

Differenze tra arbitrato *ad hoc* e arbitrato amministrato.

Le controversie arbitrabili.

Avv. Roberta Ponzetti, Foro di Ivrea

“L’arbitrato consiste in un modo di risoluzione delle controversie alternativo rispetto al giudizio dei giudici dello Stato ed è affidata ad un giudice privato scelto dalle parti, potenzialmente in grado di garantire una decisione più aderente alle peculiarità della lite e comunque più rapida”, questa la definizione offerta dal prof. Claudio Consolo.

La possibilità di scelta di un giudice su misura non contrasta con la riserva costituzionale della funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari. Esclusiva dello Stato non è infatti la decisione delle controversie ma la tutela coattiva dei diritti.

Si dovrebbe parlare di arbitrati e non di arbitrato al singolare, poiché diverse sono le tipologie di arbitrato.

Distinguiamo, per esempio, tra arbitrato *ad hoc* e arbitrato c.d. istituzionale ovvero amministrato.

La distinzione tra arbitrato *ad hoc* ed amministrato era già desumibile dalla l. 10 maggio 1970, n° 418, di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, che consentiva

- di rimettere la controversia ad una istituzione permanente di arbitrato; in tal caso, l'arbitrato si svolgerà conformemente al regolamento dell'istituzione designata;
- di rimettere la controversia ad una procedura arbitrale *ad hoc*; con possibilità per le parti di determinare, tra l'altro, anche le regole di procedura.

Nel caso di arbitrato ad hoc, la base negoziale del processo privato è costituita esclusivamente dal patto compromissorio e dal mandato arbitrale.

L'intera regolamentazione dell'arbitrato è tendenzialmente tutta contenuta nel contratto, dalla nomina degli arbitri alla scelta della disciplina del procedimento arbitrale, l'oggetto della clausola riguarda sia l'ambito della competenza arbitrale sia le modalità di costituzione del collegio arbitrale ma anche le regole per lo svolgimento del procedimento arbitrale che le parti ritengono utile prevedere in aggiunta o in deroga alle norme di procedura applicabili, potete quindi immaginare che in un arbitrato ad hoc normalmente si dà vita a una clausola notevolmente elaborata anche se a volte incompleta e imprecisa; questo accade sia perché è frutto di un negoziato tra le parti e quindi, di compromessi che possono riflettersi sulla chiarezza del testo, sia perché non sempre le parti hanno piena consapevolezza delle previsioni che è opportuno disciplinare con questa clausola.

La circostanza che l'arbitrato *ad hoc* sia completamente privo di una struttura istituzionale preesistente all'inizio del procedimento non è priva di conseguenze: esistono, infatti, svariate circostanze nelle quali si rende necessario l'intervento di un soggetto esterno, al fine di superare una situazione di stallo e rendere possibile lo svolgimento del processo privato. Tale funzione di "soccorso" dell'arbitrato ad hoc è affidata dal codice di rito al Presidente del Tribunale, il quale interviene in attività che le parti stesse potrebbero svolgere: si pensi alla nomina (artt. 809 ed 810 c.p.c.) e sostituzione (art. 811 c.p.c.) dell'arbitro, o alla proroga del termine per la pronuncia del lodo (art. 820 c.p.c.)

L'arbitrato ad hoc ha il vantaggio di esaltare l'autonomia privata - anche se la potestà regolamentare delle parti incontra comunque dei limiti consistenti nelle

garanzie fondamentali, come ad esempio il diritto al contraddittorio e alla parità di trattamento delle parti - ma incontra un severo limite nella minore attitudine a garantire l'effettivo svolgimento del procedimento stante l'assenza di un'autorità esterna alle parti, in grado di intervenire in caso di inerzia, malafede o difficoltà.

Nel secondo tipo di arbitrato, quello istituzionale, che trova il suo fondamento normativo nell'art. 832 c.p.c., invece le parti scelgono un organismo italiano o internazionale specializzato nell'organizzazione e nella gestione dell'arbitrato, come la Camera Arbitrale, e si affidano totalmente al regolamento da questo predisposto, l'organismo amministrerà quindi in modo più o meno rigido la procedura e fornirà anche l'assistenza che le parti dovessero eventualmente richiedere; inoltre in caso di arbitrato istituzionale non sarà necessaria alcuna negoziazione tra le parti e gli arbitri per concordare l'ammontare degli oneri professionali di quest'ultimi, essendo già determinate dall'Istituto le tariffe applicabili.

L'istituzione interviene poi sia per superare l'inerzia o il disaccordo delle parti relativamente alla nomina degli arbitri, alla fissazione della sede, alla scelta della lingua ma anche per rimuovere ogni altro ostacolo che possa insorgere nel procedimento arbitrale.

L'arbitrato amministrato ha un ulteriore vantaggio in relazione ai tempi, 180 giorni dalla prima udienza, 30 giorni dall'udienza di discussione per l'arbitrato rapido, mentre l'art. 820 c.p.c., che si applica nell'arbitrato ad hoc, prevede il termine di 240 giorni dall'accettazione della nomina.

Vantaggi, in termini di snellezza e rapidità, si hanno inoltre con riguardo all'espletamento dell'istruttoria.

Fatta questa veloce premessa sulla distinzione tra arbitrato ad hoc e arbitrato istituzionale, il mio intervento riguarderà il perimetro entro il quale si collocano le controversie che possono essere oggetto di arbitrato.

Perimetro che si presenta in graduale e progressiva espansione, i rapporti tra giustizia statale e arbitrato sono invero stati abbastanza tormentati e sono passati da un periodo di sospetto e di supremazia della prima ad un periodo di tolleranza, fino a quello attuale di autonomia dell'arbitrato, autonomia che non significa comunque autosufficienza, giacché l'arbitrato ha costantemente la necessità della collaborazione del giudice ordinario per avere forza coattiva.

L'arbitrato si può collocare nell'ambito delle ADR a cui il legislatore guarda con interesse, come valvola di sicurezza o ancora di salvataggio di una giustizia sempre meno rispondente ai bisogni di una società dinamica.

Negli ultimi decenni il ricorso a metodi alternativi per la risoluzione delle controversie in ambito civile e commerciale (ADR) ha vissuto un forte incremento, avendo il vantaggio di risolvere il conflitto insorto tra le parti in modo più celere rispetto alla giustizia ordinaria e con maggior garanzia di riservatezza (procedimenti di degiurisdizionalizzazione).

Un significativo impulso in tal senso è stato dato, ormai oltre dieci anni or sono, dal D.Lgs. 40/2016 che ha riscritto la norma che fissa il criterio per la determinazione delle materie devolvibili ad arbitri.

Il comma 1 dell'art. 806 c.p.c. stabilisce che *“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.”*

L'arbitrato viene definito, dalla novella, come uno strumento con il quale le parti decidono di sottrarre al giudice ordinario la decisione di una determinata

controversia per affidarla ad arbitri, ovvero a privati cittadini incaricati dalle parti di decidere la controversia.

Tale strumento sostituisce la giurisdizione ordinaria e, pertanto, il fatto di stabilire se una controversia appartenga alla cognizione dell'arbitro o del giudice ordinario attiene a una questione di competenza.

Si precisa che è stata riconosciuta all'arbitrato natura giurisdizionale, quale procedimento che si conclude con una decisione, il lodo, avente effetti sovrapponibili a quelli di una sentenza pronunciata dal giudice statale.

I rapporti tra giudice statale e arbitri si pongono quindi sul piano della competenza, pertanto la parte convenuta in giudizio deve sollevare l'eccezione d'incompetenza del giudice ordinario a fronte dell'esistenza di un accordo compromissorio, solo nel primo atto difensivo (ad esempio l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, ovvero nella comparsa di risposta). Questo perché la competenza arbitrale ha carattere relativo e derogabile e va, pertanto, assimilata, alla competenza territoriale. L'eccezione d'incompetenza del giudice ordinario costituisce quindi un'eccezione in senso proprio, non rilevabile d'ufficio. Infatti, nel caso in cui la parte non eccepisca l'incompetenza del giudice ordinario, la competenza resta radicata in capo a tale organo.

Ma torniamo all'esame della norma, le parti, ci dice l'art. 806 c.p.c., possono far decidere le controversie tra loro insorte ad arbitri, con due categorie di eccezioni:

- A. Le liti che hanno per oggetto diritti indisponibili.
- B. Ogni altra lite che non può essere devoluta ad arbitri per espresso divieto di legge.

La norma in analisi va coordinata con il disposto di cui all'[art. 1966 del c.c.](#), in base al quale non possono costituire oggetto di transazione i diritti indisponibili,

ossia i diritti riconosciuti dalla legge a un soggetto per soddisfare non solo un suo interesse, ma anche un interesse super-individuale.

La disponibilità va riferita al diritto azionato e non alle questioni che possono porsi nel percorso logico-giuridico della decisione, fatta eccezione per le questioni che per legge devono essere decise con autorità di giudicato.

E' bene precisare che il divieto di arbitrato su diritti indisponibili, affinché sia costituzionalmente legittimo, deve necessariamente rispondere a particolari ragioni di opportunità che non facciano apparire come manifestamente irragionevole l'attuata compressione del diritto di azione (garantito, anche in senso negativo, dall'art. 24 Cost.) e del principio di autonomia privata protetto dall'art. 41 Cost.

Quindi la regola è quella dell'arbitrabilità, mentre l'eccezione è quella della non arbitrabilità, del resto l'art. 808 c.p.c. ha una formulazione in positivo "*le parti possono*".

Prima di analizzare la giurisprudenza in materia, voglio soffermarmi su un'interessante recente pronuncia della Cassazione (Cass., sezione VI, ord. 21.01.2016 n. 1119) in tema di definizione delle controversie arbitrabili, anche perché ha offerto una interpretazione dei limiti di arbitrabilità non del tutto coincidente con quella che la stessa Suprema Corte impiega in caso di arbitrato societario.

La vicenda, in estrema sintesi, è la seguente.

Una società, utilizzatrice in un contratto di *leasing*, conviene avanti il giudice statale l'istituto finanziario concedente, lamentando il carattere usurario degli interessi determinati ai sensi del contratto e chiedendo quindi la restituzione delle somme pagate indebitamente e il risarcimento del danno subito.

Il concedente si costituisce in giudizio, sollevando l'*exceptio compromissi*, che viene accolta dal giudice: la controversia in parola (avente ad oggetto una lamentata nullità per contrarietà a norme imperative) sarebbe senz'altro deferibile in arbitri ai sensi del vigente art. 806 cod. proc. civ., a norma del quale "*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*".

L'ordinanza con la quale il giudice statale ha declinato in favore del Tribunale arbitrale la competenza a decidere della controversia è stata impugnata dalla società utilizzatrice.

La Suprema Corte ricorda come non siano suscettibili di essere deferite ad arbitri le controversie aventi ad oggetto diritti che, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.

Allo scopo di individuare questi diritti indisponibili - afferma la Cassazione - "*non assume un rilievo determinante la circostanza che la disciplina del rapporto sia dettata da norme inderogabili, esistendo una pluralità di materie disciplinate da norme imperative, nell'ambito delle quali è riconosciuta alle parti la facoltà di disporre dei propri diritti, magari a determinate condizioni oppure nel rispetto delle modalità previste dalla legge*". In altri termini: il concetto di indisponibilità dei diritti non va confuso con quello dell'inderogabilità della disciplina applicabile. Si tratta di un insegnamento ormai risalente (la sentenza in commento richiama sul punto Cass., Sez. I Civ., 27 febbraio 2004, n. 3975), ma che forse talvolta viene dimenticato.

Nel caso di specie, quindi, secondo la Suprema Corte, il carattere inderogabile delle disposizioni che disciplinano la determinazione del tasso d'interesse (stabilendo condizioni e limiti per la pattuizione di interessi extralegali e

comminando sanzioni penali per l'imposizione di interessi usurari) comporta sì la nullità dei patti che le violano, ma non anche l'incompromettibilità delle relative controversie.

Fatta questa importante precisazione, vediamo ora quali sono i

DIRITTI INDISPONIBILI

Innanzitutto precisiamo che gli arbitri possono occuparsi di questioni pregiudiziali non compromettibili, con effetto *incidenter tantum*, ai sensi dell'art. 819 c.p.c. (si deve, ad es. distinguere il diritto primario indisponibile - es. diritto al nome, alla riservatezza - dalle conseguenze risarcitorie che derivino dalla sua lesione, il diritto secondario, sempre disponibile sia con riguardo all'*an* che al *quantum*)

Occorre individuare l'esatta definizione del criterio di disponibilità.

Ed è questione di non poco conto poiché non è possibile dare una nozione assoluta dei diritti indisponibili, è un concetto variabile e relativo, relativo nel tempo e nello spazio.

Partiamo come detto prima dall'art. 1966 c.c. in materia di transazione, che ci dice che l'indisponibilità dei diritti può derivare dalla loro natura o dall'espressa previsione di legge.

L'espresso dettato normativo toglie ogni dubbio, più problematica invece è l'indagine sui diritti indisponibili per natura.

Proviamo ad esaminare alcune fattispecie concrete nelle quali si può porre o si è posto un problema di arbitrabilità:

- **Questioni di stato.** Sulle questioni di stato non vi sono dubbi sull'indisponibilità dei relativi diritti, sono incompromettibili le liti sulla paternità, quelle attinenti alla capacità, interdizione, inabilitazione,

amministrazione di sostegno. Vi sono aperture sulla questione d'incapacità ai fini dell'annullamento del contratto, non dovrebbe esserci il rischio di un conflitto con la decisione giudiziale d'interdizione, inabilitazione ecc... perché l'incapacità, nella struttura del diritto all'annullamento rappresenta un vero e proprio fatto costitutivo e non un fatto pregiudiziale.

- **Questioni di famiglia.** L'art. 806 non esplicita più il divieto di arbitrato per le cause di separazione personale fra i coniugi, quindi il problema resta aperto. In passato si negava l'arbitrabilità in tali materie per la funzione assistenziale delle disposizioni economiche scaturenti dai provvedimenti di separazione e divorzio. La Cassazione aveva poi aperto una breccia sul *quantum* del diritto, ma francamente appare difficile distinguere tra l'*an* - indisponibile - e il *quantum* disponibile. Perché gli aspetti sono strettamente connessi tra loro. Anche se non può tacersi di una tendenza alla c.d. privatizzazione del diritto di famiglia, alla degiuridizionalizzazione introdotta con il D.L. 132/14 in materia di negoziazione assistita. Tuttavia da questa possibilità non può desumersi l'incondizionata disponibilità delle questioni familiari, perché deve pur sempre essere salvaguardato il dovere di solidarietà e assistenza morale e materiale dell'intero nucleo familiare. L'apertura alla negoziazione assistita induce a ritenere che i coniugi possano stipulare una convenzione arbitrale per la soluzione della loro crisi purché siano assicurate le garanzie previste dalla legge sulla negoziazione, assistenza di almeno un avvocato per parte e il vaglio successivo del PM. Se non sono presenti figli minori o non autosufficienti, i coniugi potranno quindi stipulare un compromesso con l'ausilio dei propri avvocati per la separazione, il divorzio, la modifica delle condizioni di separazione o divorzio, ottenendo poi il nulla osta da parte della competente Procura; si potrebbe prevedere anche l'introduzione

di una clausola compromissoria inserita nell'accordo di negoziazione nell'eventualità in cui insorga una lite sulla sua attuazione.

Nel caso in cui vi siano figli minori e, quindi il controllo esercitato dalla magistratura requirente sia anche volto alla verifica della rispondenza dell'accordo all'interesse del minore, non sembra, almeno *de jure condito* che vi siano molti spiragli a favore dell'arbitrato.

Va riconosciuta invece l'arbitrabilità delle liti derivanti dal *trust*, frequente nell'ambito familiare.

- **Liti successorie.** Nessun problema si pone circa la disponibilità delle liti successorie a carattere patrimoniale. Dubbi sono stati espressi sulla disponibilità della questione sull'attribuzione al figlio naturale di beni a soddisfazione del suo diritto, previo riconoscimento del suo stato. Invece è ammissibile che eredi e/o legatari stipulino una clausola compromissoria con riferimento alle future liti sull'amministrazione ovvero sulla distribuzione dell'eredità. Il problema s'incentra piuttosto sulla possibilità di inserire una clausola compromissoria nel testamento. (v. art. 808 *bis*) Un caso particolare riguarda poi il c.d. patto di famiglia con il quale l'imprenditore o il titolare di quote societarie trasferisce in tutto o in parte l'azienda o le suddette quote a uno o più discendenti, nel patto può essere inserita una clausola compromissoria con la quale si dispone che le liti che dovessero insorgere tra cessionari dell'azienda o delle quote ovvero tra questi e gli eredi legittimari siano risolte in arbitrato.
- **Illecito penale.** Uno dei settori unanimemente esclusi dalla cognizione arbitrale è quello penale. Qui manca proprio la stessa controversia sulla quale gli arbitri devono decidere.

Sono invece pienamente compromettibili le conseguenze civili derivanti da reato. I rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario sono stati ridisegnati dall'art. 819 *bis*.

- **Locazioni urbane.** La L. 431/1998 ammette anche per le locazioni abitative (per quelle non abitative era sin dall'origine libera) la possibilità di ricorrere all'arbitrato anche per le controversie attinenti alla determinazione del canone.
- **Impugnativa atti.** E' ammessa l'arbitrabilità dell'impugnazione delle delibere societarie, nonostante la presenza di norme a tutela dell'interesse pubblico quali quelle a garanzia della chiarezza e della veridicità del bilancio, dubbi sull'arbitrabilità delle delibere di associazioni riconosciute che impongono l'intervento del PM, nessun dubbio invece sull'arbitrabilità dell'impugnazione delle delibere condominiali.
- **Appalti.** Nessun dubbio sull'arbitrabilità delle controversie in materia di appalti, di *franchising* e dei contratti di borsa, salvo che l'investitore rivesta la qualifica di consumatore.
- **Riti speciali.** In caso di riti speciali non vi è un'esclusione *tout court* della cognizione arbitrale, occorre analizzare caso per caso. Es. rito del lavoro riguarda materie espressamente deferibili agli arbitri, seppure con determinati limiti, tra l'altro allentati dopo la novella del 2006.

E' invece esclusa la possibilità per gli arbitri di emettere ordinanza di convalida dello sfratto, non avendo gli arbitri potere coercitivo (occorre comunque distinguere tra la cognizione degli arbitri e l'attuabilità del provvedimento per la quale è sempre necessario il suggello del Giudice). Non parrebbe compromettibile la tutela possessoria, perché il giudizio verte su una situazione di fatto e non su un diritto, tuttavia nel caso in cui si acceda all'esegesi

secondo cui il giudizio possessorio si articola in due fasi distinte, una cautelare alla quale può seguire il merito possessorio, la seconda fase, qualora la tutela possessoria sia devoluta ad arbitri, potrebbe essere introdotta con la notifica della domanda di arbitrato entro il termine perentorio previsto dalla norma.

Agli arbitri è altresì inibita, *de jure condito*, la possibilità di emettere provvedimenti cautelari, salva la limitata possibilità riconosciuta nelle misure *self executing*, come l'inibitoria delle deliberazioni assembleari delle società.

Inibito anche il potere di emettere decreti ingiuntivi, giacché tale procedura prevede una fase *inaudita altera parte*, non realizzabile nell'arbitrato caratterizzato dalla pienezza del contraddittorio. Parimenti inammissibile l'opposizione a decreto ingiuntivo.

Qualora venga emesso un decreto ingiuntivo su una controversia devoluta ad arbitri, l'altra parte potrà in sede di opposizione eccepire la sussistenza della convenzione arbitrale.

Occorre quindi sempre distinguere tra rito, riservato all'AG e situazione sostanziale compromettibile, ove sia disponibile.

Gli arbitri non possono condurre un processo esecutivo perché non sussiste quell'attività di giudizio connaturata alla funzione arbitrale; si afferma invece la piena compromettibilità dell'opposizione all'esecuzione, più dubbi sull'opposizione agli atti esecutivi.

Va esclusa dall'arbitrato la giurisdizione volontaria perché non ha ad oggetto controversie su diritti.

Molti dubbi esegetici in relazione alla compromettibilità dei giudizi in cui è necessario l'intervento del PM, ricorrente l'affermazione secondo cui i diritti sottostanti i procedimenti che richiedono la necessaria presenza del PM sarebbero per ciò stesso indisponibili. Dubbi però vengono sollevati sostenendo

che la previsione dell'intervento obbligatorio del PM manterrebbe comunque inalterata la disponibilità del diritto. *De jure condendo* o in via interpretativa si potrebbero disciplinare forme di partecipazione dell'organo pubblico attraverso la comunicazione degli atti da parte degli arbitri o il suo intervento ex art. 816 *quinquies*.

Veniamo ora l'esame dell'altro limite all'arbitrabilità previsto dal disposto di cui all'art. 806 c.p.c.

DIVIETO DI LEGGE

Il legislatore del 2006 fa salvi i casi in cui il divieto di arbitrato è imposto dalla legge, il legislatore può quindi vietare l'arbitrato per diritti altrimenti disponibili. Al fine di evitare che tale previsione indebolisca eccessivamente l'istituto arbitrale, occorre interpretarla in chiave di coordinamento tra il divieto di legge e il valore costituzionale dell'autonomia delle parti. Occorre distinguere tra divieto di arbitrato (ex art. 806 c.p.c.) dai casi in cui il legislatore non permette la stipula della clausola compromissoria, ma solo del compromesso (in questi casi l'arbitrato è pienamente legittimo ma è soggetto a particolari modalità di tecnica arbitrale).

Divieto di arbitrato

Esempi: riguardano spesso le liti coinvolgenti la pubblica amministrazione, es. liti riguardanti le opere pubbliche inerenti programmi di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, le controversie in tema di erogazione agraria alle quali partecipi il Ministero dell'agricoltura, controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria.

Divieto di clausola compromissoria

Ratio del divieto evitare che una parte si obblighi preventivamente allo strumento arbitrale per liti non ancora insorte.

Esempio le liti endosocietarie nelle società c.d. aperte, liti societarie che prevedono l'intervento del PM.

Divieto di compromesso

Tale divieto sussisteva nel regime previgente con riguardo alle controversie di lavoro, ora è venuto meno. Divieto di compromesso rimane per le liti coinvolgenti l'Agenzia per l'erogazione in agricoltura, regioni e privati.

Questa breve trattazione ci fa ben comprendere come il legislatore, e l'esegesi offerta dalla giurisprudenza e dagli interpreti, guardino ora con maggior favore, rispetto al passato, alla procedura arbitrale per i tempi celeri che garantisce, per la conoscibilità e la predeterminazione delle spese, per la specializzazione degli arbitri, per la riservatezza e infine per l'equiparazione del lodo alla sentenza.

Questo è confermato dal Disegno di Legge 11 marzo 2016, n. 2284 presentato dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, intitolato "delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile", il cd. "**processo civile efficiente**", in cui, all'art. 1 lettera e n. 1) s'invita il legislatore a: *“potenziare l'istituto dell'arbitrato, anche attraverso l'eventuale estensione del meccanismo della translatio iudicii ai rapporti tra processo e arbitrato, e razionalizzare la disciplina dell'impugnativa del lodo arbitrale, nonché riordinare le disposizioni dell'arbitrato in materia societaria mediante”*.