

La crisi della convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale*

Diritto di famiglia ed arbitrato sono due mondi che non si conoscono e non si sono mai incontrati¹ se non in tempi ormai lontani².

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 corso³, sicché stante la refrattarietà ad ammettere 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 crisi⁴.

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 ad un rapporto contrattuale che lo contenga.

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

* La bibliografia è limitata a quanto necessario per la relazione al convegno e verrà completata in sede di pubblicazione del testo.

¹ 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, 1461.

² L'unico precedente edito, favorevole, come risulta dalla motivazione, ma in ordine alla "misura del concorso del marito alle spese di mantenimento della figlia" restando "limitata alla misura del concorso" è Cass., 12 agosto 1954, n. 2942, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 1070; nella nota contraria *Sulla compromissione in arbitri di controversie patrimoniali pertinenti alla separazione dei coniugi*, ivi, AZZOLINA segnalava anche Cass., 12 marzo 1943, n. 574, in *i.*, 1943, I, 437.

³ 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 riferisce come tesi prevalente 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.; aderisce ad es. DANOVI, cit., 1466; v. anche MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2015, 435; ulteriori riferimenti in BELLA, *Controversie in tema di responsabilità extracontrattuale*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, cit., 1325 ss. Non vengono tuttavia riportati precedenti giurisprudenziali in tal senso mentre *infra* si indicheranno quelli favorevoli (in tema di regolamento condominiale); v. inoltre le due sentenze citate nella nota prec..

⁴ Cfr. Cass., 20 agosto 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".

fattispecie non esclude quella, diversa ed ulteriore, della c.d. clausola contratto⁵ che sia diretta a rendere arbitrabili controversie che non rivestano tale natura.

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”⁶.

Invece una volta riconosciuto che la clausola arbitrale ha natura indipendente dalle ulteriori pattuizioni dell’atto che la contiene (art. 808 c.p.c.)⁷, al punto che si ammette da tempo che la nullità del contratto, salve ipotesi peculiari, non travolga la clausola arbitrale⁸, deve riconoscersi alla stessa la capacità di una vita propria: a me che non piace qualificarla come clausola negozio⁹, pare appropriato definirla clausola autosufficiente o clausola contratto¹⁰.

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 le eccezioni già indicate, non opera il principio *simul stabunt simul cadent*: perché appunto la clausola arbitrale è un contratto a sé. Alla fine, a ben vedere, l’ostracismo al patto arbitrale diventa solo “geografico”: lo si vuole dentro un contratto diverso, ma se ha natura di contratto ad effetti processuali ed è autosufficiente, può essere invece concluso di per sé, per le eventuali liti future che riguardino gli eventi che le parti intendano devolvere alla cognizione arbitrale.

E questo senza tralasciare 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: non è la stessa cosa?

Per tale motivo ritengo che sia 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 contenuta in un regolamento condominiale¹¹, quand’anche non fosse qualificabile, come si dice, “contrattuale”¹², su cui la letteratura è d’accordo¹³.

⁵ V. ad es. Cass., 14 aprile 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, *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.

⁶ 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.

⁷ La tesi sembra aver avuto origine da CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenze degli arbitri*, *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 327 ss.

⁸ Cass., 26 luglio 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 settembre 2015, n. 17393; *id.*, 6 novembre 2013, n. 25024; *id.*, 23 dicembre 2010, n. 26046, *Riv. arb.*, 2011, 641; *id.*, 14 aprile 2000, n. 4842 ecc.

⁹ La definizione è di Cass., 2 luglio 1981, n. 4279, che la riprende da GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 185.

¹⁰ SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 238 ss.

¹¹ Per Trib. Milano, 14 novembre 1996, *Arch. locazioni*, 1997, 653, potrebbe essere solo arbitrato irrituale, mentre tale limite non è indicato da App. Milano, 27 settembre 1991, *ivi*, 1992, 350, da Trib. Milano, 6 aprile 1992, *ivi*, 1992, 614 e dal S.C., ad es. Cass. civ., 10 gennaio 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

Ora è chiaro che una lite tra condomini sull'uso delle parti comuni nulla ha a che vedere con un rapporto contrattuale: la controversia non è contrattuale, è dominicale: con riferimento a queste ipotesi la nuova disposizione non ha quindi introdotto cambiamenti indispensabili, che semmai si spiegano in relazione ad orizzonti diversi, quelli di cui parleremo dopo.

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 le controversie dove il pubblico ministero deve o può intervenire 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. n. 12/1941).

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 sia 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 antifatto 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 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"¹⁴, sicché 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"¹⁵ o nel giudizio d'appello per le loro sole questioni patrimoniali una volta separati¹⁶.

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 personalità, quelle a tutela dei diritti dei lavoratori ecc.

Dunque nemmeno per i diritti indisponibili è possibile ricorrere all'arbitrato.

Non è tuttavia facile trovare un indice distintivo in materia¹⁷: per gli alimenti la nozione si ricava dalla rigidità della disciplina (art. 447 c.c.) mentre talune ipotesi vengono ricondotte alla materia o perché inerenti alla persona umana (art. 2 cost.)¹⁸, come il diritto al nome¹⁹ o il "diritto morale

una clausola compromissoria, con il correlativo obbligo di chiedere la tutela all'organo designato competente"); *id.*, 5 giugno 1984, n. 3406, *Vita not.*, 1985, 599; *id.*, 20 giugno 1983, n. 4218.

¹² Cioè quello predisposto dal costruttore, trascritto o almeno conosciuto dagli acquirenti (v. ad es. Cass., 31 luglio 2009, n. 17886, *Vita not.*, 2009, 1434; *id.*, 3 luglio 2003, n. 10523 ecc.) anziché predisposto dall'assemblea dei condomini.

¹³ V. ad es. DE TILLA, *Controversie condominiali*, in *Il diritto dell'arbitrato*, a cura di Rubino Sammartano, cit., 1433 ss.; ovviamente per inserire la clausola arbitrale non già esistente occorrerà il consenso di tutti i condomini.

¹⁴ Cass., 24 febbraio 1997, n. 1664.

¹⁵ Cass., 21 dicembre 2004, n. 23713, perché 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.".

¹⁶ Cass., 10 marzo 2017, n. 6262; peraltro secondo App. L'Aquila, 4 luglio 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.".

¹⁷ 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" (*Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, 144) non esce dalla circolarità dell'argomentazione.

¹⁸ Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2011, 149; BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica i soggetti*, Milano, 2002, 147.

d'autore e di inventore relativi ad opere dell'ingegno¹⁹ o perchè l'interesse protetto travalica quello dei contendenti, come la verità del bilancio²¹ su cui fanno affidamento i creditori sociali, sebbene il codice civile nulla dica in ordine alla disponibilità delle relative pretese.

Secondo la C.S. "è indisponibile un diritto allorquando la reazione dell'ordinamento attraverso la violazione di esso sia svincolata da qualsiasi iniziativa di parte"²², principio esatto ma non esaustivo, perchè 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 diversamente²³.

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 indisponibili potendo esse agire con comandi o divieti pur sempre perentori ma nel territorio dei diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia «conformato» da una disciplina inderogabile che preveda, ad esempio, specifiche sanzioni di nullità di atti o fatti illeciti"²⁴.

E' una bella massima che si può sottoscrivere, ma operativamente non aiuta: quello al nome è un diritto indisponibile; tuttavia il nome può essere oggetto di marchio (si pensi alla moda, ai profumi, agli alimenti ecc.) 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.

Il punto è infatti tutt'altro che sedimentato²⁵, 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 pubblici²⁶, talora andando più in là ed includendo ad es.

¹⁹ Sulla sua indisponibilità v. App. Torino, 8 ottobre 2010, *Giur. dir. ind.*, 2010, 866.

²⁰ Cons. Stato., 15 maggio 2007, n. 1299.

²¹ Cass., 13 ottobre 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 Trib. Milano, 10 maggio 2013, *Società*, 2014, 341: "la previsione, nella disciplina societaria, di una generale sanatoria delle nullità (eccettuate le delibere che modificano 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"; v. però la n. succ.

²² Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671 *Giur. it.*, 2013, 1101 riferendosi all'impugnazione per nullità di delibere assembleari; subito dopo *id.*, 27 giugno 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.

²³ 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.

²⁴ App. Milano, 13 settembre 2002, *Corriere giur.*, 2003, 1626.

²⁵ 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 delibere assembleari": MANDRIOLI e CARRATTA, *citt.*, 430, n. 40; DANONI, *cit.*, 1468.

²⁶ Cons. Stato, 22 giugno 1999, n. 981, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1950.

quella “tra un comune ed un privato, avente ad oggetto la concessione della gestione di uno stabilimento balneare appartenente al patrimonio disponibile del detto ente”²⁷.

In tale situazione magmatica una distinzione che aiuta almeno in parte a superare l’impasse è quella tra controversia che attenga al diritto in sé e quella che attenga alle conseguenze patrimoniali della sua violazione²⁸.

Infatti che un diritto sia indisponibile significa che non si può farne oggetto di contratto, ma non che sia indisponibile il diritto al risarcimento del danno derivante dalla sua violazione, 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 violazione²⁹.

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 pericoloso³⁰ o il riposo settimanale del dipendente³¹; invece si è detto che non riguarda la disponibilità del diritto quando si verte in tema di prova dei fatti che lo costituiscono³², sebbene sul punto occorra massima cautela³³.

In tal senso è infatti fuori discussione, ad es., che l’integrità fisica e la salute siano diritti indisponibili³⁴, ma nulla vieta che sia un arbitro a quantificare il danno per la loro lesione, laddove invece mai si potrebbe chiedergli di decidere su un contratto che le veda ad oggetto.

²⁷ Cass., sez. un., 11 novembre 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 febbraio 1981, n. 1112.

²⁸ Cfr. BIANCA, cit., 148.

²⁹ Cass., 21 settembre 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”.

³⁰ Cass., 14 marzo 2017, n. 6481; *id.* 3 maggio 2011, n. 10526, *Giust. civ.*, 2013, I, 792.

³¹ Cass., 18 marzo 2016, n. 5465.

³² Così in particolare Cass., 10 maggio 2017, n. 11417 o 28 maggio 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 giugno 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”.

³³ Infatti per Cass., 14 febbraio 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”.

³⁴ Cass., 30 agosto 2013, n. 19963, *Arch. 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,

Per convincersene è sufficiente ricordare che il legislatore, con il d. lgs. n. 28/2010, ha 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; dunque se si può conciliare la controversia che lo riguarda ("relativa a" dice il legislatore), nei limiti in cui non si disponga del diritto ma delle conseguenze relative alla sua violazione, allora si può egualmente compromettere in arbitrato la lite³⁵.

Conciliare, infatti, significa trovare una soluzione che ha natura transattiva 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, 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, ritenuto essere un "ulteriore tassello a favore del riconoscimento e dell'utilizzo dell'arbitrato nel sistema dei rapporti familiari a carattere patrimoniale"³⁶.

Mi pare quindi che si possa concludere nel senso che ciò che può essere oggetto di conciliazione, possa del pari essere oggetto di arbitrato.

E' dunque su questa base che si può procedere, esclusa subito e non serve dire di più ogni questione che attenga i minori³⁷ 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 mi pare francamente avere ad oggetto diritti disponibili, posto che in tesi atterrebbe a questioni che non sono riconducibili nemmeno al regime patrimoniale scelto al momento del matrimonio.

Peraltro la questione potrebbe avere ad oggetto non il regime patrimoniale (indisponibile) ma i fatti inerenti un acquisto regolato dal regime patrimoniale³⁸: 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 alla comunione legale (cioè la regola posta dagli artt. 177 e 179 c.c.), ma il presupposto in fatto perché l'acquisto ricada o nell'una o nell'altra ipotesi e questa controversia ben può essere oggetto di arbitrato³⁹.

altresì, il diritto inviolabile alla salute, diritto costituzionalmente garantito, irretrotrattabile ed indisponibile da parte dell'assicuratore; conseguentemente, la vittima trasportata ha sempre e comunque diritto al risarcimento integrale del danno".

³⁵ 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".

³⁶ Lo evidenzia DANOVI, cit., 1479.

³⁷ DANOVI, cit., 1471 ss.

³⁸ In materia condominiale una decisione evidenzia un ragionamento per certi versi analogo; per Trib. Milano, 28 dicembre 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".

³⁹ D'altro canto per Cass., 9 luglio 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

C'è poi un'altra ipotesi che penso sia arbitrabile: quella avente ad oggetto il risarcimento dei danni per fatto illecito compiuto da uno dei coniugi a danno dell'altro, ma ne parlerò poi, trattando delle unioni civili, dove può assumere ancor maggiore importanza in relazione alla materia.

Escludo invece che la controversia sul diritto alla determinazione (“*an*”) del diritto al contributo di mantenimento (tanto in sede di separazione che divorzile) sia arbitrabile⁴⁰, sebbene vari indici spingano in direzione contraria, a cominciare dalla tesi (pur non pacifica) della sua natura non alimentare⁴¹ 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 meno⁴².

Dunque almeno il *quantum* dovrebbe essere arbitrabile⁴³.

E' stato inoltre segnalato che nel passato la già ricordata sentenza del S.C., non seguita da altre ma nemmeno mai contraddetta successivamente, ritenne ammissibile il giudizio arbitrale che non riguardi il diritto al contributo per il mantenimento del figlio minore, che ha natura alimentare⁴⁴, ma le modalità concrete di attuazione⁴⁵, 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 tutelato⁴⁶.

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 diversi dall'eventuale assegno.

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*

consensualmente separati al fine di regolare i reciproci rapporti patrimoniali, che prevedeva, tra l'altro, il trasferimento di proprietà immobiliari”.

⁴⁰ Infatti Cass., 4 novembre 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 marzo 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”.

⁴¹ Per Cass., 19 luglio 1996, n. 6519, *Nuova giur. civ.*, 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 marzo 2003, *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1507 ma anche, a ben vedere, Cass., 8 maggio 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 giugno 2006, n. 13593.

⁴² Il contrario di quanto affermava AZZOLINA, 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.

⁴³ DANOVI, cit., 1475 ss.

⁴⁴ Cass., 18 novembre 2016, n. 23569; *id.*, 4 luglio 2016, n. 13609; *id.*, 10 dicembre 2008, n. 28987, *Vita not.*, 2009, 337 ecc.

⁴⁵ DANOVI, cit., 1463, n. 5 segnala la già citata Cass., 12 agosto 1954, n. 2942, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 1070 e la letteratura favorevole.

⁴⁶ V. infatti le perplessità espresse da DANOVI, cit., 1475.

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.”⁴⁷.

Qui allora la decisione ben può essere rimessa agli arbitri!

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.

Ovviamente, ad essere pragmatici, 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 doveva essere vagliata in sede teorica, ma che solo chi abbia 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.

Una volta ammessa questa prima ipotesi di arbitrabilità delle controversie tra coniugi, dove lo spazio per la giustizia privata è il più compresso stante la previsione dell'art. 70 c.p.c., può dirsi anzitutto che la medesima facoltà spetta sia alle persone che abbiano contratto un'unione civile sia ai conviventi di fatto; la consideriamo ora come ipotesi, da confermarsi man mano che si prosegue con le ulteriori analisi.

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 ritengo che la risposta sia 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 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.

Dunque ritengo necessario l'intervento del pubblico ministero: sia perché l'esistenza dello stato libero è requisito per contrarre l'unione civile (comma. 4 lett. b art. 1 l. n. 76/2016), sia perché 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 patologie originarie.

C'è un punto sul quale ritengo però possibile aprire una discussione a favore dell'arbitrato.

E' detto testualmente dal comma 13 della legge che le parti non possono derogare ai diritti ed agli obblighi che la legge stessa prevede 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 ben sappiamo, alla fedeltà.

Mi astengo dal giudicare questa scelta, che non condivido affatto⁴⁸; mi chiedo però se qualcuno si senta di affermare che ognuno dei partner uniti civilmente possa vantare il suo diritto incoercibile all'infedeltà.

⁴⁷ Cass., 19 agosto 2015, n. 16909.

⁴⁸ Condivido 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.

Poniamo peraltro il caso di due partner che, prima di decidere di unirsi civilmente, si scambino una promessa scritta di fedeltà finché duri l'unione e dove sia detto a parole chiare che la decisione di unirsi civilmente si fonda su questa promessa.

Non intendo dire che non potranno mai sciogliere la loro unione, mi riferisco alla diversa questione inerente al fatto che le loro dichiarazioni le abbiano indotte ad unirsi ed abbiano anche creato il reciproco affidamento alla fedeltà fin quando decidano, se accadesse, di sciogliere l'unione.

Si tratta dunque di ben altro dalla semplice possibilità di conformarsi spontaneamente al canone della fedeltà⁴⁹, evento che non interessa il giurista 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.

Parlando di controversie arbitrabili tra coniugi, su un punto avevo rinviato a qui ed ora affronto quel tema: è ben noto che dopo decenni di sentenze contrarie, si è giunti finalmente ad ammettere che l'adulterio possa essere fonte di danno ingiusto per il coniuge che lo subisca⁵⁰.

Se le relative modalità sono state tali da ingenerare una comprovata sofferenza, poiché derivano dalla violazione del dovere di fedeltà, allora il danno va risarcito: a mio parere il diritto al risarcimento di questo danno è disponibile al pari degli altri ed è 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.

A mio parere non è però così: male ha fatto il legislatore a non stabilire il medesimo obbligo anche qui; bene ha fatto però a non vietare che le parti si possano impegnare ugualmente, perché il reciproco impegno è il normale fondamento dell'unione affettiva ed anche questa è una formazione sociale (art. 2 cost.) in cui si può realizzare la personalità del singolo⁵¹.

Dunque se anche la legge non consente di ritenerlo obbligo *ex sé*, può però diventare un valido impegno pattizio⁵², 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, mi sembrerebbe ben strano vietare un patto che di tale reciproca assistenza può rappresentare un pilastro fondamentale di sostegno: 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!

Dunque ipotizziamo il patto, volto ad esplicitare il presupposto del consenso e l'affidamento riposto nel comportamento dell'altro partner; qui però ci sono molti argomenti per dire che l'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.), 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.

In definitiva 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

⁴⁹ Ne parla SESTA, cit., 23, dopo aver evidenziato le ambiguità legislative sul tema della fedeltà, che riemerge da alcune disposizioni che sembrano in qualche modo presupporla.

⁵⁰ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, *Foro pad.*, 2012, I, 49; id., 1 giugno 2012, n. 8862, *Foro it.*, 2012, I, 2037.

⁵¹ OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali e il contratto di convivenza*, in AA. VV., *Contratti di convivenza ecc.*, cit., 75; prima della riforma Cass., 22 gennaio 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”.

⁵² BIANCA, 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.

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

Aggiungo poi che chi ammette, sia pure per altri scopi –ma poi alle volte le creazioni sfuggono al controllo del loro inventore- la responsabilità da contatto sociale, deve pur ammettere che questo non contratto costituisca quantomeno un contatto, peraltro qualificato fortemente dall'unione civile tra le parti.

Dovendo comunque impegnarsi in una qualificazione e non piacendomi il contenitore buono ad ogni necessità costituito dal negozio giuridico, ritengo che si tratti di un accordo avente causa nell'unione civile, cui non si pone in senso contrario l'art. 1987 c.c., che tipizza le promesse, perché questa regola attiene alle promesse unilaterali di prestazioni valutabili economicamente: se questo impegno avesse un tale valore, allora ricadrebbe direttamente nell'alveo del contratto; non avendolo è invece un accordo di natura non economica fondato su quel vincolo.

Insisto su un punto, per non essere frainteso: allo stato mi sento di poter dire che quel patto serve per qualificare come ingiusto il danno che derivi dalla sua violazione, sia esso morale, per la sofferenza patita, che patrimoniale, perché ad es. la sofferenza ha creato tali conseguenze, a causa della sua durata ed intensità, ad es. facendo perdere il lavoro od occasioni di lavoro. Ancora non mi sento di dire, ma è una riflessione da affrontare e dunque solo rinviata, se possa giungere al punto di prevedere anche una penale per la sua violazione.

Io credo perciò che sia 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.

Si giunge quindi ai 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. non regolano⁵³ oppure che disciplinano con norme dispositive.

Interessa anzitutto evidenziare che parliamo sempre 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).

A mio parere nelle eventuali liti in materia non dovrà intervenire necessariamente il pubblico ministero: non è una questione di *status*; non è una questione matrimoniale. 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 affettiva⁵⁴, 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 questione 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 convivenza⁵⁵.

Il vincolo affettivo quale presupposto della convivenza mi pare giustificare il medesimo impegno di fedeltà che possono prendere due persone unite civilmente; anzi qui forse ha maggior ragione d'essere, dato che nemmeno esiste l'obbligo di reciproca assistenza morale e materiale cui la fedeltà, a mio modo di vedere, può ben essere ricondotta.

⁵³ PATTI, *Le convivenza “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale*, in AA.VV., *Contratti di convivenza* ecc., cit., 37, parla di “un vero e proprio regime opzionale”.

⁵⁴ In altre parole, i conviventi dovranno ugualmente considerarsi una formazione sociale cui l'ordinamento attribuisce tutela: RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenza: tra fatto e diritto*, in AA.VV., *Contratti di convivenza* ecc., cit., 118.

⁵⁵ 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.

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 patrimoniali⁵⁶, ma è una lettura restrittiva che non sembra autorizzata dal comma 50, che non limita espressamente il contratto di convivenza ai soli rapporti patrimoniali; 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.

Ove invece questo impegno non sia stato giuridicizzato, resta aperta la possibilità di inserire 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 nulla ha mai vietato di regolare le questioni estranee alla vita in comune, ciò significa che i conviventi possono regolare 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 che non consideri la relazione affettiva, giungendo alla fine a snaturare la funzione delle attribuzioni avvenute in ragione della convivenza affettiva in essere⁵⁷.

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 ammissibile: 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 ritengo invece arbitrabile la controversia sulla misura delle provvidenze spettanti al convivente che partecipi all'impresa dell'altro convivente ex art. 320 ter c.c.: si tratta di una questione eminentemente economica.

Alla stessa conclusione può giungersi per le questioni relative agli acquisti fatti in costanza 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 di dare indicazioni particolari in proposito⁵⁸; in secondo luogo perché –come detto 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 io credo che sia necessario solo verificare i limiti alle questioni arbitrabili, che in linea di massima sono ammissibili sempre, escluse cioè le ipotesi manifestamente *contra legem* su cui è inutile soffermarsi, quale ad es. una qualsiasi indicazione successoria, giacché si porrebbe in contrasto con il divieto posto dall'art 458 c.c.

⁵⁶ OBERTO, cit., 79.

⁵⁷ 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.*, cit., 60-61.

⁵⁸ Cfr. OBERTO, cit., 86-88.

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 indisponibili⁵⁹ e che non possa essere oggetto di arbitrato⁶⁰; tuttavia se le parti avessero disciplinato pattiziamente⁶¹ un *quid pluris*⁶² consistente in un vero e proprio obbligo di mantenimento, tale ipotesi dovrebbe ritenersi rimessa all'autonomia delle parti⁶³ e dunque arbitrabile⁶⁴.

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.

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 peggiore proprio laddove il legislatore ha inteso attribuire una tutela; dunque l'iscrizione non avrebbe natura costitutiva⁶⁵.

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 prova⁶⁶.

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 legge, 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.

Però qui dobbiamo aspettare che la giurisprudenza si assesti.

⁵⁹ Lo dice ad es. Cass., 20 dicembre 2011, n. 27679, riferendosi alla rendita Inail che "per il suo carattere alimentare è indisponibile, e, in quanto tale irrinunciabile ed imprescrittibile"; *id.*, 20 dicembre 2011, n. 27679.

⁶⁰ PATTI, *cit.*, 39 evidenzia il "carattere inderogabile della norma relativa all'obbligo alimentare".

⁶¹ 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, *cit.*, 91.

⁶² Rovesciando la già ricordata sentenza di Cass., 8 maggio 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

⁶³ Alla fine ci arriva anche il S.C. e perfino tra coniugi: Cass., 31 gennaio 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 oblatore, controversie aventi ad oggetti entrambe diritti indisponibili, in tal modo smentendo in radice la bilateralità dell'impegno contrattuale".

⁶⁴ Si noti che per Cass., 22 ottobre 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".

⁶⁵ PATTI, *cit.*, 35-36.

⁶⁶ Trib. Verona, 2 dicembre 2016, Foro it., 2017, I, 2883; in senso diverso v. Trib. Milano, 31 maggio 2016, *ivi*, 2016, I, 2920.

C'è ancora l'ipotesi delle relazioni tra persone che decidano di non convivere stabilmente in un luogo: perché magari passano il tempo insieme ora a casa di un partner ora dell'altro, mantenendo però le rispettive residenze. 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 attengano agli eventuali figli.

Resta infine una questione inerente alla natura dell'arbitrato: quello irrituale è stato fatto oggetto di specifica previsione (art. 808 ter c.p.c.), che lo qualifica come "determinazione contrattuale", sicché si potrebbe dire che si ponga in antitesi all'arbitrato in materia contrattuale di cui al precedente articolo: nel senso che questo potrebbe intendersi nel senso di imporre, per la materia non contrattuale, l'arbitrato rituale.

Credo però che la conclusione non sia ragionevole: l'arbitrato irrituale, a mio parere, è un inutile orpello, perché aggiunge (in senso atecnico) almeno un grado di giudizio, dato che la determinazione contrattuale che ne consegue si impugna come ogni ordinario contratto.

Se poi aggiungiamo che il lodo rituale, salvo diversa indicazione delle parti nella clausola o nel compromesso, si impugna solo per nullità nei casi indicati dall'art. 829 c.p.c., è evidente che il ricorso all'arbitrato irrituale non aiuta né alla rapidità della soluzione definitiva della controversia, né al contenimento dei costi, né alla sua attuazione, giacché la decisione degli arbitri non può essere munita di *exequatur*.

Ma a parte le valutazioni di opportunità, è proprio il regime delle impugnazioni, più ampio per l'arbitrato irrituale, a dimostrare che non c'è alcuna ragione per impedire il ricorso a questo meccanismo decisorio: i maggiori rimedi sono una garanzia di tutela.