluzione era stata quella dell'ammissibilità della rinuncia alla giurisdizione ordinaria solo con riferimento alle liti già sorte, con riferimento alle quali, le parti, conoscendo gli estremi della controversia, sono in grado di meglio ponderare il peso della loro scelta di devolvere la controversia medesima agli arbitri.

Sulla base, quindi, della tradizionale distinzione fra compromesso e clausola compromissoria - in forza della quale la sfera di applicazione del compromesso era la lite già sorta, mentre la sfera

¹⁵⁵ In arg., per una prima informazione, cfr. A. CARLEVARIS, *Ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e arbitrabilità delle controversie non contrattuali*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 611 e ss.

di applicazione della clausola compromissoria era la lite futura - si riteneva che soltanto il compromesso potesse essere in grado di avere ad oggetto le liti di natura extracontrattuali¹⁵⁶.

L'effetto dell'introduzione della nuova normativa¹⁵⁷ è stato, come osservato dalla dottrina che riteniamo preferibile, quello di aggiungere «al compromesso, già ritenuto strumento idoneo a devolvere agli arbitri le liti già sorte di natura aquiliana, la nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, capace di consentire la scelta per l'arbitrato anche con riferimento a controversie future, purché le stesse siano relative a rapporti determinati, riempiendosi così la lacuna preesistente»¹⁵⁸.

Ulteriore effetto di questa introduzione, sul quale la letteratura giudica si è anche di recente soffermata, sarebbe quello di poter individuare tre distinte fattispecie: il compromesso, la clausola compromissoria e la convenzione arbitrale in materia non contrattuale¹⁵⁹.

Quest'ultima si distinguerebbe sia dal compromesso che dalla clausola compromissoria. Rispetto al primo (compromesso) avrebbe rilievo il dato per cui non vi è l'attualità della lite, dovendosi trattare di liti future. Il compromesso opera, invece, come noto, nel caso in cui sia già in atto una lite che le parti decidono di definire non ricorrendo alla giurisdizione ordinaria.

¹⁵⁶ Cfr. L. SALVANESCHI, *Commento sub art. 808 bis*, in ID, *Dell'Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 128.

¹⁵⁷ In arg., *ex multis*, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2015, p. 123 e ss.

¹⁵⁸ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 129.

¹⁵⁹ Su tale tassonomia ci siamo del resto già soffermati nel primo capitolo di questa trattazione.

Rispetto alla seconda fattispecie (clausola compromissoria) la differenza si consumerebbe in quanto «per definizione l'oggetto della convenzione è costituito da uno o più rapporti non contrattuali: deve trattarsi quindi di pretese non solo extracontrattuali, ma anche prive di quella connessione genetica con le vicende del contratto che, altrimenti, grazie all'art. 808 *quater*, ci ricondurrebbero alla fattispecie della clausola compromissoria»¹⁶⁰.

Di certo la modifica introdotta ha ampliato il potere di autonomia privata delle parti nella scelta dello strumento arbitrale, allargando di fatto la materia arbitrabile.

Ciò non implica, naturalmente, che non debbano essere rispettati limiti e prescrizioni ai fini della possibile applicazione del nuovo precetto normativo.

L'esigenza che l'utilizzo dell'arbitrato, nella materia in esame, rappresenti una scelta operata consapevolmente dalle parti, implica che vi sia una sufficiente determinatezza dei rapporti non contrattuali rispetto ai quali debba ritenersi consentita la rinuncia alla giurisdizione ordinaria.

Pertanto, così come la clausola compromissoria ha ad oggetto controversie future che sono determinabili attraverso il riferimento al contratto, la convenzione di arbitrato deve essere determinabile mediante l'indicazione del rapporto al quale si riferisce.

Queste due fattispecie sono accomunate da esigenze simili derivanti dalla somiglianza del loro oggetto.

¹⁶⁰ In questi termini, G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, cit., p. 55 e ss.

In questa direzione si è precisato che «come il contratto fa da sfondo alle controversie future che costituiscono l'oggetto della clausola compromissoria, così il legislatore ha voluto che un rapporto giuridico determinato costituisca la base della convenzione ora in esame, che non potrà quindi riguardare tutte le future controversie extracontrattuali tra due soggetti a prescindere da ogni loro relazione, ma dovrà invece concernere un rapporto tra di loro già esistente, in quanto tale per lo meno determinabile»¹⁶¹.

Una conferma a questa impostazione - sebbene possa apparire superfluo sottolinearlo anche in questa sede - si può avere dalla disciplina generale del contratto. La possibilità di collocare le ipotesi che stiamo analizzando nel contesto dell'autonomia privata conferisce pregio all'accostamento sul quale ci soffermeremo più nel dettaglio subito nel prosieguo.

Fra i requisiti essenziali del contratto vi è infatti l'oggetto (cfr. art. 1325 c.c.) per il quale, a sua volta, sono prescritti ulteriori requisiti, puntualmente descritti nella sezione che si occupa di questo peculiare elemento essenziale e, quindi, in particolare, negli artt. 1346 e ss. c.c.

L'art. 1346 c.c. prescrive, infatti, che l'oggetto del contratto oltre ad essere possibile e lecito debba essere determinato o determinabile¹⁶².

¹⁶¹ Cfr. L. SALVANESCHI, *Commento sub art. 808 bis*, cit., p. 139.

¹⁶² Parte della dottrina ha obiettato, rispetto all'applicazione dell'art. 1346 c.c. alla materia in esame, «che quest'ultima disposizione si riferisce all'oggetto del contratto, che nella convenzione arbitrale non è il diritto sostanziale, bensì la costituzione di poteri ed oneri processuali in capo alle parti; tuttavia, il diritto sostanziale viene comunque in rilievo, come

Questa disposizione rappresenta espressione di un principio generale e, pertanto, il suo contenuto può ritenersi applicabile oltre la specifica *sedes materiae* nella quale è previsto. In altri termini: la collocazione della norma richiamata all'interno della disciplina generale del contratto non impedisce che il contenuto precettivo della disposizione venga applicato al di fuori di questo contesto generale.

Le medesime esigenze di regolamentazione, emergenti in diversi ambiti disciplinari, fanno propendere per l'applicabilità del contenuto della disposizione medesima ad istituti differenti, ma con caratteristiche analoghe.

La determinabilità, quindi, dell'oggetto rappresenta il requisito minimo ai fini dell'integrazione oltre che del contratto, per come regolamentato dalla sua disciplina generale, anche della convenzione di arbitrato nella materia non contrattuale¹⁶³.

indispensabile presupposto per caratterizzare la strumentalità delle situazioni processuali medesime». In questi termini, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in F. Carpi (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 186 e ss.

¹⁶³ In arg. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 bis*, in S. Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 60 e ss. Parte della dottrina, conformemente a quanto chiarito nel testo, ha specificato a riguardo che «quanto al grado di necessaria determinazione, credo sia corretto ritenere che accanto alla stessa sia ammissibile anche la semplice determinabilità del rapporto da cui possono sorgere le liti oggetto del futuro arbitrato, potendo quindi la convenzione limitarsi a specificare i criteri da utilizzarsi a questo fine; questa conclusione, legittimata dall'art. 1346 c.c., consentirà quindi anche che il rapporto sia determinato *per relationem* ad atti estranei alla convenzione, capaci però di essere direttamente costitutivi di quella determinazione che è richiesta dalla norma in commento»: in questi termini, L. SALVANESCHI, *Commento sub art. 808 bis*, cit., p. 140.

Ciò anche a dispetto, quindi, di una formulazione letterale dell'art. 808 bis c.p.c che fa espresso riferimento, come già evidenziato, a “controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati”.

L'affermazione della necessità del requisito minimo della determinabilità della convenzione arbitrale in esame consente di convenire con l'affermazione, proveniente da autorevole dottrina processualcivilistica, per cui «non sarà [...] possibile che due soggetti, anche tra di loro in una specifica relazione giuridica, devolvano *ex ante* ad arbitri ogni futura lite comunque insorgente tra gli stessi a titolo extracontrattuale, mancando in questo caso anche la determinabilità del rapporto da cui la lite deve generare»¹⁶⁴.

In coerenza con argomentazioni derivabili dall'art. 29 c.p.c.¹⁶⁵, è possibile pertanto affermare che debba ritenersi esclusa la validità di ogni convenzione *omnibus*. Anche da tale disposizione emergerebbero esigenze di circoscrivere l'oggetto degli accordi che incidono generalmente sulla materia processuale.

Il tema della determinabilità è stato di recente posto in risalto dalla letteratura giuridica anche alla luce della distinzione fra diritti autodeterminati ed etero determinati.

¹⁶⁴ Cfr. L. SALVANESCHI, *Commento sub art. 808 bis*, cit., p. 140 e ss.

¹⁶⁵ La disposizione richiamata nel testo prescrive espressamente, infatti, che «l'accordo delle parti per la deroga della competenza territoriale deve riferirsi ad uno o più affari determinati e risultare da atto scritto; l'accordo non attribuisce al giudice designato competenza esclusiva quando ciò non è espressamente stabilito».

Si è a riguardo evidenziato come autodeterminato sia, ad esempio, il diritto di proprietà, mentre eterodeterminata sia la pretesa al risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale¹⁶⁶.

In particolare la dottrina richiamata ha posto in risalto come nel caso di diritti eterodeterminati l'indeterminatezza dell'oggetto della convenzione arbitrale non contrattuale sia evidentemente massima.

Ai fini della individuazione del rapporto a cui essa si riferisce non è sufficiente la mera e generica indicazione del *nomen iuris* della pretesa extracontrattuale¹⁶⁷, ma occorre la specificazione dei fatti costitutivi della futura ed eventuale pretesa¹⁶⁸.

Al mutare dei fatti concreti muta infatti la c.d. *causa petendi*.

Sulla base di quanto osservato si è ritenuto che la convenzione arbitrale in materia extracontrattuale sia di indubbia utilità per le liti *nondum natae*, concernenti pretese autodeterminate¹⁶⁹; al contrario il medesimo strumento sembra di scarsa utilità per quelle eterodeterminate, ove è alto il rischio di nullità per indeterminatezza.

¹⁶⁶ In questi termini, G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, cit., p. 55 e ss.

¹⁶⁷ Non è sufficiente, in altri termini, specificare se la pretesa sia per esempio relativa ad un'azione di ripetizione dell'indebitto, o, piuttosto, all'azione di responsabilità extracontrattuale.

¹⁶⁸ Cfr. G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 55 e ss.

¹⁶⁹ In arg. G. PASSAGNOLI, *op. cit.*, p. 56 e ss. L'autore richiama le ipotesi concernenti le liti che possono derivare dall'esercizio dei rispettivi diritti reali tra proprietari confinanti, oppure tra proprietario e titolare del diritto reale minore sul medesimo bene.

Il pregio di questa impostazione è quello di individuare delle possibili distinzioni che si fondano sulla differenziazione del trattamento giuridico basata sulla natura autodeterminata o eterodeterminata della pretesa.

Il limite di questa medesima lettura sembra tuttavia riferibile alla affermazione della determinabilità o meno dell'oggetto della convenzione sulla base di una valutazione astratta e *a priori*.

Anche in tale caso occorre puntualizzare, tuttavia, che al fine di verificare l'ammissibilità del fenomeno arbitrale, sulla base delle prescrizioni concretamente coinvolte nella fattispecie in esame (cfr. art. 808 *bis* c.p.c.), occorrerà verificare come la fattispecie arbitrale si delinei e si strutturi nel caso concreto.

Occorrerà, quindi, appurare se sia possibile, in virtù di tutti gli elementi rilevanti - non soltanto di quelli giuridici, ma anche di quelli che acquistano peso da un punto di vista fattuale - accertare la determinabilità della lite non contrattuale, oggetto della convenzione arbitrale.

Questa impostazione sembra trovare conferma in ragione di una lettura in chiave sistematica della questione trattata.

In ottica evidentemente conservativa dell'efficacia della convenzione deve infatti leggersi l'art. 808 *quater* c.p.c.; tale disposizione prescrive 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»¹⁷⁰.

Ove, pertanto, possano riscontrarsi, nella fattispecie concreta, dei dubbi relativi alla determinabilità dell'oggetto della convenzione arbitrale non contrattuale, la medesima dovrà essere interpretata nel senso dell'attribuzione alla competenza arbitrale del rapporto controverso; ciò, naturalmente, ove tale interpretazione non sfoci nella sottoposizione a questa medesima competenza di una serie indefinita di rapporti¹⁷¹.

Tale soluzione si lascia preferire anche sulla base delle motivazioni e delle esigenze, alle quali abbiamo già fatto riferimento, che si pongono a fondamento della necessaria valorizzazione del fenomeno dell'autonomia privata anche all'interno dell'ambito

¹⁷⁰ La letteratura evidenzia come l'espressione iniziale della disposizione (“nel dubbio”) debba essere interpretata nel senso che nella normalità dei casi la convenzione arbitrale debba essere interpretata facendo riferimento ai canoni cc.dd. soggettivi e in particolare agli artt. 1362 e ss. c.c. In tale senso, ad esempio, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in F. Carpi (diretto da), *Arbitrato*, cit., p. 226 e ss.

¹⁷¹ Sebbene in tema di clausola compromissoria, una recente pronuncia della Corte di Cassazione ha fatto emergere la necessità, in alcune circostanze, di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'arbitrato nascente da questo atto di autonomia privata. In particolare la Suprema Corte ha statuito che «la clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce, va interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi *causa petendi* nel contratto medesimo, con esclusione di quelle che hanno in esse, unicamente un presupposto storico, come nel caso di specie in cui, pur in presenza della clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto, gli attori hanno proposto azione di responsabilità extracontrattuale, ex art. 1669 c.c., deducendo gravi difetti dell'immobile da loro acquistato». In questi termini Cass. 15.2.2017, n. 4035, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

arbitrale; naturalmente tale valorizzazione dovrà venire meno ogni volta in cui superiori esigenze si lasceranno prediligere.

Il rischio di sottoporre, a competenza arbitrale, una serie indefinita di rapporti farà emergere, in maniera predominante, l'esigenza di garanzia della certezza del diritto che dovrà ritenersi assolutamente preminente nella fattispecie concreta e dovrà far venir meno, pertanto, quella di valorizzare il volere delle parti, esercitato attraverso lo strumento dell'autonomia privata arbitrale.

La conseguenza di tale bilanciamento sarà, pertanto, la declaratoria di invalidità della convenzione arbitrale con oggetto non contrattuale.

Qualche riflessione merita, infine, per esigenze di completezza espositiva, il tema della forma della convenzione in materia non contrattuale. Il secondo comma della norma richiamata stabilisce, infatti, che la convenzione arbitrale in materia non contrattuale debba risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso.

Anche per la convenzione arbitrale si pone il dubbio, quindi, se la forma richiesta sia da ritenersi prescritta *ad substantiam* o *ad probationem*¹⁷².

Tale dubbio è stato riferito, in particolare, al testo dell'art. 808 c.p.c.¹⁷³. Questa disposizione si limita a prevedere, infatti, che la clausola arbitrale debba risultare da atto scritto.

¹⁷² Per maggiori approfondimenti cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 bis*, in S. Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 63 e ss.

Nonostante il carattere ambiguo della formulazione che, in particolare, non specifica le finalità per le quali si renda necessaria tale prescrizione, il contenuto prescrittivo dell'espressione medesima lascia prediligere una lettura della disposizione in virtù della quale l'obbligo di forma individuato sia da considerarsi determinato a pena di nullità¹⁷⁴.

Esigenze di coerenza sistematica impongono che anche con riferimento al tema qui in esame e, quindi, rispetto al testo dell'art. 808 bis c.p.c. si debba propendere per una soluzione che prescriva la forma scritta della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale ai fini della validità della pattuizione medesima.

¹⁷³ In arg. G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in E. Fazzalari (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 59 e ss.

¹⁷⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 bis*, in S. Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 63 e ss.

Cap. III.

I settori di esplicazione dell'autonomia privata nell'arbitrato: il procedimento

- 1) La libertà delle parti rispetto alla conformazione delle regole procedurali.
- 2) (segue) Disciplina convenzionale delle regole parti-arbitri (il contratto di arbitrato).
- 3) (segue) La modificabilità delle regole sul procedimento e i suoi limiti.
- 4) (segue) Il ruolo dell'autonomia privata nel c.d. arbitrato amministrato.
- 5) Di alcune ipotesi peculiari: autonomia ed eteronomia nell'Arbitrato societario.
- 6) (segue) Il peculiare ruolo dell'autonomia privata nel caso di mancata nomina degli arbitri.
- 7) (segue) Il peculiare intervento suppletivo-integrativo del presidente del tribunale.
- 8) Autonomia privata e clausole limitative delle impugnazioni dei lodi arbitrali.

1. La libertà delle parti rispetto alla conformazione delle regole procedurali.

Nelle precedenti sessioni di questo lavoro abbiamo preso in esame il fenomeno dell'autonomia privata in generale e all'interno dell'istituto dell'arbitrato e quello del potere dispositivo delle parti nel contesto della materia arbitrabile.

Le peculiarità del fenomeno arbitrale impongono di riflettere anche su come si dispiega la funzione della richiamata autonomia all'interno del processo che si instaura attraverso la convenzione arbitrale o comunque degli atti introduttivi di questa peculiare procedura¹⁷⁵.

Il tema del ruolo giocato dall'autonomia privata, nell'ambito della predisposizione delle regole procedurali che regolamentano l'arbitrato¹⁷⁶, deve essere affrontato partendo dalla constatazione dell'adattabilità degli schemi procedimentali alle peculiari esigenze

¹⁷⁵ Al di là di quanto osserveremo nel prosieguo di questo capitolo non può sottacersi come alcune clausole rappresentino una tale esplicitazione dell'autonomia privata da prevedere l'applicazione ad un determinato arbitrato delle regole processuali di uno Stato differente rispetto a quello in cui si svolgerà l'arbitrato medesimo; facendo riferimento ad alcune clausole predisposte da alcuni importanti studi legali è possibile riportare il seguente tenore letterale delle richiamate clausole: "The service contract shall be governed by in accordance with the provisions of the Laws of England. Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this sub-contract, shall be settled by arbitration in accordance with the International Chamber of Commerce. The sit or legal place arbitration shall be Milan, Italy".

¹⁷⁶ In arg. di recente E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 25 e ss.

della singola controversia e della flessibilità degli strumenti, anche in relazione alle esigenze delle parti¹⁷⁷.

Le esigenze sopra richiamate sembrano soccombere, come del resto già anticipato in diversi passaggi di questa trattazione, soltanto rispetto a quelle, certamente da ritenersi superiori, di realizzare e garantire la dialettica tra le parti in lite, su un piede di simmetrica parità fra le parti medesime, e la terzietà e imparzialità di chi giudica.

Il *favor* concesso dal legislatore all'impiego del potere dispositivo delle parti, anche nel contesto delle regole procedurali che disciplinano il processo arbitrale, si desume anche dall'art. 816 *bis*, comma 1 c.p.c.¹⁷⁸

Tale disposizione, attraverso lo spostamento all'inizio del giudizio arbitrale del limite temporale concesso per l'individuazione delle regole del procedimento, dà il senso di come l'interprete debba intendere il ruolo dell'autonomia privata nell'ambito in esame: egli deve infatti cercare di ampliare al massimo le maglie di tale ruolo con il solo limite rappresentato dalla presenza di esigenze superiori idonee ad ostacolare la legittimità del potere conformativo delle regole procedurali ad opera delle parti.

Il limite temporale, sopra richiamato, è ora fatto coincidere con il momento dell'accettazione degli arbitri e della costituzione del collegio; tale limite era in passato, invece, individuato nella

¹⁷⁷ Cfr. sul punto F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nel procedimento arbitrale*, cit., p. 301 e ss.

¹⁷⁸ G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 423 e ss.

clausola compromissoria o nel compromesso ovvero, in senso più generico, nell'atto introduttivo del procedimento¹⁷⁹.

Lo spostamento in avanti del limite temporale individuato serve a conferire, come detto, maggiore ampiezza al potere delle parti di predisporre le regole del processo arbitrale e tale ampiezza deve essere intesa anche con riferimento al contenuto delle regole richiamate.

2.(segue) Disciplina convenzionale delle regole parti-arbitri (il contratto di arbitrato).

Il primo ambito nel quale si può sviluppare il potere dispositivo delle parti nel contesto della procedura arbitrale è quello contrassegnato dal c.d. rapporto parti arbitro e, quindi, in particolare dal c.d. contratto di arbitrato.

Ci siamo in diversi passaggi della trattazione soffermati su questa peculiare figura e abbiamo, in particolare, indagato la possibilità di intravedere una sorta di collegamento negoziale fra il contratto di arbitrato e la c.d. convenzione arbitrale.

Ciò che preme sottolineare in questa sede è, nei limiti dell'economia di questa trattazione, invece, come le regole che disciplinano le relazioni che gravitano attorno a questo rapporto (quello derivante dal contratto di arbitrato) possano essere modificate ad opera delle parti.

¹⁷⁹ F. CRISCUOLO, *op. cit.*, p. 302.

Al fine di procedere con questa analisi può essere utile attingere all'esperienza della prassi e da questa cercare di trarre regole aventi portata più ampia e generale.

Adottando questa prospettiva può farsi presente, ad esempio, come spesso i litiganti inseriscono nel compromesso o nella clausola compromissoria le loro determinazioni con riferimento ai requisiti di terzietà ed imparzialità degli arbitri. Tali determinazioni spesso hanno ad oggetto la previsione di obblighi ulteriori rispetto a quelli disciplinati dal codice di rito.

Punto fondamentale è verificare se queste previsioni possano avere concrete ripercussioni sul piano della responsabilità dei medesimi arbitri: il tema diviene quindi quello della verifica dell'ammissibilità di ipotesi di responsabilità ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 813 *ter* c.p.c.¹⁸⁰; occorre in definitiva verificare se la disposizione da ultimo richiamata contenga ipotesi tassative ovvero se l'autonomia privata possa incidere su tale specifico profilo prevedendo ulteriori ipotesi di responsabilità non

¹⁸⁰ Tale disposizione, come è noto, prende in considerazione tre fattispecie di responsabilità degli arbitri: 1) la responsabilità dell'arbitro che con dolo o colpa grave ha omesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto; 2) la responsabilità dell'arbitro che ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo; 3) la responsabilità dell'arbitro che con dolo o colpa grave ha omesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli artt. 820 e 826 c.p.c. Fuori dai casi richiamati gli arbitri rispondono soltanto per dolo o colpa grave, entro i limiti previsti dall'art. 2 commi 2 e 3 della legge 13 aprile 1988, n. 117: in arg., per maggiori approfondimenti, fra gli altri, F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, cit., p. 309 e ss.

espressamente disciplinate all'interno della regolamentazione legislativa¹⁸¹.

Una delle ipotesi principali connesse alla prospettiva appena individuata è legata alla possibilità o meno di prevedere convenzionalmente in capo agli arbitri uno specifico obbligo di *disclosure*.

Come si è osservato in letteratura, «le parti, attraverso l'introduzione di tale obbligo, configurano il loro correlativo diritto ad avere un arbitro non soltanto terzo ed imparziale, ma anche totalmente trasparente in relazione all'eventuale sussistenza di situazioni oggettive che possano incidere sulla di lui terzietà, anche se non necessariamente atte a mettere a repentaglio la di lui imparzialità»¹⁸².

Una tale previsione potrebbe discendere anche dal rinvio operato dai litiganti ai regolamenti di istituzioni chiamate ad amministrare¹⁸³ la procedura ovvero dall'applicazione ai medesimi arbitri di codici deontologici vigenti per talune categorie

¹⁸¹ In arg, fra gli altri, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. I processi speciali*, Milano, 2007, p. 390 e ss.

¹⁸² In questi termini, F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, cit., p. 311.

¹⁸³ Ulteriore questione problematica sarebbe, in tale ipotesi, quella, sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede, della natura giuridica del contratto intercorrente fra l'istituzione e le parti; alla base della nascita di tale rapporto contrattuale vi sarebbe, secondo alcune ricostruzioni, un complessivo schema contrattuale che sarebbe la *summa* di differenti schemi tipici fra i quali il contratto di servizi, il contratto di mandato e il contratto d'opera intellettuale: per maggiori approfondimenti e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. F. CRISCUOLO, *op. cit.*, p. 315 e ss.

professionali alle quali gli arbitri stessi possono appartenere (ad esempio la categoria degli avvocati).

Anche in queste due ultime fattispecie ci troveremmo di fronte ad espressioni dell'autonomia privata in sede arbitrale in ragione del fatto che si tratterebbe di ipotesi di determinazione *per relationem* dell'oggetto del contratto di arbitrato, attraverso il ricorso a fonti esterne, anch'esse di natura negoziale.

La violazione della previsione sopra descritta potrebbe, a nostro avviso, legittimamente far aumentare le ipotesi di responsabilità descritte dall'art. 813 *ter* c.p.c.; ciò in quanto il rispetto dei principi, anche di fonte costituzionale, che regolamentano il processo arbitrale, e ai quali abbiamo più volte sino a qui fatto riferimento, giustificerebbero esclusivamente una interpretazione in grado di escludere la legittimità di accordi atti ad escludere l'applicazione di una delle cause di responsabilità disciplinate dall'articolo sopra richiamato.

Occorre anche precisare come l'introduzione di obblighi come quelli appena sopra descritti avrebbe quale effetto ulteriore quello di modificare il regime della c.d. ricusazione.

Da questo punto di vista, l'art. 815 c.p.c. rappresenterebbe disposizione "non inderogabile", nel senso, tuttavia che le parti non hanno il potere di ridurre i motivi di ricusazione ivi previsti, sebbene, semmai, di prevederne ulteriori in ragione

dell'introduzione di ulteriori obblighi nell'ambito della disciplina del loro rapporto con gli arbitri¹⁸⁴.

Da quanto sin qui osservato può conclusivamente ritenersi che le eventuali deroghe all'art. 813 *ter* c.p.c. e all'art. 815 c.p.c. sono ammissibili soltanto nelle ipotesi in cui il regime della responsabilità e della ricusazione degli arbitri derivante dalle previsioni legislative e da quelle convenzionali risulti nel complesso più stringente per gli arbitri rispetto a quello derivante dalla mera lettura del testo delle disposizioni sopra richiamate.

3.(segue) La modificabilità delle regole sul procedimento e i suoi limiti.

Per quanto concerne l'esplicazione del potere di autonomia privata delle parti rispetto alla individuazione delle regole del processo arbitrale¹⁸⁵, norma cardine deve ritenersi il già richiamato art. 816 *bis* c.p.c.

Da tale disposizione si desume, infatti, il principio secondo cui le regole processuali sono determinate dalle parti della convenzione di arbitrato con atto scritto o con atto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale.

¹⁸⁴ F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, cit., p. 311 e ss.; in arg. anche C. CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 448 e ss.

¹⁸⁵ In arg., *ex multis*, G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., p. 423 e ss.

Una adeguata valorizzazione del principio consensualistico¹⁸⁶, che, come più volte ribadito nel corso della trattazione, caratterizza il fenomeno in esame, induce a ritenere che, anche se le parti non hanno pattuito le modalità di svolgimento del processo arbitrale, deve comunque ritenersi vincolante per il collegio l'eventuale accordo che matura anche nel corso del processo arbitrale¹⁸⁷.

Malgrado sia questo il quadro normativo, nel quale vi è una forte valorizzazione della facoltà delle parti di determinare il contenuto delle regole processuali, la dottrina pone in risalto come «l'esperienza dell'arbitrato interno, in Italia, mostra che le parti si avvalgono assai poco di un siffatto potere; qualche volta nella clausola compromissoria si trova l'indicazione della lingua dell'arbitrato¹⁸⁸, mentre sono molto rare le prescrizioni sul

¹⁸⁶ Una dimostrazione di tale valorizzazione sarebbe contenuta nell'art. 829 n. 7 del c.p.c.. ai sensi del quale le norme processuali dettate dalle parti possono essere determinate, tutte o anche soltanto alcune di esse, sotto pena di nullità. Tale previsione implica che il mancato rispetto di tali prescrizioni può condurre anche alla nullità del lodo.

¹⁸⁷ Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giudiziale delle controversie*, Milano, 2015, p. 204 e ss.

¹⁸⁸ La libertà nella determinazione della lingua si desume anche dalle formule adottate in alcune *letters of intent* (atti preparatori alla stipula della clausola compromissoria) che assumono il seguente tenore letterale: "This Letter of Intent and the rights and obligations contained herein are regulated by Italian Laws. The Parties agree that all disputes arising out of or in connection with this Agreement shall be finally settled under the Rules of the Chamber of National and International Arbitration of Milan ("the Rules"). The arbitration panel shall consist in a sole arbitrator appointed pursuant to the Rules. The arbitration panel shall be decided in accordance with Rules of Law of Italy. The seat of such arbitration shall be Milan and the *language of the arbitration shall be English*".

procedimento: al più si trova una previsione sui criteri per l'attribuzione delle spese di arbitrato»¹⁸⁹.

La medesima dottrina evidenzia come le cose potranno cambiare in futuro sulla base della tendenza delle *laws firms* ad imporre prescrizioni procedurali anglosassoni - con particolare riferimento alla produzione di documenti e all'assunzione di prove - anche in procedimenti arbitrali interni.

Sebbene questa sia la prassi, differente si presenta la situazione normativa che, come già anticipato, sembra consegnare, anche in questo settore, ampi poteri alle parti

L'esplicazione dell'autonomia privata si realizza anche rispetto all'individuazione della sede dell'arbitrato. Ai sensi dell'art. 816 c.p.c. esse è infatti determinata dalle parti.

La previsione di criteri sussidiari è in questo caso subordinata alla mancata regolamentazione ad opera delle parti di tale aspetto: in questi casi, quindi, saranno in prima battuta gli stessi arbitri a determinare la sede; ove non ci sia neppure la determinazione ad opera degli arbitri è previsto un criterio di natura sussidiaria, ma in tal caso legale.

Nell'ipotesi in cui non ci sia la determinazione della sede né ad opera delle parti, né ad opera degli arbitri si dovrà considerare, infatti, quale sede dell'arbitrato il luogo in cui è stata stipulata la convenzione arbitrale.

¹⁸⁹ Cfr. G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., p. 428 e ss.

Malgrado l'ampia libertà concessa dal legislatore alle parti nella determinazione del contenuto delle regole procedurali arbitrali, non può dirsi che tale libertà sia da considerarsi vero e proprio arbitrio.

La letteratura giuridica precisa, infatti, come in presenza di norme processuali convenzionali, a prescindere dal contenuto che esse possano avere, deve essere rispettato, anche in tale peculiare procedura, il principio del contraddittorio. Eventuali disposizioni che siano volte a derogare a tale principio comporteranno la invalidità del lodo¹⁹⁰.

Per quanto concerne la c.d. istruzione probatoria, ci si interroga se, sulla base dell'art. 816 *ter*, le parti abbiano il potere di imporre agli arbitri di assumere la deposizione di tutti i testimoni che le medesime parti hanno concordato.

Il rispetto, in tale caso, del principio del contraddittorio sopra richiamato e una adeguata valorizzazione del principio in forza del quale le parti hanno il potere di determinare il contenuto delle regole che disciplinano la procedura arbitrale (cfr. art. 816 *bis* c.p.c.) fanno propendere per la soluzione positiva e, quindi, per l'ammissibilità della disposizione convenzionale sopra descritta¹⁹¹.

¹⁹⁰ Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giudiziale delle controversie*, cit., p. 206 e ss.; sul potere/dovere degli arbitri, anche irrituali, di disapplicare i patti sul procedimento che ritengono nulli come quelli che escludono la pienezza del contraddittorio E. DEL PRATO, *I poteri innominati degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 217 e ss.

¹⁹¹ Nella stessa direzione i rilievi di G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., p. 428. L'Autore sottolinea come una tale soluzione sia stata prospettata ricorrendo alle *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*. Tale medesima dottrina propende per la derogabilità dell'art. 816 *ter* in materia di potere degli arbitri di

Al contempo, sempre con riferimento alla fase istruttoria, le parti potranno convenire l'ammissione convenzionale di mezzi di prova tipici oltre i limiti previsti dalla legge e quindi anche in deroga agli artt. 2724 e 2725 c.c. ovvero l'ammissione e la valenza di prove atipiche come, ad esempio, dichiarazioni di terzi in forma di scrittura privata o di dichiarazione sostitutiva di atto notorio di atto pubblico.

Parte della letteratura ha posto in risalto in maniera opportuna, tuttavia, che “le parti potranno ben prevedere strumenti probatori diversi da quelli previsti dall'art. 816 *ter*, purché non violino l'ordine pubblico arbitrale ed *in primis* purché rispettino i canoni della buona fede e della correttezza [...]”¹⁹².

Astrattamente sempre le parti potranno convenire l'esclusione convenzionale di mezzi di prova ammessi dalla legge escludendo ad esempio la valenza probatoria del documento in forma di scrittura privata ed esigendo la scrittura privata autenticata o l'atto pubblico¹⁹³.

In tale ipotesi si dovrà verificare se una tale regola processuale possa ritenersi compatibile con i principi inderogabili ai quali abbiamo fatto riferimento anche in questa parte della trattazione.

chiedere al presidente del tribunale di ordinare la comparizione innanzi agli arbitri del teste che rifiuti di comparire; anche derogabili sono considerati l'art. 816 *septies* in materia di anticipazione delle spese e l'art. 817 *bis* in tema di compensazione.

¹⁹² Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 145 e ss.

¹⁹³ In arg. F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 479 e ss.

In linea generale gli orientamenti che hanno ad oggetto il tema della derogabilità convenzionale del regime probatorio in arbitrato sono due: un primo orientamento che sulla base della natura negoziale del fenomeno arbitrale tende ad attribuire alle parti il potere di plasmare il regime probatorio in sede arbitrale.

Un secondo orientamento che, invece, tende a negare l'ammissibilità di tale potere¹⁹⁴.

Di certo anche alla luce di quanto abbiamo già affermato può ritenersi che non sia ammissibile una soluzione in astratto e che quindi piuttosto che ammettere o negare *a priori* il potere conformativo evocato occorre valutare le singole ipotesi caso per caso, utilizzando i criteri presi in esame in differenti passaggi di questa trattazione.

4.(segue) Il ruolo dell'autonomia privata nel c.d. arbitrato amministrato.

Sono arbitrati amministrati quegli arbitrati nei quali un ente si occupa di svolgere le attività accessorie al giudizio¹⁹⁵; tali attività

¹⁹⁴ Per un'analisi critica di questi orientamenti cfr. E. DEL PRATO, *I poteri innominati degli arbitri*, cit., p. 221 e ss.

¹⁹⁵ Per una prima informazione, *ex multis*, G. F. RICCI, *Diritto processuale civile. III. Il processo di esecuzione. I procedimenti speciali*, cit., p. 496 e ss. Cfr., inoltre, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 993; R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 663 e ss. Anche negli arbitrati amministrati le clausole arbitrali spesso non si limitano a fare riferimento all'organismo che gestirà l'arbitrato, regolamentando

possono consistere nella nomina e nella sostituzione degli arbitri, nell'organizzazione logistica delle udienze, nelle comunicazioni e in tutti i servizi di segreteria¹⁹⁶.

In queste ipotesi solitamente vi è un regolamento¹⁹⁷ che viene adottato al fine di regolamentare la procedura arbitrale¹⁹⁸.

L'art. 832 c.p.c. disciplina tale fattispecie prevedendo che la convenzione di arbitrato può rinviare a regolamenti arbitrali

ulteriori e più complessi aspetti; alcune clausole, tratte dall'esperienza di alcuni importanti studi legali, dispongono, ad esempio, "This amendment agreement shall be governed by, and interpreted, in accordance with Italian law. All disputes arising out of or in connection with this Amendment agreement including any question regarding its existence, validity, or termination that have not been otherwise resolved pursuant to this amendment agreement or by agreement of the parties, will be referred to and finally settled by arbitration under the London Court of International Arbitration ("LCIA"). A sole arbitrator shall be appointed ("Arbitrator"). The sit of the arbitration shall be london, United Kingdom. The Arbitration proceedings shall be conducted in English. The Arbitrator shall decided the disputes in accordance with the substantive laws of the Republic of Italy".

¹⁹⁶ Cfr. F. FESTI, *L'autonomia negoziale negli «arbitrati amministrati»*, in AA. VV, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016, p. 381.

¹⁹⁷ Tali regolamenti sono, come è noto, solitamente adottati dalle camere di commercio all'interno delle quali vengono costituite le camere arbitrali.

¹⁹⁸ Nulla esclude che il ruolo dell'autonomia privata si espliciti esclusivamente nell'individuazione del regolamento arbitrale, senza che la medesima autonomia demandi ad una istituzione arbitrale la gestione della controversia; alcune clausole arbitrali in uso presso importanti studi legali adottano formule aventi il seguente tenore letterale: "[...] Without prejudice to section 12 above relating to disputes having an exclusive technical nature, any other dispute which may arise between the Parties in connection with this agreement (including, not by way of limitation, those concerning validity, interpretation, breach, termination, prejudicial or competence matters) which the Parties are unable to settle amicably in good faith, shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with said rules. The arbitration proceedings shall take place in Milan, Italy, and shall be conducted in English".

precostituiti. Naturalmente anche in tale caso si realizza comunque l'autonomia privata¹⁹⁹ poiché le parti decidono liberamente di regolamentare il processo arbitrale attraverso un negozio *per relationem*.

L'articolo richiamato contiene tuttavia disposizioni che valorizzano in maniera differente il ruolo dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale.

Da un primo punto di vista, è possibile infatti segnalare il secondo comma dell'art. 832 ai sensi del quale «nel caso di contrasto tra quanto previsto dalla convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato»²⁰⁰.

Tale norma sembra valorizzare il ruolo dell'autonomia privata in quanto prevede la superiorità “regolamentare” della convenzione rispetto al regolamento preconstituito quale strumento adottato ai fini della disciplina della procedura.

In direzione opposta si muove, apparentemente, il comma successivo ai sensi del quale, invece, «se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio».

L'ipotesi è quella in cui vi sia una modificazione del regolamento intervenuta nel lasso di tempo intercorrente fra la stipulazione della

¹⁹⁹ È immediatamente intuitivo il rapporto fra la norma richiamata nel testo e l'autonomia privata in quanto il primo comma dell'art. 1322 c.c. disciplina la fattispecie dei contratti tipici; la regolamentazione dell'autonomia privata non può esaurirsi, infatti, nella predisposizione di regolamenti contrattuali inquadrabili nell'ambito dei cc.dd. contratti atipici.

²⁰⁰ In arg., fra gli altri, S. AZZALI, *Arbitrato amministrato e arbitrato ad hoc*, in AA. VV., *Appunti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 104 e ss.

convenzione arbitrale e l'inizio del procedimento arbitrale. L'applicazione della regolamentazione vigente nel momento in cui si avvia la procedura arbitrale si giustifica, piuttosto che in ragione di una sorta di sacrificio dell'autonomia privata dei contraenti, per la considerazione del negozio che rinvia al medesimo regolamento nei termini di *relatio* sostanziale e non formale²⁰¹.

L'autonomia privata è d'altro canto ulteriormente salvaguardata dall'inciso iniziale della disposizione – il già richiamato “se le parti non hanno diversamente convenuto” – in virtù del quale le parti possono ad ogni modo stabilire diversamente da quanto disciplinato dal legislatore e attribuire vigenza al regolamento applicabile al momento in cui è stata stipulata la convenzione arbitrale.

Ulteriore valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata all'interno dell'arbitrato amministrato si desume dal quarto comma dell'art. 832 c.p.c. ai sensi del quale «il regolamento può prevedere ulteriori casi di sostituzione e di ricsuzione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge».

Da tale disposizione può ricavarsi, infatti, il potere delle parti di derogare alle regole in materia di sostituzione e di ricsuzione ricorrendo anche a un regolamento preconstituito.

Sempre nella disposizione può trovarsi conferma a quanto già rilevato e cioè al fatto che la deroga alle regole in materia di sostituzione e di ricsuzione è ammissibile soltanto nei casi in cui la

²⁰¹ Sulla differenza fra *relatio* sostanziale e formale, per tutti, N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 234 e ss.; P. PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, p. 27 e ss.

regolamentazione convenzionale sia più rigorosa di quella risultante da una corretta interpretazione del dettato normativo.

In conclusione occorre osservare che i regolamenti contrattuali, in quanto espressione dell'autonomia privata per mezzo di una *relatio* sostanziale, devono sottostare ai limiti inderogabili relativi al processo arbitrale²⁰².

Tali limiti riguardano gli aspetti più delicati e fondamentali del giudizio arbitrale e, pertanto, l'imparzialità dell'organo giudicante, il rispetto del contraddittorio²⁰³, i mezzi di impugnazione e i motivi irrinunciabili di impugnazione e, naturalmente, tutti gli altri principi ai quali abbiamo più volte fatto riferimento nel corso della trattazione.

Anche tale conclusione conferma il rilievo dell'impostazione qui adottata e dell'opportunità che i limiti dell'autonomia privata nel fenomeno arbitrale siano collegati ai principi costituzionali che ispirano anche la regolamentazione del processo ordinario.

5. Di alcune ipotesi peculiari: autonomia ed eteronomia nell'Arbitrato societario.

²⁰² Nella stessa direzione le riflessioni di F. FESTI, *L'autonomia negoziale negli «arbitrati amministrati»*, cit., p. 388.

²⁰³ Con riferimento a questo peculiare aspetto dovrebbe ritenersi invalida una disposizione regolamentare che sopprima il principio del contraddittorio: in arg. G. F. RICCI, *Diritto processuale civile. III. Il processo di esecuzione. I procedimenti speciali*, cit., p. 497.

L'arbitrato societario è quello disciplinato dalla decreto legge 17 gennaio 2003, n. 5; si tratta dell'arbitrato che discende dall'inserimento di una clausola compromissoria nell'atto costitutivo o nello statuto²⁰⁴.

Tale possibilità, come è noto, è praticabile in ogni tipo di società ad eccezione per quelle dove sia previsto il ricorso al mercato del capitale di rischio ai sensi dell'art. 2325 *bis* c.c.

Qualche rapida riflessione su questa tipologia di figura e, in particolare, sul ruolo svolto dall'autonomia privata in questo peculiare contesto si giustifica in ragione del fatto che l'arbitrato societario rappresenta la tipologia di arbitrato statisticamente più frequente in Italia.

Può sottolinearsi, principalmente, come il ruolo della libertà contrattuale sia in questo specifico ambito particolarmente limitato.

Testimonianza di tale affermazione è il dato per cui il legislatore ha imposto, a pena di nullità della clausola compromissoria, che il potere di nomina degli arbitri sia attribuito ad un soggetto estraneo alla società; tale potere è pertanto sottratto alle parti che non possono provvedervi direttamente e al contempo non possono attribuire il potere di nomina ad un organo sociale²⁰⁵.

²⁰⁴ In tema di arbitrato societario, *ex multis*, P. MONTALENTI, *L'arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1285 e ss.; ID, *L'arbitrato societario: criticità e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1523 e ss.

²⁰⁵ Cfr. E. DALMOTTO, *Limiti all'autonomia dei privati e compromettibilità delle liti nell'arbitrato societario*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, cit., p. 402 e ss.

Ulteriore testimonianza della superiore constatazione è data dal fatto che il legislatore ha imposto che i lodi relativi alla validità di delibere assembleari siano inderogabilmente impugnabili per violazione di legge; è impedito pertanto alle parti di prevedere il giudizio secondo equità o di prevedere l'esclusione del controllo dell'autonomia giudiziaria ordinaria sull'applicazione delle regole di diritto al merito della controversia²⁰⁶.

Quanto alle *rationes*: per quanto concerne il potere di nomina per come sopra configurato, si segnala l'esigenza di rafforzare l'autonomia e l'indipendenza di chi giudica; si è a riguardo osservato che tali caratteristiche «sarebbero a rischio se - come spesso avvenuto in materia societaria - gli arbitri fossero nominati dall'assemblea o dagli organi della società, come il collegio sindacale o il consiglio di amministrazione, espressione, sia pure con variabili gradi di intensità, della maggioranza sociale e quindi, almeno di norma non equidistanti rispetto all'oggetto del contendere»²⁰⁷; per quanto concerne, invece, l'impugnazione del lodo, il legislatore ha evidentemente ritenuto che il controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria fosse indispensabile in ragione della delicatezza e della complessità delle questioni trattate.

Qualche osservazione merita in questa sede anche la questione delle liti compromettibili in ambito di arbitrato societario.

Sul punto l'art. 34 comma 1 del decreto legge n. 5 del 2003 prevede la possibile devoluzione in arbitri delle sole controversie “che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”.

²⁰⁶ E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 402.

²⁰⁷ E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 402.

Il quesito che si pone è quello della possibilità di utilizzare lo strumento qui in esame anche oltre i limiti tracciati dalla disposizione sopra richiamata e anche in relazione a diritti che non siano disponibili²⁰⁸.

Per rispondere a tale quesito occorre richiamare quanto più volte sottolineato in merito alle ragioni che giustificano il restringimento dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale; tali ragioni sono state individuate, in estrema sintesi, nell'esigenza di garantire la correttezza della decisione.

Tali ragioni devono essere valutate all'interno del fenomeno dell'arbitrato societario in maniera peculiare poiché le superiori esigenze sembrano sufficientemente soddisfatte dal fatto che il legislatore attraverso l'art. 34, comma 2 del d.lg. n. 5 del 2003 abbia sottratto ai litiganti il potere di nomina diretta degli arbitri e che, nell'ambito delle impugnazioni delle delibere assembleari, attraverso l'art. 36, comma 1 del sopra richiamato decreto, abbia impedito alle parti sia di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità, sia di disporre l'impugnabilità del lodo per motivi di diritto.

Sulla base di tali considerazioni preliminari si è di recente condivisibilmente affermato che « [...] in un arbitrato dove gli arbitri sono nominati da un soggetto terzo e il lodo sulla validità delle delibere assembleari è sempre impugnabile per motivi di diritto, non si può ravvisare alcun motivo concreto che giustifichi la

²⁰⁸ Per un quadro delle differenti impostazioni proposte in letteratura, di recente, E. DALMOTTO, *Limiti all'autonomia dei privati e compromettibilità delle liti nell'arbitrato societario*, cit., p. 405 e ss.

prevalenza del dato testuale di cui all'art. 34, comma 1 d.lg. n. 5 del 2003, che richiama il requisito della disponibilità dei diritti, sul dato testuale di cui agli artt. 35, comma 5 e 36, comma 1 d.lg. n. 5 del 2003, che, disciplinando la materia dell'impugnazione delle delibere assembleari, non detta alcuna limitazione rispetto al deferimento alla giurisdizione arbitrale del giudizio sulla validità di delibere assembleari aventi ad oggetto diritti indisponibili»²⁰⁹.

6.(segue) *Il peculiare ruolo dell'autonomia privata nel caso di mancata nomina degli arbitri.*

Riteniamo utile, a questo punto della trattazione, fare un rapido riferimento ad un'ipotesi di rilevanza che potremmo definire indiretta dell'autonomia privata nel contesto del processo arbitrale.

Ci riferiamo, più precisamente, alla fattispecie tratteggiata dall'art. 810 secondo comma del c.p.c.

Su tale ipotesi si è di recente soffermata la Corte di Cassazione che ha statuito che «la nomina dell'arbitro in sede giudiziale, ai sensi dell'art. 810 secondo comma, deve essere effettuata, in assenza di ragioni impeditive, tenendo conto della volontà manifestata dalle parti²¹⁰ nella clausola compromissoria in relazione alla designazione

²⁰⁹ E. DALMOTTO, *Limiti all'autonomia dei privati e compromettibilità delle liti nell'arbitrato societario*, cit., p. 406.

²¹⁰ Sulla ricerca della volontà delle parti quale criterio utile ai fini della determinazione delle regole del procedimento cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., p. 77 e ss.

di soggetti dotati di particolari qualità appartenenti a determinate categorie, atteso che l'intervento del presidente del tribunale è di tipo integrativo-sostitutivo della volontà negoziale, ove questa non sia *contra legem* o non più concretamente attuabile»²¹¹.

La volontà della parti (e, quindi, il potere di autonomia privata), alla luce di tale impostazione, dispiegherebbe i suoi effetti anche nell'ipotesi in cui per l'inerzia di una delle parti nella nomina dell'arbitro si renda necessario un intervento avente carattere che potremmo definire suppletivo da parte del presidente del tribunale.

La giurisprudenza della Suprema Corte non mostra un atteggiamento monolitico sul punto: in una diversa occasione la Cassazione aveva infatti statuito, sulla medesima questione, che il presidente del tribunale non deve ritenersi vincolato da eventuali previsioni dettate nel patto compromissorio²¹²; il provvedimento del presidente del tribunale che proceda alla designazione dell'arbitro, non nominato in maniera tempestiva da una delle parti, al di fuori delle categorie professionali previste dalla clausola compromissoria, deve ritenersi legittimo.

I limiti individuati dalle parti ai fini della nomina devono ritenersi vincolanti, ai sensi del principio generale sancito dall'art. 1372 c.c., soltanto per i soggetti che esercitano il potere di autonomia privata sopra richiamato; tali limiti non possono pertanto riguardare il potere di nomina del presidente del tribunale che opera in virtù

²¹¹ Cass. civ. 20 aprile 2016, n. 7956, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1244 e ss.

²¹² Cfr. Cass. 14 maggio 2012, n. 7450, in *Riv. arb.*, 2014, p. 153 e ss.

della discrezionalità propria del magistrato, secondo legge e in assenza di vincoli di mandato²¹³.

Le considerazioni da ultimo richiamate non paiono accoglibili per una serie di ragioni.

In primo luogo una lettura di tipo sistematico che tenga insieme il contenuto precettivo degli artt. 812, 813 *ter* e 815 c.p.c. vale a valorizzare il ruolo dell'autonomia privata nella determinazione delle caratteristiche degli arbitri; tale ruolo non può essere cancellato nell'ipotesi eccezionale di inerzia di una delle parti nella nomina dell'arbitro.

Da una seconda prospettiva di analisi può osservarsi che l'argomento tratto da una certa lettura dell'articolo 1372 c.c. debba ritenersi non fondato in ragione di una determinata impostazione, che occorrerebbe accogliere, relativa alla relazione giuridica intercorrente fra la convenzione arbitrale e l'atto di nomina.

Ai sensi di tale visione si è scritto che «l'interesse sostanziale dei compromittenti non si realizza immediatamente e direttamente con la stipulazione della convenzione, ma invece attraverso i successivi snodi della vicenda contrattuale, *rectius*, attraverso la serie concatenata di effetti che la medesima determina»²¹⁴.

Quanto statuito dai compromittenti deve ritenersi in grado di influenzare i successivi snodi della vicenda arbitrale e quindi anche la fattispecie della nomina giudiziale suppletiva dell'arbitro.

²¹³ In arg., ad esempio, R. TUCCILLO, *La nomina degli arbitri: capacità e qualifiche tra autonomia privata e poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 155 e ss.

²¹⁴ Cfr. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 122 e ss.

Nella stessa direzione interpretativa sembrano andare alcuni spunti che si possono trarre dalla recente riforma del processo. La riforma del 2006 ha infatti introdotto, fra i motivi di ricusazione, la mancanza delle qualifiche espressamente convenute dalle parti²¹⁵.

Come pure abbiamo osservato in altra sede, «non parrebbe potersi negare la possibilità della ricusazione per l'ipotesi di nomina dell'arbitro attraverso un intervento integrativo-suppletivo, ad opera del presidente del tribunale, che non si attenga alla volontà espressa dalle parti, con riguardo alle qualifiche degli arbitri contenute nella convenzione arbitrale»²¹⁶.

7.(segue) *Il peculiare intervento integrativo-suppletivo del presidente del tribunale.*

La tematica affrontata nel paragrafo precedente necessita di qualche ulteriore riflessione sulla natura dell'intervento del presidente del tribunale effettuato in conformità al contenuto precettivo dell'art. 810 c.p.c.

Questo tipo di intervento evoca la complessa tematica dell'integrazione del contratto che all'interno del nostro

²¹⁵ Per una valutazione di positivo apprezzamento di tale innovazione, fra gli altri, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Comunicazione*, in AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 77 e ss.

²¹⁶ Per ulteriori approfondimenti sia consentito il rinvio a S. MARONI, *La nomina giudiziale dell'arbitro: tra "libertà" e vincoli*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1250.

ordinamento trova una seppur minimale disciplina negli artt. 1374-1375 c.c.²¹⁷.

La prima delle disposizioni richiamate fa riferimento ai fini del compimento del processo di integrazione, in primo luogo alla legge, quindi ad equità e prassi.

Tale rinvio autorizza, anche con riferimento alla fattispecie in esame, con particolare riferimento al primo criterio integrativo (quello legale), il rinvio all'art. 1367 c.c. Sotteso a tale norma sembra essere il principio di conservazione del contratto²¹⁸.

La nomina integrativa-suppletiva deve pertanto fondarsi sul principio di conservazione del contratto, applicabile anche alla convenzione arbitrale, ai sensi dell'art. 1367 c.c.

In questa prospettiva, come pure abbiamo avuto modo di osservare, su di differenti piano devono essere collocati l'inerzia della parte nell'esercizio del potere di nomina e l'intervento integrativo-suppletivo del presidente del tribunale; pertanto, «mentre la prima, infatti, rappresenta presupposto di fatto dal quale nasce il potere di ricorrere ai fini di un intervento sostitutivo funzionale alla prosecuzione del processo e nulla dice, invece, in relazione alle modalità con le quali questo intervento deve realizzarsi; il secondo

²¹⁷ In arg., di recente, per una analisi critica di tale complessa questione L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 135 e ss.

²¹⁸ In tema di interpretazione del contratto, senza pretesa di completezza, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, *passim*; più di recente, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, *passim*.

principio indirizza le modalità attuative di questo tipo di attività giudiziale»²¹⁹.

La *ratio* dell'art. 810 c.p.c., volta a garantire la prosecuzione del processo arbitrale, dovrà realizzarsi nel rispetto dell'autonomia delle parti e quindi sulla base delle indicazioni proposte da queste ultime nella prospettiva della regolamentazione delle modalità di svolgimento del processo arbitrale²²⁰.

8. *Autonomia privata e clausole limitative del lodo arbitrale.*

Veniamo, a questo punto della trattazione, a qualche riflessione sul dispiegarsi dell'autonomia privata nella fase conclusiva dell'istituto arbitrale.

Prima di saggiare la validità e il valore della clausole limitative delle impugnazioni del lodo arbitrale²²¹ occorre evidenziare come la prassi preveda con frequenza patti inseriti in un compromesso o in

²¹⁹ S. MARONI, *La nomina giudiziale dell'arbitro: tra "libertà" e vincoli*, cit., p. 1251 e ss.

²²⁰ Sia consentito ancora il rinvio a S. MARONI, *op. cit.*, p. 1251 e ss.

²²¹ Sulla natura di atto di autonomia privata anche del lodo arbitrale cfr. Cass. civ. 23.4.2008, n. 10576, in *Giust. civ. mass.*, n. 10576. In tale pronuncia la Suprema Corte ha inteso precisare che in tema di arbitrato la mancata indicazione nel lodo della sede arbitrale, requisito prescritto ai sensi dell'art. 823, comma 1, n. 5 c.p.c., non ne determina la nullità allorchè la sede stessa possa desumersi in via interpretativa, tenuto conto, da una parte, della natura sostanziale del requisito richiesto, che non richiede necessariamente, per la sua esplicazione, formule sacramentali e, dall'altra, della natura di atto di autonomia privata ascrivibile alla pronuncia arbitrale e della conseguente applicabilità delle disposizioni in materia di interpretazione negoziale dettate nel codice civile di cui agli artt. 1362 e ss.

una clausola compromissoria che si chiudono con l'affermazione secondo cui il lodo che sarà emanato sarà definitivo e non potrà essere oggetto di alcun tipo di impugnazione.

Tale prassi si inserisce nel fenomeno ancora più ampio alla luce del quale si tende ad enfatizzare l'importanza della stabilità delle prescrizioni contrattuali.

In tale contesto devono inserirsi le cc. dd. clausole di incontestabilità nei contratti di assicurazione, ancora adesso pattuite per derogare alla disciplina degli artt. 1892 e 1893 c.c.; ancora, occorre fare riferimento alle clausole che mirano ad escludere in capo al venditore la garanzia per vizi occulti della cosa alienata; inoltre nei contratti di informatica sono spesso presenti clausole che disegnano in modo preciso e dettagliato i confini della garanzia prestata all'utilizzatore, il quale contestualmente rinuncia ad ogni forma di tutela anche risarcitoria²²².

Per quanto concerne il tema qui di interesse bisogna chiedersi se le clausole di incontestabilità del lodo possano trovare spazio all'interno della disciplina vigente.

²²² In arg. F. PADOVINI, *Clausole limitative delle impugnazioni e lodi arbitrali (rituali e irrituali)*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, cit., p. 241 e ss. L'A. fa inoltre riferimento anche ai nuovi contratti «di locazione finanziaria, che prevedono, nella generalità dei casi, l'esclusione di ogni responsabilità in capo al locatore per vizi della cosa oggetto del *leasing*; di *factoring* che privano l'imprenditore cedente del potere di provocare la risoluzione del titolo che costituisce la fonte della pretesa ceduta; di *project financing*, che si preoccupano dell'ampiezza cronologica di un rapporto, il quale è concepito per consentire all'esecutore dell'opera il recupero dell'investimento in un lungo arco di tempo».

Con riferimento all'arbitrato rituale la risposta sembra essere negativa. L'art. 829 c.p.c. dispone, infatti, che «l'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia».

Sebbene il termine “rinuncia” sembra evocare il fenomeno delle rinunce unilaterali e non le cc.dd. clausole aventi natura bilaterale, una tale interpretazione non pare condivisibile.

Come osservato dalla dottrina preferibile, «il legislatore impiega una locuzione ampia - nonostante qualunque preventiva rinuncia – capace di abbracciare anche clausole bilaterali di reciproca rinuncia; perché, sul piano sostanziale, si tratta pur sempre di rimedi processuali nei confronti di un provvedimento avente valore di sentenza, i quali incidono su materie dove la disponibilità preventiva delle parti è assai limitata»²²³.

Secondo questa medesima impostazione, anche sulla base di una coerente lettura del 3 comma dell'art. 829 c.p.c., le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali hanno in realtà un valore meramente declamatorio poiché la stabilità è di fatto assunta quale canone legale²²⁴.

Diverse considerazioni devono essere proposte in relazione al lodo arbitrale irrituale il quale viene attualmente configurato quale determinazione avente carattere contrattuale²²⁵

²²³ Cfr. F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 242 e ss.

²²⁴ Il richiamato art. 829 comma 3 c.p.c. ammette infatti l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto e relative al merito della controversia non già in modo indiscriminato, bensì soltanto se espressamente disposta dalle parti o dalla legge.

²²⁵ Sulla natura giuridica dell'arbitrato irrituale, *ex multis*, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 22 e ss.

In primo luogo l'art. 808 *ter* comma 1 c.p.c. regola il regime delle invalidità riportandole, sostanzialmente, all'ambito dell'annullabilità, prevedendo un'impugnazione nelle forme del giudizio ordinario, senza vietare, tuttavia, rinunce di tipo preventivo.

In secondo luogo una parte considerevole degli interpreti ritiene che l'elenco di cui all'art. 808 *ter* c.p.c. non si possa ritenere esaustivo delle cause di invalidità, potendosi far valere, in ogni caso, gli eventuali vizi tipici del contratto quali, ad esempio, i vizi di volontà degli arbitri irrituali.

Le clausole limitative qui in esame andrebbero ripensate, secondo parte della letteratura, nella prospettiva delle clausole limitative delle impugnazioni contrattuali²²⁶.

Tale ultime tipologie di clausole possono considerarsi ammissibili sulla base di una lettura che potremmo definire di carattere sistematico.

Innanzitutto è possibile segnalare la disciplina sull'invalidità della transazione che esclude l'impugnazione per lesione o per errore di diritto e consente la risoluzione per inadempimento soltanto ove la transazione non abbia estinto per novazione il rapporto preesistente.

Nella stessa direzione deve essere collocata la disciplina dedicata al contratto di rendita vitalizia: in tale contesto il creditore non può chiedere la risoluzione per inadempimento in caso di mancato pagamento delle rate di rendita scadute.

²²⁶ F. PADOVINI, *Clausole limitative delle impugnazioni e lodi arbitrali (rituali e irrituali)*, cit., p. 243 e ss.

Nella stessa direzione interpretativa si collocano sia l'art. 1349 c.c. sull'arbitraggio che l'art. 1395 c.c. che disciplina l'autorizzazione al contratto in conflitto di interessi.

Dai riferimenti sino a qui fatti emerge come la stabilità del rapporto contrattuale rappresenti un principio o forse anche un valore dell'ordinamento, quindi un concetto da preservare, sebbene nei limiti previsti dall'ordinamento.

Utili spunti di riflessione in tale direzione provengono anche dalla cc. dd. fonti persuasive espressioni come noto di una cultura giuridica avente carattere più ampio e quindi non meramente confinata all'ambito nazionale.

Conferme a quanto appena sopra affermato avvengono per esempio dal diritto europeo. Nel *Draft Common frame of reference* è riconosciuta piena valenza alla c.d. "clause excluding or restricting remedies".

La generale liceità di tale clausola è esclusa, nel quadro normativo appena sopra richiamato, rispetto ai vizi della volontà diversi dall'errore²²⁷.

Nella stessa direzione si possono collocare gli spunti di riflessione derivanti dai PECL. A riguardo l'art. 4.118 prevede che "le tutele concernenti l'errore e le informazioni inesatte possono essere escluse o limitate salvo che l'esclusione o la limitazione sia in contrasto con la buona fede e la correttezza".

²²⁷ F. PADOVINI, *Clausole limitative delle impugnazioni e lodi arbitrali (rituali e irrituali)*, cit., p. 246.

Inoltre l'art. 8.109 dispone che “le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate salvo che far valere tale esclusione o limitazione risulti contrario alla buona fede e alla correttezza”.

Da quanto appena osservato deve ritenersi che la clausola limitativa dell'impugnazione del lodo irrituale può ritenersi legittima nel caso in cui essa sia volta a escludere la impugnabilità per errore degli arbitri; a una differente soluzione deve giungersi per il caso la predetta clausola abbia ad oggetto le impugnative per dolo degli arbitri del lodo arbitrale irrituale²²⁸.

²²⁸ F. PADOVINI, *Clausole limitative delle impugnazioni e lodi arbitrali (rituali e irrituali)*, cit., p. 246 e ss.; l'Autore precisa inoltre che «la clausola di incontestabilità del lodo può valere quanto alle cause di invalidità della convenzione di arbitrato, di cui potrà escludersi una impugnazione per errore (altrimenti prospettabile ex art. 808 *ter*, comma 2, n. 1 c.p.c.) e forse anche quanto alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo ove le parti espressamente rinuncino a far valere il vizio (di cui all'art. 808 *ter* comma 2, n. 4 c.p.c.).

Cap. IV

Il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato in alcuni modelli di comparazione

- 1) I presupposti teorici per l'impiego della comparazione quale argomento interpretativo. La disciplina dell'arbitrato nei sistemi di *common law* (cenni e rinvio).
- 2) Arbitrato e autonomia privata in Inghilterra.
- 3) (segue) Ambiti di applicazione: *arbitration agreement* e disciplina degli arbitri.
- 4) Arbitrato e autonomia privata negli Stati Uniti.
- 5) Il procedimento arbitrale nel diritto inglese e nel diritto americano.
- 6) Alcune considerazioni dal raffronto fra i sistemi di *common law* e il modello interno.
- 7) L'autonomia privata nell'arbitrato internazionale.

1.1 presupposti teorici per l'impiego della comparazione quale argomento interpretativo. La disciplina dell'arbitrato nei sistemi di common law (cenni e rinvio).

L'impiego della comparazione ai fini della soluzione di alcune questioni interpretative sollevate dall'ordinamento interno sembra oramai estendibile ad ogni settore del diritto interno e, alla luce delle più recenti letture, può avere ad oggetto sistemi giuridici, quali i sistemi di *common law*, che paiono, almeno in apparenza, molto distanti dai sistemi continentali.

Anche la materia dell'arbitrato sembra poter usufruire della comparazione quale tecnica argomentativa e l'impiego di tale tecnica pare, come già anticipato, poter riguardare anche i sistemi di *common law* e in particolare il sistema inglese ed il modello nord-americano sui quali, in particolare, ci soffermeremo nel prosieguo della trattazione²²⁹.

La circolazione dei modelli e delle tecniche giuridiche consente di guardare con minore rigore alle differenze che caratterizzano i singoli sistemi di regole²³⁰ e di concentrarsi sulle differenti tecniche impiegate dai vari ordinamenti al fine di risolvere determinate questioni, anche applicative, emerse nel diritto interno: la comparazione diviene pertanto vera e propria tecnica argomentativa.

²²⁹ Cfr. G. B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 326 e ss.

²³⁰ V. BARSOTTI, V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014, p. 15 e ss.

In ragione del fatto che la tematica dell'arbitrato si colloca, anche alla luce di quanto sino a qui posto in risalto, al confine fra il diritto sostanziale e, in particolare, il diritto privato e il diritto processuale civile, occorre chiarire che l'impiego che faremo, nelle pagine a seguire, della comparazione sarà rivolto principalmente ai profili di carattere sostanziale dell'arbitrato²³¹.

Ciò non tanto in ragione di una aprioristica presa di posizione rispetto alla natura giuridica della figura in esame, quanto in ragione della presa d'atto per cui lo studio del rilievo dell'autonomia negoziale, nel contesto del fenomeno arbitrale, implica il riferirsi a questioni e problematiche che trovano nel diritto privato la principale *sedes materiae*.

Le pagine a seguire saranno pertanto dedicate a verificare come le soluzioni elaborate, nei sistemi presi in considerazione quali modelli di comparazione, possano essere utilizzate come argomenti interpretativi considerabili al fine di risolvere alcune delle questioni dubbie e controverse in materia di diritto arbitrale. Su tali questioni ci siamo già soffermati e abbiamo già tentato di dare una prima risposta alla luce dei principi e delle regole che caratterizzano la disciplina, espressa dal diritto interno, del fenomeno in esame.

Per introdurre il tema della considerazione del fenomeno arbitrale all'interno degli ordinamenti, presi come modelli di comparazione, possiamo osservare, preliminarmente, che nei sistemi di *common law* il ricorso alla figura dell'arbitrato è molto frequente, sia in

²³¹ Per una analisi a carattere comparatistico della figura giuridica dell'arbitrato cfr., ad esempio, nella letteratura interna, G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, Padova, 2014, *passim*.

quelle che possiamo definire controversie interne, sia nelle cc.dd. controversie internazionali.

Il diffondersi di tali prassi porta alla crescita di importanza di alcune istituzioni arbitrali che svolgono un ruolo fondamentale sia nel modello di arbitrato inglese che in quello nord-americano.

The Chartered Institute of Arbitrators, che opera in Inghilterra, e l'*American Arbitration Association*, che opera negli Stati Uniti, svolgono, nei rispettivi sistemi, una pluralità di funzioni che assumono una crescente importanza.

Tali istituzioni non si limitano alla mera organizzazione della Camera Arbitrale, ma si occupano, contestualmente, della promozione dell'istituto in differenti settori.

La richiamata propagazione della pratica dell'arbitrato pone, al contempo, numerose questioni che riguardano anche il ruolo e i confini dell'autonomia negoziale rispetto a tale fattispecie. Ciò in quanto anche nei modelli di comparazione, ai quali faremo riferimento, il fenomeno arbitrale nasce da un atto di autonomia dei privati²³²; quali questi ultimi decidono, infatti, di demandare la risoluzione di alcune controversie alle determinazioni degli arbitri.

In ragione di quanto osservato a questa tematica, e cioè, in particolare, al potere dei privati nella conformazione del fenomeno arbitrale, saranno dedicati i paragrafi successivi che si preoccuperanno, in particolare, di trattare il tema dell'autonomia

²³² Sull'autonomia privata quale fondamento dell'arbitrato inglese, R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, in AA. VV., *Autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, cit., p. 43 e ss.

negoziale nell'arbitrato nel sistema inglese e in quello nord-americano.

2. Arbitrato e autonomia privata in Inghilterra.

Negli ultimi decenni il ruolo della *freedom of contract* nel diritto inglese si è mostrato intimamente legato alla crescente privatizzazione e liberalizzazione dei mercati: ciò ha portato a una riscoperta di questo istituto connesso, però, ad una peculiare attenzione per il riflesso sociale del rapporto²³³.

Da una diversa prospettiva di analisi deve rilevarsi come l'istituto del *contract*, sebbene ancora definito in gran parte nell'ambito della c.d. *common law* consuetudinaria e derivante dalle principali pronunce giurisprudenziali, stia divenendo, sempre in maniera crescente, referente oggettivo della c.d. *statute law*²³⁴.

Questa peculiare legislazione affronta soprattutto le tematiche relative ai tipi contrattuali²³⁵ assumendo in particolare il ruolo di aggiustamento e di adeguamento del diritto regolamentato

²³³ Cfr. G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, p. 9 e ss.

²³⁴ Per quanto concerne gli aspetti di parte generale è possibile fare riferimento a *Misrepresentation Act* del 1967, *Unfair Contract Terms Act* del 1977, *Limitation Act* del 1980, *Supply of Goods (Implied Terms) Act*, del 1973, *Unfair Contract Terms Act* del 1977, *Consumer Protection Act*, del 1987.

²³⁵ In arg. P. S. ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 2005, p. 25 e ss.

attraverso i precedenti al modificarsi dei principi socio-culturali e alle imposizioni provenienti dagli organismi internazionali²³⁶.

Un tale processo ha riguardato anche la materia in esame.

Venendo a ciò che più interessa in questa sede: il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato di diritto inglese²³⁷ è ben messo in evidenza dall'art. 1 dell'*Arbitration Act* del 1996²³⁸.

Tale disposizione²³⁹ prevede che «the provisions of this part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly (a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense; (b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest; (c) in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part».

Il punto fondamentale ai fini del chiarimento del ruolo dell'autonomia privata nel fenomeno arbitrale è rappresentato dal punto b) sopra riportato. Ai sensi di tale disposizione le parti dovrebbero ritenersi libere di concordare come le loro controversie

²³⁶ Cfr. G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 6 e ss.

²³⁷ Per una trattazione sistematica dell'arbitrato nel diritto inglese cfr. B. ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, cit., *passim*.

²³⁸ Sul carattere parziale della disciplina dell'arbitrato contenuta in questa fonte, fra gli altri, B. ZUFFI, *op. cit.*, p. 22 e ss.

²³⁹ La rubrica di tale disposizione è "*General Principles*".

sono risolte con il solo limite delle condizioni imposte nell'interesse pubblico²⁴⁰.

Una conferma dell'importanza del ruolo dell'autonomia privata nel diritto arbitrale inglese è data dalla lettura di altre disposizioni del diritto inglese. Le regole alle quali faremo riferimento subito nel prosieguo sono previste, in particolare, ai fini di regolamentare la natura degli effetti del lodo.

A riguardo, l'art. 16 dell'Arbitration Act del 1950 prevedeva «unless a contrary intention is espressa therein, every arbitration agreement shall, where such a provision is applicable to reference, be deemed to contain a provision that the award to be made by the arbitrator or umpire shall be final and binding on the parties and the persons claiming under them respectively».

Da tale disposizione emerge in maniera evidente come la fonte degli effetti vincolanti del lodo sia senz'altro contrattuale, confermando, sebbene indirettamente, il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato e, in particolare, ai fini dell'attribuzione di efficacia vincolante al lodo arbitrale.

La formulazione dell'art. 58 dell'Arbitration Act 1996 consente alle parti di modellare gli effetti del lodo come lo ritengono più opportuno; essa conferma, inoltre, la relazione funzionale fra autonomia privata ed efficacia del lodo.

Il dato per cui gli effetti del lodo abbiano la loro fonte in un contratto, piuttosto che in una norma imperativa ovvero

²⁴⁰ Cfr. R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, cit., p. 44 e ss.

nell'esercizio della giurisdizione da parte degli arbitri, è confermato dal potere delle parti di chiedere ed ottenere l'esecuzione di un lodo arbitrale, sia interno che esterno, a mezzo di azione ordinaria²⁴¹ per l'esecuzione delle obbligazioni derivanti dal lodo²⁴².

La centralità del ruolo dell'autonomia privata nel diritto arbitrale inglese è ulteriormente confermata dal potere che i privati esercitano nell'ambito della delineazione della procedura arbitrale. A riguardo possiamo fare riferimento all'art. 34 dell'Arbitration Act del 1996; tale disposizione prevede che «it shall be for the tribunal to decide all procedural and eventual matters, subject to the right of the parties to agree any matters».

Il potere delle parti di conformare la procedura arbitrale si traduce nella qualificazione nei termini di norme essenzialmente derogabili delle regole che disciplinano la medesima procedura arbitrale.

Sono considerate regolamentazioni aventi carattere inderogabile²⁴³ esclusivamente la disciplina delle decadenze di cui all'art. 73, il potere degli arbitri di non rendere il lodo in caso di mancato pagamento ai sensi dell'art. 56, il potere dei giudici riguardo ai testimoni di cui all'art. 43, il dovere delle parti di cui all'art. 40, il dovere degli arbitri di cui all'art. 33²⁴⁴.

²⁴¹ Cfr. Art. 66 Arbitration Act 1996

²⁴² R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, cit., p. 47.

²⁴³ Il riferimento è naturalmente alle norme presenti nell'Arbitration Act del 1996.

²⁴⁴ Per maggiori approfondimenti R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, cit., p. 50 e ss.

Ulteriori profili rilevanti, ai fini della individuazione dei limiti all'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale, sono quelli connessi alla c.d. ingerenza del giudice. Sebbene gli sforzi condensati nell' *Arbitration Act* del 1996 siano stati volti a limitare al massimo l'ingerenza e l'intervento del giudice nell'arbitrato persistono alcune aree di forte "presenza" del giudice.

È possibile sistematizzare i diversi ambiti nei quali l'intervento del giudice rimane forte facendo riferimento a: 1) interventi a tutela dell'autonomia privata; 2) interventi a tutela dell'arbitrato e quindi dell'effettività del mezzo di risoluzione della controversia scelto dalle parti²⁴⁵.

Con riferimento al primo profilo, degna di menzione è la giurisprudenza in merito al sindacato del giudice sulla carenza di giurisdizione dell'arbitro.

Le corti inglesi e la medesima Corte suprema²⁴⁶ hanno affermato il principio²⁴⁷ per cui salvo l'effetto di eventuali decadenza «il sindacato del giudice è pieno e di merito, senza che alcun margine di manovra possa essere riconosciuto agli arbitri, e senza che sia possibile, in caso di *exequatur*, l'esercizio del potere discrezionale, che le corti inglesi pur riconoscono in altre fattispecie, di

²⁴⁵ R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, cit., p. 50 e ss.

²⁴⁶ Cfr. *Dallah Estate v The Government of Pakistan*.

²⁴⁷ Tale principio è stato affermato sia nel caso di istanza di annullamento del lodo pronunciato in un arbitrato con sede in Inghilterra sia di un'istanza di *exequatur* del lodo straniero.

riconoscere il lodo anche in presenza di un motivo che ne giustificerebbe il rifiuto»²⁴⁸.

Per quanto concerne il secondo profilo richiamato in questa sede, appare interessante la giurisprudenza in materia di misure cautelari.

L'art. 44 dell'*Arbitration Act* del 1996 dispone che il giudice può intervenire solo se gli arbitri o l'istituzione arbitrale non siano in grado di farlo; inoltre, ove non vi sia urgenza, il giudice può pronunciarsi soltanto se la domanda è presentata o con il permesso del tribunale arbitrale o con l'accordo delle altre parti.

Per il caso vi sia urgenza, solo in tal caso, il giudice potrà pronunciarsi soltanto su istanza delle parte al fine di preservare prove o beni.

3.(segue) Ambiti di applicazione: arbitration agreement e disciplina degli arbitri.

Nel diritto inglese l'espressione *arbitration agreement* si riferisce sia al compromesso che alla clausola compromissoria; per tali atti, nonostante sia voluta la forma scritta, non sono tuttavia richiesti particolari requisiti che siano in grado di condurre alla necessaria predisposizione di un unico documento.

Se ne inferisce che, anche alla luce delle più recenti riforme, sarà sufficiente anche soltanto uno scambio di lettere, di telegrammi, di telex, oppure di ogni altra forma di prova scritta²⁴⁹.

²⁴⁸ R. NAZZINI, *op. cit.*, p. 53 e ss.

Per quanto concerne la capacità delle parti di concludere una valida clausola arbitrale, il riferimento è ai principi generali in materia contrattuale.

In relazione invece alla materia arbitrabile, il rilievo dell'autonomia privata nel diritto arbitrale inglese si desume anche dal fatto che sono arbitrabili tutte le controversie eccezion fatta per quelle che possano considerarsi contrastanti con l'ordine pubblico²⁵⁰.

Qui solo per inciso, tali ultimi rilievi consentono di tracciare una sorta di parallelismo con il diritto interno nel senso dell'attribuzione di piena rilevanza al potere di autonomia privata delle parti nella scelta della c.d. materia arbitrabile e nel senso del rilievo dei limiti aventi fondamento nella Carta Costituzionale ai quali abbiamo più volte fatto riferimento nel corso della trattazione.

Il rinvio alla normativa di carattere generale non vale ad escludere che la clausola arbitrale debba essere formulata in modo chiaro, specificando il numero degli arbitri o l'eventuale nomina dell'arbitro unico²⁵¹, il procedimento per la presentazione delle prove, la eventuale esclusione di lodi parziali, la possibilità di condannare all'esecuzione specifica del contratto, nonché la determinazione dei costi e degli onorari in occasione della decisione finale.

L'evoluzione della normativa statutaria in materia di arbitrato ha inoltre favorito l'introduzione della c.d. figura dell'*exclusion*

²⁴⁹ Cfr. Art. 7-1 Act del 1976.

²⁵⁰ Cfr. G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit., p. 62.

²⁵¹ Tale arbitro sarebbe denominato, nel diritto arbitrale inglese, *unpire*.

*agreement*²⁵², cioè dell'accordo con il quale le parti escludono la possibilità di proporre appello nei confronti della decisione arbitrale di fronte alla *High Court*.

Anche tale previsione sembra confermare l'importanza del ruolo dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale inglese; in tale caso tale potere delle parti si estrinseca nella facoltà di incidere sulla conformazione delle regole procedurali²⁵³.

Per quanto concerne la disciplina di *common law* è possibile infine segnalare due interessanti pronunce.

La prima è resa dalla *Commercial Court* nel caso *Smith Ltd v. H & S International*; la seconda è stata resa dalla medesima Corte nel caso *Harbour Assurance v. Kansa*.

Entrambe le pronunzie hanno confermato la teoria della separabilità della clausola arbitrale²⁵⁴; in ragione di tale lettura la clausola arbitrale rappresenta un contratto indipendente, separato dal contratto principale di cui faccia eventualmente parte anche fisicamente.

Tale separabilità si ripercuote anche sul regime di propagazione degli eventuali vizi.

²⁵² Cfr. Art. 3 dell'*Arbitration Act* del 1979.

²⁵³ Sull'autonomia privata quale norma centrale in materia di regolazione del procedimento arbitrale, ad esempio, R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, cit., p. 55.

²⁵⁴ Osserva la letteratura comparatistica come tale impostazione sia formulata dal formante giurisprudenziale non essendo rinvenibile in nessuna norma degli *Acts* o degli *Statutes* una tale disposizione: in arg. cfr., ad esempio, G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit., p. 63 e ss.

4.Arbitrato e autonomia privata negli Stati Uniti.

Anche negli Stati Uniti il ricorso all'istituto dell'arbitrato è visto oggi con estremo favore oltre che dagli operatori economici anche dai giuristi.

In questo contesto, ad una fase “storica” in cui la regolamentazione della figura era affidata alla *common law* di ciascuno Stato membro - in questa fase la figura non è vista con gran favore all'interno di questo medesimo sistema normativo - è subentrata una differente fase nella quale la normativa c.d. statutaria inizia ad occuparsi della regolamentazione dell'arbitrato.

A partire dagli anni '20 del secolo scorso alcuni Stati membri hanno adottato una disciplina statutaria nota come *Modern Arbitration Statutes*.

Fra le diverse regolamentazioni di particolare interesse pare quella adottata dalla Stato di New York ²⁵⁵ a cui si è successivamente ispirata la regolamentazione federale e, quindi, in particolare, il *Federal Arbitration Act* del 1925.

Ad oggi quasi tutti gli Stati membri hanno adottato la propria normativa statutaria in materia di arbitrato. Gli statuti più recenti sono stati formulati sulla base dello *Uniform Arbitration Act* (UAA). Tale legge è stata emanata nel 1955 e parzialmente modificata durante l'anno successivo.

²⁵⁵ Il riferimento è al *New York Arbitration Act* del 1920.

La normativa di *common law* di fatto non è stata mai abrogata, ma risulta scarsamente applicata soprattutto all'interno degli Stati più progrediti dal punto di vista dello sviluppo economico²⁵⁶.

La normativa federale sopra richiamata, invece, è stata emendata nel 1970 al fine di consentire l'adesione alla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere²⁵⁷.

Venendo più da vicino alla tematica qui di interesse, è possibile osservare come nella normativa statutaria la distinzione fra compromesso e clausola compromissoria è in linea di massima superata in quanto è prevista una disciplina uniforme applicabile ai differenti tipi di accordo arbitrale²⁵⁸.

Sebbene la clausola arbitrale debba risultare da un documento scritto, il formante giurisprudenziale ha interpretato in maniera abbastanza flessibile tale requisito poiché si rende necessaria la prova di una comune volontà delle parti di deferire la controversia agli arbitri.

²⁵⁶ G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit., p. 67.

²⁵⁷ Occorre segnalare inoltre che nel 1981 gli Stati Uniti hanno aderito alla Convenzione di Panama del 30 gennaio 1975 (*Convencion Interamericana sobre arbitraje comercial internacional*): in arg., ad es., G. RECCHIA, *op. cit.*, p. 68.

²⁵⁸ Nella *common law* ed in alcuni Stati membri è ammessa la revoca della clausola compromissoria: in arg. G. RECCHIA, *op. cit.*, p. 68.

Per quanto concerne più esplicitamente il rilievo dell'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale²⁵⁹, degno di menzione è il dato dell'ampiezza dell'oggetto dell'arbitrato.

In questo modello di comparazione possono infatti considerarsi arbitrabili tutti i tipi di controversie, anche quelle che non potrebbero formare oggetto di giudizio dinnanzi alla c.d. giurisdizione ordinaria.

Nonostante le controversie in materia di antitrust e di titoli di credito fossero in passato non arbitrabili, la Corte Suprema nel 1985 ha modificato questo orientamento²⁶⁰ respingendo la presunzione di non arbitrabilità di controversie basate sugli *statutory claims*²⁶¹.

Questi ultimi sarebbero azioni fondate su norme di legge per l'applicazione delle quali sarebbe competente soltanto il giudice ordinario. La conclusione a cui la Corte Suprema è pervenuta è che

²⁵⁹ Sul tema più in generale i rilievi di E. BRUNET, *The Core Values of Arbitration*, in E. BRUNET, R. E. SPEIDEL, J. R. STERLINGHT, S. J. WARE, *Arbitration Law in America. A critical Assessment*, Cambridge University Press, 2006, p. 3 e ss. L'A., al fine di sottolineare l'importanza dell'autonomia privata in questo contesto, evidenzia che «arbitration rests on a firm foundation of party autonomy. The parties own the dispute and should be able to control the details of their disputing process. They may chose to litigate, mediate, or arbitrate. If the parties select arbitration, the may broadly agree to arbitrate without a particular type of arbitration procedure, or alternatively, they may tailor their arbitration arrangement by agreeing to use particular procedures appropriate to their needs».

²⁶⁰ Cfr. *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*

²⁶¹ Per una trattazione della evoluzione giurisprudenziale su questa materia cfr., in particolare, T. E. CARBONNEAU, *Arbitration in a Nutshell*, West, 2012, p. 143 e ss.

gli *antitrust claims* sarebbero arbitrabili nei cc.dd. contratti internazionali²⁶².

5. Il procedimento arbitrale nel diritto inglese e nel diritto statunitense.

Veniamo a questo punto a qualche breve raffronto fra il procedimento arbitrale inglese e quello nordamericano.

Qualora le parti non abbiano stabilito diversamente la disciplina del procedimento arbitrale inglese consente ampia libertà agli arbitri²⁶³.

Tale principio conferma il rilievo - sul quale ci siamo già soffermati in diverse parti della trattazione - dell'autonomia negoziale anche nella determinazione delle regole che disciplinano il procedimento arbitrale.

Gli unici limiti che potremmo definire invalicabili sono rappresentati dalle cc.dd. garanzie fondamentali, rappresentate dalle *rules of natural justice*. Anche in tale caso pare evocarsi la questione - della quale ci siamo occupati in diversi passaggi della trattazione - dei limiti costituzionali all'autonomia privata all'interno del fenomeno arbitrale interno.

La presenza delle *rules of natural justice* e la loro applicabilità all'arbitrato inglese confermano la correttezza del metodo applicato in questa sede; in virtù di tale metodo, il tema dei limiti all'autonomia privata nell'istituto arbitrale deve essere affrontato

²⁶² G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit., p. 69.

²⁶³ Cfr. Art. 12 *Arbitration Act* del 1950.

attraverso l'applicazione dei principi costituzionali, che governano il processo ordinario, anche al processo arbitrale.

Nei casi in cui la procedura sia particolarmente complessa gli arbitri sono soliti tenere un incontro preliminare con le parti e i loro avvocati (*Preliminary meeting*)²⁶⁴. A questo incontro segue uno scambio di memorie scritte (*Pleadings*); mentre non è solitamente necessario un ulteriore incontro (*oral hearing*).

Alcune specifiche garanzie presidiano la fase della produzione delle prove: al riguardo gli arbitri sono obbligati a seguire quanto prescritto per il procedimento ordinario²⁶⁵.

Anche il processo arbitrale nordamericano²⁶⁶ è largamente affidato all'accordo fra le parti e quindi all'autonomia privata che opera all'interno della disciplina arbitrale.

Qualora manchi una adeguata disciplina convenzionale della procedura arbitrale quest'ultima è affidata alla discrezionalità degli arbitri.

²⁶⁴ In arg. G. RECCHIA, *op. cit.*, p. 64 e ss.

²⁶⁵ L'attenzione con la quale si guarda a questa fase è dimostrata dall'ammissibilità del giuramento dei testi (Art. 12 *Arbitration Act* del 1950). L'*Arbitration Act* del 1990 ha abolito, per il giudice statale, il potere di ordinare l'esibizione di documenti o interrogatori a supporto del procedimento arbitrale. Egli potrà esercitare tale potere nel caso in cui una delle parti non adempia al proprio dovere di presentare testi e produrre documenti; la medesima possibilità è ammessa qualora l'altra parte si sia rivolta all'*High Court* per ottenere un ordine di comparizione oppure un ordine di produzione con il rispetto degli stessi limiti previsti per il processo arbitrale.

²⁶⁶ Per una trattazione sistematica dell'istituto cfr., *ex multis*, T. E. CARBONNEAU, *Arbitration in a Nutshell*, cit., *passim*; E. BRUNET, R. E. SPEIDEL, J. R. STERLINGHT, S. J. WARE, *Arbitration Law in America. A critical Assessment*, cit., *passim*.

Ad ogni modo anche in questo ordinamento, come per il nostro sistema, assume un peso peculiare il principio del contraddittorio e, difatti, le Corti tendono ad annullare i lodi resi a seguito di procedimenti arbitrari durante i quali non sia stato rispettato tale principio.

Anche la presentazione delle prove è in gran parte affidata alle parti in conformità ai principi generali dell'ordinamento; in numerosi Stati membri, tuttavia, gli arbitri possono emanare ordinanze per chiedere alle parti l'esibizione delle prove; la mancata ottemperanza comporta un'eventuale condanna comminata dal giudice statale per *Contempt of Court*²⁶⁷.

6. Alcune osservazioni dal raffronto fra i sistemi di common law e l'ordinamento interno.

Alcune brevi osservazioni devono essere dedicate, a questo punto della trattazione, al raffronto fra i sistemi utilizzati quali modelli di comparazione e il modello interno.

In primo luogo, ciò che emerge è soprattutto il dato per cui anche gli ulteriori modelli presi in esame confermano il ruolo dell'autonomia privata nel fenomeno arbitrale; ruolo che si estrinseca oltre che nel momento genetico della formazione del fenomeno arbitrale in quello della regolamentazione della fase procedurale.

²⁶⁷ Cfr. B. DOMKE, *The law and practice of commercial arbitration*, Mundelein, 1968, p. 16 e ss.

Tale constatazione sembra assumere un valore pregnante anche rispetto alle diverse questioni dubbie che sono emerse durante il corso della trattazione e sulle quali torneremo nei passaggi conclusivi di questa disamina. È possibile già anticipare comunque come, a livello metodologico, parrebbe corretto aderire a quelle interpretazioni che nelle situazioni dubbie avvalorano il peso dell'autonomia privata consentendo soluzioni estensive piuttosto che restrittive.

Ulteriore elemento che pare desumersi dalla rapida disamina dei modelli di comparazione concerne i limiti all'utilizzo dell'autonomia privata nel contesto della disciplina del fenomeno arbitrale.

Dalla richiamata analisi emerge la conferma del ruolo dei limiti all'autonomia privata nell'arbitrato; tali limiti infatti sono nel contesto interno, come più volte ribadito, quelli espressi attraverso il riferimento a principi costituzionali che comunque garantiscono e conformano un certo modello di arbitrato.

Tale idea di arbitrato sembra raffigurata anche dai sistemi di *common law* nei quali il rinvio, ad esempio, al concetto di ordine pubblico e a quello volto a salvaguardare il ruolo del principio del contraddittorio anche in tale contesto sembra evocare il riferimento ai principi costituzionali ai quali abbiamo più volte fatto riferimento nel corso della trattazione e che sono valsi al fine di individuare i contorni e i confini entro i quali l'istituto in esame possa spingersi.

7.L'autonomia privata nell'arbitrato internazionale.

Qualche riflessione deve essere dedicata, per esigenze di completezza della trattazione, anche alla figura dell'arbitrato internazionale.

Il ruolo dell'autonomia privata nel contesto dell'arbitrato internazionale²⁶⁸ si ricava a partire dal potere delle parti di determinare le regole materiali applicabili al rapporto controverso.

L'impiego dell'espressione *rules of law*, presente in molti regolamenti internazionali, sta a significare che le regole richiamate non possono limitarsi al diritto nazionale, ma possono astrattamente riguardare qualsiasi forma di regola di origine non statale²⁶⁹.

Provando ad esemplificare è possibile fare riferimento all'art. 28 (1) della legge modello Uncitral del 21.06.1985 (come emendata nel 2006). Tale disposizione prevede espressamente che «the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute».

L'espressione “*rules of law*” compare in molte delle norme di conflitto²⁷⁰ contenute nelle istituzioni arbitrali fra le quali, a titolo

²⁶⁸ In tema di arbitrato internazionale, per tutti, P. BIAVATI, *L'arbitrato internazionale*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 427 e ss.

²⁶⁹ Cfr. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, in AA. VV., *Autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, cit., p. 203 e ss.

²⁷⁰ In molte clausole arbitrali è espressamente prevista la scelta della *rule of law*. A titolo meramente esemplificativo può menzionarsi la seguente clausola

meramente esemplificativo, è possibile in questa sede menzionare il Regolamento CCI²⁷¹, i regolamenti della Corte Permanente di Arbitrato²⁷², della *London Court of International Arbitration*²⁷³, dell'*Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce*²⁷⁴, della *DIS Arbitration Rules*²⁷⁵, dell'ICDR²⁷⁶, della Camera Arbitrale di Milano, della CAM-CCBC²⁷⁷, della *SIAC Arbitration Rules*²⁷⁸ e *le Swiss Rules of International Arbitration*²⁷⁹.

inserita in un *order*: “All disputes arising out of or in connection with the present order shall be exclusively and finally settled under the Rules of Arbitration of International Chamber of Commerce by three Arbitrators appointed in accordance with the said Rules. Arbitration proceedings shall take place in Milan (Italy). Language of Arbitration proceedings shall be English. The order shall be governed and construed in accordance with the substantive laws of Italy, without reference to any conflict of law provisions thereof that would direct the application of the laws of another jurisdiction”.

²⁷¹ L'art. 21 (1) di tale regolamento dispone letteralmente: “The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute”.

²⁷² L'art. 35 (1) di questo regolamento dispone testualmente: “The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute”.

²⁷³ L'art. 22 (3) recita: “The arbitral tribunal shall decide the parties dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits their dispute”.

²⁷⁴ L'art. 22 (1) di tale regolamento dispone letteralmente “The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties”.

²⁷⁵ Cfr. in particolare l'art. 23 (1) che dispone che “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute”.

²⁷⁶ Tale regolamento all'art. 31(1) prevede in maniera testuale che: “The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute”.

²⁷⁷ L' Art. 9(4) di tale regolamento dispone che “the parties will be able to choose the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute”.

Il ruolo dell'autonomia privata in questo particolare contesto è confermato dal fatto che in molti casi le regole di conflitto alle quali stiamo facendo riferimento in questi passaggi precisano che nel decidere nel merito gli arbitri sono tenuti ad applicare i termini del contratto e a prendere in considerazione gli usi del commercio.

A titolo meramente esemplificativo è possibile richiamare anche qui la Legge Modello Uncitral che all'art. 28 (4) prevede testualmente che «in all the cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction».

Non può trascurarsi tuttavia che il potere della parti di conformare il concreto arbitrato anche nel caso di c.d. arbitrato internazionale sia soggetto ai limiti rappresentati dalle cc.dd. norme di applicazione necessarie e dal c.d. ordine pubblico.

Per quanto concerne il primo limite la letteratura ha osservato che «trattandosi di un criterio relativamente vago, spesso residuerà una notevole incertezza riguardo a quali norme di applicazione necessaria verranno considerate applicabili dagli arbitri; la decisione di questi ultimi, a tale riguardo, dipenderà in ultima analisi dalla loro valutazione di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle norme di applicazione necessaria nel

²⁷⁸ La regola n. 27 di tale regolamento dispone letteralmente: “The tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute”.

²⁷⁹ Per maggiori approfondimenti, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 203.

contesto in questione e dalla pretesa dello Stato da cui promanano le norme stesse ad imporle alle parti in litigio»²⁸⁰.

Per quanto concerne il limite rappresentato dal c.d. ordine pubblico, esso è costituito dal c.d. ordine pubblico internazionale: quest'ultimo è rappresentato da un insieme di principi fondamentali che devono essere rispettati dagli arbitri a prescindere dalla volontà delle parti e dalle norme materiali applicabili.

Con riferimento alle ripercussioni concrete collegate alla presenza dei limiti rappresentati dall'ordine pubblico internazionale e dalle regole di applicazione necessaria si è posto in evidenza che «se le regole di cui le parti vorrebbero l'applicazione, a prescindere dalla loro natura o origine, confliggono con i valori dell'ordine pubblico internazionale così inteso o con le regole di applicazione necessaria aventi titolo per applicarsi, esse non verranno applicate dagli arbitri; se invece tali regole sono ritenute confliggere con l'ordine pubblico internazionale del giudice dell'impugnazione o del riconoscimento del lodo, la loro applicazione da parte degli arbitri potrebbe condurre all'annullamento o al rifiuto di riconoscimento»²⁸¹.

Altro aspetto certamente rilevante che caratterizza l'autonomia privata che si esplica nel contesto dell'arbitrato internazionale

²⁸⁰ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, cit., p. 214.

²⁸¹ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, cit., p. 214.

riguarda il fatto che le parti sono libere di scegliere l'applicazione di regole di fonte non statale²⁸².

Da tale considerazione è possibile ricavare una distinzione fra arbitrato internazionale e arbitrato nazionale; nel primo caso infatti le regole sopra richiamate possono rappresentare l'unica regolamentazione del rapporto, senza pertanto che ci sia alcun riferimento al diritto nazionale.

Quanto sin qui affermato non è così assodato all'interno della letteratura giuridica; si pone in evidenza infatti il fatto che, essendo le norme non statuali caratterizzate da incompletezza e incertezza, esse lascerebbero una eccessiva discrezionalità agli arbitri mortificando, di conseguenza, le esigenze sottese alla prevedibilità del risultato della controversia²⁸³.

Questa obiezione è stata oggetto di una recente riflessione da parte di attenta letteratura specialistica che ha posto in evidenza in maniera chiara come alla luce «della proliferazione e del crescente grado di sofisticatezza delle regole non nazionali, e dell'inevitabile imperfezione dei diritti statali e della difficoltà di accordarsi su di uno di essi, si può ragionevolmente sostenere che in molti casi tali

²⁸² Fra tali regole si possono segnalare, a titolo meramente esemplificativo, gli usi, i documenti contrattuali standard, principi generali di diritto, *lex mercatoria*, e Principi UNIDROIT.

²⁸³ In arg., ad esempio, L. RADICATI DI BROZOLO, *Non-National Rules and Conflicts of Law. Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 841 e ss.

regole sono in grado di fornire un'alternativa idonea al diritto statale»²⁸⁴.

Una precisazione merita anche l'ipotesi in cui le parti scelgano la legge statale come fonte regolamentare del rapporto. Anche in tal caso non può sottacersi il dato per cui la fonte regolamentare del rapporto rimane in ogni caso l'autonomia privata e, in particolare, la clausola che rimanda alla legislazione statale²⁸⁵.

Se ne può inferire che «neppure una scelta di un dato diritto statale può valere come indicazione conclusente di una volontà che la legge venga applicata in maniera inflessibile, tale da mettere nel nulla pattuizioni contrattuali esplicite o implicite; a seconda delle circostanze, la designazione della legge applicabile è ragionevolmente interpretabile come mero strumento per l'identificazione delle norme suppletive al fine di colmare le lacune del contratto»²⁸⁶.

8.1 rapporti fra arbitrato internazionale e arbitrato interno in materia di autonomia privata.

Può essere a questo punto utile verificare il rapporto fra arbitrato internazionale e arbitrato interno, soprattutto in relazione ai poteri

²⁸⁴ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, cit., p. 221.

²⁸⁵ In arg., ad esempio, con riferimento all'atteggiamento maturato dagli arbitri sul punto W. W. PARK, *The predictability paradox*, in *ICC Institute of Business Law Dossiers*, XI, 2014, p. 60 e ss.

²⁸⁶ In questi termini L. G. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 229.

di autonomia privata che nelle due differenti fattispecie possono essere riconosciuti in capo alle parti del rapporto arbitrale.

Si è di recente osservato come «alcune ragioni che giustificano un approccio liberale non valgono nella stessa misura sia per l'arbitrato interno che per l'arbitrato internazionale»²⁸⁷.

Le ragioni di questa osservazione sono state ricondotte al dato secondo cui l'arbitrato interno non è soggetto alle convenzioni internazionali e «le parti dei rapporti domestici hanno apparentemente minori alternative al diritto materiale e ai meccanismi di soluzione delle controversie del proprio ordinamento»²⁸⁸.

Se ne inferirebbe il riconoscimento di un più attenuato ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato interno rispetto all'arbitrato internazionale.

Questa considerazione può tuttavia essere smentita da un'altra serie di valutazioni che vanno in una direzione esattamente opposta; infatti anche le parti dei rapporti interni potrebbero avere la possibilità o meglio la libertà di sottrarsi al proprio diritto interno ricorrendo all'arbitrato in una sede straniera.

Si è inoltre correttamente osservato sul punto che «negare alle parti di un rapporto domestico il diritto di designare le regole disciplinanti il merito rischia di risolversi in una discriminazione tra operazioni interne ed internazionali che è spesso priva di una

²⁸⁷ Cfr. L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, cit., p. 234.

²⁸⁸ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 234.

giustificazione razionale o economica, e semplice frutto di concezioni culturali, storiche, provinciali»²⁸⁹.

In questa direzione va inoltre l'abrogazione dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto²⁹⁰; la conseguenza del controllo dell'applicazione del diritto da parte del giudice «sarebbe il sostanziale venir meno della libertà delle parti di modellare a loro piacimento la propria relazione, in quanto rientrerebbero in gioco tutte le regole imperative, e pertanto in arbitrato l'interpretazione e l'applicazione del diritto tornerebbero ad essere una fotocopia di ciò che avviene di fronte al giudice»²⁹¹.

Quanto sin qui osservato non esclude tuttavia che le parti, nella situazione concreta, possano essere interessate ad ottenere una decisione del tutto sovrapponibile a quella che avrebbe reso un giudice; potrebbero del pari essere meno interessate al carattere definitivo del giudicato.

In tale prospettiva non avrebbe comunque alcun senso rivolgersi alla figura dell'arbitrato e alla figura degli arbitri per la risoluzione delle concreta controversia.

²⁸⁹ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, cit., p. 235.

²⁹⁰ Cfr., per quanto riguarda la regolamentazione interna dell'arbitrato, l'art. 829 terzo comma.

²⁹¹ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, cit., p. 235. L' A. sottolinea inoltre come «la pretesa di sottoporre l'interpretazione e l'applicazione del diritto al monopolio dello Stato risponde ad una visione antiquata, totalmente antitetica alla realtà di un mondo caratterizzato dalla circolazione dei valori giuridici e dall'internazionalità pervasiva dei rapporti commerciali».

Si è a proposito posto in risalto²⁹² come in alcuni Regolamenti arbitrali²⁹³ è prevista la possibilità di revisione del lodo arbitrale per errore di diritto; la regolamentazione nel caso di specie prevede tuttavia che la revisione si realizzi attraverso un meccanismo arbitrale.

²⁹² L. G. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 236 e ss.

²⁹³ Cfr. Art. 1-1 delle *Optional Arbitration Rules* dell'I.C.D.R. del 2013.

Conclusioni.

Cerchiamo a questo punto della trattazione di tratteggiare alcune conclusioni, che rappresentano in realtà, più propriamente, delle considerazioni di chiusura, nella consapevolezza che provare a fissare dei punti fermi in una materia così in costante evoluzione potrebbe apparire addirittura azzardato.

Nello schematizzare in estrema sintesi i risultati di questo lavoro procederemo distinguendo i diversi ambiti dei quali ci siamo occupati e che abbiamo individuato tentando di coprire tutti i possibili oggetti nei quali si dispiega il fenomeno dell'autonomia privata nell'ambito dell'arbitrato.

Così, con riferimento all'ambito della c.d. materia arbitrale, possiamo ritenere che la necessaria valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata implichi la tendenza ad ampliare al massimo il potere dei privati di devolvere ad arbitri la controversia.

Tale potere, abbiamo osservato, incontrerebbe soltanto una serie di limiti ancorati alla necessità di adeguare il fenomeno arbitrale alle disposizioni dettate dagli articoli 24 e 111 della Carta Costituzionale.

Alla luce di tale combinato disposto e della sua applicabilità anche all'istituto di cui abbiamo trattato occorrerà ritenere non operante il fenomeno dell'autonomia privata nel contesto dell'oggetto arbitrabile in tutte quelle ipotesi in cui le convenzioni abbiano ad oggetto materie o diritti che siano in grado di realizzare, direttamente o anche soltanto indirettamente, la violazione dei principi costituzionali che governano il giudizio.

Fra essi rientrano certamente il principio secondo cui la giurisdizione si realizza mediante un processo caratterizzato dal contraddittorio fra le parti; quello per cui il giudice investito debba essere terzo rispetto al rapporto controverso e al contempo imparziale durante lo svolgimento del processo e in ordine alla pronuncia che conclude il processo medesimo; quello infine alla luce del quale il processo deve avere una durata ragionevole.

In virtù di quanto detto ed esemplificando dovrà ritenersi che non siano certamente compromettibili i cc.dd. procedimenti monitori in quanto caratterizzati da un rito sommario svolto senza contraddittorio.

Analoghi risultati crediamo siano stati raggiunti nella parte della trattazione nella quale ci siamo in particolare occupati del ruolo dell'autonomia privata ai fini dell'individuazione delle regole del processo arbitrale.

In questo ambito, come è noto, norma cardine deve ritenersi l'art. 816 *bis* c.p.c. a tenore del quale “le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto o separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato; in mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno”.

Da tale disposizione, come già si è detto nel corso della trattazione, potrebbe desumersi il principio in forza del quale le regole processuali possano essere determinate dalle parti della convenzione di arbitrato con atto scritto e con atto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale.

Anche in tale contesto, lo si è del resto già osservato, come nel settore della materia arbitrabile, l'autonomia privata può dirsi soggetta ai limiti costituzionali ai quali abbiamo sopra fatto riferimento.

Pertanto, non potranno ritenersi valide quelle regole procedurali determinate dalle parti nell'esercizio del loro potere di autonomia privata che si mostrino in grado di minare seriamente il principio del contraddittorio, il principio della terzietà e imparzialità del giudice o, forse più correttamente, dell'organo giudicante, e, infine, il principio della ragionevole durata del processo.

Provando ad esemplificare il ragionamento in relazione ad un aspetto più circoscritto del discorso: il tema della c.d. istruzione probatoria impone, ad esempio, di valutare la possibilità di estendere l'autonomia privata sino al riconoscimento del potere di determinare le regole che disciplinano l'ammissibilità e la modalità di acquisizione del materiale probatorio nell'ambito del c.d. giudizio arbitrale.

In tale specifico contesto potrebbe porsi, come del resto già osservato, il tema della legittimità del potere di imporre agli arbitri di assumere la deposizione di tutti i testimoni che le stesse parti hanno concordato.

La valorizzazione del principio costituzionale del contraddittorio - principio che come detto deve conformare anche l'autonomia privata nel sistema arbitrale - imporrebbe di considerare pienamente valida una convenzione come quella appena sopra descritta²⁹⁴.

²⁹⁴ Anche se in tale caso dovrebbe evidentemente ragionarsi in termini di contemperamento di tale principio con quello della ragionevole durata del processo e pertanto limitare l'impiego di tale assunzione di testimonianze per il

Qualche considerazione di chiusura può trarsi anche dalla parte di trattazione che abbiamo dedicato alla comparazione. Anche da tale disamina possono derivarsi alcune riflessioni di portata più generale utili tuttavia a dare un contributo anche alle questioni più specifiche che possono di volta in volta emergere nel trattare una tematica complessa e variamente sfaccettata come quella del ruolo e dei limiti dell'autonomia privata nell'ambito della giustizia arbitrale.

Anche dai sistemi di *common law* emerge l'esigenza di una adeguata valorizzazione dello strumento dell'autonomia privata nel contesto della disciplina arbitrale. Svariati sono i più specifici indici normativi che sono stati individuati durante il discorso e ai quali facciamo un espresso rinvio.

Ciò detto non può tuttavia ritenersi che si possa riconoscere un incondizionato e forse addirittura arbitrario ruolo dell'autonomia privata nel contesto del fenomeno arbitrale. Anche nei sistemi di *common law* deve essere riconosciuto un ruolo di argine all'operatività del concetto di autonomia privata ad alcuni principi che in tali ordinamenti sono certamente, come abbiamo visto, il principio del contraddittorio e quello dell'ordine pubblico.

Tale rilievo conferma, a prescindere dal significato che nello specifico dovrà essere dato alla nozione di ordine pubblico, la correttezza della soluzione - per quel che concerne quanto richiamato in questa sede - dell'impossibilità di ritenere operante l'arbitrato nei giudizi caratterizzati da un procedimento c.d. sommario e la validità della convenzione che imponga ad esempio

caso in cui la medesima possa provocare una lesione diretta o indiretta di tale ultimo principio.

l'obbligo per gli arbitri di assumere la deposizione di tutti i testimoni che le stesse parti hanno concordato²⁹⁵.

²⁹⁵ Cfr., comunque, quanto osservato alla nota 283.

Bibliografia

- F. ALCARO, *L'arbitrato: principi e classificazioni*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015
- G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619 e ss.
- G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014
- G. ALPA, *Riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo a mediazione, negoziazione assistita e arbitrato. Proposte della Commissione Alpa*, in *GiustiziaCivile.com*, 2017, p. 1 e ss.
- G. ALPA, V. VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, in AA. VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Milano, 2013
- V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964
- P. S. ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 2005
- S. AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in AA VV, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da G. Alpa, t. II, Torino, 1999
- S. AZZALI, *Arbitrato amministrato e arbitrato ad hoc*, in AA. VV., *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2011
- L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015
- L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937

- M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini (per la storia del pensiero giuridico moderno)*, 2015, p. 81 e ss.
- V. BARSOTTI, V. VARANO, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014
- A. BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in AA. VV., *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Milano, 2013
- P. BERNARDINI, *Concorrenza e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 434 e ss.
- A. M. BERNINI, *L'arbitrato amministrato (il modello delle Camera di commercio internazionale)*, Padova, 1996
- P. BIAVATI, *L'arbitrato internazionale*, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, *passim*
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000
- M. BOVE, *La giustizia arbitrale*, Padova, 2015
- E. BRUNET, *The Core Values of Arbitration*, in E. BRUNET, R. E. SPEIDEL, J. R. STERLINGHT, S. J. WARE, *Arbitration Law in America. A critical Assessment*, Cambridge University Press, 2006
- C. CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali di appalto*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 756 e ss.
- G. CANALE, *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1207 e ss., anche in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, p. 355 e ss.
- G. CANZIO, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus Civile*, 2018, p. 383 e ss.

- L. CAPELLI, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 670 e ss.
- R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato delle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 669 e ss.
- R. CAPONI, «*Natura*» *dell'arbitrato e controversie arbitrabili*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 127 e ss.
- T. E. CARBONNEAU, *Arbitration in a Nutshell*, West, 2012
- A. CARLEVARIS, *Ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e arbitrabilità delle controversie non contrattuali*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 611 e ss.
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936
- C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007
- C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005
- S. CERRATO, *La compromettibilità in arbitri dell'impugnativa di bilancio*, in *Riv. arb.*, 2008, p. 203
- G. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 424 e ss.
- M. CICOGNA, *La conciliazione commerciale nei metodi di ADR (Alternative Dispute Resolution)*, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2012
- M. CONFORTINI, *Autonomia privata e giurisdizione*, in *Jus Civile*, 2018, p. 413 e ss.
- C. CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 448 e ss.

- C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I*. Torino, 2014
- G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001
- F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 479 e ss.
- F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nel procedimento arbitrale*, Napoli, 2016
- M. CURATOLA, *Le materie arbitrali*, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2012
- E. DALMOTTO, *Limiti all'autonomia dei privati e compromettibilità delle liti nell'arbitrato societario*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
- G. DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 401 e ss.
- G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996
- G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 423 e ss.
- A. DI MAJO, *Le nullità di disvalore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, tomo VII, Torino, 2002
- L. DITTRICH, *I termini nell'arbitrato rituale*, *Riv. Dir. proc.*, 2009, p. 53 e ss.
- B. DOMKE, *The law and practice of commercial arbitration*, Mundelein, 1968
- E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997
- E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008

- F. FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 817 e ss.
- F. FESTI, *Convenzione di arbitrato e patto di arbitraggio nel contratto di appalto (privato)*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015
- F. FESTI, *L'autonomia negoziale negli «arbitrati amministrati»*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
- M. FRANZONI, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 565 e ss., p. 574 e ss.
- E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013
- G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 555 e ss.
- A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015
- C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Comunicazione*, in AA. VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, 2006
- G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999
- C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus Civile*, 2018., p. 396 e ss.
- G. GUIZZI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'Abf*, in *Soc.*, 2011, p. 1216 e ss.
- M. HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 195 e ss.

- G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. La prassi contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2009, p. 49 e ss.
- N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2004
- N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus Civile*, 2018, p. 376 e ss.
- G. IUDICA, *Premessa*, in Id (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2012
- G. IUDICA, *The Dispute Board in Construction Contract*, in AA. VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017
- M. LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, in *Annali it. dir. aut.*, 2006, p. 95 e ss.
- S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto ed interpretazione*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 515 e ss.
- F. LAPERTOSA, *La giurisprudenza tra passato e futuro dopo l'avvento della nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1997, p. 357 e ss.
- F. LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*. Nota a Cass. 16.11.2015, n. 23402, in *Riv. dir. arb.*, 2015, p. 739 e ss.
- F. P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 e ss.
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. I processi speciali*, Milano, 2007

- F. P. LUIISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giudiziale delle controversie*, Milano, 2015
- F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, p. 52 e ss.
- S. MARONI, *La nomina giudiziale dell'arbitro: tra "libertà" e vincoli*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1250
- S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008
- L. MARVASI, in G. Iudica (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2012, p. 50 e ss.
- L. MENGONI, *Successione per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1982
- E. MINERVINI, *L'arbitrato bancario finanziario*, Napoli, 2014
- P. MONTALENTI, *L'arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1285 e ss.
- P. MONTALENTI, *L'arbitrato societario: criticità e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1523 e ss.
- L. MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura civile*, terza ed., Milano, s.d.
- A. MOTTO, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto italiano*, Milano, 2018, *passim*.
- R. NAZZINI, *Arbitrato e concorrenza tra giustizia privata ed esigenze pubblicistiche di tutela*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010
- R. NAZZINI, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale in Inghilterra*, in AA. VV., *Autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016

- E. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1609
- P. PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940
- A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione dei diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 134
- F. PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, in L. MEZZASOMA, L. Ruggeri (a cura di), *L'arbitrato nella moderna giustizia arbitrale*, Napoli, 2013
- F. PADOVINI, *Clausole limitative delle impugnazioni e lodi arbitrali (rituali e irrituali)*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
- W. W. PARK, *The predictability paradox*, in *ICC Institute of Business Law Dossiers*, XI, 2014, p. 60 e ss.
- G. PASSAGNOLI, *Il compromesso. La clausola compromissoria. La convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015
- S. PATTI, *Il contratto tra «Autonomie de la volonté» e moderno «Zwingendes Vertragsrecht»*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015
- G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
- P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002
- P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 55 e ss.
- P. PERLINGIERI, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 657 e ss.

- P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015; anche in AA. Vv., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015
- V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. Contr.*, 2006, p. 429 e ss.
- A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1995
- G. B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 326 e ss.
- C. PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in AA. Vv., *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015
- G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e la questione ancora aperta*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 12 e ss.
- L. RADICATI DI BROZOLO, *Non-National Rules and Conflicts of Law. Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 841 e ss.
- L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, in AA. Vv., *Autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016
- G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, Padova, 2014
- P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 1 e ss.
- P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006
- G. F. RICCI, *Diritto processuale civile. III. Il processo di esecuzione. I procedimenti speciali*, Torino, 2013
- V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2001

- G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in E. Fazzalari (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006
- L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2014
- L. SALVANESCHI, *Commento sub art. 808 bis*, in ID, *Dell'Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 128.
- G. SALVI, *L'arbitrato nei contratti dei consumatori: il giudizio di vessatorietà della clausola compromissoria*, in V. Putortì (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Napoli, 2015
- E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Jus Civile*, 2018, p. 420 e ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992
- P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti*, in *Contratti*, 2012, p. 634 e ss.
- N. SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005
- P. STANZIONE, *Clausole compromissorie, arbitrato e tutela dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, p. 1172 e ss.
- M. TAVASSI, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus Civile*, 2018, p. 429 e ss.
- C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 775 e ss.
- C. TENELLA SILLANI, *L'evoluzione dell'arbitrato nell'età moderna*, in AA. VV., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Napoli, 2016

- R. TUCCILLO, *La nomina degli arbitri: capacità e qualifiche tra autonomia privata e poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 155 e ss.
- G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*. Nota a Cass. S. U. ordinanza 25 ottobre 2013, n. 24153 (Pres. Rovelli), in *Corr. Giur.*, 2014, p. 84 e ss.
- V. VIGORITI, *L'arbitrato amministrato*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 364 e ss.
- R. ZIMMERMANN, *Diritto privato europeo: "Smarrimenti, disordini"*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 8 e ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Milano, 2004
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 993
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 808 bis*, in S. Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 60 e ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 997 e ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2015
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 808 bis. Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in F. Carpi (diretto da), *Arbitrato*, Bologna, 2016
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018.

B. ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Torino, 2008