

rivista di diritto privato

4 anno XXIII - ottobre/dicembre 2018

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/5214220 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova, Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger, Paolo Spada

Direttore: Giorgio De Nova

Direzione: Giorgio De Nova, Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Edoardo Marcenaro, Giuseppe Minniti, Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato di valutazione scientifica: Pietro Abbadesse, Fabio Addis, Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale, Carmelita Camardi, Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini, Giovanni D'Amico, Carlos De Cores, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Luis Leiva Fernández, Giovanni Furguiele, Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli, Enrico Minervini, Massimo Miola, Salvatore Monticelli, Romulo Morales Hervias, Mario Notari, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Pascal Pichonnaz, Paolo Pollice, Vincenzo Ricciuto, Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi, Federico Tassinari, Daniela Valentino, Gian Roberto Villa, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Comitato editoriale: Giorgio Afferni, Andrea Azzaro, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Lisia Carota, Donato Carusi, Alessandro Ciatti, Nicola Cipriani, Paoloefisio Corrias, Francesco Delfini, Matteo Dellacasa, Fabrizio di Marzio, Massimo Di Rienzo, Amalia Diurni, Aldo Angelo Dolmetta, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Antonio Fici, Gregorio Gitti, Giancarlo Laurini, Giorgio Lener, Renato Marini, Giacomo Oberto, Paolo Pardolesi, Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale, Mariano Robles, Rita Rolli, Renato Rordorf, Luigi Salamone, Luigi Salvato, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Marco Tatarano, Giovanni Maria Uda, Carlo Venditti, Francesco Venosta, Fabrizio Volpe

Redazioni

Roma: Maria Barela, Marco Nicolai, Benedetta Sirgiovanni

Bari: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. – Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nella data base informatica del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

La valutazione di tutti i contributi oggetto di pubblicazione viene effettuata in totale anonimato secondo il sistema "double blind", in osservanza di quanto prevede il Regolamento ANVUR, da un soggetto terzo, di volta in volta, individuato dalla Direzione, secondo le sue specifiche competenze nelle aree tematiche di pertinenza del contributo sottoposto a valutazione nell'ambito del Comitato di Valutazione composto da soggetti autonomi rispetto agli Organi della Rivista. Solo in casi eccezionali la Direzione assume direttamente la responsabilità della pubblicazione segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore, o un componente della Direzione, invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati preferibilmente fra i componenti del Comitato di Valutazione.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

Regole per l'autore soggetto a revisione: ciascun autore che invia un articolo deve segnalare se il proprio nome è presente nelle proprietà nascoste del file; indicare quali parti dell'articolo potrebbero rivelare la sua identità e mettere in evidenza la presenza nelle note di eventuali rimandi alle proprie opere.

Il presente fascicolo è edito nell'affettuoso ricordo di

GIUSEPPE TUCCI

durante molti anni Componente della Direzione della Rivista

rivista di diritto privato

2018

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Enrico Gabrielli

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Edoardo Marcenaro

Giuseppe Minniti

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 4/2018

Saggi e pareri

La crisi della convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale <i>di Gianluca Sicchiero</i>	489
Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni <i>di Vincenzo Barba</i>	517
Frantumazione del tipo vendita e perdita di centralità <i>di Fabrizio Volpe</i>	547
La disciplina dell'art. 230-ter c.c. e la sua (pretesa) lacunosità <i>di Francesco Rossi</i>	573
Recenti orientamenti della Corte di Cassazione sul giudizio di vessatorietà e nuovi strumenti interpretativi <i>di Giuseppe Liccardo</i>	587
Il pegno delle partecipazioni cooperative <i>di Dario Cillo</i>	607

La crisi della convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale

di Gianluca Sicchiero*

SSOMMARIO: 1. Il problema della clausola arbitrale ante riforma del 2006. – 2. La nozione di diritto indisponibile: per ragioni processuali. – 3. Segue: per ragioni sostanziali. – 4. Una possibile soluzione. – 5. Le questioni tra coniugi arbitrabili. – 6. Il patto di fedeltà nelle unioni civili. – 7. L'arbitrato nelle convivenze di fatto. – 8. Possibili vuoti legislativi.

1. L'arbitrato nella soluzione delle crisi familiari è pressoché sconosciuto, sebbene nel passato non recente vi siano state pronunce favorevoli alla procedura privata almeno in alcune ipotesi; infatti la cassazione ritenne possibile l'arbitrato in ordine alla “misura del concorso del marito alle spese di mantenimento della figlia” restando però “limitata alla misura del concorso”¹, sia pure subito criticata dalla letteratura²; peraltro di lì in poi più nulla³.

Due le ragioni che sono state adottate nel passato: anzitutto si riteneva, in linea generale, che l'arbitrato potesse riguardare solo o contratti ove fosse stata inserita l'apposita clausola o liti già in corso⁴, sicché stante la refrattarietà ad ammettere

* Professore ordinario di diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia.

¹ Cass., 12-8-1954, n. 2942, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 1070.

² Così AZZOLINA, nel commento *Sulla compromissione in arbitri di controversie patrimoniali pertinenti alla separazione dei coniugi* alla sentenza indicata nella nota 1, dove cita come altro precedente Cass, 12-3-1943, n. 574, in *Foro it.*, 1943, I, p. 437, che però non si pronuncia sull'arbitrato, limitandosi a ritenere valide le modifiche delle condizioni di separazione operate autonomamente dai coniugi, cioè al di fuori di un procedimento giurisdizionale.

³ Così anche F. DANOVI, *Controversie in materia di rapporti patrimoniali di famiglia*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, II, Padova, 2010, p. 1461.

⁴ Si dice infatti che prima dell'introduzione dell'art. 808 bis c.p.c. sussistesse nel “nostro ordinamento il divieto di compromettere in arbitri controversie future relative a rapporti di natura non contrattuale”: la riferiscono come tesi prevalente PUNZI, *Il processo civile*, III, Torino, 2010, p. 181; SALVANESCHI, *Dell'arbitrato*, in *Comm. del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2014, *sub art.* 808 bis c.p.c., 127 ss.; RUFFINI, in *Comm. breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Benedettelli, Consolo e Radicati Di Brozolo, Padova, 2010, *sub art.* 808 bis c.p.c.; aderiscono ad es. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001 48 ss. (ma v. *ivi* 198, ove osserva che la tesi riflette più che altro una convinzione statistica che un limite posto dal legislatore, concludendo per la soluzione opposta); SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 122 o DANOVI, *op. cit.*, 1466; v. anche MANDRIOLI e CARRATA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2015, 435; ulteriori riferimenti in BELLA, *Controversie in tema di responsabilità extracontrattuale*, in *Il diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, 1325 ss. Non vengono tuttavia riportati precedenti giurisprudenziali in tal senso, come sottolineava nel passato REDENTI, voce *Compromesso*, in *Novss. dig. it.* III, Torino, 1959, 788, il quale si pronunciava invece a favore della clausola estranea a rapporti contrattuali ma nascenti

patti di convivenza da un lato, appartenendo la crisi coniugale alla competenza esclusiva del tribunale dall'altro e non venendo di fatto le liti tra conviventi mai riportate all'attenzione degli arbitri, nemmeno se ne parlava.

In particolare poi, con riferimento ai rapporti coniugali, la necessaria presenza del pubblico ministero ex art. 70 c.p.c. rendeva e tutt'ora rende impossibile ai coniugi rivolgersi alla giustizia privata, a maggior ragione in presenza di figli, per le questioni attinenti allo *status*, pur sussistendo margini non trascurabili di autonomia dei coniugi nel decidere taluni aspetti della crisi⁵.

Il primo argomento non era peraltro del tutto convincente anche a prescindere dall'attuale formula dell'art. 808 bis c.p.c. che, ammettendo espressamente l'arbitrato in materia non contrattuale, apre prospettive su cui si deve riflettere.

Ciò che non convince della vecchia lettura dell'art. 808 c.p.c. è l'idea che la clausola arbitrale relativa a liti ipotetiche debba essere contenuta in un atto che rivesta natura contrattuale, se con queste parole debba necessariamente intendersi un contratto che disciplini altri rapporti e funga da contenitore della clausola arbitrale, che in quella tesi sarebbe alternativo ad un qualsiasi altro accordo che abbia ad oggetto le sole liti che possano nascere da un determinato rapporto.

In altre parole non sarebbe stato ammissibile un patto devolutivo in arbitrato, di liti che non attengano al un rapporto contrattuale che lo contenga, a dispetto evidentemente dell'accordo che la cassazione ritenne ammissibile nel 1954.

Senonché la lettera dell'art. 808 c.p.c. parla certamente di accordo per l'arbitrato che sta nel contratto che regola il rapporto principale, rappresentando l'ipotesi più comune della clausola arbitrale posta all'interno di uno statuto o di un ordinario contratto di scambio, ma questa indubbia fattispecie non esclude quella, diversa ed ulteriore, della c.d. clausola contratto⁶ che sia diretta a rendere arbitrabili controversie che non rivestano tale natura.

ti "per es. da un rapporto di vicinato, o di esercizio di una servitù oppure di comunione incidentale di origine extra contrattuale"; concordava anche ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 776. *Infra* si indicheranno i precedenti favorevoli in tema di regolamento condominiale.

⁵ Cfr. Cass., 20-8-2014, n. 18066, *Riv. dir. proc.*, 2016, 231: "in caso di separazione consensuale o divorzio congiunto (o su conclusioni conformi), la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma, sull'accordo tra i coniugi, realizza - in funzione di tutela dei diritti indisponibili del soggetto più debole e dei figli - un controllo solo esterno attesa la natura negoziale dello stesso, da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza di un interesse, superiore e trascendente, della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti; ne consegue che i coniugi possono concordare, con il limite del rispetto dei diritti indisponibili, non solo gli aspetti patrimoniali, ma anche quelli personali della vita familiare, quali, in particolare, l'affidamento dei figli e le modalità di visita dei genitori". Sono le stesse cose dette nella sentenza del 1943 citata alla nota 2.

⁶ Sul tema v. FESTI, *op. cit.*, 38 ss., 52 ss. V. ad es. Cass., 14-4-2000, n. 4842: "la c.d. clausola compromissoria costituisce un contratto, ad effetti processuali, a sé stante, anche quando - come prevalentemente accade - è inserita nell'atto contenente il contratto cui ineriscono le controversie oggetto della clausola". In letteratura l'autonomia della clausola arbitrale è pacifica e da molto tempo; v. ad es. ROPPO, *Il contratto*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 433; IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, *Riv. arb.*, 1994, 651 ss.; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, *Riv. arb.*, 1991, 23 ss.; ZACCHEO,

Non vi è infatti incompatibilità ontologica con questa diversa fattispecie, trattandosi in definitiva di “una manifestazione di volontà (privata), diretta a dare assetto a un concreto interesse dei suoi autori, [che] ha i tratti di una fattispecie, fornita di tutti gli elementi necessari alla produzione degli effetti previsti dall’ordinamento”⁷.

Invece una volta riconosciuto che la clausola arbitrale ha natura indipendente dalle ulteriori pattuizioni dell’atto che la contiene (art. 808 c.p.c.)⁸, al punto che si ammette da tempo che la nullità del contratto, salve ipotesi peculiari, non travolga la clausola arbitrale⁹, deve riconoscersi alla stessa la capacità di una vita propria: qualificata talora come clausola negozio¹⁰, in altre ipotesi come clausola autosufficiente o clausola contratto¹¹.

Come potrebbe altrimenti sopravvivere al contratto invalido che la contiene?

Tra contratto e clausola arbitrale sorge infatti un collegamento tra contratti in cui, sempre salve talune eccezioni, non opera il principio *simul stabunt simul cadent*: perché appunto la clausola arbitrale è un contratto a sé.

Né va dimenticata l’ipotesi dei contratti normativi o dei contratti quadro, laddove si stabiliscono le regole dei futuri rapporti che potranno intercorrere tra i contraenti: il contratto normativo non dà vita ad un rapporto, ma lo regola in anticipo laddove si decida di dargli seguito concretamente: si tratta all’evidenza di un’ipotesi in cui la clausola non opera immediatamente, ma necessità di ulteriori contratti perché possa divenire concretamente operativa.

In definitiva risulta preferibile la tesi per cui la clausola arbitrale, già prima della riforma, non dovesse necessariamente essere inclusa in un contratto subito produttivo di effetti obbligatori o reali e dunque, da questo punto di vista, che potesse riferirsi anche a rapporti non contrattuali, purché arbitrabili. Infatti la giurisprudenza nel passato non ha avuto problemi ad ammettere che la stessa possa essere contenu-

Contratto e clausola compromissoria, Riv. trim. dir. proc. civ., 1987, 425 ss. anche per i profili storici; così anche le letture più risalenti: DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1980, 1167; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 185; FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, Giust. civ., 1959, I, 313-314.

⁷ MESSINEO, *Il contratto in genere*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, II, Milano, 1973, 176; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, Riv. dir. comm., 1977, 293, n. 23.

⁸ La tesi sembra aver avuto origine da CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenze degli arbitri*, Riv. dir. comm., 1921, I, 327 ss.

⁹ PUNZI, *op. cit.*, 182; Cass., 26-7-2013, n. 18134: “la nullità del contratto nel quale è inserita una clausola compromissoria non comporta nullità della stessa, poiché essa costituisce un contratto autonomo ad effetti processuali”; è giurisprudenza costante: *id.*, 1-9-2015, n. 17393; *id.*, 6-11-2013, n. 25024; *id.*, 23-12-2010, n. 26046, Riv. arb., 2011, 641; *id.*, 14-4-2000, n. 4842 ecc.

¹⁰ La definizione è di Cass., 2-7-1981, n. 4279, che la riprende da GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, Enc. dir., VII, Milano, 1960, 185.

¹¹ SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 238 ss.

ta in un regolamento condominiale¹², quand'anche tale regolamento non fosse qualificabile, come si distingue, "contrattuale"¹³, su cui la letteratura è d'accordo¹⁴.

Ora è chiaro che una lite tra condomini sull'uso delle parti comuni del condominio, nulla ha a che vedere con un rapporto contrattuale perché la controversia è dominicale¹⁵: con riferimento a queste ipotesi la nuova disposizione non ha quindi introdotto cambiamenti indispensabili, che semmai si spiegano in relazione ad orizzonti diversi, che qui si vogliono esaminare.

2. Il vero limite al ricorso all'arbitrato in ambito familiare riguarda semmai il divieto di ricorrervi quando si verta su materie indisponibili (art. 806 c.p.c.) e tra queste rientrano sicuramente, per ragioni processuali, le controversie dove il pubblico ministero deve o può intervenire¹⁶ posto che, deferendo altrimenti la lite agli arbitri, si impedirebbe tale suo intervento, che avviene nell'interesse generale e non particolare (art. 73 r.d. 30-1-1941, n. 12).

L'art. 70 c.p.c. nei nn. 2 e 3 impone l'intervento del pubblico ministero, appunto, nelle "cause matrimoniali" e nelle cause inerenti lo stato delle persone, sicché va pacificamente escluso che siano arbitrabili le controversie inerenti la separazione (testualmente indicata nell'art. 70 c.p.c.), il divorzio e quelle che riguardino la filiazione, perché attinenti allo *status*.

Il profilo che non pare invece certamente riconducibile alla nozione di "cause matrimoniali", pur vedendo come soggetti i coniugi, è quello di una lite che riguardi ad es. la proprietà di un bene: se si intende l'aggettivo matrimoniali come antecedente non logicamente necessario all'oggetto della lite (ovvero: tutte le cause che nascono da persone unite in matrimonio) allora queste non sono arbitrabili; se invece lo si legge in senso più restrittivo, come cause che attengano ad uno dei diritti

¹² Per T. Milano, 14-11-1996, *Arch. locazioni*, 1997, 653, potrebbe essere solo arbitrati irrituale, mentre tale limite non è indicato da A. Milano, 27-9-1991, *ivi*, 1992, 350, da T. Milano, 6-4-1992, *ivi*, 1992, 614 e dal S.C., ad es. Cass., 10-1-1986, n. 73, *Vita not.*, 1986, 251 ("il 2° comma dell'art. 1137 c.c., a termini del quale ogni condomino dissenziente può fare ricorso all'autorità giudiziaria avverso le deliberazioni assunte dall'assemblea del condominio, configurando il diritto soggettivo del condomino quale *facultas agendi* a tutela di interessi direttamente protetti dall'ordinamento giuridico, non esclude la compromettibilità in arbitri delle relative controversie, con la conseguenza che deve considerarsi legittima la norma del regolamento condominiale che preveda una clausola compromissoria, con il correlativo obbligo di chiedere la tutela all'organo designato competente"); *id.*, 5-6-1984, n. 3406, *Vita not.*, 1985, 599; *id.*, 20-6-1983, n. 4218.

¹³ Cioè quello predisposto dal costruttore, trascritto o almeno conosciuto dagli acquirenti (v. ad es. Cass., 31-7-2009, n. 17886, *Vita not.*, 2009, 1434; *id.*, 3-7-2003, n. 10523 ecc.) anziché predisposto dall'assemblea dei condomini.

¹⁴ V. ad es. DE TILLA, *Controversie condominiali*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, op. cit., 1433 ss.; ovviamente per inserire la clausola arbitrale non già esistente occorrerà il consenso di tutti i condomini.

¹⁵ Così anche FESTI, *op. cit.*, 197 ss., che ritiene "leciti i patti con cui le parti convengano di devolvere in arbitri liti insorgenti da un contratto stipulando" (*ivi*, 200).

¹⁶ Cfr. FESTI, *op. cit.*, 152 ss.

o dei doveri inderogabili nascenti dal matrimonio, allora la risposta è quella contraria.

La giurisprudenza intende l'aggettivo nel secondo modo, dicendo ad es. che la regola "trova applicazione fino a quando sia in discussione il vincolo matrimoniale, e non anche, pertanto, nel giudizio d'appello, ove inerente ai soli rapporti patrimoniali"¹⁷.

Di conseguenza esclude ad es. che il pubblico ministero debba intervenire "nelle cause riguardanti la distrazione a favore del coniuge avente diritto, non legalmente separato, di somme dovute da terzi all'altro coniuge obbligato per il mantenimento"¹⁸ o nel giudizio d'appello per le loro sole questioni patrimoniali una volta separati¹⁹.

Vero è però che se l'intervento necessario del pubblico ministero esclude l'arbitrabilità della controversia, questo non significa che valga il contrario: nel senso che esistono liti dove egli non interviene ma che hanno ugualmente ad oggetto diritti indisponibili, ad es. quelle sulla validità del bilancio delle società, quelle sui diritti della persona, quelle a tutela dei diritti dei lavoratori ecc.

Si tratta quindi di verificare quali siano i limiti sostanziali all'arbitrabilità delle controversie.

3. Individuare una nozione condivisa di diritto indisponibile è particolarmente complesso: basti pensare che non esistono voci enciclopediche che la riguardino²⁰, perché le trattazioni sono dirette a connotare la diversa nozione generale di indisponibilità²¹, il cui oggetto si estende a questioni qui non direttamente rilevanti, come

¹⁷ Cass., 24-2-1997, n. 1664.

¹⁸ Cass., 21-12-2004, n. 23713, perchè non si verte in una "in controversia concernente, non il vincolo matrimoniale, bensì l'applicabilità di una speciale agevolazione, prevista dall'art. 156, 6° comma, c.c., per il recupero di crediti per il mantenimento, ed esulando quindi la fattispecie dalla previsione dell'art. 70, 1° comma, n. 2, c.p.c."

¹⁹ Cass., 10-3-2017, n. 6262; peraltro secondo A. L'Aquila, 4-7-1989, *Giur. it.*, 1991, I, 2, 612, "i procedimenti ex art. 710 c.p.c. (ovvero quelli di revisione delle condizioni poste in sede di separazione) debbono considerarsi procedimenti matrimoniali, per cui deve ritenersi richiesto anche per essi l'intervento del p. m. a pena di nullità, ai sensi dell'art. 70 c.p.c."

²⁰ Non esiste una voce Diritti indisponibili nell'*Enciclopedia del diritto* (il cui vol. XII, Torino, 1964, 748 ss. contiene la voce "Diritti soggettivi" di più autori che sul punto tace; nel *Digesto civile*, IV ed., il vol. V (Torino, 1989, 436) contiene la voce la voce "Diritti soggettivi (categorie di)", di GUARNIERI, che non la nomina mentre nella sezione commerciale, vol. V (Torino, 1990, 52) si trova la voce *Disposizione dei diritti*, di MAGNANI; *L'enciclopedia giuridica Treccani* (Roma, 1989, vol. XII) contiene solo la voce *Diritti inviolabili*, che non riguarda però il tema in esame; nel *Tratt. Rescigno* (Torino, 1999, II ed.) il vol. 2, *Persone e famiglia*, non ne parla; silenzio anche nell'*Enciclopedia forense*, vol. III, Milano, 1958 e, nel passato, nel *Nuovo digesto*, Torino, 1938, vol. IV. Gli unici cenni sono nel *Novvs. dig. it.* (Torino) che, nel vol. V al lemma diritti indisponibili rinvia alla voce *Indisponibilità giuridica* del vol. VIII, 1962, di NEGRO.

²¹ E così oltre alla voce *Indisponibilità giuridica* del *Novvs. dig.* si trova nel vol. XVIII dell'*Enc. giur.*, Roma, 1989 la voce *Indisponibilità (vincoli di)* mentre nel *Dig. comm.*, V, Torino, 1990, c'è la voce *Disposizione dei diritti*; nel *Tratt. Sacco* il vol. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, 630, contiene il paragrafo di RESTA *Il criterio dell'indisponibilità e le declamazioni della dottrina*, che consta di meno di due pagine. Del contenuto eteronomo di queste voci si dirà *infra*.

l'indisponibilità nel diritto penale o amministrativo²², al punto che si è ritenuto “che l'espressione “diritti indisponibili” appare piuttosto generica, quasi programmatica”²³.

D'altro canto gli stessi autori che hanno studiato quest'ultima nozione, che per lo più risalgono ad un periodo di alta concettualità a scapito della pragmaticità delle argomentazioni²⁴, affrontano spesso temi di cui oggi sfugge la funzione laddove non tassonomica. Se ad es. si può accedere ad indicazioni (più moderne) per cui il concetto di indisponibilità non va confuso con quello di inderogabilità²⁵, è invece meno facile condividere l'idea che non potrebbe parlarsi di indisponibilità dei diritti della personalità, perché quando i diritti sono ontologicamente inerenti alla persona allora l'indisponibilità non sarebbe ad essi predicabile, trattandosi del loro atteggiarsi²⁶.

D'accordo con altri²⁷ ci pare proprio il contrario, come ben si intuisce leggendo l'art. 5 c.c. che si riferisce infatti agli atti di disposizione del proprio corpo, che non attengono allo *status* e sulla cui consistenza è lecito riflettere, dato che ci si può infatti impegnare a vendere i capelli tagliati pur se appartengono alla persona²⁸ e quindi la pretesa distinzione tra diritti indisponibili –quelli patrimoniali- e diritti “assolutamente indisponibili” –quelli inerenti la persona²⁹ non risponde all'esigenza di

²² DUNI, *Esame critico dei nuovi contributi in tema di indisponibilità giuridica*, in *Foro it.*, 1959, IV, 161 ss.

²³ GITTI, *Loggetto della transazione*, Milano, 1999, 262.

²⁴ Ne costituiscono esempi *Il potere di disposizione* di FERRARA SANTAMARIA, Napoli, 1937, il saggio *Sull'esercizio della facoltà di disporre* di PIRAS, in *Nuova riv. dir. comm. ec.*, 1948, 21 ss. e, in particolare, i *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica* di NEGRO, Padova, 1957, ove peraltro l'elenco delle tesi già avanzate da altri (ivi, 73 ss.).

²⁵ PUNZI, *op. cit.*, 185, tesi già avanzata da SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 53 e cui aderiscono ad es. MOSCARINI e CORBO, voce *Transazione*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, 1989, 10; MAGNANI, *op. cit.*, 60. Per Cass., 27-2-2004, n. 3975, in *Foro it.*, 2005, I, 1769, “il campo di applicazione dell'arbitrato, sia esso irrituale che rituale, può abbracciare anche le questioni attinenti alla validità od esistenza del contratto cui si riferisce la clausola compromissoria (in applicazione di tale principio, la suprema corte ha ritenuto che la clausola compromissoria apposta ad un contratto di concessione del diritto di vendita in esclusiva di un prodotto chimico-farmaceutico, di cui era controversa la qualità di medicinale, in difetto di autorizzazione ministeriale, fosse valida e consentisse anche di decidere sulla nullità del contratto per illiceità dell'oggetto ed indisponibilità dei diritti)”.

²⁶ V. DUNI, *op. cit.*, spec. 164 e NEGRO, *Lineamenti, op. cit.*, 75 e 82-83, ove indica che i diritti della personalità formano una diversa categoria, di diritti inseparabili dal soggetto o inalienabili; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 215; MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano 1970, 303.

²⁷ FRANCARIO, voce *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVIII, 1, sebbene poi precisi che il significato è diverso da quello che si utilizza per i diritti patrimoniali, perché “riesce difficile concepire la persona come oggetto di diritti”; ma la questione è un'altra e cioè se la persona possa disporre dei propri diritti che la connotano, non se altri possano disporre della persona altrui.

²⁸ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2011, 151-152; beninteso senza con ciò dimenticare che “al soggetto non viene attribuita la cosa, che trovasi già sotto la sua materiale soggezione, sibbene un diritto sulla cosa”: PUGLIATTI, *Latto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, ora in *Diritto civile*, Milano, 1951, 4 (il saggio risale al 1927).

²⁹ Ripresa ad es. da FESTI, *op. cit.*, 135 o da FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1978, 3 ss., 10 ss., 264 (per la quale il contrario della disponibilità consisterebbe quindi non nella indisponibilità ma

definire la fattispecie, posto che l'indisponibilità è una qualificazione che non ammette intensità differenti³⁰.

Il tutto senza dimenticare che l'art 1966 c.c. vieta, senza distinguere, la transazione su diritti indisponibili "per loro natura o per espressa disposizione", così accomunando nel tratto della indisponibilità ciò che l'interprete vuol dividere³¹.

Altro è semmai distinguere tra diritti "generalmente indisponibili", riferendosi alla persona e diritti indisponibili di carattere patrimoniale, per i quali occorre una previsione di legge³², ma questo attiene alla fonte, non alla misura della indisponibilità, che come concetto è assoluta, non ammettendo gradazioni e che, come detto, riflette la distinzione operata dall'art 1966 c.c.

La letteratura sul tema non riesce in effetti ad uscire da una inevitabile circolarità: nemmeno un autore massimamente dedito alla tassonomia quale Messineo è riuscito nell'intento, giacché la sua definizione di diritti indisponibili quali "quelli che sono sottratti al potere dispositivo del soggetto e che, quindi, inutilmente il soggetto tenterebbe di trasferire ad altri, come inutilmente tenterebbe di rinunciare ad essi"³³ è intrappolata nella circolarità.

Del pari l'indicazione per cui "un diritto deve considerarsi indisponibile se di esso il titolare non può privarsi con un suo atto di volontà"³⁴ non esce dal medesimo dilemma: quali sono questi diritti?

Il fatto è che mentre esistono alcune disposizioni che si riferiscono testualmente ai diritti indisponibili (es. gli artt. 1966, 2733, 2934 o 2968 c.c.; art. 2, comma 2, l. 10-11-2014, n. 162)³⁵ o che vengono talora a questi ricondotte, (es. l'art. 2113 c.c.)³⁶, di altre si configura tale qualificazione pur in difetto di una definizione normativa di indisponibilità, a dispetto dell'idea che al fine della sussistenza di un vin-

nella intrasmissibilità: 262); in antico v. PUGLIATTI, *op. cit.*, 13 o FERRARA SANTAMARIA, *op. cit.*, 119 ss. e spec. 158 ss.; alla fine coincidono con le distinzioni di DUNI e NEGRO *op. cit.*, *supra*.

³⁰ Il concetto di indisponibilità assoluta assume poi una dimensione più ampia quando viene riferito ad ipotesi ulteriori, ad es. quella dei diritti assolutamente indisponibili del lavoratore, su cui v. FABRIS, *op. cit.*, 57 ss., 259 ss.

³¹ E' stato chiarito che la disposizione non intende riconoscere l'esistenza di diritti naturali, volendo invece "individuare quei diritti indisponibili non "per loro natura", ma a causa della "natura" del contratto del contratto, vale a dire i diritti non patrimoniali: GITTI, *op. cit.*, 256, 260 ss.

³² SANTORO PASSARELLI, *La transazione* (II ed.), Napoli, 1975, 122.

³³ *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1959, 144; più o meno le stesse parola in SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 114.

³⁴ AZZARITI e SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1964, 205.

³⁵ In questo senso anche l'art. 5 c.c., che parla di atti di disposizione del proprio corpo, può includersi senza difficoltà quale indicazione di un diritto indisponibile.

³⁶ Riassume le questioni connesse all'evoluzione della formula dell'art. 2113 c.c., che si riferisce ora alla invalidità rinunce ed alle transazioni dei diritti del lavoratore "derivanti da disposizioni inderogabili" di legge e della contrattazione collettiva, MAGNANI, *op. cit.*, 53 ss.

colo di indisponibilità “occorre che l'attività dispositiva preclusa al soggetto risulti preventivamente e specificamente indicata da una norma di legge”³⁷.

Ad es. per gli alimenti dovuti per legge la nozione di indisponibilità viene ricavata dalla rigidità della disciplina (art. 447 c.c.)³⁸, mentre talune ipotesi vengono considerate tali o perché inerenti alla persona umana (art. 2 Cost.)³⁹, come il diritto al nome⁴⁰ o il “diritto morale d'autore e di inventore relativi ad opere dell'ingegno”⁴¹ o perché l'interesse protetto travalica quello dei contendenti, come la verità del bilancio⁴² su cui fanno affidamento i creditori sociali, sebbene il codice civile nulla dica in ordine alla disponibilità delle relative pretese.

Vero è peraltro che non sempre alcuni limiti di disposizione rappresentano una totale indisponibilità del diritto: l'inceditività del diritto d'uso e di abitazione (art. 1024 c.c.), cui consegue anche la loro inespropriabilità, non comporta né la loro irrinunciabilità né la loro imprescrittibilità; al contrario, infatti, la rinunciabilità si ricava dai nn. 4 e 5 dell'art. 2643 c.c., mentre la prescrivibilità deve ammettersi ex artt. 1026 e 1014 c.c.: mancando dunque i caratteri del diritto indisponibile, uno dei quali predicato dall'art. 2934 c.c., queste ipotesi non possono ricondursi alla fattispecie in commento⁴³.

D'altro canto proprio l'imprescrittibilità quale carattere indefettibile del diritto indisponibile pone seri problemi di coordinamento della ipotetica fattispecie generale, con i casi in cui al contrario è proprio la legge ad assegnare al diritto indisponi-

³⁷ FRANCIANO, *op. cit.*, 2 ma anche FABRIS, *op. cit.*, 4, con riferimento ai soli diritti patrimoniali e già, come già indicato, già SANTORO PASSARELLI, *La transazione, op. cit.*, p.122.

³⁸ SANTORO PASSARELLI, *La transazione, op. cit.*, 122; CARRESI, *La transazione*, nel *Tratt. Vassalli*, Torino, 1966, 144 (che però fa salvi gli alimenti dovuti per il passato ma ritiene indisponibile invece la determinazione delle modalità di corresponsione); VALSECCHI, *La transazione*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1986, 323; MOSCARINI e CORBO, *op. cit.*, 10; GITTI, *op. cit.*, 263-264. La disposizione prevede l'inceditività del credito alimentare ed il divieto per l'obbligato di opporre propri crediti in compensazione; l'ipotetica indisponibilità non dunque è testuale, come invece altri indicano (FRANCIANO, *op. cit.*, 1).

³⁹ Opinione pacifica e ricorrente, comunque cfr. GALGANO, *op. cit.*, 149; BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica i soggetti*, Milano, 2002, 147. Viene menzionata come figura grottesca formulata da qualcuno, di cui però non ho trovato traccia, il diritto sulla propria ombra: FERRARA SANTAMARIA, *op. cit.*, 127.

⁴⁰ Sulla sua indisponibilità v. A. Torino, 8-10-2010, *Giur. dir. ind.*, 2010, 866; Cass. 23-2-2005, n. 3772.

⁴¹ Cons. Stato, 15-5-2007, n. 1299.

⁴² Cass., 13-10-2016, n. 20674, ritiene appunto trattarsi di controversia non arbitrabile. Per le altre questioni societarie inerenti le delibere assembleari esiste una soluzione in gran parte diversa, indicata da T. Milano, 10-5-2013, *Società*, 2014, 341: “la previsione, nella disciplina societaria, di una generale sanatoria delle nullità (eccettuate le delibere che modifichino l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, art. 2379, 1° comma, e 2479 *ter*, 3° comma, c.c. quali ad esempio la delibera che indichi nell'oggetto attività illecite come l'usura) impedisce di affermare che la materia sia di per sé indisponibile; quindi, fermo restando il diritto dei terzi all'impugnativa, il socio può invocare l'applicazione della clausola compromissoria promuovendo il giudizio arbitrale per la nullità della delibera”; così in precedenza T. Firenze 15-9-2011, in *Foro padano*, 2012, I, 624, con nota critica di PEZZANO; favorevole è invece FESTI, *op. cit.*, 165 ss.

⁴³ Così infatti AZZARITI e SCARPELLO, *op. cit.*, 205; in senso opposto GITTI, *op. cit.*, 263-264; FRANCIANO, *op. cit.*, 1; li qualifica invece come diritto “parzialmente disponibile o semi-disponibile” CARRATTA, “*Principio di non contestazione*” e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Fam. dir.*, 2010, 575.

bile addirittura un termine di decadenza, com'è per le rinunce e transazioni, da impugnersi nel semestre indicato dall'art. 2113 c.c.⁴⁴.

Problema che convince meno chi ritenga che le uniche disposizioni che si riferiscono testualmente ai diritti indisponibili non valgano invece a rappresentare caratteri necessari dei diritti indisponibili⁴⁵, come invece crediamo noi, salve beninteso possibili deroghe testuali.

In letteratura una nozione generale di indisponibilità è stata legata alla “posizione del titolare del diritto, conseguente al fatto che il diritto stesso è destinato ad assolvere una particolare funzione nei confronti di determinate persone (terzi creditori): nel frattempo il soggetto non può dismetterlo dal suo patrimonio”⁴⁶; si tratta però all'evidenza di una lettura che nulla dice in ordine ai diritti della persona ed alle situazioni patrimoniali che non riguardano i terzi, come il diritto agli alimenti o il divieto di rinunce o transazioni del lavoratore *ex art. 2113 c.c.*

Da altro punto di vista, che un diritto possa considerarsi indisponibile qualora serva davvero ad una determinata funzione⁴⁷, magari anche del suo titolare, non aiuta ad individuare a monte i tratti di questa indisponibilità, che potrebbero eventualmente aiutare l'interprete laddove una ricorrenza pressoché costante li facesse ritenere requisito implicito di ogni ipotesi di indisponibilità.

Senonché ci pare chiaro che il difetto di una prescrizione vincolante in ordine ai requisiti di una fattispecie consenta rilievi solo statistici, di ricorrenza dei medesimi nelle sole ipotesi in cui emergano, senza che da ciò si possa arguire la loro indefettibilità per la costruzione dogmatica del determinato istituto⁴⁸.

⁴⁴ Evidenza MAGNANI, *op. cit.*, 57, che proprio per tale ragione la giurisprudenza propende non per la nullità ma per l'annullabilità di tali rinunce o transazioni; così anche VALSECCHI, *op. cit.*, 331; BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 122; la tesi dell'annullabilità risale a SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 125, che la formulò prima in *Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 53 (ove la collega ad una “specie di incapacità giuridica relativa, cioè sussistente soltanto in confronto del datore di lavoro, similmente ad altre incapacità giuridiche relative; ad esempio incapacità di donare al tutore o al protutore (art. 781), al figlio naturale non riconoscibile (art. 780), al coniuge (art. 781) incapacità del genitore o del tutore di acquistare dal minore soggetti alla patria potestà o alla tutela (art. 323, 378), incapacità degli amministratori dei beni altrui di comprare dai soggetti ai quali i beni appartengono (art. 1471)”; aderiscono pienamente MOSCARINI e CORBO, *op. cit.*, 11. Com'è noto l'annullabilità è patologia disponibile: art. 1444 c.c.

⁴⁵ FABRIS, *op. cit.*, 15.

⁴⁶ NEGRO, *op. cit.*, 605: l'autore però era il sostenitore della tesi già vista sopra, secondo la quale il predicato della indisponibilità non riguarderebbe i diritti ontologicamente inerenti alla persona; donde il riferimento del concetto ai soli diritti patrimoniali.

⁴⁷ Ad es. che i diritti reciproci dei coniugi siano indisponibili “in quanto funzionalmente destinati a realizzare finalità di ordine sociale” era detto in altri tempi da LUCARELLI, *op. cit.*, 217; è una pensiero che connota tutto lo scritto dell'autore in tema di indisponibilità: v. ad es. *ivi*, 225 ss., 232.

⁴⁸ Abbiamo già percorso questa strada nel tentativo di costruire una figura unitaria della rinuncia, che ha dato come esito solo la individuazione di rinunce dai caratteri costanti a fronte di rinunce di diverso contenuto: SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. civ. Appendice di aggiornamento*, IX, Torino, 2014, 604 ss.

In altre parole, ciò che ci attendiamo è che dall'esame di ipotesi di manifesta indisponibilità possano emergere caratteri non costanti⁴⁹, pur risultando sempre la volontà del legislatore di sottrarre quel diritto alla disponibilità delle parti.

Da questo profilo di indagine le regole che si riferiscono testualmente a diritti indisponibili, indicano taluni effetti ai medesimi riconnessi, non invece i criteri per individuarli: nel senso che un diritto indisponibile non può essere oggetto di transazione (art. 1966 c.c.) né di negoziazione assistita (art. 2, comma 2, l. 10-11-2014, n. 162), non si prescrive (art. 2934 c.c.) né i titolari possono farne oggetto di clausola di decadenza (art. 2968 c.c.), questi essendo dunque connotati generali esterni di una fattispecie, che resta tuttavia indefinita nel contenuto⁵⁰.

Dal profilo del diritto vivente, secondo la C.S. "è indisponibile un diritto allorché la reazione dell'ordinamento attraverso la violazione di esso sia svincolata da qualsiasi iniziativa di parte"⁵¹, principio esatto ma non esaustivo, perché non include ad es. le controversie matrimoniali, che sono legate necessariamente ad istanza dei coniugi; d'altro canto il giudizio civile è retto dal principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e non ci risulta che esistano cause civili che possano procedere diversamente⁵². Mentre se quelle parole volessero riferirsi alla rilevabilità d'ufficio della nullità (art. 1421 c.c.), sarebbero certamente fuori luogo, perché il rapporto derivante da atto nullo resta transigibile in quanto disponibile laddove non anche illecito⁵³.

Un giudice di merito ha detto invece che "gli art. 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 e neppure tutte quelle di ordine pubblico hanno ad oggetto diritti indi-

⁴⁹ Il che per alcuni comporta l'impossibilità di "ricondurre ad un comune denominatore le varie fattispecie": FABRIS, *op. cit.*, 8.

⁵⁰ Sull'ambiguità della nozione v. anche RESTA, *Il criterio dell'indisponibilità e le declamazioni della dottrina*, in ALPA-RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt.*, Sacco, Torino, 2006, 631.

⁵¹ Cass., 30-10-2012, n. 18671 *Giur. it.*, 2013, 1101 riferendosi all'impugnazione per nullità di delibere assembleari; subito dopo *id.*, 27-6-2013, n. 16265 ha detto invece che non sono arbitrabili le "controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2479 *ter* c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione, sicché la controversia che abbia ad oggetto l'interpretazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea di una società a responsabilità limitata, in cui si discuta esclusivamente se concerna le dimissioni del ricorrente dalla carica di amministratore delegato o anche da quella di componente del consiglio di amministrazione, in quanto suscettibile di transazione, può essere deferita ad arbitri.

⁵² Che il giudizio sia attivato in taluni casi -mai però nei giudizi di *status-*, da un curatore speciale o dal pubblico ministero non cambia nulla: sarà una parte privata o la parte pubblica, ma sempre una parte.

⁵³ SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 126 ss.

sponibili 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»⁵⁴.

Anche questa affermazione, esatta in linea di principio, non risolve però tutti i problemi: quello al nome è ad es. un diritto indisponibile; tuttavia il nome può essere oggetto di marchio e spesso costituisce la ditta, trasferibile con l'azienda e da questo profilo è disponibile; occorre quindi trovare un criterio più preciso, ammesso che sia possibile fissarne il contenuto.

Anche il diritto all'immagine è divenuto argomento di ampia discussione al punto che, pur ricondotto ai diritti della personalità, se ne afferma la disponibilità ma non a titolo patrimoniale⁵⁵.

Il punto è infatti tutt'altro che sedimentato⁵⁶, tanto che la giurisprudenza –pur pacifica nel ritenere indisponibili le potestà pubbliche inerenti ad es. la riscossione delle imposte, l'irrogazione delle sanzioni amministrative o il perseguimento della responsabilità contabile a dispetto delle transazioni autorizzate dall'avvocatura dello Stato– ritiene invece arbitrabili le controversie patrimoniali che pure attengano a convenzioni con enti pubblici⁵⁷, talora andando più in là ed includendo ad es. quel-

⁵⁴ A. Milano, 13-9-2002, *Corriere giur.*, 2003, 1626.

⁵⁵ V. la ricostruzione operata da DI NICOLA, *L'atto di disposizione del diritto all'immagine ha, dunque, natura non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2005, 463 ss.; l'autore ricorda in materia Cass., 11-10-1997, n. 9880, *Foro it.*, 1998, I, 499 ("il contratto di sponsorizzazione comprende una serie di ipotesi nelle quali un soggetto si obbliga, dietro corrispettivo, a consentire ad altri, ordinariamente in esclusiva, l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato") e *id.*, 21-05-1998, n. 5086, *Giust. civ.*, 1998, I, 1833 (stessa massima), che però depongono per la natura sicuramente patrimoniale del titolo; successivamente v. nel medesimo senso ad es. *id.*, 28-3-2006, n. 7083 o *id.*, 29-5-2006, n. 12801. La misura della disponibilità del diritto all'immagine, similmente a quella del diritto al nome, emerge però da T. Milano, 9-2-2015, *Dir. ind.*, 2015, 511: "l'aver concluso un contratto di sponsorizzazione non può comportare per il testimonial la rinuncia a scelte di vita che, pur essendo del tutto legittime, potrebbero provocare un offuscamento della propria immagine pubblica, come ad esempio nel caso di una relazione sentimentale non approvata dal pubblico oppure nel caso della rottura di una relazione coniugale o ancora nel caso di professione di idee «controcorrente» o di conversione ad un credo religioso «impopolare» in un certo contesto storico e sociale, tali comportamenti non possono certo considerarsi inadempimenti di obblighi nascenti dal contratto di sponsorizzazione, in quanto sono espressione del diritto di autodeterminazione del singolo e l'eventuale assunzione da parte del testimonial, al momento della conclusione del contratto dell'obbligazione di astenersi da condotte di tal genere sarebbe nulla e priva di effetti, perché in contrasto con i principi generali - sanciti anche nella costituzione - in tema di diritti della personalità".

⁵⁶ Viene peraltro segnalato che il testo previgente dell'art. 806 c.p.c. parlava di controversie intransigibili, "nozione più ristretta della indisponibilità sussistendo ipotesi di controversie su diritti disponibili, ma non transigibili, come ad es. quelle aventi per oggetto la nullità del contratto a causa della loro illiceità (art. 1972 c.c.), quelle in materia di rescissione, nonché in materia di alimenti e di deliberare assembleari": MANDRIOLI e CARRATTA, *op. cit.*, 430, n. 40; DANOVÌ, *op. cit.*, 1468.

⁵⁷ Cons. Stato, 22-6-1999, n. 981, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1950.

la “tra un comune ed un privato, avente ad oggetto la concessione della gestione di uno stabilimento balneare appartenente al patrimonio disponibile del detto ente”⁵⁸.

Sembrirebbe allora impossibile tracciare i contorni dell’indisponibilità del diritto, dovendo l’interprete valutare i casi uno ad uno, senza poterli ricondurre ad unità.

4. In tale situazione magmatica una distinzione che aiuta almeno in parte a superare l’impasse è però quella tra controversia che attenga al diritto in sé e quella che attenga alle conseguenze patrimoniali della sua violazione⁵⁹.

Infatti che un diritto sia indisponibile significa che non si può farne oggetto di contratto⁶⁰, ma non che sia indisponibile il diritto al risarcimento del danno derivante dalla sua violazione⁶¹, in quanto non si discute qui del diritto in sé (di cui gli arbitri al massimo hanno cognizione incidentale nei limiti indicati dall’art. 819 c.p.c.), ma delle conseguenze della sua violazione⁶².

In tal caso, a ben vedere, il diritto indisponibile viene esercitato per la sua reintegrazione: siamo in presenza di un ripristino del diritto violato che non viene messo in discussione, nel senso che non se ne dispone nel modo vietato dalla legge.

Se si indaga nella casistica dei diritti che la giurisprudenza qualifica come indisponibili, si rileva infatti che la fattispecie viene individuata quando l’oggetto del consenso dovrebbe incidere proprio sul bene protetto, tali essendo considerati: il “consenso alla lesione ricevuta” in caso di trasporto con un mezzo pericoloso⁶³ o il riposo settimanale del dipendente⁶⁴; qui dunque il patto ha per oggetto il diritto da esercitarsi in futuro ed è per ciò stesso vietato. Lo stesso si è detto con riguardo al diritto alla pensione, che è indisponibile al contrario di quello relativo alla riscossione dei ratei maturati e non incassati, che perciò si prescrivono⁶⁵.

⁵⁸ Cass., sez. un., 11-11-1998, n. 11357, “perché in tal caso non sussiste la giurisdizione amministrativa, né la finalità di soddisfare le esigenze dei turisti e dei residenti, prevista per caratterizzare l’obbligazione del gestore di tale esercizio commerciale pubblico, può esser idonea a elevarlo a pubblico servizio, con conseguente inclusione dell’immobile nel patrimonio indisponibile dell’ente stesso”; v. anche Cass., 24-2-1981, n. 1112.

⁵⁹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 122-123; BIANCA, *op. cit.*, 148; MOSCARINI e CORBO, *op. cit.*, 10. DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 841.

⁶⁰ Oppure, seguendo altre indicazioni, che possa essere oggetto di consenso sempre revocabile: RESTA, *op. cit.*, 631 e già GALGANO, *op. cit.*, 159; era l’indicazione di FERRARA SANTAMARIA, *op. cit.*, 122.

⁶¹ Definito come diritto secondario da CARRATTA, *op. cit.*, 575, per ammettere in questa ipotesi l’operatività del principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c., non essendo appunto un diritto indisponibile. In tal senso v. ad es. Cass., 21-9-2011, n. 19204, *Giur. it.*, 2012, 1538: “il diritto al risarcimento del danno, anche quando viene azionato per effetto della mancata realizzazione di un diritto indisponibile, conservando la propria autonomia rispetto al diritto originario, non ne assume il carattere dell’indisponibilità”.

⁶² Cass., 21-9-2011, n. 19204, *Giur. it.*, 2012, 1538: “il diritto al risarcimento del danno, anche quando viene azionato per effetto della mancata realizzazione di un diritto indisponibile, conservando la propria autonomia rispetto al diritto originario, non ne assume il carattere dell’indisponibilità”.

⁶³ Cass., 14-3-2017, n. 6481; *id.* 3-5-2011, n. 10526, *Giust. civ.*, 2013, I, 792.

⁶⁴ Cass., 18-3-2016, n. 5465.

⁶⁵ Cass., 3-3-1988, n. 2243

Invece si è detto che non riguarda la disponibilità del diritto quando si verte in tema di prova dei fatti che lo costituiscono⁶⁶, sebbene sul punto occorra massima cautela⁶⁷, essendo forse preferibile la tesi che il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. non opera con riferimento ai diritti indisponibili⁶⁸, al pari della confessione sui medesimi diritti, vietata dall'art. 2733 c.c.⁶⁹.

In tal senso la distinzione starebbe appunto nel mantenere fermo il divieto tanto di rinunciare preventivamente al diritto indisponibile, quanto di determinarne patteggiatamente la sua disciplina, mentre quel limite non opererebbe più laddove si discuta del ripristino per il risarcimento derivante dalla lesione subita⁷⁰.

⁶⁶ Così in particolare Cass., 10-5-2017, n. 11417 o 28-5-2015, n. 11047: “nel processo del lavoro, il principio di non contestazione si applica anche ai diritti a prestazioni previdenziali, senza che rilevi il loro carattere indisponibile, dovendosi ritenere che la mancata contestazione operi in relazione alla prova dei fatti costitutivi del diritto - ancorché non necessariamente comuni alle parti in causa - e non alla disponibilità del diritto medesimo” ma anche, nel diritto di famiglia, Cass., 30-6-2016, n. 13436, *Foro it.*, 2016, I, 3918: “il marito che propone l'azione di disconoscimento della paternità è onerato della prova di averla esercitata tempestivamente, prova che verte sulla data della sua conoscenza certa dell'adulterio, in quanto ignorato al tempo del concepimento, allorché il termine annuale di decadenza è fatto decorrere da tale evento, fermo restando, da un lato, che egli può avvalersi del principio di non contestazione, in quanto si verte su un dato cronologico integrante un mero fatto, e non su diritti indisponibili, dall'altro che, in ogni caso, il giudice può rilevare anche d'ufficio, alla stregua degli atti di causa, la decadenza dell'azione, per il decorso di un eventuale termine di decorrenza anteriore”.

⁶⁷ Infatti per Cass., 14-2-2006, n. 3188, “il genitore, non avendo il potere di disporre dei beni dei figli minori senza l'autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 c.c.), non ha neppure il potere di confessare (giudizialmente o extragiudizialmente), senza tale autorizzazione, fatti dalla cui prova il diritto del figlio possa risultare pregiudicato, perché l'art. 2731 c.c., nel prevedere che la confessione non è efficace se non proviene da persona che è capace di disporre del diritto, equipara la confessione ad un atto di disposizione, che, come è precisato nel 2° comma del medesimo articolo, il rappresentante può compiere solo nei limiti in cui dispone del potere di vincolare il rappresentato, e si riferisce, perciò, non solo ai diritti indisponibili considerati dagli art. 2733 e 2735 c.c. (a norma dei quali la confessione fa piena prova contro colui che l'ha fatta purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili) ma, più in generale, alla capacità correlata allo stato del soggetto confitente, cioè alla capacità di disporre; la confessione resa da soggetto incapace sotto il profilo probatorio ha il valore di un mero indizio che il giudice può liberamente valutare unitamente agli altri elementi di prova acquisiti al processo”.

⁶⁸ T. Varese, 27-11-2009, *Giur. it.*, 2011, 619, con riferimento ad un'azione di disconoscimento della paternità: qui non opera infatti il principio dispositivo tipico del processo civile; più in generale per Cass., 30-10-1984, n. 5538, “quando il giudizio ha per oggetto diritti indisponibili delle parti, come in materia di divorzio, il comportamento processuale della parte convenuta in ordine alla domanda contro la stessa proposta è del tutto irrilevante, né può in alcun modo vincolare il giudice, il quale è tenuto in ogni caso a verificare *ex officio* se ricorrono i presupposti e le condizioni fissate inderogabilmente dalla legge per l'accoglimento della domanda stessa”. In letteratura si è detto che, altrimenti, si consentirebbe “alle parti, utilizzando i poteri processuali, di accrescere il loro potere di disponibilità, loro riconosciuto sul piano sostanziale: CARRATTA, *op. cit.*, 572.

⁶⁹ E così la confessione del genitore sui beni del figlio non vale senza autorizzazione del giudice tutelare: Cass., 14-2-2006, n. 3188; *id.*, 6-4-1995, n. 4015, *Dir. famiglia*, 1995, 1418.

⁷⁰ Cfr., per gli alimenti, SANTORO PASSARELLI, *La transazione, op. cit.*, 122 o DEL PRATO, *op. cit.*, 841.

E' infatti fuori discussione, ad es., che l'integrità fisica e la salute siano diritti indisponibili⁷¹, ma nulla vieterebbe, in quest'ottica, che sia un arbitro a quantificare il danno per la loro lesione, essendo questo un diritto disponibile⁷², laddove invece mai si potrebbe chiedergli di decidere su un contratto che le veda ad oggetto.

Altri similmente hanno detto che è certamente intransigibile una questione di *status* quale quella inerente il riconoscimento di figlio naturale, essendo indisponibile, mentre invece "sarà possibile un accordo sulle conseguenze patrimoniale conseguenti all'azione di stato"⁷³; lo stesso si ammette poi, così come decise la sentenza citata in apertura dello scritto, l'accordo transattivo sulle modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge⁷⁴, ed ancora si è detto che "la transazione è compatibile con la tutela del regime patrimoniale della famiglia"⁷⁵, soluzione da avallarsi quando non discuta la disciplina del regime stesso.

Tale conclusione ha come referente una precisa scelta del legislatore ormai percorsa da tempo, consistente nel tentativo di ridurre la massa dei processi civili tramite tentativi di conciliazione che precedano le liti.

Si tratta di meccanismi che sono ormai collaudati nel diritto del lavoro⁷⁶, solo a ricordare le procedure di conciliazione di cui al vigente art. 410 c.p.c. che si riferisce alle controversie di lavoro *tout court*, quand'anche abbiano ad oggetto i diritti indisponibili di cui all'art. 2113 c.c.⁷⁷, come peraltro era anche nel passato: sicché si evidenziava anche prima dell'attuale formula, come rinunce e transazioni sul diritto indisponibile in realtà fossero ammesse a patto che si seguissero le procedure conciliative di legge⁷⁸, come a dire che l'indisponibilità, alla fine, riguarderebbe non tanto il diritto ma il modo con il quale se ne faccia oggetto di accordo.

⁷¹ Cass., 30-8-2013, n. 19963, *Arch. giur. circolaz.*, 2013, 894: "è nulla per contrasto alle norme di diritto comune comunitario la clausola di guida esclusiva, che consente all'assicuratore di rifiutare il risarcimento del danno qualora, al momento del sinistro, alla guida vi fosse una persona diversa da quella indicata nella polizza; tale clausola, comprime, altresì, il diritto inviolabile alla salute, diritto costituzionalmente garantito, irretirabile ed indisponibile da parte dell'assicuratore; conseguentemente, la vittima trasportata ha sempre e comunque diritto al risarcimento integrale del danno".

⁷² AZZARITI e SCARPELLO, *op. cit.*, 206.

⁷³ MOSCARINI e CORBO, voce *Transazione*, *op. cit.*, 10 ma già CARRESI, *op. cit.*, 144.

⁷⁴ FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, 99, per il quale sono diritti indisponibili "quelli che coinvolgono l'affidamento dei figli o il dovere di mantenimento, non invece il modo di osservarlo, che può consistere nel trasferimento di un bene immobile o nel versamento *una tantum* di una somma in un'unica soluzione", il che costituisce ormai una prassi ormai consolidata in tutti i tribunali.

⁷⁵ Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, *Giust. civ.*, 1995, I, 202.

⁷⁶ Sull'ostilità dell'ordinamento fascista all'arbitrato in materia di lavoro, dettata dalla "espressione del monopolio delle funzioni dello Stato rispetto a quelle manifestate nella società civile e nel seno dei suoi corpi intermedi" e sul suo successivo superamento v. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 284 ss.

⁷⁷ Il che indusse AZZARITI e SCARPELLO, *op. cit.*, 207 a negare che si trattasse di diritti indisponibili.

⁷⁸ MAGNANI, *op. cit.*, 63.

Si è poi segnalato⁷⁹ che queste indicazioni sono state estese ad ipotesi ulteriori, come le liti dirette ad accertare l'esistenza di una causa di discriminazione per ragioni di razza, origine etnica, religione, etnia ecc., secondo le previsioni dell'art. 4 dei dd. lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e n. 216⁸⁰; analoga possibilità riguarda poi le pretese previdenziali, in forza dell'art. 11 del d. lgs. 23-4-2004, n. 124, che si è detto consentire perfino di "determinare la "disposizione" del potere sanzionatorio dello Stato"⁸¹ ed azzerando l'idea della assoluta indisponibilità dei diritti previdenziali del lavoratore⁸².

Il medesimo meccanismo opera con riferimento ai diritti dei consumatori, che sono irrinunciabili preventivamente (art. 143 d. lgs. 6-9-2005, n. 206) ma possono essere oggetto di composizione stragiudiziale ai sensi dell'art. 141 del medesimo codice, oltreché di conciliazione come subito si dirà di seguito⁸³.

E' un percorso seguito anche per le cause ordinarie: con il d. lgs. 4-3-2010, n. 28 il legislatore ha infatti sottoposto a tentativo obbligatorio di mediazione, con l'obiettivo di perseguire la relativa conciliazione (art. 11), anche le controversie che riguardino materie in cui è evidente che il diritto violato è indisponibile.

Se dunque se si può conciliare la controversia che riguarda diritti indisponibili ("relativa a" dice il legislatore), nei limiti in cui non si disponga del diritto in sé ma delle conseguenze relative alla sua violazione, allora si può egualmente compromettere in arbitrato la lite⁸⁴.

⁷⁹ BORGHESI, *op. cit.*, 126 ss.

⁸⁰ "Chi intende agire in giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una delle discriminazioni di cui all'articolo 2 e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile o, nell'ipotesi di rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 66 del decreto legislativo 30-3-2001, n. 165, anche tramite le rappresentanze locali di cui all'articolo 5": sono il comma 2 dell'art. 4 del d. lgs. 9-7-2003, n. 215 e 3 dell'art. 4 del d. lgs. 9-7-2003, n. 216.

⁸¹ BORGHESI, *op. cit.*, 128.

⁸² BORGHESI, *op. cit.*, 130, che richiama nel senso precedente alla disposizione Cass, 18-7-2003, n. 11287, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 873; su quella totale indisponibilità v. ad es. FABRIS, *op. cit.*, 77 ss. e 308 ss. Nel passato Cass., 29-6-1982, n. 3921, *Giust. civ.*, 1982, I, 2572 aveva distinto rilevando che "il diritto già costituito alla rendita per inabilità lavorativa da infortunio sul lavoro è indisponibile e imprescrittibile perché preordinato non soltanto a fini di natura indennitaria, ma anche alla tutela del lavoratore per scopi di natura alimentare e cioè di interesse generale; sono, invece, prescrittibili i singoli crediti di natura patrimoniale che derivano dal diritto alla rendita". Invece nel senso che "il diritto alla costituzione della rendita per inabilità da infortunio sul lavoro o da malattia professionale non rientra fra i diritti indisponibili" v. Cass., 26-2-1985, n. 1661.

⁸³ Nonché di transazione laddove si tratti di clausole nulle se non oggetto di specifica trattativa, secondo ARANGIO, voce *Transazione (postilla di aggiornamento)* in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, 1993, 5.

⁸⁴ Si tratta di controversie "in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari": è evidente che l'integrità fisica della persona è un diritto indisponibile, ma è conciliabile il danno che la colpisca se lesa da un evento prodotto dalla circola-

Conciliare, infatti, significa trovare una soluzione che riveste natura transattiva ma in presenza di un soggetto terzo⁸⁵ ed allora si dispone evidentemente degli effetti patrimoniali del diritto indisponibile; d'altronde se in sede conciliativa una parte abbandonasse del tutto la pretesa inerente il diritto indisponibile, difettando una regola che vieta la rinuncia, non si avrebbe in tal modo – appunto – la rinuncia alla pretesa patrimoniale connessa al diritto indisponibile?

Anche in tema di patti di famiglia l'art. 768-*octies* c.c. impone il previo tentativo di conciliazione, disposizione ritenuta costituire un "ulteriore tassello a favore del riconoscimento e dell'utilizzo dell'arbitrato nel sistema dei rapporti familiari a carattere patrimoniale"⁸⁶.

Queste discipline pongono all'evidenza seri problemi di coordinamento con il divieto di transazione di diritti indisponibili indicato dall'art. 1966 c.c. e di mediazione assistita sugli stessi (art. 2, comma 2, l. 10-11-2014, n. 162), che può affrontarsi in vari modi: negando che la conciliazione sia una transazione; affermando l'avvenuta abrogazione tacita del divieto; coordinando le regole.

La prima soluzione ci pare costituirebbe un gioco semantico: che la conciliazione sia cosa diversa, nel contenuto, dalla transazione, è fuori luogo.

Ci pare invece che la soluzione consista in quanto detto sopra: ovvero che ciò che si può conciliare non è l'appartenenza del diritto in sé o la sua disciplina come regolata dalla legge, ma la determinazione materiale del suo ripristino, il che porta a dire che il divieto di transigere ha il medesimo limite ma anche la medesima possibilità: di poter cioè quantificare la misura del risarcimento, giammai discutere invece dell'esistenza astratta del diritto o della sua disciplina e sempre con la condizione della presenza di un soggetto terzo⁸⁷.

La letteratura lavoristica ha contestato questa distinzione, che era stata avanzata dalla cassazione per consentire "un compromesso, che, nelle sue intenzioni, dovrebbe salvare la capra dell'indisponibilità e i cavoli della stabilità dei negozi abdicativi non impugnati o non impugnabili *ex art. 2113 c.c.*"⁸⁸, evidenziando che alla fine del discorso ciò che rileva è la forma in cui il diritto indisponibile sia fatto oggetto di accordo: riservata solo ai patti raggiunti in quella specifica sede, giammai in altri⁸⁹.

Ma se il problema consiste nel controllo sul merito dell'accordo spettante al conciliatore indicato dalla legge⁹⁰, ci pare che a maggior ragione la funzione sia assolta laddove la decisione vada presa in conformità alla legge perchè difetti l'accordo del-

zione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità.

⁸⁵ Qui occorre rinviare necessariamente alle osservazioni di SANTORI PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 45 ss.

⁸⁶ Lo evidenzia DANOVÌ, *op. cit.*, 1479.

⁸⁷ "La conciliazione non è una figura negoziale a sé, ma indica soltanto un modo della composizione che ha luogo tra le parti. Essa è contraddistinta dalla circostanza, puramente estrinseca, che avviene alla presenza di un terzo": SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, *op. cit.*, 47.

⁸⁸ BORGHESI, *op. cit.*, 123 ss.

⁸⁹ BORGHESI, *op. cit.*, 132 ss.

⁹⁰ BORGHESI, *ibidem*.

le parti: è una conclusione che tra l'altro si fonda sull'identica facoltà prevista dall'art. 412 c.p.c. per le controversie di lavoro devolute al tentativo di conciliazione, dove le parti possono devolvere proprio alla commissione stessa di decidere in via arbitrale tutto ciò su cui non si sono conciliate: senza indicazione di limite alcuno circa la natura dei diritti da assoggettare ad arbitrato. E ci pare condivisibile anche l'indicazione per cui "semmai si potrebbe vedere un limite nel carattere necessariamente giurisdizionale del detto controllo, che, come tale, andrebbe riservato al conciliatore-giudice, con esclusione di altri organi amministrativi o sindacali"⁹¹, dato che l'arbitro svolge esattamente quella funzione, potendo perfino sollevare questioni di costituzionalità laddove emergessero (art. 819 *bis* c.p.c.), facoltà del tutto preclusa agli organi di conciliazione fin qui nominati.

Da ciò allora una conclusione: ciò che può essere oggetto di conciliazione, in quella misura, possa del pari essere oggetto di arbitrato, ancorché alla base vi sia un diritto in sé indisponibile.

5. E' dunque su questa base che si può procedere, escludendo subito senza necessità di ribadirlo ogni volta, ogni questione che attenga i minori⁹² e lo *status*.

Così delimitata l'indagine, le controversie tra coniugi possono riguardare un aspetto meramente patrimoniale quale ad es. la gestione di un bene, di una società, la costruzione di un immobile ecc. oppure le conseguenze patrimoniali della crisi familiare.

Il primo punto ha certamente ad oggetto diritti disponibili, posto che le controversie in tesi attengono a questioni che non sono riconducibili nemmeno al regime patrimoniale scelto al momento del matrimonio.

Va comunque evidenziato che la controversia potrebbe avere ad oggetto non il regime patrimoniale (indisponibile) ma i fatti inerenti un acquisto regolato dal regime patrimoniale⁹³: che sia vero o meno che il denaro utilizzato da un coniuge in regime di comunione legale fosse personale e dunque che l'acquisto non ricada nella comunione, è controversia che non ha per oggetto il diritto indisponibile dell'appartenenza o meno dei beni alla comunione legale (cioè la regola posta dagli artt.

⁹¹ E' la conclusione di BORGHESI, *op. cit.*, 136; v. altresì SANTORO PASSARELLI, *La transazione, op. cit.*, 47 ove precisa (ivi 51, 55 ss.) che l'attività dell'arbitro "è certamente un'attività di giudizio", risultato oggi ormai acquisito.

⁹² DANOVI, *op. cit.*, 1471 ss.

⁹³ V. ancora Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, *Giust. civ.*, 1995, I, 202. In materia condominiale una decisione evidenzia un ragionamento per certi versi analogo: per T. Milano, 28-12-1989, *Arch. locazioni*, 1991, 150, "l'applicazione della clausola compromissoria contenuta in un regolamento di condominio, secondo la quale qualunque controversia fra i condomini e tra questi e l'amministratore per l'interpretazione e l'esecuzione delle norme di legge e contratto reggenti il condominio, ed in genere riferentesi comunque alla costituzione, esercizio ed eventuale scioglimento del condominio, sarebbe stata devoluta al giudizio inappellabile di un collegio arbitrale, non può essere estesa a questioni che nei rapporti condominiali possono avere trovato la loro occasione, ma che dipendono dall'interpretazione di norme generali che tutelano diritti di carattere assoluto, la cui fonte è estranea alla disciplina del condominio".

177 e 179 c.c.), ma il presupposto in fatto perché l'acquisto ricada o nell'una o nell'altra ipotesi: questa controversia ben può essere oggetto di arbitrato⁹⁴.

C'è poi un'altra lite arbitrabile: quella avente ad oggetto il risarcimento dei danni per fatto illecito compiuto da uno dei coniugi a danno dell'altro, ad es. per un incidente causato mentre uno era alla guida dell'auto ove l'altro era trasportato; vi è poi anche un ulteriore profilo di danno ingiusto, quello da adulterio, sul quale però ora si preferisce rinviare alle riflessioni ulteriori.

Si deve invece escludere che la controversia sul diritto alla determinazione (“*an*”) del diritto al contributo di mantenimento (tanto in sede di separazione che divorzi-
le) sia arbitrabile⁹⁵. Occorre però dare atto che, in realtà, esistono vari indici che spingono in direzione contraria, a cominciare dalla tesi (pur non pacifica) della sua natura non alimentare⁹⁶ e di quella decisione per cui il giudizio che prosegua per quest'unica determinazione non vede il pubblico ministero come parte necessaria, come a dire che l'interesse pubblico alla conformità alla legge della decisione in tal caso è venuto meno⁹⁷.

⁹⁴ D'altro canto per Cass., 9-7-2003, n. 10794, *Dir. famiglia*, 2004, 81 “la transazione, in via di principio, ben può intervenire a disciplinare il rapporto patrimoniale tra i coniugi oggetto di possibile o attuale controversia (beninteso, senza che possa avere ad oggetto diritti indisponibili dei contraenti) e ben può avere ad oggetto, per la realizzazione della sua funzione, anche diritti estranei alla controversia che, con essa, si vuole evitare, costituendo questione di fatto, che spetta al giudice del merito risolvere, accertare se nelle pattuizioni intervenute sussista la reciprocità delle prestazioni, quale che ne sia il contenuto (nella specie si trattava di una scrittura privata conclusa tra i coniugi consensualmente separati al fine di regolare i reciproci rapporti patrimoniali, che prevedeva, tra l'altro, il trasferimento di proprietà immobiliari)”.

⁹⁵ Infatti Cass., 4-11-2010, n. 22505, *Famiglia e minori*, 2011, 28, dice che “la dichiarazione negoziale con cui un ex coniuge si impegna a non mettere mai in discussione le disposizioni contenute nella sentenza di divorzio attributive dell'assegno a favore dell'altro, ove intesa quale rinuncia al diritto di revisione, è nulla per illiceità della causa, poiché interferisce sul diritto indisponibile all'assegno di divorzio, di carattere assistenziale, e inerente a materia nella quale le decisioni del giudice, collegate anche a interessi di ordine generale, sono svincolate dal potere dispositivo dei contendenti”. Inoltre per Cass., 20-3-1998, n. 2955, *Foro it.*, 1999, I, 1306, “essendo indisponibili i diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, sono nulli per illiceità della causa gli accordi con i quali i coniugi in sede di separazione escludono l'eventuale diritto del coniuge che non ha mezzi adeguati all'assegno divorzile”.

⁹⁶ Per Cass., 19-7-1996, n. 6519, *Nuova giur. comm.*, 1997, I, 443, “il credito dell'assegno di mantenimento attribuito dal giudice al coniuge separato senza addebito di responsabilità, ai sensi dell'art. 156 c.c., avendo la sua fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nella incapacità della persona che versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, non rientra tra i crediti alimentari per i quali, ai sensi del combinato disposto degli art. 1246, 1° comma, n. 5 e 447 c.c., non opera la compensazione legale”. Sulla natura alimentare v. invece Cass. pen., 5-3-2003, *Dir. pen. e processo*, 2003, 1507 ma anche, a ben vedere, Cass., 8-5-2013, n. 10718, per la quale “in tema di separazione personale tra coniugi, la domanda rivolta a richiedere un assegno di natura alimentare costituisce un *minus* ricompreso nella più ampia domanda di riconoscimento di un assegno di mantenimento per il coniuge”; v. altresì *id.*, 12-6-2006, n. 13593.

⁹⁷ Il contrario di quanto affermava AZZOLINA, *op. cit.*, 1072, per il quale “tutte le questioni concernenti la separazione personale dei coniugi coinvolgono l'interesse familiare, toccando con ciò implicitamente anche l'ordine pubblico”; donde la sua contrarietà all'arbitrato.

Dunque almeno il *quantum* del contributo dovrebbe essere arbitrabile⁹⁸: si può a tal fine ricordare la già citata sentenza del S.C., non seguita da altre ma nemmeno mai contraddetta successivamente, che appunto ritenne ammissibile il giudizio arbitrale che non riguardi il diritto al contributo per il mantenimento del figlio minore, che ha natura alimentare⁹⁹, ma le modalità concrete di attuazione¹⁰⁰, soluzione cui si può aderire appunto laddove si ritenga che in questa controversia non debba intervenire il pubblico ministero e non si incida sul mantenimento stesso, che vede il minore come soggetto tutelato¹⁰¹.

Inoltre molto più di recente il S.C. ha negato che spetti al tribunale, investito mediante ricorso per modifica delle condizioni di separazione ex art. 710 c.p.c., di valutare i patti dei coniugi che non riguardino l'eventuale assegno ma altre questioni patrimoniali.

Si è detto infatti che "la separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti - ed un contenuto eventuale, che trova solo occasione nella separazione, costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata (nella specie vendita della casa familiare e attribuzione del ricavato a ciascun coniuge in proporzione al denaro investito nel bene stesso); ne consegue che questi ultimi non sono suscettibili di modifica (o conferma) in sede di ricorso *ad hoc* ex art. 710 c.p.c. o anche in sede di divorzio, la quale può riguardare unicamente le clausole aventi causa nella separazione personale, ma non i patti autonomi, che restano a regolare i reciproci rapporti ai sensi dell'art. 1372 c.c."¹⁰².

Vi è poi l'ammissibilità di accordi successivi alla separazione¹⁰³; infatti si dice che "l'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali, concluso tra le parti ai margini di un giudizio di separazione o di divorzio, ha natura negoziale e produce effetti senza necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione"¹⁰⁴.

E' allora evidente che, per la natura puramente contrattuale di questi patti, le liti che li riguardino ben possono essere rimesse agli arbitri.

⁹⁸ SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 78 ss.; DANOVÌ, *op. cit.*, 1475 ss.

⁹⁹ Cass., 18-11-2016, n. 23569; *id.*, 4-7-2016, n. 13609; *id.*, 10-12-2008, n. 28987, *Vita notarile*, 2009, 337 ecc.

¹⁰⁰ DANOVÌ, *op. cit.*, 1463, n. 5 segnala, oltre alla già citata Cass., 12-8-1954, n. 2942, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 1070, anche la letteratura favorevole.

¹⁰¹ V. infatti le perplessità espresse da DANOVÌ, *op. cit.*, 1475.

¹⁰² Cass., 19-8-2015, n. 16909; v anche *id.*, 12-1-2016, n. 298; sulla validità di questi accordi v. anche FRANZONI, *op. cit.*, 98.

¹⁰³ Sul tema degli accordi transattivi tra coniugi v. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Leggi civ. comm.*, 2017, 832; ZAGARIA, *Accordi di separazione non omologati tra autonomia dei coniugi e poteri del giudice*, *Vita notarile*, 2017, 111 ss.

¹⁰⁴ Cass., 3-12-2015, n. 24621.

Con le precisazioni sopra indicate, nulla vieta quindi di compromettere in arbitrato una lite puramente patrimoniale e che una tale previsione possa essere contenuta in un documento formatosi prima dell'eventuale lite si può oggi affermare, oltre che sulla base della natura della clausola arbitrale come sopra descritta, anche in forza dell'art. 808 bis c.p.c.

Dal profilo pratico c'è da osservare che la possibilità di regolare in questo modo le liti solo patrimoniali non ha molte chance di essere praticata: è un'ipotesi che deva essere vagliata in sede teorica, ma solo chi possieda patrimoni di valore particolarmente importante può essere tentato di percorrere la via del contratto al momento di convolare a nozze.

Altra è invece la possibilità della clausola arbitrale in sede di crisi familiare: se il contenuto eventuale della separazione o del divorzio consensuale non può essere regolato con la procedura diretta alla modifica delle condizioni di separazione o divorzio, allora ben è possibile dirottare le relative questioni –che in sede di crisi restano latenti ancorché apparentemente definite- nell'ambito del giudizio arbitrale.

6. La seconda questione da affrontare è se l'art. 70 c.p.c. vada interpretato nel senso di includere nelle controversie matrimoniali in cui deve intervenire il pubblico ministero, anche quelle non puramente patrimoniali relative alle unioni civili: e la risposta è necessariamente positiva.

Qui non esiste la separazione ma solo lo scioglimento regolato dalla legge sul divorzio; tuttavia quella tra persone unite civilmente è una controversia che attiene al loro stato, tanto che nella disciplina dell'ordinamento dello stato civile (d.p.r. n. 396/2000) sono stati inseriti a tal fine gli artt. 70 bis e segg. e che il comma 25 dell'art. 1 l. n. 76/2016 richiama anche gran parte della disciplina processuale della legge n. 898/1970; inoltre rinvia anche alla negoziazione assistita di cui all'art. 6 del d.l. n. 132/2014 che, com'è noto, prevede che l'accordo delle parti sia sottoposto al controllo del pubblico ministero e la rimessione al tribunale ove il controllo dia esito negativo.

E' dunque necessario l'intervento del pubblico ministero: sia perchè l'esistenza dello stato libero è requisito per contrarre l'unione civile (comma. 4 lett. b art. 1, l. 10-5-2016, n. 76), sia perchè lo stato di persona unita civilmente viene iscritto nel registro dello stato civile; ne consegue che la controversia inerente lo scioglimento dell'unione civile non è arbitrabile, al pari di quelle che ne riguardino le relative patologie originarie.

Su altre questioni è invece possibile pronunciarsi a favore dell'arbitrato.

E' detto testualmente dal comma 13 dell'art. 1 della legge che le parti non possono derogare ai diritti ed agli obblighi ivi previsti e dunque è fuor di dubbio che si tratti di diritti indisponibili; tra questi il comma 11 prevede l'obbligo all'assistenza morale e materiale nonché alla coabitazione ma non, come tutti sanno, alla fedeltà.

Politicamente¹⁰⁵ è una scelta criticabile¹⁰⁶ sebbene si sia notato che queste unioni, come regolate dal comma 2, non prevedono alcun rapporto affettivo quale presupposto e quindi tanto basterebbe a giustificare l'esclusione¹⁰⁷, anche se poi il richiamo alle cause impeditive contenute nel comma 5, che rinvia testualmente alla disciplina del matrimonio, fa deporre per una conclusione diversa¹⁰⁸.

In ogni caso dal punto di vista giuridico e riferendosi alle unioni fondate sul rapporto affettivo (*id quod plerumque accidit*), si può comunque negare che da quell'omissione rispetto agli obblighi del matrimonio, ognuno dei partner uniti civilmente possa inferire il suo diritto incoercibile all'infedeltà¹⁰⁹.

Nulla esclude ad es. che i due partner, prima di decidere di unirsi civilmente, si scambino una promessa di fedeltà finché duri l'unione e dove sia detto a parole chiare che la decisione di unirsi civilmente si fonda su questa promessa; è una promessa di cui si parlava in senso favorevole prima della legge¹¹⁰ e che anche dopo è stata ritenuta ammissibile¹¹¹.

Tale promessa, a scampo di equivoci, non costituisce un limite al diritto (questo sì) indisponibile di sciogliere la loro unione; essa però rileva se proprio in sua presenza le parti si siano indotte ad unirsi stante il reciproco affidamento alla fedeltà fin quando decidano, se accadesse, di sciogliere l'unione.

¹⁰⁵ Parla proprio di "prezzo politico" quale "compromesso tra le diverse anime della compagine governativa" pagato per ottenere la fiducia parlamentare alla legge AZZARRI, *Il rilievo giuridico della fedeltà nei rapporti di famiglia*, in *Famiglia*, 2017, 423.

¹⁰⁶ Va sottoscritta la definizione di parole "oramai impronunciabili" data da SESTA, *Unione civile: costituzione e scioglimento*, in AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, a cura della Fondazione italiana del notariato, Milano, 2017, 23 riferendosi alla definizione dell'amore omosessuale come "l'esatto contrario della fedeltà" da parte di T. Mann, *Sul matrimonio. Brindisi a Katia*, Milano, 1993, 10. Anche AZZARRI, *op. cit.*, 425 è fortemente critico alla scelta, richiamando le parole di Busnelli, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20-5-2016, n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, XXII che definisce quella scelta un «malaccorto, e odioso, tentativo ulteriore di differenziazione [dei partner] dai coniugi».

¹⁰⁷ DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20-5-2016, n. 76 integrata dal d. lgs. 19-1-2017, n. 5*, in *Leggi civ. comm.*, 2017, 113, ove però non esclude che l'unione si basi sulla comunione di vita che le parti "già conducono" e si impegnano a mantenere" (ivi, 115).

¹⁰⁸ Sul tema v. ad es. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1779 ss.

¹⁰⁹ Invece per BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, Milano, 2017, 330, "la mancata previsione della sua doverosità giuridica ha una rilevante ragione giustificativa nel rispetto della libertà sessuale e personale dell'unito civile".

¹¹⁰ DELLE MONACHE, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 950 ss.

¹¹¹ PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in Atti del Convegno di Padova, *op. cit.*, 1757. In senso contrario v. invece SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge*, in *Giur. it.*, 2017: pur ritenendo che quello della fedeltà resti un impegno indefettibile (1810 ss.), considera invalido un impegno delle parti in tal senso (1813 ss.).

Si tratta dunque di ben altro dalla semplice possibilità di conformarsi spontaneamente al canone della fedeltà¹¹², evento che non interessa essendo un fatto accidentale (a meno che possa dar vita ad un affidamento fondato sulla continuità del fatto), riguardando invece la rilevanza che assuma l'impegno scambiatosi ed in forza del quale ci si sia determinati all'unione.

A tale fine è ora il momento di affrontare la questione su cui prima si era rinviato: è ben noto che dopo decenni di sentenze contrarie, si è giunti finalmente ad ammettere che anche l'adulterio possa essere fonte di danno ingiusto per il coniuge che lo subisca¹¹³.

Se le relative modalità sono state tali da ingenerare una comprovata sofferenza che incide quindi sul diritto primario alla salute, poiché derivano dalla violazione del dovere di fedeltà, allora il danno va risarcito. Il diritto al risarcimento di questo danno è disponibile al pari degli altri ed è quindi arbitrabile, perché non si discute qui dello *status* dei coniugi, ma di un fatto che ha cagionato un danno ingiusto in violazione di un dovere di legge, certamente indisponibile in quanto tale, diversamente dalle conseguenze della sua violazione.

Tuttavia mentre per i coniugi la fedeltà è obbligo stabilito dal codice nell'art. 143, per le persone unite civilmente si potrebbe argomentare esattamente il contrario, data l'assenza dell'obbligo di fedeltà¹¹⁴.

Non è però così: se anche il legislatore ha deciso di non stabilire il medesimo obbligo anche nelle unioni civili, tuttavia non è giunto a vietare che le parti si possano impegnare ugualmente, perché il reciproco impegno è il normale fondamento dell'unione affettiva ed anche questa unione, com'è testualmente indicato nel comma 1, è una formazione sociale (art. 2 Cost.)¹¹⁵ in cui si può realizzare la personalità del singolo¹¹⁶.

Come ben si è detto, la fedeltà è qui da intendersi quale "rispetto della dignità e dei sentimenti dell'altra parte"¹¹⁷ facendo parte, assieme al dovere di collaborazione, "dei comportamenti funzionali alla realizzazione delle finalità dell'unione"¹¹⁸.

¹¹² Ne parla SESTA, *op. cit.*, 23, dopo aver evidenziato le ambiguità legislative sul tema della fedeltà, che riemerge da alcune disposizioni che sembrano in qualche modo presupporla.

¹¹³ Cass., 15-9-2011, n. 18853, *Foro padano*, 2012, I, 49; *id.*, 1-6-2012, n. 8862, *Foro it.*, 2012, I, 2037.

¹¹⁴ I vari orientamenti che si stanno fronteggiando sull'argomento sono ricostruiti da AULETTA, *Commento al comma 11*, in AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di BIANCA, Torino, 2017, 136 ss.

¹¹⁵ Lo aveva già detto in motivazione Corte Cost., 15-4-2010, n. 138, *Dir. famiglia*, 2010, 1077 oppure *ex multis* v. ad es. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1171 ss.

¹¹⁶ OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in AA. VV., *Contratti di convivenza ecc.*, *op. cit.*, 75; prima della riforma Cass., 22-1-2014, n. 1277, *Giur. it.*, 2015, 1090 aveva detto che "la convivenza di fatto, pur solo frammentariamente disciplinata dalla legge, dà luogo ad una formazione sociale meritevole di tutela, da cui scaturiscono reciproci doveri solidaristici di assistenza anche materiale, con rilevanza sociale e morale".

¹¹⁷ ZATTI, *Introduzione agli Atti Convegno di Padova*, 7-8-10-2016, *Nuova giur. comm.*, 2016, 1664.

¹¹⁸ AULETTA, *op. cit.*, 138; *amplius* ivi 140 ss.

Dunque se anche la legge non consente di ritenere la fedeltà obbligo automatico, questo può però diventare un valido impegno pattizio¹¹⁹, sia pure sotto la condizione che l'unione non si rompa.

E d'altronde, visto che nelle unioni civili resta comunque l'obbligo dell'assistenza morale, sarebbe francamente contraddittorio vietare un patto che di tale reciproca assistenza può rappresentare un pilastro fondamentale di sostegno¹²⁰: il contrario sarebbe ammettere che un partner deve assistere moralmente l'altro ma, pur impegnatosi alla fedeltà, può tradirlo ogni volta che gli pare, a dispetto degli effetti che il tradimento comporti!

Ammesso dunque il patto¹²¹ volto ad esplicitare il presupposto del consenso e l'affidamento riposto nel comportamento dell'altro partner, deve dirsi che tale accordo, pur volendo essere giuridicamente vincolante, non è patrimoniale (art. 1321 c.c.) e che nemmeno l'interesse del creditore dell'altrui fedeltà possiede all'origine tale valenza (art. 1174 c.c.)¹²², nel senso che verrebbe stipulato solo per scambiare tra i partners quel normale impegno di fedeltà di coppia che il legislatore qui non ha voluto imporre.

Ciò non toglie che la violazione del patto di fedeltà, in quanto ammissibile, possa però dar luogo a responsabilità per fatto illecito¹²³, consistente nella violazione del bene primario della salute che ne possa derivare¹²⁴ perché è ingiusto violare l'altrui affidamento e la libertà di determinarsi in forza della promessa ricevuta: un problema di prova, se vogliamo¹²⁵, ma non di sostanza.

In definitiva tale patto non è un contratto di quelli cui si riferisce il quarto libro del codice civile, codice che però ben conosce rapporti contrattuali la cui causa è puramente ideale: sindacati, partiti politici ed associazioni di ogni tipo non hanno affatto uno scopo direttamente economico e ben possono configurarsi senza appor-

¹¹⁹ BIANCA, *op. cit.*, 147 ritiene che “gli atti che importino parziali limitazioni o rinunzie ai diritti della personalità possano reputarsi validi se alla stregua della coscienza sociale essi siano compatibili con la dignità della persona umana”; il patto di fedeltà (o, per chi voglia, di rinunzia al diritto di infedeltà) è sicuramente compatibile –anzi!– con la dignità della persona umana.

¹²⁰ *Contra* BIANCA, *op. cit.*, *ibidem*.

¹²¹ Ma sulla circostanza che la fedeltà comunque sia insita nel rapporto, ovvero anche a prescindere dal patto, v. anche AZZARRI, *op. cit.*, 429 ss., ove rileva che la necessità per il giudice dello scioglimento dell'unione, che ai sensi del comma 25 disponga un assegno tenendo conto delle ragioni che hanno fatto naufragare il rapporto potrebbe includere anche quella dell'infedeltà.

¹²² Così DELLE MONACHE, *op. cit.*, 952.

¹²³ DELLE MONACHE, *op. cit.*, 953; PERFETTI, *op. cit.*, 1757.

¹²⁴ Non è l'infedeltà in sé, cioè, ma il danno che ne deriva, almeno secondo Cass., 17-1-2012, n. 610, in *Famiglia dir.*, 2012, 254, per la quale “la violazione del dovere di fedeltà ed il conseguente addebito della separazione non giustifica la condanna al risarcimento del danno in assenza dell'ingiusta lesione di un diritto costituzionalmente protetto”.

¹²⁵ Così secondo T. S. Angelo dei Lombardi, 26-1-2011, in *rep. Foro it.*, 2013, voce Famiglia (regime patrimoniale), n. 43: “in caso di violazione del dovere coniugale di fedeltà, i danni non patrimoniali non sono automaticamente risarcibili, ma occorre che si verifichi una lesione grave di uno o più diritti costituzionalmente rilevanti e che sia provato un pregiudizio serio, che non consista in meri disagi o fastidi”.

ti che non siano puramente volontaristici, magari limitati alla partecipazione alle iniziative che si vogliono organizzare.

Si tratta invece di un accordo avente causa nell'unione civile, così come lo è lo stesso accordo di unione civile: è un patto di natura non economica fondato su quel vincolo, la cui funzione è solo quella di attestare l'affidamento reciproco alla fedeltà ed è proprio per ipotesi come questa che l'art. 808 *bis* c.p.c. assuma una valenza decisiva per superare ogni dubbio sul fatto che si possa ricorrere oggi all'arbitrato in materie non contrattuali: cioè anche per il caso di accordi (appunto non contrattuali) come quello in esame.

7. Altra ipotesi da verificare è quella dei conviventi di fatto, per i quali il contratto serve proprio a riempire il vuoto lasciato volutamente dal legislatore per tutto ciò che i commi 36 e segg. dell'art. 1 non regolano¹²⁶ oppure che disciplinano con norme dispositive.

Interessa anzitutto evidenziare che qui si tratta espressamente di due persone "unite stabilmente da vincoli affettivi", dove lo stabilmente vale come presupposto, non come vincolo per il futuro, stante il divieto di porre (termini e) condizioni all'interno del contratto previsto dal comma 50 (così il comma 56).

Qui, a differenza che nel matrimonio e nelle unioni civili, nelle eventuali liti in materia non dovrà però intervenire necessariamente il pubblico ministero: non è una questione di *status*; non è una questione matrimoniale¹²⁷.

Vero è che chi convive stabilmente potrebbe essere già vincolato da matrimonio o unione civile, ma tale circostanza non atterrà mai alla "validità" del fatto della stabile convivenza affettiva¹²⁸, quanto semmai alla patologia del matrimonio o dell'unione civile, sicché a tutto concedere gli effetti sulla convivenza saranno solo quelli del continuare o cessare secondo le decisioni dei conviventi (ed a parte la que-

¹²⁶ PATTI, *Le convivenza "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in AA.VV., *Contratti di convivenza ecc.*, *op. cit.*, 37, parla di "un vero e proprio regime opzionale".

¹²⁷ TOMMASEO, *Commento al comma 25*, in AA.VV., *Le unioni civili e le convivenze*, *op. cit.*, 401; DANOVÌ, *L'intervento giudiziale nelle crisi dell'unione civile e delle convivenze di fatto*, *Famiglia dir.*, 2016, 1005.

¹²⁸ In altre parole, i conviventi dovranno ugualmente considerarsi una formazione sociale cui l'ordinamento attribuisce tutela: RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in AA.VV., *Contratti di convivenza ecc.*, *op. cit.*, 118. Rimarcare la circostanza che i conviventi non devono essere legati da un matrimonio con altri (BIANCA, *op. cit.*, 343) indica sicuramente un presupposto violato il quale è nullo il contratto *ex* comma 57 (BIANCA, *op. cit.*, 350), ma pone una domanda: qualcuno può impedire ai conviventi di convivere? Che invece si tratti di una "convivenza illegittima e dunque non tutelabile" (AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* in *Leggi civ. comm.*, 2016, 390) resta convinzione non isolata, ma criticata da chi evidenzia che ne deriverebbe una "incoerente situazione discriminatoria" (ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della legge 20-5-2016, n. 76*, *Leggi civ. comm.*, 2016, 683). Peraltro le posizioni degli autori mutano nel tempo, ad es. BIANCA nella *Premessa* al comma 36, in *Le unioni civili e le convivenze*, *op. cit.*, 471, dice che "la sussistenza del vincolo con terze persone non impedisce pertanto di instaurare un rapporto di convivenza regolato dalla legge".

stione del risarcimento del danno per adulterio o rottura del patto di fedeltà, dove prospettabile).

Vero è altresì che il comma 57 prevede la nullità del contratto sui rapporti patrimoniali concluso ai sensi del comma 50, se esista già un'altra convivenza, ma qui la nullità atterrà al contratto, non consentendo invece di interferire con il fatto della convivenza: nessuno potrà mandare le forze dell'ordine ad impedire quella convivenza¹²⁹.

La conclusione è che in nessuna di queste controversie vi è l'obbligo di intervento del pubblico ministero.

Il vincolo affettivo quale presupposto della convivenza giustifica certamente la possibilità del medesimo impegno di fedeltà che possono prendere due persone unite civilmente; anzi qui forse ha maggior ragion d'essere, dato che nemmeno esiste l'obbligo di reciproca assistenza morale e materiale cui la fedeltà può ben essere ricondotta.

In quest'ottica per parlarsi di arbitrato sulle conseguenze patrimoniali della violazione del patto di fedeltà, occorre allora proprio l'art. 808 bis c.p.c. se null'altro le parti abbiano inteso regolare, poiché alle questioni patrimoniali è dedicato il contratto di cui al comma 50.

Se invece nel contratto cui si riferisce il comma 50 esista una clausola arbitrale, la stessa può estendersi anche all'impegno alla fedeltà come sopra descritto, perché la possibilità di questo oggetto è assicurata sempre dall'art. 808 bis c.p.c.

Bisogna dar atto che si è escluso, molto autorevolmente, che il contratto di convivenza possa regolare altro dai rapporti patrimoniali¹³⁰, ma è una lettura restrittiva che non sembra autorizzata dal comma 50, che non limita espressamente il contratto di convivenza ai soli rapporti patrimoniali¹³¹.

Il fatto che possano regolare quei rapporti non si pone in antitesi con la regolazione di altre questioni non patrimoniali cui il legislatore non abbia fissato limiti inderogabili ed infatti un clausola su altre questioni non è inclusa tra le nullità ex comma 57.

D'altro canto si è detto che questo contratto è diverso dal patto di convivenza già ammesso prima della legge n. 76/2016 e che continua a rimanere ammissibile¹³²,

¹²⁹ Altro è semmai il diverso problema del concorso (art. 2055 c.c.) del convivente nel fatto illecito dell'altro convivente che sia coniugato e cagioni un danno ingiusto al proprio coniuge in forza dell'infedeltà: unica pronuncia nota in materia è T. Vicenza, 3-11-2009, *Famiglia dir.*, 2010, 281: "non sussiste la responsabilità del «terzo» per avere indotto una persona coniugata a violare il dovere di fedeltà, salvo che il coniuge sia persona incapace di assumere libere ed autonome determinazioni circa la gestione dei propri rapporti personali".

¹³⁰ OBERTO, *op. cit.*, 79; aderisce ACHILLE, *Commento* al comma 50, in *Le unioni civili e le convivenze di fatto*, *op. cit.*, 628, che di conseguenza ritiene non prospettabile il risarcimento del danno da infedeltà.

¹³¹ BIANCA, *Premessa*, *op. cit.*, 473. In senso in parte diverso v. ad es. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, *Leggi civ. comm.*, 2016, 706.

¹³² BIANCA, *La famiglia*, *op. cit.*, 353, SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, *Nuova giur. comm.*, 2017, 1072, 1075. Un'ampia ricostruzione dell'evoluzione della letteratura sui patti di convivenza è in RIZZUTI,

sicché alla fine si farebbe pur sempre entrare dalla finestra ciò che si vorrebbe tener (erroneamente) fuori della porta.

Ove invece questo impegno non sia stato giuridicizzato, resta aperta la possibilità di inserire nel contratto ex comma 50 la clausola arbitrale (meramente) contrattuale e forse questo è il terreno d'elezione dell'impegno all'arbitrato, sembrando quasi naturale che i conviventi disciplinino da sé quel che il legislatore non ha regolato.

Il comma 50 consente ai conviventi di disciplinare "i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune": poiché in precedenza nulla ha mai vietato di regolare le questioni estranee alla vita in comune, ciò significa che i conviventi possono disciplinare ogni questione che le interessi, cioè anche i rapporti patrimoniali su cui si sarebbero potuti porre dubbi in virtù del titolo da cui traggono origine.

Tuttavia il rilievo dato a questi interessi serve perché ne sia chiaro il presupposto, che è dato dalla convivenza, ad evitare che li si possa valutare altrimenti come se si trattasse di una questione tra estranei, che pretende una qualificazione solo economica che non consideri la relazione affettiva, giungendo alla fine a snaturare la funzione delle attribuzioni avvenute in ragione della convivenza affettiva in essere¹³³.

Per quanto sia superfluo, può dirsi anzitutto che la convivenza, com'è ovvio, non è coercibile, tanto che si può sciogliere per recesso unilaterale, sicché nessuna clausola che possa limitarne la portata, prevedendo ad es. una penale, è ammissibile¹³⁴: ne risponderebbero addirittura il notaio o l'avvocato che, nel certificare la sottoscrizione delle parti, ne attestassero contro il vero la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico (comma 51).

Questa ipotesi è dunque sottratta ad arbitrato perché rappresenta un diritto indisponibile.

Al contrario potrebbe ritenersi arbitrabile la controversia sulla misura delle provvidenze spettanti al convivente che partecipi all'impresa dell'altro convivente ex art. 320 *ter* c.c., trattandosi di una questione eminentemente economica. Tuttavia la letteratura ritiene trattarsi di rapporti soggetti al rito del lavoro ex art. 409 c.p.c.¹³⁵, ipotesi in cui il secondo comma dell'art. 806 c.p.c. vieta l'arbitrato ove non previsto dalla legge o dai contratti collettivi

Alla stessa conclusione può giungersi per le liti relative agli acquisti fatti in coesistenza di convivenza, per due ragioni: anzitutto perché il comma 53 prevede che i conviventi possano adottare il regime patrimoniale tipico del matrimonio senza esserne però tenuti, sicché è loro diritto adottare regole specifiche senza preoccuparsi

Patti successori prematrimoniali, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, II, Mantova, 2017, 193 ss.; sulle questioni non patrimoniali v. *ivi*, 201 ss.

¹³³ L'atteggiamento della giurisprudenza, resasi progressivamente sensibile alla funzione delle attribuzioni avvenute in corso di convivenza, è evidenziato da LEO, *Forma e pubblicità dei contratti di convivenza*, in AA.VV., *Contratti di convivenza ecc.*, *op. cit.*, 60-61.

¹³⁴ BIANCA, *La famiglia*, *op. cit.*, 354; ACHILLE, *op. cit.*, 630.

¹³⁵ Così G. QUADRI, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 320 ter c.c.*, *Leggi civ. comm.*, 2017, 622.

di dare indicazioni particolari in proposito¹³⁶. In secondo luogo perchè – come detto in precedenza per i coniugi – laddove non si discuta del regime in quanto tale ma dei presupposti dell'applicazione delle sue regole, l'oggetto dell'arbitrato non sarà mai indisponibile.

Anche i patti sulla misura della reciproca contribuzione alla convivenza possono essere inseriti nel contratto: lo indica infatti la lett. b) del comma 53 e questi pure saranno arbitrabili.

In definitiva si può ritenere che, in quest'ambito, in linea di massima tutte le questioni siano arbitrabili, escluse ovviamente le ipotesi manifestamente *contra legem* su cui è inutile soffermarsi, quale ad es. una qualsiasi indicazione successiva, giacché si porrebbe in contrasto con il divieto posto dall'art 458 c.c. Il vero dubbio si pone infatti di fronte alla determinazione del diritto agli alimenti in caso di bisogno, concesso dal comma 65 quando si sciogla la convivenza: è pacifico che quello agli alimenti appartenga al novero dei diritti indisponibili¹³⁷ e che non possa essere oggetto di arbitrato¹³⁸; tuttavia se le parti avessero disciplinato pattiziamente¹³⁹ un *quid pluris*¹⁴⁰ consistente in un vero e proprio obbligo di mantenimento¹⁴¹, tale ipotesi dovrebbe ritenersi rimessa all'autonomia delle parti¹⁴² e dunque arbitrabile¹⁴³.

Qui la possibilità di ricorrere al giudice ordinario deve semmai ammettersi ogni volta che l'ex convivente lamenti che, nonostante la decisione arbitrale sul mantenimento pattizio o anche a causa di questa decisione, egli sia privo del sostentamento alimentare; ma tale eventualità non nega la validità del patto di mantenimento e della sua arbitrabilità.

¹³⁶ Cfr. OBERTO, *op. cit.*, 86-88.

¹³⁷ Lo dice ad es. Cass., 20-12-2011, n. 27679, riferendosi alla rendita Inail che “per il suo carattere alimentare è indisponibile, e, in quanto tale irrinunciabile ed imprescrittibile”; *id.*, 20-12-2011, n. 27679.

¹³⁸ PATTI, *op. cit.*, 39 evidenzia il “carattere inderogabile della norma relativa all'obbligo alimentare”.

¹³⁹ PATTI, *ibidem*, ritiene che ben abbia fatto il legislatore abbia eliminato dal testo la previsione di un obbligo di mantenimento, che avrebbe “rappresentato una limitazione eccessiva della libertà degli interessati”; sulla possibilità di prevedere tali provvidenze v. OBERTO, *op. cit.*, 91.

¹⁴⁰ Rovesciando la già ricordata sentenza di Cass., 8-5-2013, n. 10718, per la quale “in tema di separazione personale tra coniugi, la domanda rivolta a richiedere un assegno di natura alimentare costituisce un *minus* ricompreso nella più ampia domanda di riconoscimento di un assegno di mantenimento per il coniuge.

¹⁴¹ Ammesso ad es. da ACHILLE, *op. cit.*, pp. 630-631

¹⁴² Alla fine ci arriva anche il S.C. e perfino tra coniugi: Cass., 31-1-2012, n. 1338, “ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ravvisato nel negozio un contratto con obbligazioni del solo proponente, a titolo gratuito, ma non motivato da spirito di liberalità, con il quale le parti avevano inteso garantire al coniuge separato un decoroso tenore di vita ed al proponente di definire in tempi rapidi sia il giudizio ecclesiastico, sia la causa di separazione per colpa intrapresi dal coniuge oblato, controversie aventi ad oggetti entrambe diritti indisponibili, in tal modo smentendo in radice la bilateralità dell'impegno contrattuale”.

¹⁴³ Si noti che per Cass., 22-10-1997, n. 10362, “la *regula iuris* dettata dall'art. 447 c.c., che esclude la facoltà di cedere il credito alimentare, ovvero di opporre compensazione, da parte dell'obbligato agli alimenti, un controcredito di diversa natura, deve ritenersi norma di *ius singulare* e, come tale, inapplicabile alle obbligazioni alimentari sorte non *ex lege*, ma in via convenzionale”.

8. Vi sono infine possibili vuoti legislativi: il legislatore non ha parlato delle convivenze di fatto non iscritte all'anagrafe, ma la letteratura prevalente ritiene che la disciplina resti la medesima, giacché altrimenti ne deriverebbe per queste una situazione deteriore proprio laddove il legislatore ha inteso attribuire una tutela; dunque per i più l'iscrizione non avrebbe natura costitutiva¹⁴⁴.

Senonché c'è già una decisione in senso opposto, per la quale "la convivenza di fatto può essere provata esclusivamente con la dichiarazione anagrafica", attribuendole in tal modo proprio efficacia costitutiva ancorché parli di prova¹⁴⁵.

Il tema è molto delicato: se è vero che attribuendo natura costitutiva all'iscrizione, si rischia di negare la tutela data alla convivenza, d'altro canto è del pari vero che per avere la tutela basta l'iscrizione, senza alcun controllo formale o di merito, sicché eliminare valore all'iscrizione comporterebbe la necessità –per chi non voglia alcuna conseguenza legale– di dover dichiarare in un apposito documento che non intende dar vita ad una convivenza come indicata dalla legge¹⁴⁶, ammesso che questa dichiarazione abbia valore.

C'è da dire che se si consoliderà il secondo orientamento, allora per le coppie di fatto non iscritte resterà solo l'accordo quale fonte dei reciproci rapporti e non sarà il contratto indicato dal comma 50, perché questo è riservato alle coppie di fatto cui si riferisce la legge: in tal caso non dovrà allora avere il contenuto indicato dal comma 53 e non ci saranno i limiti posti ad es. dai commi 56 e 57; un tale contratto dovrà solo rispettare i limiti imposti dalle norme imperative in tema di forma (art. 1350 c.c.) e non potrà riguardare diritti indisponibili e potrà allora contenere una clausola arbitrale su ogni questione legittimamente regolata.

C'è infine l'ipotesi delle relazioni tra persone che decidano di non convivere stabilmente in un luogo: perché magari trascorrono il tempo insieme ora a casa di un partner ora dell'altro, mantenendo però le rispettive residenze; sono coppie di fatto non conviventi. Anche questo caso è al di fuori della disciplina di legge ed anche questo ben può essere regolato da un contratto e deciso dagli arbitri nello stesso modo sopra indicato, escluse quindi le decisioni che attengono agli eventuali figli.

¹⁴⁴ PARADISO, *Commento* al comma 36, in *Le unioni civili e le convivenze*, *op. cit.*, 488 ss.; PATTI, *op. cit.*, 35-36; BIANCA, *La famiglia*, *op. cit.*, 342 (che in nota 12 riporta tuttavia le opinioni contrarie di QUADRI e GAZZONI espresse su riviste *on line*); in senso contrario v. ad es. SIRENA, *op. cit.*, 1075; ROMEO, *op. cit.*, 677; TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016*, n. 76, in *Atti del Convegno di Padova*, *op. cit.*, 1739.

¹⁴⁵ T. Verona, 2-12-2016, *Foro it.*, 2017, I, 2883; in senso diverso v. T. Milano, 31-5-2016, *ivi*, 2016, I, 2920.

¹⁴⁶ Lo evidenzia TASSINARI, *ibidem*.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2019	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2019	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/5214220, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-762-9



9 788866 117629

€ 38,00