

LUISS

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Diritto dell'Arbitrato Interno e Internazionale –
XXVII ciclo

L'ACCERTAMENTO DI QUESTIONI NELL'ARBITRATO

LA PERIZIA CONTRATTUALE

Tutor
Chiar.mo Prof. Claudio Cecchella

Candidato
Dott. Francesco Campione

A.A. 2013/ 2014

*A Nonna. A Mamma e Papà;
a Marina e Alessia.
E a Sofia.*

INDICE

<i>Introduzione generale</i>	1
------------------------------------	---

CAPITOLO I

LA PROSPETTIVA STORICA

1. Introduzione.....	9
2. L'esperienza del diritto romano.....	9
2.1. L'arbitrato: brevi cenni.....	9
2.2. L'attività dell'arbitratore (in breve).....	14
3. L'esperienza giuridica medievale.....	16
4. La Pandettistica e le codificazioni.....	18

CAPITOLO II

PRIMI TENTATIVI RICOSTRUTTIVI E SPUNTI COMPARATIVI

1. Introduzione: premesse storico-sistematiche.....	21
1.1. La <i>Schiedsgutachten</i> nell'esperienza giuridica tedesca.....	22
1.2. La dimensione storica dell'arbitrato irrituale.....	30
2. Breve rassegna delle tesi in ordine alla perizia contrattuale.....	32
2.1. Perizia contrattuale come arbitraggio.....	33
2.2. Perizia contrattuale come fenomeno arbitrale.....	34
2.3. Perizia contrattuale tra arbitrato e arbitraggio.....	35
2.4. L'autonomia della perizia contrattuale.....	37
3. Istituti affini nell'esperienza giuridica di altri ordinamenti.....	39
3.1. Il <i>bindend advies</i> olandese.....	39
3.2. L' <i>expertise irrevocable</i> belga.....	40
3.3. L' <i>expertise irrevocable</i> ou obligatoire francese.....	42
3.4. La <i>schiedsgutachten</i> nei sistemi germanici.....	43
3.5. I sistemi di <i>common law</i>	46
4. Conclusioni.....	48

CAPITOLO III
IL SISTEMA SPAGNOLO TRA ARBITRAJE, ARBITRIO DE
TERCEROS E PERITACION DIRIMENTE

1. Introduzione.....	50
2. Evoluzione normativa.....	51
3. Arbitraje e arbitrio de tercero.....	55
4. Arbitraje informal.....	59
5. Peritacion dirimente.....	65
6. Peritos come arbitri speciali.....	66
7. El perito arbitrador.....	69
8. L'oggetto dell'arbitrato.....	71
9. Dictamen arbitral.....	72
10. Riflessioni conclusive.....	74

CAPITOLO IV
INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA PERIZIA
CONTRATTUALE

1. Introduzione.....	76
2. La perizia contrattuale nella prassi. Uno sguardo più analitico.....	77
3. Perizia contrattuale e arbitraggio.....	80
4. Perizia e arbitrato.....	85
4.1. Arbitrato rituale e irrituale.....	86
4.1.1. Il contesto storico.....	86
4.1.2. Il quadro giurisprudenziale al principio del nuovo millennio.....	89
4.1.3. La riforma del 2006.....	91
4.1.4. Arbitrato rituale e irrituale: autonoma proposta ricostruttiva.....	95
4.2. L'accertamento negoziale: breve introduzione.....	101
4.2.1. Il negozio di accertamento: definizione e ammissibilità.....	102
4.2.2. (segue) Il contenuto e l'oggetto.....	103
4.2.3. (segue) Gli effetti.....	106
4.2.4. Brevi considerazioni conclusive sull'accertamento negoziale....	109
4.3. Arbitrato e accertamento.....	110

4.4. L'oggetto dell'arbitrato.....	112
5. Inquadramento definitivo del fenomeno peritale.....	116
6. Distinzione della perizia da altri istituti: brevi cenni.....	121

CAPITOLO V

LA DICIPLINA DELLA PERIZIA CONTRATTUALE

1. Introduzione.....	124
2. Il patto per perizia contrattuale.....	124
3. Il rapporto parti-periti e profili relativi allo svolgimento della perizia...130	
4. Perizia contrattuale, prescrizione del diritto e trascrizione.....	137
5. Perizia contrattuale e tutela cautelare.....	139
6. Effetti della perizia sulla giurisdizione.....	140
6.1. Il quadro “storico” delle idee sul punto.....	141
6.2. Il quadro attuale in dottrina e giurisprudenza.....	143
6.3. L'eccezione di patto per perizia contrattuale.....	147
7. L'atto degli arbitri-periti.....	154

CAPITOLO VI

L'IMPUGNAZIONE DELLA PERIZIA CONTRATTUALE

1. Introduzione.....	156
2. L'impugnazione del lodo (breve disamina).....	157
3. L'impugnazione del lodo su questione.....	168
4. L'impugnabilità della perizia contrattuale.....	173
5. L'impugnazione della perizia contrattuale: quadro giurisprudenziale....	175
6. L'impugnazione della perizia nel quadro attuale dell'arbitrato.....	177
 <i>Conclusioni</i>	 182
 <i>Bibliografia</i>	 185

INTRODUZIONE GENERALE

La regolamentazione di un rapporto giuridico atta a superare una controversia è realizzabile anche ricorrendo a strumenti non giurisdizionali. Il nostro ordinamento, infatti, riconosce e disciplina espressamente (elevandola, pertanto, a figura negoziale tipica) la transazione, la quale, ex art. 1965 c.c., comma 1, “è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”.

Sicché è ammessa la presenza di contratti la cui causa consiste nella composizione di una lite. Da ciò, come sarà possibile approfondire durante lo svolgimento dell'indagine, si può ricavare che, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. (“le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”), è ben possibile concepire figure negoziali non regolate espressamente, volte alla risoluzione di una controversia, e non specificamente caratterizzate dall'elemento delle reciproche concessioni, quest'ultimo costituendo peculiarità tipica della transazione.

Esiste tuttavia un limite generale al potere delle parti di risolvere per via negoziale le controversie che le vedano coinvolte: infatti, sempre in materia di transazione, l'art. 1966, comma 2, c.c., stabilisce che la transazione è nulla se i diritti in ordine ai quali è sorta la lite sono, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sottratti alla disponibilità delle parti.

Come si è accennato, tale limite ha una portata generale e non opera con riferimento esclusivo alla transazione, poiché va da sé che, per poter le parti stipulare un contratto mediante il quale “superare” la controversia in ordine ad un diritto o ad un rapporto giuridico preesistente, esse devono beneficiare, rispetto a tale situazione giuridica soggettiva, del potere di predisporre regole di condotta vincolanti, che l'ordinamento poi recepisce e riconosce¹. Da questo punto di vista, restano appannaggio della giurisdizione statale (*rectius*, della soluzione giurisdizionale delle

¹ LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, V, 80.

controversie da parte dei giudici dello Stato) tutte le materie in cui si discuta di situazioni sostanziali indisponibili, e cioè quelle caratterizzate da preminenti e stringenti esigenze di tutela di interessi pubblici o comunque super-individuali, quali, a mero titolo di esempio, i diritti della personalità, il matrimonio e le situazioni coinvolte nell'ambito della separazione e del divorzio.

Inoltre l'ordinamento, nell'ottica della composizione delle controversie, mette a disposizione altri strumenti, tendenzialmente eterogenei tra loro e che si pongono, per così dire, a metà strada tra la soluzione giurisdizionale statale e quella negoziale, rimanendo soggetti agli stessi limiti oggettivi di quest'ultima. Si può pensare, in questo senso, alla conciliazione; oppure, e ciò interessa maggiormente ai fini del lavoro che ci si accinge a sviluppare, all'arbitrato.

Invero, quest'ultimo, che pure è costretto a fermare il proprio raggio operativo dinanzi a controversie relative a situazioni giuridiche indisponibili, rappresenta uno strumento che bensì trova "giustificazione" e origine nell'autonomia privata, ma può assumere forme molto simili a quelle tipiche della via giurisdizionale per così dire pubblica. Esso, infatti, può trovare svolgimento secondo due modalità distinte: in un caso (c.d. arbitrato rituale, artt. 806-840 c.p.c.) si ha un vero e proprio processo con uno o più giudici "privati" che emanano, all'esito di un processo, un atto omologabile alla sentenza del giudice statale (art. 824 *bis* c.p.c.); nell'altro caso (c.d. arbitrato irrituale, art. 808 *ter* c.p.c.), il contesto procedimentale è (normalmente) semplificato e più flessibile (salva ovviamente la tutela di quelle situazioni con le quali si garantisce la dialettica tra i litiganti, e cioè il contraddittorio e il diritto di difesa), e la decisione finale, sempre presa da un giudicante privato, è fondamentalmente un atto negoziale.

In linea di prima approssimazione, l'arbitrato (tanto rituale quanto irrituale²) deve essere tenuto distinto dall'arbitraggio, previsto e regolato dal codice civile all'art. 1349 e, in linea generale, sistematicamente e funzionalmente non destinato alla soluzione di una controversia giuridica.

² Ma si veda la ricostruzione di BOVE, *Sub art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 65 ss. e i richiami di dottrina e giurisprudenza ivi contenuti.

Qui, infatti, l'attività svolta dal terzo (il c.d. arbitratore) è finalizzata alla determinazione di un elemento di un contratto, il cui contenuto deve ancora essere colmato. In particolare, la fattispecie ex art. 1349 c.c. è contemplata nella sezione III, capo II, titolo II del libro IV del codice, intitolata "dell'oggetto del contratto". La norma citata, per la precisione, consente alle parti di rimettere ad un terzo la determinazione della prestazione dedotta nel contratto, la quale è ritenuta direttamente riconducibile alla volontà dei contraenti, onde si viene a realizzare una cooperazione tra le parti e il terzo nell'attività di completamento del regolamento d'interessi³.

Senonché anche l'arbitraggio può essere in un certo senso considerato una forma negoziale di soluzione di una controversia, giacché le parti non vogliono o non possono determinare un elemento del loro rapporto contrattuale, e tuttavia si trovano concordi nel rimettere tale determinazione a un terzo, impegnandosi a considerare il di lui responso come sostitutivo della propria volontà, quindi vincolante. Ma in tal caso la controversia non è di tipo giuridico, quanto tutt'al più *lato sensu* economica⁴.

Invero, intorno alla figura dell'arbitraggio e ai profili distintivi di questo dall'arbitrato, possono crearsi dei "momenti" d'incertezza e di non sufficiente chiarezza. L'attività dell'arbitratore, infatti, è pur sempre attività di uno o più terzi, scelti dai contraenti, volta a completare un assetto d'interessi; inoltre, strutturalmente la fattispecie ex art. 1349 c.c. ben può trovare applicazione anche in ipotesi di contratti (ad es. una transazione) finalizzati alla composizione di una lite giuridica⁵.

Quanto osservato finora va, ad avviso di chi scrive, considerato necessario per meglio comprendere il contesto sistematico e concettuale entro il quale collocare l'istituto che ci si appresta ad analizzare, ossia la c.d.

³ Cfr., per tutte, Cass. 25 giugno 1983, n. 4364, in *Giust. Civ. Mass. 1983*, fasc. 6; per maggiori dettagli sul punto, anche in ordine all'arresto testé citato, si veda *infra*, cap. IV, par. 3. che si esprime in questi termini: "solo in presenza di un arbitraggio - che ricorre quando le parti abbiano affidato al terzo arbitratore non già l'incarico di risolvere una controversia nascente da un rapporto giuridico preesistente e già perfetto (come nell'arbitrato rituale ed in quello libero) ma di determinare in un negozio giuridico in via di perfezionamento, un elemento che le parti non hanno voluto o potuto determinare, sicché l'arbitratore non dirime liti con poteri decisori, ma concorre con le parti nella formazione del contenuto del negozio - è possibile la impugnazione del lodo per manifesta iniquità".

⁴ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2011.

⁵ È a tale fattispecie, del resto, che alcuni autori (tra cui BOVE, citato in nota 4) riconducono, strutturalmente, l'arbitrato irrituale.

perizia contrattuale (o, per alcuni autori, la perizia arbitrale⁶). Essa – è bene precisarlo subito a scanso di equivoci – rappresenta un fenomeno dai tratti non ancora ben definiti, ad onta degli autorevoli studi succedutisi in materia e dei numerosi arresti giurisprudenziale intervenuti sulla questione.

In un'ottica d'introduzione generale, è possibile configurare la perizia contrattuale come una fattispecie che trae origine da un patto (normalmente una clausola contrattuale) con cui le parti prevedono che determinate questioni o elementi (tendenzialmente di fatto) vengano accertati da uno o più soggetti dotati di specifiche conoscenze tecniche (i c.d. periti). La determinazione dei periti è dalle parti considerata vincolante.

Detto ciò, il problema più delicato della perizia contrattuale concerne proprio la sua definizione, o per meglio dire la sua individuazione, ricostruzione e descrizione come fenomeno giuridico “unitario” e in un certo senso “autonomo”. Questo perché tale istituto, conosciuto da molto tempo nella prassi dei traffici giuridico-commerciali ed oggetto di non pochi studi e di una copiosa produzione giurisprudenziale, è stato spesso considerato come una forma particolare di arbitrato o di arbitraggio, ovvero come figura mista (arbitrato o arbitraggio a seconda dei casi), oppure ancora come realtà giuridica autonoma. Superato positivamente tale scoglio, diventa aspetto consequenziale quello della determinazione della disciplina applicabile.

In sostanza, si tratta di capire che cosa sia realmente e giuridicamente la perizia contrattuale (ed in particolare la perizia contrattuale che la prassi ha con decisione fatto emergere nei traffici giuridici che si sono sviluppati all'interno del nostro sistema); se, cioè, integri una realtà di diritto sostanziale, un istituto giuridico di matrice processuale, ovvero un fenomeno in un certo senso duplice.

Sempre in un'ottica introduttiva, d'accordo con la dottrina che più di recente ha avuto modo di offrire uno studio più organico del fenomeno e proporre un'interessante ricostruzione di esso⁷, pare utile illustrare le situazioni pratiche nelle quali esso trova attuazione. Questo approccio iniziale, per così dire di presentazione, è dunque di tipo empirico: si vuole

⁶ BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001.

⁷ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit.; *Id.*, *La perizia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI e LUISO, Milano, 2005.

qui muovere i primi passi, di un percorso che possa poi condurci ad un possibile inquadramento organico della perizia contrattuale, partendo dai casi (soprattutto tratti dall'esperienza giurisprudenziale) ove essa è ritenuta operante.

Una prima ipotesi, che invero è quella di massima diffusione della perizia contrattuale e rispetto alla quale la sussistenza di essa è confermata sia in giurisprudenza sia in dottrina, è rappresentata dalla previsione, inserita in clausole apposte ad alcuni contratti di assicurazione (polizze danni e assicurazioni contro gli infortuni, per lo più), in base alla quale, in caso di disaccordo tra le parti, uno o più elementi di particolare rilevanza tecnica (il *quantum* del danno prodotto; il grado di invalidità; il nesso di causalità tra l'evento e il danno; e così via) ai fini dell'esistenza o del modo di essere di una situazione giuridica soggettiva (il diritto risarcitorio), sono oggetto della valutazione e dell'accertamento di uno o più esperti designati dalle parti, i quali risolvono tali questioni servendosi delle proprie cognizioni tecnico-scientifiche mediante un responso per i contraenti vincolante⁸.

Un'altra ipotesi, comunemente ricondotta dagli studiosi e dalla giurisprudenza alla perizia contrattuale, è data dai c.d. arbitrati tecnici o sulle qualità. I casi concreti sono quelli di contratti in cui una parte s'impegna a dare o fare qualcosa verso il corrispettivo di un prezzo o di un compenso e dove i contraenti stabiliscono che, in caso di divergenze maturate in fase esecutiva in ordine alla qualità delle cose fornite, dell'opera o del lavoro effettuati, la decisione – vincolante per le parti - circa la corrispondenza o meno di quanto fatto a quanto previsto o promesso sia affidata ad uno o più terzi⁹.

Altre ipotesi nelle quali è stato ritenuto operante il meccanismo oggetto di questo studio, ricavate direttamente da concreti casi sottoposti a vaglio giurisprudenziale, sono le seguenti:

- sorta controversia nella fase esecutiva di un contratto di appalto, le parti stipulano una transazione ove prevedono che la valutazione e la decisione (vincolante) in ordine al calcolo di eventuali maggiori somme

⁸ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 4. Per il tenore di alcune clausole inserite in contratti di assicurazione, v. *infra*, cap. IV.

⁹ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 4; LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 671.

spettanti all'impresa appaltatrice sia presa da un collegio di esperti nominati dalle parti¹⁰;

- sempre in tema di appalto, sorta controversia durante l'esecuzione del rapporto, in particolare con riferimento al valore dei lavori da eseguire oggetto di capitolato, le parti incaricano della determinazione di tale valore un collegio di esperti, con responso per esse vincolante¹¹;

- nell'ambito di un contratto di cessione di partecipazioni azionarie, viene pattuito che il calcolo del valore reale di esse (funzionale alla corresponsione del prezzo contenente l'eventuale plusvalore rispetto al valore nominale delle azioni) sia effettuato da tecnici di fiducia nominati dalle parti contraenti, con responso vincolante tra le stesse¹²;

- due fratelli, beneficiari, mediante distinti atti di donazione, di tutti i beni immobili della madre, stipulano un contratto in virtù al quale, al fine di addivenire ad un'eguale ripartizione dei cespiti (dei quali, per vari motivi, al momento delle liberalità non era ben noto l'effettivo valore) anche in funzione della corresponsione di un eventuale conguaglio, incaricano un tecnico di stimare il valore dell'asse immobiliare, impegnandosi a considerare il relativo responso come riconducibile alla propria volontà¹³.

Si ritiene inoltre necessario segnalare, ancora ispirandoci alla dottrina che più ha studiato il fenomeno della perizia (arbitrale) anche prendendo spunto dal sistema tedesco¹⁴, altri casi normalmente ricondotti alla fattispecie in esame:

- due soggetti, non legati da alcun rapporto contrattuale, incaricano un terzo, dotato di specifiche cognizioni tecniche, di accertare (in maniera vincolante) l'eventuale nesso di causalità tra un sinistro e un danno, con

¹⁰ Cass. 24 maggio 2004, n. 9996, in *Riv. arb.* 2006, 4, 727, con nota di MARULLO DI CONDOJANNI, *Note sul contratto di arbitraggio*.

¹¹ Trib. Piacenza 29 ottobre 2010, in *Foro pad.* 2011, 1, I, 202.

¹² Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.* 2006, 2, I, 482.

¹³ Cass. 11 novembre 2008, n. 26946, in *Riv. Notariato* 2010, 1, 226, con nota di CARADONNA, *Patto successorio e convenzione tra donatari legittimari*.

¹⁴ Per gli esempi a seguire si veda BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 6 e le citazioni alle note 10, 11, 12 e 13; LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., 671-672, e nota 7. Gli autori citati, in particolar modo il primo, danno conto dell'importanza del contributo della dottrina tedesca allo studio del fenomeno della c.d. perizia contrattuale, in seno alla quale è stata sviluppata la figura dell'arbitratore-perito, come segnalato anche da DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di ALPA, Milano, 1999, I, 211.

l'ulteriore compito di determinare il *quantum* delle conseguenze pregiudizievoli in caso di esito positivo del primo accertamento;

- i contraenti incaricano il terzo-perito di accertare, con responso per le parti vincolante, se ricorra o meno la giusta causa del recesso contrattuale;

- i contraenti stabiliscono che un terzo accerti, sempre con responso vincolante, se vi sia stata violazione di una norma contrattuale ovvero di legge;

- conferimento al perito del compito di determinare la situazione patrimoniale di una società, al fine di quantificare il credito del socio escluso per la liquidazione della quota;

- l'inserimento in alcuni contratti di durata di una clausola, in virtù della quale le parti s'impegnano a rinegoziare le reciproche prestazioni nel caso in cui si verificano eventi che alterino in modo rilevante l'equilibrio negoziale, con affidamento ad un terzo di effettuare un accertamento vincolante in ordine alle condizioni di rinegoziazione e alla fissazione del nuovo contenuto contrattuale¹⁵.

È stata considerata ipotesi di perizia contrattuale anche la clausola con cui viene affidato ad un terzo l'accertamento dello stato di riconsegna del fondo locato e la liquidazione del dare e dell'avere oltre che degli eventuali danni¹⁶.

L'elencazione testé esposta non può ritenersi esaustiva, poiché come si è specificato si tratta di casi riscontrati nella prassi dei traffici giuridico-commerciali. Inoltre, si tratta di situazioni nelle quali la sussistenza della perizia contrattuale è data per certa dalla giurisprudenza o dalla dottrina, ovvero da entrambe, ma ciò non significa che in tutti gli episodi descritti ricorra senza ombra di dubbio una perizia.

In altre parole, l'obiettivo principale del presente lavoro è quello di riportare ordine circa l'inquadramento (e, dunque, la disciplina) di un istituto, sicuramente noto ma ancora non ben delineato nei suoi profili giuridici¹⁷. Sicché, volendo razionalizzare e comporre il quadro, potrebbe

¹⁵ Cfr. BOVE, *La perizia contrattuale*, cit., il quale riprende l'esempio da FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997.

¹⁶ ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 218.

¹⁷ In realtà si è evidenziato che un caso di riconoscimento giuridico della perizia

alla fine risultare che, alcuna delle fattispecie esemplificative sopra riportate, descrivano una realtà diversa da quella che effettivamente rappresenta la perizia contrattuale.

contrattuale nel nostro ordinamento, ancorché equivoco e comunque riferito a un caso settoriale, è da registrare. Si tratta dell'ipotesi contemplata dall'art. 64, comma 4, D.lgs. n. 30/2005 in materia di proprietà industriale. Il rilievo è di BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2012, 72. In particolare, in punto di invenzioni dei dipendenti, la norma richiamata dispone che “ferma la competenza del giudice ordinario relativa all'accertamento della sussistenza del diritto all'equo premio, al canone o al prezzo, se non si raggiunga l'accordo circa l'ammontare degli stessi, anche se l'inventore e' un dipendente di amministrazione statale, alla determinazione dell'ammontare provvede un collegio di arbitratori, composto di tre membri, nominati uno da ciascuna delle parti ed il terzo nominato dai primi due, o, in caso di disaccordo, dal Presidente della sezione specializzata del Tribunale competente dove il prestatore d'opera esercita abitualmente le sue mansioni. Si applicano in quanto compatibili le norme degli articoli 806, e seguenti, del codice di procedura civile”. Il comma successivo stabilisce che “il collegio degli arbitratori puo' essere adito anche in pendenza del giudizio di accertamento della sussistenza del diritto all'equo premio, al canone o al prezzo, ma, in tal caso, l'esecutività della sua decisione e' subordinata a quella della sentenza sull'accertamento del diritto. Il collegio degli arbitratori deve procedere con equo apprezzamento. Se la determinazione è manifestamente iniqua od erronea la determinazione è fatta dal giudice”.

CAPITOLO I

LA PROSPETTIVA STORICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'esperienza del diritto romano: 2.1. *L'arbitrato: brevi cenni*; 2.2. *L'attività dell'arbitratore*. - 3. L'esperienza giuridica medievale. - 4. La Pandettistica e le codificazioni.

1. *Introduzione*

Lo studio della perizia contrattuale è stato (ed è) notevolmente influenzato dall'analisi e dall'evoluzione di due fenomeni distinti ma sovente confusi tra loro: l'arbitrato e l'arbitraggio.

Del resto, in fase d'introduzione generale, si è accennato al problema relativo alla ricostruzione dell'istituto, a volte considerato una particolare forma di arbitraggio, altre volte una peculiare tipologia di arbitrato, altre volte ancora un qualcosa di duplice (arbitraggio o arbitrato a seconda dei casi). È ben vero che non sono mancate voci orientate ad un inquadramento per così dire autonomo del fenomeno ma, in generale, la tendenza costante è stata quella di considerarlo “assorbito” nell'arbitraggio o nell'arbitrato (oppure in entrambi), non ritenendolo dunque riconducibile ad una dimensione giuridica propria.

S'intuisce allora l'importanza di una riflessione intorno ai punti di riferimento concettuali che da sempre hanno condizionato lo studio della perizia.

In tale ottica pare utile partire da una breve analisi storica dei fenomeni in questione, poiché ciò consentirà, in seguito, di meglio contestualizzare il “problema” della perizia contrattuale e, ad avviso di chi scrive, offrirà un serio contributo all'opera d'inquadramento e definizione dell'istituto.

2. *L'esperienza del diritto romano*

2.1. *L'arbitrato: brevi cenni*

È possibile affermare con certezza che, nel diritto romano classico, il pretore peregrino ha impostato il processo formulare, che si andava

sviluppando per suo impulso, sulla base di arbitrati praticati a Roma tra romani e stranieri, o anche tra *cives* relativamente a rapporti che non avevano goduto di un riconoscimento nell'ambito delle *legis actiones*, nei quali svolgeva una funzione di primo piano la *bona fides*¹⁸. In particolare, quest'ultima rappresenta una locuzione utilizzata nella Roma classica come mezzo di valutazione del valore vincolante di accordi negoziali¹⁹.

Occorre ricordare, com'è stato rilevato²⁰, che in un periodo compreso tra la media e l'ultima età repubblicana il pretore diede tutela in via di azione a talune concezioni diffuse nella prassi, nelle quali le parti si affidavano ai quei criteri obbiettivi di lealtà e correttezza, qualificati di *bona fides*, comunemente seguiti tra gli uomini di affari²¹.

Di contro, il pretore non diede alcuna tutela alla convenzione con cui due parti concordavano di affidare a persona determinata e di comune fiducia la soluzione di una loro controversia. Si trattava, peraltro, di un tipo accordo lecito, meritevole di considerazione e, almeno prima dell'avvento del processo formulare, certamente diffuso tra la gente di affari, e per la cui esecuzione ciascuna parte si rimetteva alla *fides* dell'altra²².

Successivamente, anche in ragione di una sempre più diffusa “domanda” di arbitrato in luogo del processo ufficiale, la giurisprudenza

¹⁸ Si è sostenuto che, invero, l'archetipo della figura storica di *arbiter* è da rintracciare in quel soggetto che svolgeva, in ragione della sua perizia e competenza, attività di mediazione, stima, garanzia e pacifica composizione tra privati nell'ambito dei mercati popolari della Roma monarchica (cfr. in questo senso l'analisi e la ricostituzione di MARTINO, *Arbiter*, vol. 17 della «Biblioteca di ricerche linguistiche e filologiche» del Dipartimento di Studi glottoantropologici dell'Università di Roma "La Sapienza", Roma, 1986, 130 ss.).

¹⁹ Cfr. MARRONE, *Sull'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arb.*, 1996, 1 ss; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2011, 59.

²⁰ Marrone, *Sull'arbitrato*, cit., 2.

²¹ Ricorda PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 59-60 e relative note, che la buona fede nel diritto romano derivava dall'*actio bonae fidei* e che Quinto Mucio Scevola insegnò per primo che tale categoria di *actio* aveva incluso sei tipi di azioni concrete: *actio tutelae*, *actio pro socio*, *actio fiduciae*, *actio mandati*, *actio ex empto*, *actio venditi*, *actio conducti* e *actio locati*. Nel II secolo d.C. Gaio indicò tre ulteriori tipi di azioni, ossia il *iudicium contrarium depositi*, l'*actio commodati* e l'*actio pigneraticia*. Nel corso del periodo classico alla categoria dell'*actio bonae fidei* si aggiunsero altri due tipi di azioni, e cioè l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio rei uxoriae*. Nell'età dei Severi (193 – 235 d.C.) si aggiunsero anche il *iudicium communi dividundo* e l'*actio familiae erciscundae*. Infine, le Istituzioni di Giustiniano del VI secolo d.C., eliminando l'*actio fiduciae* dalla categoria, aggiunsero tre tipi di azioni: *actio permutacionis*, *actio stimatoria* e *hereditatis petitio*. Sicché nel diritto giustiniano la categoria dell'*actio bonae fidei* si ampliò sino a comprendere sedici generi.

²² MARRONE, *Sull'arbitrato*, cit., 1 ss.

suggerì alle parti di concordare reciproche *stipulationes* penali, in virtù delle quali ciascuna prometteva all'altra il pagamento di una certa somma di denaro per il caso che il promittente non avesse osservato il lodo arbitrale emesso da un arbitro scelto dalle parti stesse. Ci si espresse così in termini di *compromittere* e *compromissum*.

Del resto, la *stipulatio* era un negozio *iure civili* riconosciuto e tutelato, mentre la convenzione arbitrale era sicuramente lecita. Si poteva dunque immaginare ampia tutela – che il pretore non avrebbe potuto negare – in favore della parte favorita dalla decisione arbitrale mediante l'*actio ex stipulatu*. Invero, non si assicurava di certo l'attuazione coattiva della decisione arbitrale, ma la minaccia della *poena* contrattuale per inosservanza della stessa costituiva un valido deterrente nei confronti del soccombente.

Senonché il continuo ricorso all'arbitrato giunse ad una fase in cui non poteva più essere ignorato. Non furono concessi riconoscimento e tutela alla mera convenzione di arbitrato, ma il pretore intervenne per assicurare ciò che nessuno strumento negoziale avrebbe potuto garantire. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità che il soggetto designato come arbitro, dopo aver accettato l'incarico (*arbitrium recipere*), tornasse sui suoi passi e rifiutasse ingiustificatamente d'istruire e decidere la controversia. Il pretore allora, con l'*edictum* c.d. *de receptis*, promise: "*Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam*". In sostanza promise che avrebbe esercitato *coercitio* contro colui che avesse accettato la funzione di *arbiter*, avendo le parti già convenuto le reciproche stipulazioni penali (*pecunia compromissa*). La *coercitio* sarebbe stata finalizzata a garantire l'attuazione dell'impegno assunto dall'arbitro²³

Nel diritto romano classico, allora, i momenti salienti dell'esperienza arbitrale erano: la *conventio compromissi*²⁴, le *stipulationes poenae* e il *receptum arbitri* (e cioè l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri con conseguenziale dovere di emettere la decisione).

²³ Cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., 57 ss.; MARRONE, *Sull'arbitrato*, cit., che aggiunge che si sarebbe trattato naturalmente di una forma di coercizione indiretta, per es. mediante la minaccia dell'irrogazione di una multa.

²⁴ Peraltro il diritto romano non conosceva ancora la clausola compromissoria, onde era possibile dedurre nel compromesso solo le controversie già sorte al momento della sua conclusione; cfr. in tal senso LA PIRA, "Compromissum" e "litis contestatio" *formulari*, in *Studi in onore di Riccobono*, II, Palermo, 1932, 187 ss.; BETTI, *Sulla genesi storica del processo formulari*, Pavia, 1934, 457 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 17.

Rebus sic stantibus, s'intuisce che il *compromissum* era privo di efficacia diretta, sicché, volendo accogliere siffatta impostazione, lo “*stare sententiae arbitri*” (l'accettare la decisione arbitrale in ragione del vincolo rispetto ad essa), di cui riferisce Ulpiano²⁵, non trovava tutela diretta nel diritto classico, onde la *stipulatio* era fondamentale per garantire almeno una tutela indiretta all'osservanza del *dictum* dell'arbitro²⁶. Invero, in età classica si ammetteva anche la validità di un *compromissum sine poena*, in virtù del quale le parti non si obbligavano reciprocamente al pagamento di una penale in caso d'inosservanza del lodo, ma semplicemente s'impegnavano ad adempiere alla decisione arbitrale. Qui contro la parte inottemperante si doveva agire con l'*actio incerti ex stipulatu*, essendo oggetto dell'accordo un *incertum*, ossia un *facere*²⁷.

Inoltre, secondo l'orientamento romanistico prevalente, l'*arbiter*, salvo un diverso accordo delle parti, non era vincolato all'osservanza del diritto oggettivo e la sua decisione era inappellabile²⁸. Si ritenne, tuttavia, che, nei casi più gravi di sentenza ingiusta, la parte inadempiente potesse proporre una *exceptio doli* a fronte dell'*actio ex stipulatu* avversaria²⁹. Per questa via,

²⁵ D. 4.8.27.2

²⁶ Cfr. PUNZI, *Disegno*, cit. 63.

²⁷ Il referente di tale previsione è costituito da un passo di Ulpiano contenuto in D. 4,8,27, 7: “*Sed si poena non fuerit adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari promiserit, incerti adversus eum foret actio*”. Sennonché, secondo una parte della dottrina romanistica la promessa della penale integrava un presupposto essenziale ai fini della validità dell'accordo compromissorio e del conseguenziale lodo, dunque il passo di Ulpiano sopra riportato sarebbe interpolato (v. su questi aspetti MARINELLI, *La natura*, cit., 18 e nota 27; CRIFO', *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 894; TALAMANCA, *Ricerche in tema di “compromissum”*, Milano, 1958, 103-104; ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, 53 ss.).

²⁸ Tutto ciò sarebbe dimostrato da una serie di passi, che evidenziano l'inappellabilità della sentenza arbitrale e l'insuscettibilità di riduzione ad equità laddove essa fosse iniqua (cfr. la costituzione di Caracalla in C. 2, 55, I, a. 2013: “*Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest ...*” la quale esclude l'appello contro la decisione dell'arbitro e l'esercizio dell'*actio iudicati*; v. anche il già citato passo di Ulpiano in D. 4, 8, 27, 2: “*Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit ...*”, secondo cui ci si deve uniformare alla *sententia arbitri sive aequa sive iniqua*; v. anche il passo di Paolo in D. 4, 8, 19 pr.: “*Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur*”, ove si avvisa che il Pretore non deve preoccuparsi di quale decisione emetta l'arbitro); su tali profili v. *amplius* MARINELLI, *La natura*, cit., 19 e nota 31; cfr. inoltre, sul rapporto tra inappellabilità del lodo e libertà dell'arbitro dall'osservanza del diritto oggettivo, le interessanti riflessioni di PUNZI *Disegno*, cit., 64-66.

²⁹ V. MARRONE, *Sull'arbitrato*, cit. 5; MARINELLI, *La natura*, cit., 23 e nota 44 con i riferimenti alle fonti relative.

in sostanza, si faceva in modo che il lodo potesse non avere esecuzione e che la controversia tornasse sotto l'egida della giurisdizione ordinaria.

Pare utile ricordare che, dal punto di vista procedurale, era sempre fatto salvo il principio del contraddittorio, essendo necessaria, ai fini della validità del lodo, la presenza delle parti durante il procedimento e al momento della decisione³⁰

Con Giustiniano venne modificato il meccanismo in base al quale a seguito della stipulazione del compromesso era data alle parti solo un'*actio ex stipulatu*. Infatti, con una costituzione del 529 d. C.³¹ si stabilì che, se la convenzione arbitrale fosse stata accompagnata dal giuramento solenne, debitamente documentato, dei contendenti e dell'arbitro, la decisione arbitrale sarebbe stata direttamente vincolante; con una costituzione del 530³² si ammise un arbitrato informale e *sine poena* quando le parti avessero accettato la decisione arbitrale espressamente mediante sottoscrizione, ovvero tacitamente, mediante fatti concludenti consistenti nell'omesso invio al giudice ordinario o all'avversario, entro il termine di dieci giorni, di una opposizione (*attestatio per quam manifestum fiat non esse amplectendam*)³³. In tali ipotesi alla parte vittoriosa si dava all'uopo, per l'esecuzione, un'*actio in factum*³⁴ e non un'*actio iudicati* (il lodo, infatti, non acquisiva la qualità

³⁰ ZIEGLER, *Das private*, cit., 132, che riporta il passo di Ulpiano in D. 4, 8, 27, 4: "*sententia quidem dicta non coram litigatoribus non valebit*".

³¹ C. 2.55.4 del 529. Si è segnalato (cfr. MARRONE, *Sull'arbitrato*, cit., 12-13; PUNZI, *Disegno*, cit., 66 ss.; si vedano anche TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 143 e nota 229; ZIEGLER, *Das private*, cit., 177, 192) che in epoca imperiale cominciò a prendere quota l'idea dell'unità della funzione giudicante, a prescindere dal suo affidamento a privati ovvero ad organi dello Stato. Così, a partire dal IV secolo, prese forma uno sviluppo del giudizio arbitrale privato verso una sua progressiva regolamentazione in base a principi e criteri tendenzialmente analoghi a quelli della giurisdizione ordinaria. A tale riguardo occorre considerare gli interventi legislativi imperiali che, sin dai primi momenti dell'età postclassica, dettarono regole su procedimenti e decisioni assegnati ai capi delle comunità cristiane ed ebraiche per la risoluzione di liti di diritto privato. Per quanto qui interessa, va ricordato che nel 408 Arcadio, Onorio e Teodosio stabilirono che avessero diretta efficacia esecutiva le decisioni per le quali fedeli cristiani, anche senza l'espedito delle reciproche stipulazioni, si fossero concordemente e liberamente affidati al loro vescovo (*episcopalis audientia*). Analogo provvedimento era stato adottato dieci anni addietro con riferimento agli arbitrati per cui fedeli di religione ebraica avessero fatto ricorso al giudizio dell'autorità spirituale della comunità di appartenenza (normalmente il patriarca). Per ciò che attiene all'arbitrato per così dire laico, fu Giustiniano, come si va evidenziando nel testo, a intervenire in maniera significativa.

³² C. 2, 55, 5.

³³ Cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., 61; MARINELLI, *La natura*, cit., 23;

³⁴ MARRONE, *Sull'arbitrato*, cit., 14.

della *res iudicata*)

Senonché dieci anni più avanti³⁵, in ragione della scarsa flessibilità dimostrata nella prassi dall'istituto, lo stesso Giustiniano giunse a proibire l'arbitrato giurato, revocando la sua precedente costituzione e, pertanto, l'efficacia diretta della decisione arbitrale. Donde il ritorno al *compromissum cum poena*, quale ideato dai giuristi classici³⁶; e la convenzione arbitrale, con o senza *poena*, divenne di regola una convenzione scritta. Non è un caso, dunque, che la legislazione giustiniana in materia di arbitrato presupponesse solitamente l'esistenza di un documento che facesse fede dei contenuti degli accordi tra le parti³⁷.

Dal breve inquadramento che si è sin qui proposto è possibile concludere nel senso della prevalente natura negoziale dell'arbitrato così come concepito nel diritto romano³⁸.

2.2. L'attività dell'arbitratore (in breve)

Il diritto romano conosceva anche la figura del terzo chiamato a determinare l'oggetto del contratto, pur non utilizzando il termine *arbitrator*.

Invero, Gaio³⁹ ci riferisce della disputa tra giuristi circa la possibilità di deferire a un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto – che per Proculo era da intendersi per equo apprezzamento –, con riguardo, in particolare, al prezzo nella compravendita. In un siffatto caso per alcuni il negozio sarebbe stato nullo, per altri, al contrario, valido.

Vi è inoltre un testo⁴⁰, in tema di quote sociali deferite alla decisione

³⁵ Nov. 82.11

³⁶ A parte le ipotesi contemplate dalla costituzione C. 2, 55, 5 dell'anno 530.

³⁷ MARRONE, *Sull'arbitrato*, cit., 1 ss.; PUNZI, *Disegno*, cit., 70.

³⁸ Cfr. MARINELLI, *La natura*, cit. 26-27, nota 55; PUNZI, *Disegno*, cit., 71.

³⁹ In *Inst.* III, 140: “*Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere: cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem: cuius opinionem Proculus secutus est*”.

⁴⁰ Riportato in Dig. 17, 2, 76, nell'ambito della materia dedicata al contratto di società: “*Societatem mecum coisti ea condicione, ut nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus, existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset, arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat*”.

di un terzo per determinare la partecipazione alle perdite e agli utili, nel quale, con l'espressione “*arbitrorum enim genera sunt duo (...)*”, secondo la maggioranza degli interpreti⁴¹, Proculo distingue due tipologie di arbitraggio e cioè l'*arbitrium boni viri* (nel quale la determinazione dev'essere assunta rispettando rigorosamente i parametri dell'equità) e l'*arbitrium merum*, in cui le parti, in ragione della fiducia riposta nel terzo, si rimettono ad una decisione lasciata al suo mero arbitrio⁴². In caso di dubbio sulla scelta in ordine alla modalità di arbitrio, l'attività del terzo è da intendersi con *arbitrio boni viri*. Secondo un filone minoritario⁴³, invece, il binomio riguarderebbe l'arbitraggio, da un lato, e l'arbitrato, dall'altro.

Inoltre Paolo rileva che nella visione proculiana si contrappone il *compromisso ad arbitrum* all'*arbitrium boni viri*. In quest'ultimo la determinazione sarebbe sindacabile se manifestamente iniqua, mentre nel primo la decisione risulterebbe vincolante in ogni caso.

Con una Costituzione del 531⁴⁴ Giustiniano stabilì la validità della clausola della determinazione del prezzo da parte del terzo, sempre che egli potesse e volesse procedere a tale compito. Egli estese tale principio, poi, ad altre fattispecie, come quella della determinazione del canone nella locazione, oppure della partecipazione agli utili e alle perdite nel contratto di società.

Sempre in tale costituzione si dispose che la determinazione non era impugnabile – sia che fosse equa sia che fosse iniqua - e che la clausola

⁴¹ V. tra gli altri ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1982, 111 ss.; GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, 479 ss.; GROSSO, *Obbligazioni – Contenuto e requisiti della prestazione – Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, 99 ss.

⁴² Tale distinzione dev'essere intesa nel senso che il mero arbitrio sottintende una fiducia delle parti nell'attività del terzi, onde rinunciano alla possibilità di opporsi al responso; l'*arbitrium boni viri*, invece, deve condurre ad una determinazione equitativa, altrimenti le parti possono impugnare il responso (cfr. PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 373 ss.; cfr. anche TALAMANCA, *Ricerche*, cit., 517: “Per l'arbitraggio del terzo, si colgono, nelle fonti, i primi spunti per una differenziazione, ancora attuale (art. 1349 c.c.), fra il mero arbitrio, in cui il terzo può fissare il contenuto della prestazione nel modo che ritenga più opportuno, e l'*arbitrium boni viri*, in cui è chiamato ad esercitare la sua funzione usando della correttezza della persona perbene, del *bonus vir*, la quale costituisce un criterio oggettivo, in base a cui l'arbitramento può essere eventualmente sindacato”.

⁴³ Cfr. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923; , 517.

⁴⁴ C. 4. 38. 15. 1.

relativa alla rimessione alla decisione di un terzo dava luogo a condizione sospensiva. In sostanza, nell'ottica di Giustiniano, il risultato dell'arbitraggio doveva essere accettato in ogni caso per via della fiducia riposta dalle parti nel terzo. In tale senso (e contesto) era utilizzata l'espressione *arbitrium merum*: la determinazione era dovuta e, in sua mancanza, il contratto sarebbe stato nullo⁴⁵. L'efficacia del contratto era sospensivamente condizionata alla determinazione dell'arbitratore e, laddove egli non avesse espletato l'incarico, il negozio sarebbe stato colpito da nullità⁴⁶.

Dalla codificazione giustinianea, dunque, si evince un'elaborazione, da un lato, più semplificata e, dall'altro, più approfondita del tema, posto che si eliminò la differenza tra i due modi di determinazione e si operò un ampliamento delle figure negoziali per le quali era ammessa tale forma d'intervento del terzo e, inoltre, si estese l'attività dell'arbitratore alla prestazione in senso generale e non soltanto alla determinazione di specifici beni o valori⁴⁷.

3. *L'esperienza giuridica medievale*

Come si è accennato in apertura del precedente paragrafo, al diritto romano, che pure concepiva la figura dell'odierno arbitratore, era estraneo il termine *arbitrator*. Definizione che, invece, fu coniata in epoca medievale. Ma andiamo con ordine.

La natura negoziale del lodo arbitrale, come delineata dalle fonti romane, caratterizzò anche anche l'arbitrato del periodo altomedievale, nell'ambito del quale spiccava per diffusione e importanza la c.d. *episcopalis audientia*⁴⁸. La matrice di tale forma arbitrale era da

⁴⁵ SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 38 ss.

⁴⁶ BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, (dir. rom.), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, I, 927 ss.

⁴⁷ Per questa breve ricostruzione si vedano, tra gli altri, BOVE, *La perizia*, cit.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1996; DIEZ PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios juridicos*, Barcelona, 1957; PIERGIOVANNI, *L'arbitrato. Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 1999, I, 3 ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 7 ss.

⁴⁸ Su cui v., in particolare, VISMARA, *Episcopalis audientia*, Milano, 1923, *passim*; PIANO MORTARI, *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1959, 895; PIERGIOVANNI, *L'arbitrato*, cit., 9-10. Peraltro PUNZI, *Disegno*, cit., 74 e nota 55, rileva che nel XIV secolo si poté assistere ad un'evoluzione in materia arbitrale, segnata dall'affermazione – con la coincidenza delle stesse condizioni contemplate dalla

individuarsi nella regolamentazione dei procedimenti e delle decisioni affidati ai capi delle comunità cristiane ed ebraiche per la risoluzione di controversie di diritto privato.

In seno alla scuola dei Glossatori bolognesi fu propugnata un'idea di arbitrato in coerenza alle fonti romane.

Senonché in tale fase storica si venne a delineare una certa confusione tra *arbiter* e *arbitrator*, posto che i due termini venivano utilizzati per indicare, prevalentemente, la distinzione tra i moderni arbitro rituale e arbitro libero (o irrituale). Invero, l'*arbiter* era considerato come colui che decideva una controversia applicando il diritto e in forme processuali, mentre l'*arbitrator*, che pure era chiamato a risolvere un litigio, decideva *ex bono et aequo*, in funzione di *amicabilis compositor*. Onde la differenza tra le due figure era non già funzionale, ma soltanto riferita al criterio di giudizio. Inoltre il responso dell'*arbitrator* era sindacabile se iniquo, mentre quello dell'*arbiter* era inoppugnabile⁴⁹.

Il quadro non fu reso più chiaro dai formulari romani-canonistici per i contratti e i giudizi arbitrali, allorché iniziarono a prevedere che pure gli arbitri potessero decidere come amichevoli compositori, con atto impugnabile per iniquità e senza processo. In essi, in particolare, l'arbitro era definito “*arbiter, arbitrator, seu amicable compositor*”⁵⁰

Non vanno trascurate le mutate esigenze economiche del contesto storico di riferimento. La prassi dei rapporti mercantili richiedeva, invero, la

costituzione giustiniana di cui si è detto - di un compromesso *sine poena* accanto a quello munito di *poena*. Tale compromesso *nudo pacto* si perfezionava con l'incontro delle volontà delle parti e garantiva efficacia al lodo nel caso in cui esso venisse poi accettato espressamente o tacitamente. Dunque, in ogni caso la mera stipulazione del compromesso non vincolava le parti al rispetto della decisione arbitrale; era necessaria *ex post* un'accettazione espressa o tacita di essa.

⁴⁹ Per questa sintetica ricostruzione cfr., *ex multis*, BOVE, *La perizia*, cit., il quale inoltre ricorda un passaggio dello *Speculum iudiciale* del Durante del 1271, secondo cui l'*arbiter* giudica applicando il diritto e secondo processo, l'*arbitrator* giudica secondo equità e senza processo, è *amicabilis compositor*. La pronuncia di questo è impugnabile per iniquità mentre quella dell'*arbiter* è sempre vincolante; CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit., ove si fa riferimento anche agli *Statuti di Fano*, 1450, II, p. 49; DIEZ PICAZO, *El Arbitrio*, cit., il quale rileva che quella tra arbitratore e amichevole compositore è confusione antica che si è mantenuta con oscillazioni nel corso del diritto moderno. In tal senso cita un passaggio di Hevia Bolaños, *Curia philippica*, Madrid, 1783, 434, “sono arbitri quelli che determinano secondo diritto, e arbitratori quelli che lo fanno secondo arbitrio”.

⁵⁰ Riferimenti ai testi in CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit.; cfr. anche BOVE, *La perizia*, cit., 120.

possibilità di definire una parte, anche piccola, del rapporto contestato, nonché di poter beneficiare di un approccio arbitrale che decidesse *amicabiliter et de facto*. Si sviluppò così una sorta di giurisdizione speciale mercantile, con tratti via via sempre più di impronta pubblicistica – ne era un segno l'appellabilità delle decisioni – e che si esprimeva mediante un percorso processuale più flessibile di quello fornito dalla giurisdizione ordinaria. Tale maggiore flessibilità decretò la fortuna dell'*arbitrator*⁵¹.

In sostanza, secondo il pensiero medievale l'*arbitrator* era un particolare tipo di *arbiter*. Alla fine del XV secolo d. C., all'esito dunque di un significativo processo evolutivo dell'istituto arbitrale, l'*arbiter* e l'*arbitrator* rappresentavano due figure preposte alla soluzione delle liti⁵².

Peraltro, nello stesso tempo, con la scuola dei Commentatori si approfondì la distinzione tra *arbiter* ed *arbitrator* e si cominciò ad affermare gradualmente una concezione per così dire giurisdizionale dell'arbitrato. Invero, tale carattere venne dapprima attribuito al lodo reso in sede di arbitrato c.d. necessario⁵³, e poi anche al lodo emesso all'esito di un arbitrato volontario. Tale progressiva equiparazione tra lodo arbitrale e sentenza giudiziale comportò diverse conseguenze, tra le quali, ad esempio, quella per cui l'intervento giurisdizionale in caso d'inosservanza del lodo non si esprimeva riesaminando le ragioni delle parti, ma semplicemente rendendo esecutivo il lodo⁵⁴.

4. La Pandettistica e le codificazioni

Con la Pandettistica, sviluppatasi in Germania nel XIX secolo, la riflessione intorno alle due figure dell'*arbiter* e dell'*arbitrator* ha subito una significativa spinta.

⁵¹ PIERGIOVANNI, *L'arbitrato*, cit., 12.

⁵² Come ha segnalato MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, 1984, 111, “sia l'*arbiter*, sia l'*arbitrator* decidevano le liti: il primo in base alle norme previste nell'*Ordo iudicarius*, il secondo indipendentemente da esse (...) Come si vede la differenza è posta in termini processuali. È la diversa ritualità che caratterizza le due figure e rende immediatamente intellegibili i criteri che informavano la decisione: norma legale o logica equitativa”.

⁵³ Previsto specialmente dal diritto statutario per le controversie familiari, condominiali, tra poveri, poveri e ricchi, privati e notai, maestri e dipendenti, artigiani e operai. Cfr. sul punto MARINELLI, *La natura*, cit. 28; PIERGIOVANNI, *L'arbitrato*, cit., 12 ss; PUNZI, *Disegno*, cit. 72.

⁵⁴ Cfr. MARINELLI, *La natura*, cit., 27-28.

Invero, in tale contesto sono state riscoperte e rilette le fonti romane, ed è stata affermata la distinzione, per così dire funzionale, tra le due figure, come già sembrava emergere dall'impostazione di Proculo. Goldschmidt⁵⁵ ha rilevato che l'arbitratore, per le fonti classiche, è colui che ha il compito d'integrare un'incompletezza o un'inesattezza del contratto così come presumibilmente farebbero le parti, quando entrambe s'impegnano ad accettare il punto di vista di un uomo dal pensiero equo e ragionevole.

È stata tracciata così la linea distintiva tra l'atto dell'*arbiter* e quello dell'*arbitrator*; la rispettiva efficacia vincolante è data da criteri diversi da quelli enunciati dal Durante. Per la Pandettistica, inoltre, la decisione arbitrale è inoppugnabile, mentre quella dell'arbitratore impugnabile per manifesta iniquità.

Siffatta concezione dell'arbitraggio – con l'arbitrato inteso, in linea di massima, quale mezzo di risoluzione delle controversie (relative a diritti disponibili) alternativo alla giurisdizione, sfociante in un atto idoneo a produrre gli effetti della sentenza del giudice statale - è stata confermata dai moderni legislatori.

Per quanto concerne i sistemi di *civil law*, i codici francese, spagnolo e olandese, mentre da un lato prevedono il principio della determinabilità dell'oggetto del contratto, dall'altro contemplano, anziché una figura generale di arbitraggio, casi specifici di rimessione al terzo (ad esempio per la determinazione del prezzo nella compravendita). In realtà, a parte una certa timidezza della giurisprudenza francese, in tali “ambienti” la dottrina ammette comunque la figura generale.

In particolare, nel sistema iberico la norma cardine *in parte qua* è rappresentata dall'art. 1447, comma 1, del código civil, che ha ad oggetto proprio la fissazione del prezzo nella compravendita con ricorso, tra l'altro, all’*arbitrio de persona determinada*”⁵⁶. Non è tuttavia specificato se la

⁵⁵ *Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte*, in *GrünhutsZ*, 1875.

⁵⁶ Vi sono poi altre fattispecie potenzialmente declinabili nei termini dell'arbitraggio, sparse tra código civil e código de comercio. Invero, nel sistema spagnolo il rapporto tra arbitrato e arbitraggio è stato oggetto di diversi studi, nell'ambito dei quali è emerso anche l'interesse per la giurisprudenza e la dottrina iberica per la “*pericia dirimente*” (o simili), e cioè per la figura da noi conosciuta come perizia contrattuale. Tale interesse quasi sempre si è manifestato proprio in sede di analisi del rapporto e della differenze tra *arbitraje* e *arbitrio del tercero*. Di tali interessanti spunti daremo conto in maniera più approfondita in apposita sede del presente lavoro.

disciplina debba distinguersi, soprattutto in punto d'impugnabilità, a seconda del criterio usato.

La fattispecie generale di arbitraggio, come meccanismo di completamento del contenuto negoziale, è compiutamente regolata dal BGB tedesco, precisamente ai paragrafi 317-319⁵⁷.

Pure il codice civile italiano del 1942 ha optato per la figura generale (art. 1349) – salvo alcuni specifici divieti di applicazione dell'istituto –, declinabile nelle forme dell'arbitraggio con equo apprezzamento ovvero con mero arbitrio, con diversa sorte della determinazione a seconda del criterio utilizzato⁵⁸.

Nei sistemi di *common law* è contemplato il principio della determinabilità, anche con ricorso all'arbitratore, dell'oggetto del contratto, nella prospettiva di una rimessione volta sia ad integrare una lacuna (*filling gap*) sia a valutare/quantificare la prestazione (*valuation*). Tale strumento è nel sistema anglosassone molto usato per adeguare i rapporti di durata alle mutate condizioni (per es. per la determinazione di una nuova entità del canone di locazione)⁵⁹.

⁵⁷ Anche alle riflessioni della dottrina tedesca, prima e dopo l'avvento del BGB, sarà dato più ampio spazio nel prosieguo di questo scritto, data l'importanza che esse hanno rivestito, anche per gli studiosi italiani, con riguardo alla ricostruzione della figura della perizia arbitrale (o contrattuale), nel quadro del rapporto tra arbitrato e arbitraggio.

⁵⁸ Invero, accanto alla fattispecie generale, il legislatore italiano ha anche disciplinato casi specifici di intervento del terzo arbitratore, tra i quali spicca senz'altro l'ipotesi della determinazione del prezzo nella compravendita ex art. 1474, comma 3, c.c. Solo da figure specifiche era costituita la disciplina in materia di arbitraggio del codice civile del 1865 (pure qua, ad es., la determinazione del prezzo nella compravendita). Tuttavia la giurisprudenza e la dottrina già ammettevano l'ipotesi generale della determinabilità da parte del terzo dell'oggetto negoziale.

⁵⁹ Per tutta questa ricostruzione e per la breve panoramica sulle codificazioni in punto di arbitraggio, v., tra gli altri, CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 12 ss.

CAPITOLO II

PRIMI TENTATIVI RICOSTRUTTIVI E SPUNTI COMPARATISTICI

SOMMARIO: 1. Introduzione: premesse storico-sistematiche: 1.1. *La Schiedsgutachten nell'esperienza giuridica tedesca*; 1.2. *La dimensione storica dell'arbitrato irrituale*. - 2. Breve rassegna delle tesi in ordine alla perizia contrattuale: 2.1. *Perizia contrattuale come arbitraggio*; 2.2. *Perizia contrattuale come fenomeno arbitrale*; 2.3. *Perizia contrattuale tra arbitrato e arbitraggio*; 2.4. *L'autonomia della perizia contrattuale*. - 3. Istituti affini nell'esperienza giuridica di altri ordinamenti: 3.1. *Il bindend advies olandese*; 3.2. *L'expertise irrevocabile belga*; 3.3. *L'expertise irrevocabile ou obligatoire francese*; 3.4. *La Schiedsgutachten nei sistemi germanici*; 3.5. *I sistemi di common law*. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione: premesse storico-sistematiche

Dato conto, molto brevemente, della dimensione (e dell'evoluzione) storica dell'arbitrato e dell'arbitraggio, con il presente capitolo s'inizia ad affrontare il problema della ricostruzione, in chiave moderna, della perizia contrattuale.

A tale scopo sarà necessario prendere in esame le varie impostazioni, più o meno recenti, che si sono occupate della questione, le quali in un modo o nell'altro, come si è accennato in apertura del presente lavoro, hanno sempre studiato l'istituto della perizia affiancandolo vuoi all'arbitraggio, vuoi all'arbitrato, vuoi a entrambi.

Inoltre si reputa non secondario fornire una breve panoramica storico-comparatistica, che possa condurci ad individuare, nell'esperienza di altri ordinamenti, figure affini alla nostra perizia contrattuale.

Senonché in questa fase (ancora) introduttiva non sembra fuori luogo illustrare - come una sorta di premessa storico-sistematica all'analisi delle diverse tesi sulla perizia contrattuale sviluppate, in particolare, nel sistema italiano - i contributi autorevoli della dottrina tedesca di fine '800 e inizio '900; nonché le dinamiche storiche che hanno condotto al riconoscimento ufficiale dell'arbitrato c.d. irrituale (o libero).

Tale premessa consente: da un lato, e in via preliminare, di comprendere le ragioni della difficoltà, per così dire, d'inquadramento della perizia contrattuale (o arbitrale); dall'altro, di far emergere significativi punti di partenza per un successivo tentativo di ricostruzione del fenomeno,

precipuamente nell'ambito del sistema italiano.

Si tratta, peraltro, di profili e spunti che possono essere letti nel contesto dell'evoluzione storica trattata nel capitolo precedente. È d'altro canto preferibile collocare la breve analisi in questa sede poiché, a nostro sommo avviso, contengono quelli che possono essere definiti gli antecedenti concettuali e sistematici più prossimi alle elaborazioni più recenti, da cui è poi necessario muovere per la ricostruzione oggetto della presente ricerca.

*1.1. La Schiedsgutachten nell'esperienza giuridica tedesca*⁶⁰

La dottrina tedesca dello *Schiedsgutachter* (*arbitrator* o perito arbitrale) è quella che studia i casi in cui le parti affidano ad un terzo “la soluzione di una o più questioni o, più genericamente, di un problema attinente ad un loro rapporto giuridico, problema che il terzo risolve in modo vincolante per le parti stesse, ma senza essere un arbitro”⁶¹.

Una questione problematica, che ha impegnato notevolmente i giuristi tedeschi tra il XIX e il XX secolo, è quella attinente al rapporto tra *Schiedsgutachter* e *arbiter* (*schiedrichter*).

Prima dell'avvento del BGB (XIX secolo), sulla scia di quanto si affermava nel diritto romano, l'*arbitrator* era considerato un terzo che in qualche modo interveniva nella formazione di rapporti contrattuali. L'idea di fondo era che se l'*arbiter* decide una controversia in luogo del giudice, l'*arbitrator* opera sul piano sostanziale, determinando i rapporti giuridici tra le parti.

Invero, occorre tener conto che la speculazione degli autori tedeschi in materia di arbitraggio (*Schiedsgutachten*) partiva dalla considerazione di alcuni fenomeni, riscontrabili nella prassi, che non si manifestavano con un'attività di completamento contrattuale.

In siffatto contesto compare un'opera del Weismann⁶². Tale autore –

⁶⁰ Nella sua opera monografica già citata, BOVE dedica un apposito capitolo allo studio della *Schiedsgutachten* nell'esperienza tedesca. Non è ovviamente questa la sede per una riproposizione delle varie tesi propugnate dagli autori tedeschi con l'approccio analitico dell'Autore citato. Peraltro tale analisi costituisce senz'altro la fonte principale della breve ricostruzione che si va a proporre.

⁶¹ Così BOVE, *La perizia*, cit., 39.

⁶² WEISMANN, *Das Schiedsgutachten*, 1888.

che pure ricorda che secondo l'opinione più diffusa al suo tempo l'*arbiter* risolve e decide controversie giuridiche, mentre l'*arbitrator* fissa un punto che le parti, nella formazione o nell'esecuzione di un contratto, hanno lasciato aperto proprio per farlo completare dal terzo⁶³ - ritiene che l'attività dello *schiedsgutachter* non possa essere ristretta alla determinazione della prestazione negoziale, perché essa può venire in gioco anche quando tale determinazione è già fatta dalle parti, ad esempio allorché si tratta solo di valutare la bontà di un lavoro compiuto. E tale funzione può essere espletata anche in assenza di un contratto: se un soggetto deve risarcire un altro, le parti possono chiedere all'arbitratore la determinazione del danno.

Insomma, se il campo d'intervento dello *schiedsgutachter* è più ampio della mera determinazione dell'oggetto del contratto, esso serve comunque a specificare un rapporto giuridico, contrattuale o meno. La fattispecie trova per così dire la sua base in un accordo dispositivo di matrice sostanziale (*schiedsgutachtenvertrag*).

Come si è già segnalato, il BGB poi ha accolto la concezione più ristretta di arbitraggio, limitando la fattispecie all'ipotesi dell'incarico dato dalle parti al terzo per la determinazione della prestazione da esse, per dir così, lasciata vuota.

Un'altra idea da considerare è quella di Kisch⁶⁴, per il quale - guardando, in particolare, all'attività del terzo incaricato di accertare singoli elementi relativi all'esistenza o al modo di essere di pretese derivanti da contratti di assicurazione - la funzione dello *schiedsgutachter* è di accertamento di un fatto rilevante per l'esistenza o il modo di essere di una pretesa giuridica⁶⁵.

Tuttavia anche per tale autore la matrice del fenomeno è sostanziale. In tale ottica, l'obbligo risarcitorio in assenza dell'opera del terzo (intesa anche come perizia arbitrale) non è sorto; la perizia è il presupposto per la nascita della pretesa, ponendosi come una sorta di termine o condizione. Per questa via, non siamo in mancanza della prova di un fatto, ma proprio

⁶³ In tal senso cfr. anche GLUCK, *Commentario alle Pandette*, III, Milano 1888, 272-273.

⁶⁴ KISCH, *Der schiedsmann im Versicherungsrecht*, Mennheim, Berlino, Lipsia, 1924, opera peraltro apparsa dopo l'entrata in vigore del BGB.

⁶⁵ Invero al perito si può anche chiedere la soluzione di una questione giuridica.

nell'inesistenza (momentanea) di un presupposto per la nascita dell'obbligo.

Weismann e Kisch sostengono, dunque, un'idea “sostanziale” della figura del perito arbitrale per così dire mutuata dallo *schiedsgutachter*. Tuttavia il primo, a differenza del secondo, appare più propenso a non escludere l'applicabilità di alcune norme processuali dettate in materia di arbitrato (per ciò che attiene, ad esempio, alla nomina, imparzialità e ricasazione).

La scelta operata dal BGB ha fatto sì che progressivamente venisse messa in discussione l'unitarietà del fenomeno peritale, posto che, optando per una fattispecie di arbitraggio in funzione di completamento del contenuto contrattuale, ha condotto all'esclusione dei casi “storicamente” riportati nell'ambito della perizia, pur sempre vivi nei traffici giuridici.

In realtà, a livello giurisprudenziale si è tentato di far convivere all'interno della fattispecie delineata ai paragrafi 317-319 del BGB le diverse manifestazioni di *Schiedsgutachten* conosciute dalla prassi. Da questo punto di vista, dev'essere ricordata la fondamentale decisione del *Reichsgericht* del 23 maggio del 1919, la quale ha ricondotto all'attività dello *schiedsgutachter*:

- la determinazione della prestazione espressamente prevista dal BGB;
- la concretizzazione di un elemento previsto solo in astratto (ad esempio: il prezzo di mercato) in ragione della mancanza di specifiche conoscenza. In questo caso, peraltro, l'attività è non già determinativa ma accertativa, e si può applicare analogicamente il BGB, considerando che l'inefficacia del responso si ha non con la manifesta iniquità ma con l'erroneità manifesta;
- l'accertamento vincolante di uno o più elementi rilevanti per la sussistenza o il modo di essere di una pretesa giuridica (si tratta dei casi classici degli arbitrati sulle qualità e delle clausole in materia assicurativa per la determinazione, ad esempio, del *quantum*). Anche per questa ipotesi è affermata l'applicabilità analogica del BGB, con rilievo della manifesta erroneità del responso.

Pertanto, allineandosi alla dottrina antecedente il BGB, la Corte tedesca, in tale pronuncia, ha riconosciuto che la *Schiedsgutachten* dà luogo ad attività diverse ma è fenomeno unitario, sottoposto alla medesima

disciplina.

È la dottrina, al contrario, ad approfondire la distinzione tra le diverse realtà.

Secondo Hellwig⁶⁶ l'attività dello *schiedsgutachter* è ben circoscritta dal BGB, onde allorché il perito accerta elementi tecnici rilevanti per l'esistenza delle pretese giuridiche opera come arbitro, non certo come arbitratore.

Altri autori, sempre proponendo una visione contraria all'impostazione giurisprudenziale che confonde nella stessa figura *schiedsgutachter* e *arbitrator*, hanno sviluppato una riflessione che pone in relazione il fenomeno peritale con i negozi processuali.

Così, Sachse⁶⁷ ha affermato l'ammissibilità - nel campo del diritto processuale dispositivo e in ordine a controversie su diritti disponibili - di contratti processuali non espressamente disciplinati, quali ad esempio i contratti probatori. Essi possono vincolare il giudice rispetto all'accertamento di un certo fatto, con salvezza o meno della prova contraria.

In questo senso è ammissibile ad esempio il contratto confessorio; del resto, se in caso di controversie relative a diritti disponibili le parti possono "rinunciare" alla prova del fatto con la mancata contestazione di esso, lo stesso effetto può essere prodotto con un contratto che fissa il fatto. Dunque l'autore ha qualificato la perizia, che per lui ha lo scopo di accertare un fatto rilevante in un rapporto giuridico preesistente, in termini di contratto probatorio; un contratto di fissazione di un fatto. In tale ottica il patto peritale comporta il rigetto in rito della domanda eventualmente proposta prima dell'espletamento della perizia.

Anche per Schiedermair⁶⁸ un contratto che produce effetti che incidono sul processo è ammissibile tutte le volte in cui si ha a che fare con norme processuali dispositive. La perizia arbitrale fa parte dei negozi probatori; con essa si ottiene la fissazione di fatti o di presunzioni, ovvero l'esclusione dell'uso di alcuni mezzi di prova. Il contratto confessorio rende vincolante il fatto, non ammettendo nel processo la sua contestazione.

⁶⁶ HELLWIG, *System des deutschen zivilprozessrechts*, II, Lipsia, 1919, *passim*.

⁶⁷ SACHSE, *Beweisverträge*, ZZP, (54), 1929, 409 ss.

⁶⁸ SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935.

Il patto peritale, dunque, non ha matrice sostanziale, giacché non condiziona la nascita della pretesa giuridica. Il terzo incaricato dalle parti accerta un fatto rilevante per la pretesa; si delinea così una sorta di via di mezzo tra contratto confessorio e contratto di arbitrato.

Un altro autore⁶⁹, invece, ha segnalato che con la *Schiedsgutachten* si individuano, in realtà, fenomeni diversi.

Le parti, in effetti, possono chiedere l'intervento del terzo per l'integrazione del negozio non ancora completo (e si tratta, in tal caso, dell'ipotesi espressamente contemplata dal BGB); inoltre è riconducibile a tale schema anche il caso dell'attività peritale prevista dalle c.d. clausole di adeguamento (laddove a seguito dell'opera del terzo si va a costituire un nuovo rapporto in base a rapporto pregresso).

Ma le parti possono anche dare l'incarico al terzo di concretizzare un elemento indicato in astratto (per esempio il prezzo di mercato, oppure il canone adeguato). Posto che in questo caso il rapporto è perfezionato, l'attività richiesta allo *schiedsgutachter* ha natura accertativa/dichiarativa. E siffatta natura sussiste anche allorché al perito è chiesto di accertare, con responso vincolante, un elemento della fattispecie di un rapporto preesistente. In questa ipotesi si assiste all'affidamento al terzo di un pezzo della controversia - il quale non potrebbe essere assegnato al giudice o all'arbitro - ed entra in gioco un istituto processuale, mentre la *Schiedsgutachten* nella forma costitutiva integra un fenomeno che si esprime sul piano sostanziale. Tuttavia, come previsto dal BGB, anche la perizia dichiarativa può essere sindacata dal giudice, in particolare per manifesta erroneità.

La tesi propugnata da Habscheid ha costituito la base per ulteriori riflessioni. Senza il venir meno di impostazioni tese a ricondurre il fenomeno peritale nel quadro dei contratti processuali/probatori, una parte della dottrina tedesca è giunta a considerare la *Schiedsgutachten* dichiarativa come la perizia in senso stretto, e cioè la vera e propria perizia arbitrale.

Per una parte degli interpreti tedeschi, dunque, la perizia è un arbitrato parziale, nel senso che l'arbitro decide la controversia nel suo complesso,

⁶⁹ HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, in *Festschrift für Lehmann*, II, Berlin, 1956, *passim*; ed altri scritti, puntualmente indicati da MARINELLI, *La natura*, cit., 11, nota 9.

mentre il perito accerta solo un pezzo di essa.

Ad ogni modo, il dato interessante è che si è corroborata vieppiù l'idea della matrice processuale dell'istituto. Sennonché è con riferimento alla disciplina applicabile (per esempio: norme applicabili; rapporto con l'eventuale processo instaurato dinanzi al giudice statale, e così via) che risultano ancora evidenti discordanze.

Sono state allora proposte teorie, per così dire, intermedie, nell'ambito delle quali può essere ricordata quella di Wittmann⁷⁰, secondo il quale, ad onta della configurazione della *Schiedsgurachten* adottata dal BGB, non sono venuti meno gli altri fenomeni conosciuti dalla prassi e ricondotti storicamente alla stessa figura. Così, la perizia arbitrale può essere integrativa/costitutiva (come anche nel caso della modifica dei rapporti contrattuali di durata nell'ambito della clausole di adeguamento, ove emerge anche una funzione accertativa, ma senz'altro prevale quella modificativa); ovvero dichiarativa, nelle due forme già descritte sopra.

In quest'ultimo caso il terzo può accertare un fatto ma anche una questione giuridica concreta, e viene a configurarsi un fenomeno a metà tra realtà sostanziale e realtà processuale: l'efficacia vincolante della perizia, infatti, ha matrice sostanziale, mentre il patto che fonda il meccanismo produce un effetto processuale prima che la perizia sia eseguita.

Secondo siffatta impostazione, non è possibile fare ricorso allo schema del contratto confessorio, poiché con esso si possono fissare solo fatti. Inoltre tale negozio ha senso nella prospettiva di un processo, mentre la perizia opera prima e indipendentemente da esso.

L'autore cerca di tracciare un sentiero unitario in punto di disciplina (è ritenuto applicabile, ad esempio, il principio del contraddittorio). In particolare, per ciò che attiene all'eventuale controllo di merito sul responso del terzo, afferma l'applicazione delle norme in materia disposte dal BGB: come la perizia integrativa è inefficace per manifesta iniquità, la perizia dichiarativa è inefficace per manifesta erroneità.

L'indagine della dottrina tedesca si è soffermata anche sulla distinzione tra *schiedsgutachter* (arbitratore) e *schiedsrichter* (arbitro), che diviene impresa non semplice in quei casi al terzo è demandata un'attività di

⁷⁰ WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages*, 1978

accertamento oppure anche una modificazione giuridica ma pur sempre in relazione ad un rapporto preesistente. In tale prospettiva sono stati formulati alcuni criteri.

Secondo un primo criterio, occorre guardare alla natura del compito del terzo. Con riferimento alla perizia dichiarativa, va rilevato che essa decide un pezzo della controversia giuridica, mentre con l'arbitrato si vuole giungere alla soluzione della controversia complessiva. In linea di massima, dunque, secondo questa idea nell'ipotesi delle clausole di adeguamento si ha sempre perizia integrativa e non già arbitrato.

Sulla base di un secondo criterio, occorre far leva sulla volontà delle parti. Il perito arbitrale/arbitratore e l'arbitro possono, invero, espletare la stessa funzione, onde per distinguere occorre guardare alla volontà delle parti circa la disciplina da seguire.

Per Weismann la sovrapposizione tra perito e arbitro può essere configurabile, posto che all'arbitro può essere richiesta la stessa attività di un perito e non viceversa. Sicché si tratterebbe di vedere se le parti hanno voluto un responso sindacabile per la manifesta iniquità/erroneità ovvero hanno voluto un atto non sindacabile.

Su questa stessa linea d'indirizzo si è posto anche Habscheid, anche se con un'idea di partenza opposta, nel senso che per quest'ultimo autore è il perito a poter svolgere la funzione dell'arbitro e non viceversa. Il perito può accertare una questione giuridica, dunque può occuparsi anche della controversia, con la differenza che il suo responso è sindacabile. L'arbitro, invece, non può né accertare mere questioni, né integrare contratti. Nel caso della modificazione giuridica (ad esempio: clausole di adeguamento) i compiti possono sovrapporsi e ciò dipende dalla volontà delle parti. Insomma, se al terzo è demandata un'attività di tipo costitutivo egli è sempre *arbitrator*, se invece entra in scena un'opera di modificazione giuridica può trattarsi di *arbitrator* o *arbiter* a seconda della volontà delle parti sul regime del responso.

Weismann peraltro ha affermato che nella prassi la figura dell'*arbitrator* era diventata qualcosa di più complesso, giacché non interveniva solo nell'integrazione di un rapporto giuridico ma anche nella fissazione di un fatto o di un elemento della fattispecie di un rapporto giuridico preesistente.

Così ha cominciato a prendere quota l'idea secondo la quale la differenza tra *arbiter* e *arbitrator* sta fondamentalmente nell'oggetto dell'attività del terzo, in quanto il primo accerta un rapporto, il secondo risolve solo una questione attinente ad esso.

Tale idea non è stata però accolta da Wittmann. A suo avviso, in disaccordo con la dottrina maggioritaria, per l'arbitrato non sussistono i limiti oggettivi che valgono per il processo statale: qui, infatti, in ragione di esigenze pubblicistiche di economia processuale, la domanda giudiziale deve contemplare un oggetto minimo (ex art. 256 ZPO). Onde il potere di accertamento dell'arbitro ha la stessa ampiezza di quello del perito. Ma anche il perito può accertare quello che normalmente accerta un arbitro, e cioè il rapporto nel suo complesso.

Sicché il discrimine tra *arbiter* ed *arbitrator* non starebbe nella funzione espletata. Il solo criterio valido per distinguere sarebbe dato dalla disciplina del responso: così, mentre il lodo è sempre vincolante, la perizia lo è fino al limite della manifesta iniquità/erroneità. La scelta per l'uno o l'altro regime è fatta dalle parti.

Infine, secondo un terzo criterio che potrebbe essere definito misto, posto che l'arbitro può svolgere solo un'attività equipollente a quella giudiziale, quando al terzo è chiesta la soluzione solo di una questione rilevante ai fini della pretesa si è dinanzi ad una perizia arbitrale; se invece l'accertamento richiesto ha ad oggetto l'intera pretesa, si è di fronte ad un arbitrato.

Nel campo della modificazione giuridica (ad esempio: clausole di adeguamento) può delinearsi l'attività sia di un *arbitrator* sia di un arbitro, poiché si tratta bensì di modificare ma pur sempre in relazione ad un rapporto preesistente. La scelta del regime è rimessa alle parti.

Come si è potuto verificare l'esperienza tedesca ha prodotto un materiale vario e copioso - di cui in questa sede non si è potuto far altro che proporre una breve rassegna - i cui risultati, tuttavia, sono stati considerati piuttosto incerti⁷¹, nel senso che non sono riusciti a fornire una ricostruzione unitaria e appagante del fenomeno pratico, denominato perizia arbitrale, non

⁷¹ BOVE, *La perizia*, cit., 126 ss.

espressamente regolato dai codici⁷².

1.2. La dimensione storica dell'arbitrato irrituale

Dopo aver illustrati i passaggi a nostro avviso più interessanti delle riflessioni degli autori tedeschi, dunque dopo aver compreso quanto il “problema” della perizia contrattuale sia complesso, occorre completare questa lunga premessa con un altro elemento, del quale tener conto per meglio aver chiaro il quadro entro cui collocare il nostro studio.

Si tratta di quell'istituto definito arbitrato libero o irrituale, per distinguerlo dall'arbitrato regolato espressamente nel codice processuale⁷³.

Com'è noto, nel nostro ordinamento il riconoscimento ufficiale dell'arbitrato libero si è avuto con una famosa sentenza della Corte di cassazione di Torino del 27 dicembre 1904⁷⁴, la quale, ponendo a base del suo ragionamento il principio di autonomia privata, ebbe a dichiarare la validità ed efficacia di una forma di arbitrato non espressamente contemplato dalla legge processuale. Secondo la Corte, dato che il codice di procedura civile non prende(va) in considerazione ipotesi di soluzione amichevole delle controversie, essendo esse rimesse alla libera volontà delle parti, deve riconoscersi a queste ultime la possibilità di far risolvere la lite da un terzo da esse scelto, obbligandosi ad accettare la di lui soluzione come fosse stabilita convenzionalmente da loro.

Viene così a configurarsi un modalità arbitrale che conduce ad un responso con valore negoziale⁷⁵.

Il dibattito suscitato da tale sentenza, tuttora non sopito, si è mostrato

⁷² Per uno più dettagliato e approfondito della dottrina tedesca v. BOVE, *La perizia*, cit., 39 ss. dal quale, come si è detto, si è tratto spunto; v. anche CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit., *passim*.

⁷³ Avremo modo più volte nel prosieguo di trattare dell'arbitrato libero. In questa sede introduttiva è nostro interesse semplicemente illustrare l'origine e la portata non solo italiana del fenomeno, così da delineare in maniera più completa il panorama degli istituti di riferimento a cui collegare, in un modo o nell'altro, la perizia contrattuale.

⁷⁴ In *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45, con nota di BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*.

⁷⁵ Si è detto che, soffermando l'attenzione sul dato giuridico relativo alla dimensione negoziale del lodo, l'arbitrato irrituale rispecchia la concezione che dell'arbitrato era emersa nel diritto romano. V. in tal senso BONFANTE, *Dei compromessi*, cit., 45 ss.; v. anche la ricostruzione di MARINELLI, *La natura*, cit., 14-15.

estremamente acceso⁷⁶. In effetti, soprattutto a partire dal giudicato torinese, la riflessione intorno alla c.d. natura dell'arbitrato libero e alla distinzione dall'arbitrato rituale ha impegnato (e impegna) giurisprudenza e dottrina costantemente, e sovente si è affermato che tale impegno per così dire speculativo ha coinvolto, in realtà, solo gli interpreti italiani⁷⁷.

Invero, il fenomeno dell'arbitrato irrituale era conosciuto nella pratica già dal XIX secolo⁷⁸ e, inoltre, tracce che riportano a tale istituto possono essere rinvenute anche in esperienze esterne all'ordinamento italiano⁷⁹.

Come si è visto nel paragrafo precedente, ad esempio, secondo Habscheid dalle norme del BGB in materia di arbitraggio è possibile ricavare la presenza anche di una perizia arbitrale con funzione accertativa/dichiarativa. Inoltre l'attività del perito ben potrebbe avere ad oggetto il rapporto giuridico controverso nel suo complesso; in tal caso il terzo giunge a regolare il rapporto con un responso che però non produce gli effetti di una

sentenza arbitrale.

In ragione di siffatta impostazione si è sostenuto che la figura del perito arbitrale tedesco corrisponde a quello dell'arbitro libero italiano⁸⁰.

Vanno poi segnalati uno scritto di Wenger⁸¹ nel quale l'autore elvetico ricorda che la prassi di un arbitrato per così dire negoziale, giuridicamente

⁷⁶ V. per una sintesi di esso BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688 ss.; v. anche *Id.*, *Sub art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 65 ss.; cfr. anche MARINELLI, *La natura*, cit., 7 ss.

⁷⁷ Ma v. i rilievi critici sul punto di MARINELLI, *La natura*, cit., 10 ss.

⁷⁸ Cfr. la ricostruzione di MARINELLI, *La natura*, cit., 7 ss. e note a pag 8. L'Autore segnala la diffusione dell'arbitrato libero soprattutto nella prassi delle Camere di Commercio, e rileva che, peraltro, la dottrina antecedente al giudicato torinese aveva trattato del fenomeno in parola di sfuggita, con riferimento soprattutto alla pratica del c.d. biancosegno (su quest'ultimo istituto v. *infra*, cap. IV, par. 6).

⁷⁹ In questi brevi passaggi, ripercorsi come premesse generali alla nostra ricerca, ci limiteremo a segnalare alcuni spunti relativi all'esistenza di fenomeni riconducibili, in qualche modo, all'arbitrato libero in altri ordinamenti. Più avanti nel lavoro, proprio in ragione dell'importanza del tema in vista di una ricostruzione attuale della perizia contrattuale, ci dedicheremo più analiticamente ad un'indagine comparativa; per forza di cose vedremo che tale investigazione avrà ad oggetto, non soltanto fenomeno accostabili alla perizia contrattuale *tout court*, ma anche l'arbitrato, dunque pure (se non soprattutto) l'arbitrato libero.

⁸⁰ VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 187-188; cfr. più in generale i rilievi di MARINELLI, *La natura*, cit., 11 e note 9,10 e 11.

⁸¹ *Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren in schweizerischen Recht*, Basel, 1968, *passim*.

legittimato dal diritto delle obbligazioni, era conosciuta, non solo nel sistema olandese⁸², ma anche in quello svizzero; ed uno di Kassis⁸³, ove si evidenzia come le caratteristiche peculiari dell'arbitrato irrituale italiano siano rinvenibili in fenomeni, variamente denominati, presenti in altri sistemi (*Schiedsgutachten* nell'esperienza tedesca ed elvetica; *expertise irrevocable ou obligatorie ou amiable ou conventionnelle* nel sistema franco-belga; *bindend advies* in Olanda; *valuation* o *certification* negli ambienti di *common law*). Qui, pur nella varietà delle forme, entra in gioco sempre una modalità di soluzione della controversia mediante un atto negoziale, diverso, quanto a natura ed efficacia, dall'atto conclusivo dell'arbitrato regolato dalla legge processuale.

Si è lamentato che tali spunti, peraltro, non siano stati sufficientemente valorizzati; anche in Italia, per lo più, si è continuato ad affermare l'esclusività nel nostro paese dell'esperienza dell'arbitrato libero⁸⁴.

Ad ogni modo, proprio nel nostro ordinamento l'arbitrato irrituale è, a seguito dell'ultima riforma della disciplina dell'arbitrato, intervenuta con il D.lgs 2 febbraio 2006, n. 40, espressamente regolato dal codice processuale (art. 808 *ter*).

Salvo approfondire nelle apposite sedi del presente lavoro, è possibile anticipare che in esso, ad oggi, sono contemplate due modalità di arbitrato: quella rituale, che si conclude con un atto equipollente alla sentenza giudiziale (art. 824 *bis* c.p.c.); quella irrituale, il cui esito consiste nella emanazione di una “determinazione contrattuale” (art. 808 *ter*, comma 1, c.p.c.).

2. Breve rassegna delle tesi in ordine alla perizia contrattuale

Ripresi a mente i casi elencati nell'introduzione generale del presente scritto come ipotesi (pratiche) di perizia contrattuale, occorre adesso ripercorrere, sia pur brevemente, le varie tesi aventi ad oggetto proprio la

⁸² Si approfondirà, come detto, più avanti; basti qui anticipare che nell'ordinamento olandese l'arbitrato libero è conosciuto da diversi decenni in termini di *bindend advies*, ed il relativo fondamento giuridico è stato individuato nell'autonomia negoziale dei privati.

⁸³ *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, I, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, 1987, 65 ss.

⁸⁴ Cfr. pure *in parte qua* i rilievi critici di MARINELLI, *La natura*, cit., 13.

definizione del fenomeno oggetto del nostro studio.

La riproposizione di tali argomentazioni, oltre che in ragione dell'autorevolezza delle fonti da cui sovente provengono, risulta fondamentale per completare il quadro degli elementi da cui muovere per poi avviare la nostra indagine in termini concreti, nella prospettiva di giungere, infine, alla soluzione (a nostro avviso) preferibile.

2.1. Perizia contrattuale come arbitraggio

Secondo una parte della dottrina, la perizia contrattuale non gode di una propria “legittimazione” giuridica autonoma.

Invero, secondo una prima ricostruzione, essa è una particolare forma di arbitraggio, in quanto interviene allo scopo di colmare una lacuna contrattuale, ossia a determinare un elemento di un contratto già perfezionato ma, per l'appunto, incompleto.

Salvo poi analizzare più dettagliatamente la relazione intercorrente tra la perizia e l'arbitraggio, ci limitiamo in questa sede a ricordare che, ai sensi dell'art. 1349 c.c., “se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice” (comma 1); inoltre, “la determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo” (comma 2).

La fattispecie delineata dalla norma testé citata integra un'applicazione del principio di determinabilità della prestazione contrattuale. Con la clausola di arbitraggio le parti deferiscono a terzi tale determinazione, la quale diviene vincolante in quanto è da esse fatta propria.

La norma è stata ritenuta applicabile, salvo deroga espressa, oltre che ad ogni tipo di contratto, alla più ampia categoria del negozio giuridico; inoltre essa è riferibile non soltanto alla determinazione della prestazione, ma anche ad ogni elemento del contenuto contrattuale lasciato “vuoto” dalle parti⁸⁵

⁸⁵ Cfr. CATRICALA', voce <<Arbitraggio>>, in *Enc. Giur.*, 1988, 1 ss. ; ad ogni modo, come anticipato, ci occuperemo anche più avanti dell'arbitraggio. Qui ci limitiamo a

Rispetto all'arbitraggio, per così dire, *tout court*, la perizia contrattuale recherebbe con sé la peculiarità della natura necessariamente tecnica dell'accertamento posto alla base della determinazione del terzo perito-arbitratore⁸⁶. Per questa via, pertanto, la perizia costituirebbe un fenomeno di diritto sostanziale.

Peraltro, in quest'ottica, la perizia contrattuale è declinabile, almeno secondo le elaborazioni più approfondite, in due modi: da un primo punto di vista, come arbitraggio nel contratto di accertamento ove l'attività del perito-arbitratore ha ad oggetto l'elemento tecnico/di fatto oggetto di contrasto (delineandosi un contratto di accertamento di un fatto⁸⁷); da altro punto di vista, come necessario sviluppo, in termini di arbitraggio, del contratto base, onde il rapporto costituito dal negozio originario non è completo sino allo svolgimento della perizia⁸⁸. In quest'ultimo ordine d'idee, pertanto, nel caso dell'incarico conferito per la determinazione del *quantum* risarcitorio, il responso del perito va ad integrare la volontà contrattuale già manifestata nel contratto di assicurazione.

2.2. Perizia contrattuale come fenomeno arbitrale⁸⁹

Alcuni autori sostengono l'assimilazione della perizia contrattuale all'arbitrato (rituale⁹⁰ ovvero irrituale⁹¹).

ricordare, tra gli altri, alcuni studi fondamentali in materia: CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit.

⁸⁶ FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 29; VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione, clausola arbitrale e clausola peritale*, in *Riv. arb.*, 1996, 623 ss.; in passato tale ricostruzione è stata fatta propria da ASCARELLI, *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni*, 1936, II; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923.

⁸⁷ Cfr. BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 14 ss., ove illustra la tesi, nel senso riportato nel testo, di ASCARELLI, con i relativi richiami in nota. Per quanto riguarda la dottrina tedesca concorde rispetto a tale ricostruzione, l'Autore citato nel testo dà conto, approfonditamente, delle tesi di WITTMAN (pp. 88 e ss., con relative note) e di WAGNER (pp. 103 e ss. e note ivi contenute).

⁸⁸ Cfr. la ricostruzione in BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., e i richiami a SCADUTO e a PIPIA (pp. 10 e ss. e note 27-28).

⁸⁹ Anche, e soprattutto, il rapporto tra la perizia e l'arbitrato verrà approntato più avanti, nel capitolo IV. Per ora, anche con riferimento a tale profilo, ci limitiamo a brevissimi cenni, volti solo a dar conto della lettura propugnata *in parte qua*.

⁹⁰ È la soluzione a cui giunge, ad esempio, BOVE, *La perizia*, cit., all'esito della sua interessante e molto approfondita indagine. Ad ogni modo non sembra il caso, in queste battute iniziali, di approfondire i problemi posti dall'accostamento all'una o all'altra forma di arbitrato, cosa che ovviamente richiama la questione generale (e tuttora

L'idea di fondo è quella per cui l'accertamento effettuato dal perito è richiesto per superare un contrasto, avente ad oggetto solo la questione o l'elemento su cui egli è chiamato a fornire il suo responso.

Del resto – si rileva – nell'arbitrato non valgono i limiti relativi all'oggetto della domanda giudiziale. Essa, invero, per ragioni di rilievo pubblicistico legate ad esigenze di economia processuale, non può che contemplare, come oggetto strutturale minimo, la richiesta di tutela – di accertamento, di condanna o costitutiva – di una situazione giuridica soggettiva. Nell'arbitrato tali esigenze vengono meno, posto che i costi di tale forma di giustizia sono a carico dei privati che vi fanno ricorso, non già delle casse dello Stato⁹². Onde in tale sede è possibile l'accertamento di semplici questioni.

La natura arbitrale del fenomeno peritale s'intuisce dalla casistica, più volte ricordata, attraverso la quale esso si è storicamente manifestato nell'ambito dei traffici giuridici. Gli esempi più pregnanti sono rappresentati dall'incarico al terzo per la quantificazione del danno in ipotesi di illecito coperto da garanzia assicurativa, e dagli arbitrati sulle qualità, ove al perito è richiesto un responso circa la corrispondenza o meno della fornitura alla qualità pattuita.

Tale impostazione critica l'assimilazione della perizia all'arbitraggio, poiché la fattispecie ex art. 1349 c.c. ha matrice esclusivamente sostanziale e si profila allorché al terzo è chiesta la integrazione del contratto, lasciato indeterminato, con riferimento a qualche elemento, dalle parti stesse.

Come avremo modo di vedere più analiticamente nel prosieguo del lavoro, anche una rilevante parte della giurisprudenza tende a ricondurre la perizia contrattuale all'arbitrato (libero).

2.3. Perizia contrattuale tra arbitrato e arbitraggio

Secondo altra impostazione, probabilmente maggioritaria in dottrina, la perizia contrattuale altro non è che una particolare forma di arbitrato ovvero di arbitraggio a seconda che venga posta in essere per dirimere una

controversa) della distinzione tra le due modalità di arbitrato; avremo modo di affrontare il problema più avanti.

⁹¹ Lo sostiene, tra gli altri, CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 23.

⁹² In questo senso cfr. LUISO, *L'oggetto*, cit., 673; BOVE, *La perizia*, cit., 176 ss.

controversia in forma negoziale (su una determinata questione tecnica) o per completare il contenuto di un contratto, bensì perfezionato ma carente di uno o più elementi rilevanti nell'economia del regolamento d'interessi⁹³. Da questo punto di vista, la particolare competenza tecnica del terzo non condizionerebbe la natura dell'istituto, anche se la "scientificità" dell'accertamento serve, in un'ottica definitoria, a distinguere la perizia dall'arbitraggio e dall'arbitrato⁹⁴.

Invero, autorevole dottrina⁹⁵ ha rilevato che anche nell'ipotesi dell'arbitraggio (che pure deve essere tenuto ben distinto dall'arbitrato⁹⁶, avendo questo, ex artt. 806 ss. c.p.c., funzione di risoluzione di una controversia riferita ad un rapporto preesistente mediante forme processuali, ed intervenendo quello a completamento di un rapporto contrattuale, cioè nella fase genetica della sua formazione⁹⁷) è possibile configurare un contrasto che, anche se spesso soltanto economico, configura un conflitto d'interessi. Solo che l'arbitratore non decide (stabilendo chi ha torto e chi ha ragione rispetto ad una situazione sostanziale), bensì, per così dire, sostituisce le parti nella determinazione di un elemento del regolamento d'interessi. In tale prospettiva, la perizia contrattuale, costituendo un

⁹³ Così, tra gli altri, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 905; DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., 215 ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 217 e ss.; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1991, 12; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1987, 330 ss; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, 385.

⁹⁴ ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 220; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 278 e ss.

⁹⁵ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 14-15 e 16.

⁹⁶ GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI e LUISO, Milano, 2005, 1152 "la differenza tra arbitrato ed arbitraggio va ricercata nel contenuto del mandato conferito dalle parti ad uno o più terzi. Mentre, infatti, nell'arbitrato le parti demandano agli arbitri il compito di risolvere divergenze sorte in ordine ad un rapporto preconstituito in tutti i suoi elementi, mediante l'esplicazione di una funzione giurisdizionale, per modo che la decisione sia destinata ad acquisire efficacia pari a quella della sentenza del giudice (arbitrato rituale), oppure mediante la formazione, sul piano negoziale, di un nuovo rapporto riconducibile esclusivamente alla volontà dei mandanti, senza l'osservanza, per la natura non contenziosa dell'incarico, delle norme contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. (arbitrato irrituale, cosiddetto libero); nell'arbitraggio, invece, le parti demandano ad altri di determinare, in loro sostituzione, il contenuto di un contratto già concluso ma non completo, per modo che l'arbitratore, con la propria attività volitiva ed autonoma, concorre alla integrazione ed alla formazione del contenuto del negozio stesso", e i richiami a nota 28.

⁹⁷ Cfr. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, 583 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 14.

meccanismo volto alla composizione di contrasti in ordine a questioni tecniche, ben può corrispondere allo strumento ex art. 1349 c.c., laddove il perito debba intervenire in fase genetica; può realizzare un arbitrato (irrituale, pare d'intendere), allorché l'accertamento tecnico sia richiesto circa questioni relative ad un rapporto giuridico preesistente e litigioso⁹⁸.

2.4. *L'autonomia della perizia contrattuale*

Non sono mancate opinioni, in dottrina, indirizzate verso la configurazione della perizia contrattuale come istituto autonomo, degno di una propria dimensione giuridica, differente da quella dell'arbitraggio e dell'arbitrato.

Il punto centrale di questa differenza, pur considerandosi che la vincolatività del responso del terzo-perito rende il fenomeno molto vicino alla fattispecie ex art. 1349 c.c. e all'arbitrato (libero), risiederebbe nella natura e nella qualità dei poteri conferiti al terzo: qui, invero, si avrebbe un accertamento tecnico, mancante di qualunque determinazione volitiva e discrezionale, presenti invece in sede di arbitraggio e arbitrato. Insomma, con la perizia il terzo si renderebbe autore di una mera dichiarazione di scienza⁹⁹, di una valutazione tecnica priva di qualsiasi *arbitrium* ma semplicemente caratterizzata da discrezionalità tecnica, senza la libertà di giudizio di cui gode ad esempio l'arbitratore¹⁰⁰.

Si è segnalato¹⁰¹ che l'idea della natura "autonoma" della perizia è assolutamente dominante in giurisprudenza.

In realtà, l'approccio ermeneutico della giurisprudenza, il quale senz'altro mostra una tendenza ad isolare l'istituto in questione tanto rispetto all'arbitraggio quanto rispetto all'arbitrato *tout court*, non appare sempre chiaro e univoco.

Un'impostazione minoritaria ha avvicinato notevolmente la perizia contrattuale alla fattispecie di cui all'art. 1349 c.c., riscontrando però l'essenza della prima nella natura squisitamente tecnica dell'accertamento

⁹⁸ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 16.

⁹⁹ BIAMONTI, voce <<Arbitrato>>, in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, 955.

¹⁰⁰ CATRICALA', voce <<Arbitraggio>>, cit., 2.

¹⁰¹ GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1160.

valido ai fini delle determinazioni dell'elemento contrattuale. In altre parole, la perizia contrattuale è strumento di completamento di un contratto, ma si differenzia dall'arbitraggio poiché in questo il terzo svolge la sua attività secondo il criterio dell'equo apprezzamento ovvero del suo mero arbitrio; mentre in quella il terzo-perito non ricorre né all'uno né all'altro criterio, dovendo soltanto conformarsi alle regole tecnico-scientifiche del proprio settore di competenza. E ciò si riflette in termini di disciplina applicabile, restando fuori gioco l'art. 1349 c.c. anche in punto d'impugnativa del responso del terzo¹⁰².

Invero, sulla base dell'orientamento (tendenzialmente) costante della giurisprudenza, la perizia contrattuale è mezzo di composizione di un contrasto ad opera di uno o più terzi scelti dalle parti, e a tale fine il paradigma strutturale di riferimento è rappresentato dall'arbitrato libero. La peculiarità della perizia, idonea a distinguerla dall'arbitrato irrituale, sta nel suo oggetto, quindi nel contenuto dell'accertamento richiesto ai periti. Qua infatti il contrasto si riferisce ad una questione di fatto di elevata pregnanza tecnica. Nell'arbitrato (libero) il contrasto invece è giuridico, in quanto concerne il rapporto (preesistente) nel suo complesso. In sostanza, in un caso i soggetti, con riferimento ad un rapporto giuridico tra loro intercorrente ovvero ad una determinata situazione sostanziale, sono in disaccordo solo rispetto ad una questione (rilevante nella fattispecie di alcuno dei diritti in gioco) il cui accertamento (e la cui soluzione) richiede competenza tecnica; nell'altro caso la lite concerne il rapporto nel suo complesso. Ma strutturalmente, in ambo i casi, le parti s'ispirano al medesimo modello contrattuale, ossia ad un mandato a un terzo al fine di comporre un contrasto e di realizzare un nuovo assetto di interessi di tipo negoziale. Seguendo questa (prevalente) lettura, si giunge alla conclusione che l'autonomia della perizia sussiste solo a livello definitorio e concettuale, dal momento che, in termini di disciplina, si seguono le norme applicabili all'arbitrato irrituale (ad esempio per ciò che riguarda i profili d'impugnabilità del responso del perito)¹⁰³.

¹⁰² Cfr., tra le più recenti, Cass. n. 13954 del 2005, cit.

¹⁰³ Il concetto di fondo di questa impostazione è chiaramente espresso in Cass. 5 dicembre 2001, n. 15410, in *Foro it.* 2002, I, 723 (con ulteriori e numerosi richiami giurisprudenziali in motivazione); in senso analogo, più di recente, Cass. 10 maggio 2007, n. 10705, in *Mass. giust. civ.* 2007, 5.

3. Istituti affini nell'esperienza giuridica di altri ordinamenti

Pare utile ora dare un rapido sguardo oltre confine, onde capire se e in che termini altri ordinamenti abbiano conosciuto e conoscano fenomeni avvicinati alla perizia contrattuale. Ai nostri fini, tale attività consente di avere a disposizione un ulteriore elemento, senz'altro significativo, del quale tener conto.

3.1. Il *bindend advies olandese*

Il *bindend advies* è pacificamente ammesso in Olanda – almeno a partire da una storica pronuncia del 1924 della Suprema Corte olandese – quale forma autonoma di arbitrato negoziale accanto all'arbitrato giurisdizionale disciplinato dal codice di rito¹⁰⁴.

Per mezzo di esso il terzo è incaricato di comporre un contrasto mediante l'emissione di un parere ritenuto vincolante (*bindend advies*, per l'appunto). Il fondamento giuridico di tale meccanismo è da rinvenire nel principio di autonomia privata di cui all'art. 1374 del codice civile olandese. Non si applica, in linea di massima, la disciplina dell'arbitrato, sicché lo strumento risolve la controversia con un atto che, pertanto, in punto di esecuzione e impugnativa, è soggetto al regime dei contratti¹⁰⁵.

Per quanto maggiormente interessa ai fini del presente scritto, preme segnalare che, con la riforma dell'arbitrato del 1986, il legislatore olandese ha inteso rendere compromettibili in arbitrato codicistico questioni che, precedentemente, potevano essere affrontate solo mediante il *bindend advies*. Così, è possibile chiedere all'arbitro soltanto di constatare la realtà o lo stato di alcuni beni; determinare il *quantum* di un indennizzo o di un

¹⁰⁴ Sul *bindend advies* v., *ex multis*, BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Berlin-New York, 1992, 95 ss.; più in generale sull'arbitrato nel diritto olandese v. *National Arbitration Laws*, a cura di SMITH e PECHOTA, II, USA, 1998, *sub Netherlands*. Spunti sulle somiglianze di questo istituto con il nostro arbitrato irrituale in RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Padova, 2010, 103.

¹⁰⁵ Sui profili relativi alla disciplina, dettata in materia di arbitrato codicistico, applicabile al *bindend advies* cfr. anche la ricostruzione di MARINELLI, *La natura*, cit., 39 e nota 77, 40-41, note 80-84.

debito; colmare le lacune di un rapporto giuridico o modificarlo¹⁰⁶.

Pare di scorgere, da tale regolamentazione, una tendenza tesa a ricondurre all'arbitrato ogni forma di attività di un terzo scelto per superare un conflitto tra le parti di un contratto, a prescindere dal fatto che si chieda la soluzione di una controversia giuridica, l'accertamento di un elemento costitutivo del rapporto o l'integrazione di un negozio¹⁰⁷.

3.2. *L'expertise irrevocable belga*

Un istituto, che sembra avere significative somiglianze con la perizia contrattuale per come si è manifestata e sviluppata nel nostro sistema, è il belga *expertise irrevocable*¹⁰⁸.

Con la relativa clausola – molto frequente nei contratti di assicurazione - viene chiesta a degli esperti la soluzione di contrasti aventi ad oggetto, in particolare, l'ammontare dei danni e, nell'assicurazione contro gl'infortuni, il grado d'invalidità.

Tale fenomeno si è poi fatto strada in altri settori. Così, ad esempio, è riscontrabile una notevole pratica dell'*expertise* in ambito marittimo, per la soluzione - da parte di uno o più esperti, nominati dalle parti ovvero dal *Tribunal de commerce* - delle liti tra armatore e proprietario delle merci trasportate in relazione alle spese straordinarie e ai danni sofferti per il mantenimento delle merci e della nave.

L'expertise appare poi diffusa nei rapporti di locazione: qui solitamente agli esperti è chiesto di determinare l'ammontare delle perdite e dei deterioramenti subiti dal bene locato, nonché di accertare se questi si siano verificati per causa imputabile al conduttore.

Anche per la fattispecie qui presa in considerazione il fondamento è dato dall'autonomia privata e la soluzione (vincolante) del contrasto è resa con un atto negoziale.

¹⁰⁶ Cfr. MARINELLI, *La natura*, cit., 38 ss. e nota 78; LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje interno y internacional*, Madrid, 1989, 24 ss.

¹⁰⁷ MARINELLI, *La natura*, cit., 39-40, nota 78.

¹⁰⁸ Su cui v. in generale HUYS-KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles-Paris, 1981, 26-27.

Per la giurisprudenza e la dottrina belghe il problema più spinoso, emerso nello studio dell'*expertise*, si è rivelato il suo rapporto con l'arbitrato.

A tal fine si è detto che, a differenza dell'arbitrato codicistico, l'*expertise* interviene su questioni esclusivamente o prevalentemente di fatto¹⁰⁹, e in situazione nelle quali difetterebbe una controversia giuridica, requisito invece essenziale dell'arbitrato.

Senonché, si è osservato che in alcuni contesti la differenza tra questioni di fatto e questioni di diritto appare piuttosto sfumata, posto che certi interventi dell'esperto costituiscono l'occasione anche per la qualificazione giuridica degli elementi di fatto accertati o valutati. Del resto, quando il conflitto nasce in relazione ad un rapporto giuridico (completo e) preesistente, ogni questione di fatto da risolvere emerge nel quadro di un contrasto giuridico¹¹⁰. Infatti, si è segnalato, contrariamente a quanto sostiene una parte degli interpreti belgi¹¹¹, l'opera dell'esperto non dà luogo ad un'attività puramente di valutazione, ma sovente si conclude con un atto che, sul piano negoziale, risolve un contrasto giuridico (ad esempio in ambito marittimo e nei rapporti di locazione; ma anche in sede assicurativa, posto che, invero, la lite sussiste non solo quando è discusso l'*an* del diritto, ma anche quando è controversa esclusivamente la quantità della prestazione)¹¹².

Tali rilievi, peraltro, hanno condotto una parte della dottrina ad affermare che, almeno nei casi in cui si pone come strumento di soluzione di una controversia giuridica, l'*expertise irrevocable* integra un arbitrato negoziale alternativo a quello giurisdizionale regolato dal codice di rito belga¹¹³.

¹⁰⁹ Cfr. DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, 1975, 12; HUYS-KEUTG, *L'arbitrage*, cit., 24.

¹¹⁰ Cfr. MARINELLI, *La natura*, cit., 43-44; KASSIS, *Problèmes*, cit., 143.

¹¹¹ Cfr., *ex multis*, DERMINE, *L'arbitrage*, cit., 12.

¹¹² V. *amplius* MARINELLI, *La natura*, cit., 46 e nota 101.

¹¹³ MARINELLI, *La natura*, cit., 47.

3.3. *L'expertise irrevocable ou obligatoire française*

Pure in Francia è riscontrabile una prassi – soprattutto in ordine alla quantificazione dei danni coperti da garanzia assicurativa - che ha portato alla luce la figura dell'*expertise irrevocable ou obligatoire*¹¹⁴.

Tuttavia in tale ordinamento emerge una sorta di tendenziale diffidenza a riconoscere natura giuridica autonoma al fenomeno in esame.

Così, parte della dottrina e parte della giurisprudenza tendono a ricondurlo all'arbitrato disciplinato dal codice di rito¹¹⁵; altra parte di giurisprudenza e dottrina lo assimila all'arbitraggio¹¹⁶, motivando tale scelta sulla base della circostanza per cui nell'*expertise* difetterebbe la controversia giuridica, elemento invece indefettibile dell'arbitrato giurisdizionale.

Senonché, come già rilevato a proposito dell'analoga tesi propugnata nel sistema belga, pure *in parte qua* si è osservato che la controversia giuridica sussiste anche quando, ad esempio, oggetto di contrasto sia esclusivamente il profilo relativo alla quantificazione del diritto¹¹⁷.

Se la lettura prevalente tende a negare autonomia giuridica all'*expertise irrevocable*, va però dato conto di una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza che invece pare orientata a sostenere l'autonomia dell'istituto, differenziandolo dall'arbitraggio e dall'arbitrato, sia pure in una casistica limitata.

In particolare, con riguardo ai contratti di assicurazione, sono di frequente impiego clausole che attribuiscono il potere di composizione della lite – ad esempio rispetto all'ammontare dei danni - ad uno o più esperti, “fatti salvi, però, i rispettivi diritti delle parti”¹¹⁸. In relazione a tali clausole,

¹¹⁴ Su cui v., per tutti, MOTULSKY, *La nature juridique de l'arbitrage*, in ID., *Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, 1974, 5 ss. Spunti anche in BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, 89 ss., nota 75.

¹¹⁵ Cfr. MOREAU, *Arbitrage (Droit interne)*, in *Enc. Dalloz*, I, Paris, 1994, 3 ss; peraltro ROBERT, *L'arbitrage*, Paris, 1993, 11 sembra che consideri l'istituto un arbitrato negoziale.

¹¹⁶ BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, Paris, 1990, 181-182; GAILLARDE – SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, L'aja, Boston, 1999.

¹¹⁷ MARINELLI, *La natura*, cit., 54; KASSIS, *Problèmes*, cit., 183.

¹¹⁸ Cfr. MARINELLI, *La natura*, cit., 55, nota 117.

accanto a un indirizzo teso ad affermare la riconducibilità di esse a convenzioni arbitrali, si è fatto strada un orientamento secondo il quale, in siffatte ipotesi, il parere del terzo non è vincolante, onde le parti ben potrebbero poi ricorrere alla giurisdizione.

Dunque con tale strumento, definito “*expertise amiable*”, le parti semplicemente s'impegnano a far precedere il processo o l'arbitrato da un tentativo di composizione amichevole della controversia, alla stregua di un tentativo obbligatorio di mediazione.

In effetti, per i patti che contengono la clausola di salvezza in ordine ai rispettivi diritti delle parti, tale lettura ha un suo fondamento.

Tuttavia non è ritenuta ammissibile una sua estensione alle clausole di *expertise irrevocable ou obligatoire*, con le quali le parti invece si vincolano al responso dell'esperto. Si è osservato, peraltro, che ritenere tali casi come ipotesi di arbitrato giurisdizionale rischia di svilire la volontà delle parti, allorché loro interesse è ottenere una soluzione della controversia sul piano negoziale¹¹⁹. In realtà il fenomeno dell'*expertise irrevocable*, se osservato dall'angolo visuale dell'ordinamento italiano, potrebbe integrare una fattispecie di arbitrato libero¹²⁰.

3.4. *La Schiesgutachten nei sistemi germanici*

Nel paragrafo iniziale si è avuto modo di ricostruire, sia pur a grandi linee, la “storia” della *Schiedsgutachten* (perizia arbitrale) con particolare riferimento all'esperienza giuridica tedesca. Tale scelta metodologica è dipesa dalla necessità di delineare un contesto sistematico-concettuale di riferimento che possa comporre, unitamente ad altri profili, una solida base di partenza per la nostra indagine. In tale sede, pertanto, il tema è stato affrontato essenzialmente da un punto di vista storico e di primo inquadramento concettuale.

Adesso si tratta di calarsi in una realtà nella quale la *Schiedsgutachten* emerge concretamente nella sua dimensione pratica.

¹¹⁹ KASSIS, *Problèmes*, cit., 161; MARINELLI, *La natura*, cit., 57.

¹²⁰ Lo rileva MARINELLI, *La natura*, cit., 59.

Così, il ricorso ad essa è assai frequente nella prassi assicurativa (si è sottolineato anche il notevole interesse suscitato da un esame concreto delle condizioni generali dei contratti di assicurazione diffuse nella prassi austriaca¹²¹).

Molto spesso, infatti, le condizioni generali del contratto di assicurazione prevedono la devoluzione, ad una commissione di esperti, della soluzione delle controversie relative, in particolare, all'esistenza e/o ammontare dei danni coperti dalla polizza.

Ad esempio, in materia di assicurazione contro gli infortuni, le condizioni generali di contratto stabiliscono il conferimento, ad una commissione di medici – due scelti dalle parti, un terzo scelto da questi ultimi - dell'incarico di risolvere, con responso per le parti vincolante, le controversie relative alla specie o al grado d'invalidità, ovvero alla sussistenza del nesso di causalità, oppure ancora all'influsso sull'evento prodottosi di patologie ereditarie o preesistenti nel soggetto¹²².

Un'altra applicazione di *Schiedsgutachten* è quella che dà luogo al c.d. arbitrato delle qualità, fenomeno che abbiamo già avuto modo d'indicare come “episodio” di perizia contrattuale in apertura del presente lavoro. Essa è conosciuta soprattutto in alcune importanti realtà del commercio marittimo¹²³. Qua gli esperti sono chiamati ad accertare, con una determinazione vincolante sul piano negoziale, la corrispondenza della merce consegnata alle qualità/caratteristiche contrattualmente pattuite.

Altra forma di *Schiedsgutachten* è quella nell'ambito della quale è chiesto l'accertamento di concetti giuridici indeterminati¹²⁴.

Senonché, come si è avuto modo di apprezzare nel paragrafo di apertura, nell'esperienza germanica la *Schiedsgutachten*, soprattutto a far

¹²¹ MARINELLI, *La natura*, cit., 77.

¹²² Si possono poi ricordare le condizioni generali di contratto in tema di assicurazione sulle cose: qui agli esperti è chiesto un responso, vincolante sul piano negoziale, circa l'esistenza e/o l'ammontare dei danni; un'attività simile dei periti è delineata anche dalle condizioni generali in ambito di assicurazione contro i danni cagionati dalla grandine. Cfr. MARINELLI, *La natura*, cit., 77 ss.

¹²³ Cfr. CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit.; MARINELLI, *La natura*, cit., 80-81.

¹²⁴ V., *amplius*, MARINELLI, *La natura*, cit., 80 ss., il quale riporta anche i casi di *Schiedsgutachten* in campo societario e giuslaburistico.

data dalla nota sentenza del 23 maggio 1919 del *Reichsgericht* tedesco, si è manifestata (ed è stata spiegata) in varie modalità, potendo lo *Schiedsgutachter* essere chiamato ad espletare diverse funzioni, ad onta della soluzione restrittiva – *Schiedsgutachten* come fenomeno volto all'integrazione di elementi contrattuali - accolta dal BGB.

In una siffatta realtà, per così dire, frantumata, ai nostri fini rileva quella che è stata ricostruita come la *Schiedsgutachten* nella quale il terzo accerta, in maniera vincolante, un elemento di un rapporto giuridico preesistente (*festellende Schiedsgutachten*). Inoltre, secondo l'autorevole opinione di Habscheid, solo essa, unitamente al caso in cui il terzo è chiamato ad accertare l'esatta portata dei diritti e doveri risultanti da un rapporto giuridico, è definibile come *Schiedsgutachten*¹²⁵.

Tale categoria dà senz'altro luogo ad una forma di soluzione delle controversie distinta dall'arbitrato codicistico, il quale si conclude con un atto idoneo ad acquisire l'autorità della cosa giudicata.

Nell'ambito del dibattito volto alla configurazione delle differenze tra *Schiedsgutachten* e arbitrato si è sostenuto¹²⁶, in contrasto con l'opinione prevalente, che l'attività dello *Schiedsgutachter* non è limitata alla soluzione di singole questioni di fatto, poiché esistono anche casi in cui il responso del terzo contiene apprezzamenti giuridici; inoltre, la prassi germanica ha portato alla luce ipotesi in cui il perito è chiamato ad accertare l'esatta portata dei diritti e doveri delle parti, dunque ad intervenire sul rapporto giuridico nel suo complesso.

Conseguenza di tale assunto è che le ipotesi di *festellende Schiedsgutachten* costituirebbero procedimenti di composizione negoziale di controversie relative a diritti, alternativi all'arbitrato regolato dal codice processuale¹²⁷; forme di arbitrato negoziale, insomma.

Va infine considerata la *expertise-arbitrage* (o *Schiedsgutachten*) svizzera, con cui l'esperto decide, con responso vincolante per le parti, questioni di fatto (o di diritto - ma su questo aspetto parte della dottrina è

¹²⁵ Cfr. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit.; MARINELLI, *La natura*, cit., 86-87.

¹²⁶ Per tutti cfr. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit., 799.

¹²⁷ KASSIS, *Problèmes*, cit., 239; MARINELLI, *La natura*, cit. 91.

critica -) risultanti da loro rapporti giuridici. Pure tale fenomeno ha natura negoziale e l'esperto deve necessariamente rispettare le garanzie del giusto processo, ad esempio il principio del contraddittorio¹²⁸.

3.5. I sistemi di common law

Anche il sistema inglese, in contrapposizione all'arbitrato volontario regolato dai vari *Arbitration Acts* - considerato l'omologo degli arbitrati contemplati dai codici processuali di *civil law*¹²⁹ - conosce la prassi dell'*expert determination*.

In particolare, l'ordinamento britannico prende in considerazione gli istituti della *valuation* e della *certification*.

Con il primo, il terzo è chiamato alla determinazione di alcuni elementi di un rapporto contrattuale, con l'impegno delle parti ad accettare le di lui conclusioni. Ipotesi frequenti sono la fissazione del prezzo nonché la modificazione di rapporti contrattuali di durata, per i quali è previsto, a seguito della verifica di alcune circostanze, il mutamento di uno o più elementi (ad esempio, l'adeguamento del canone di locazione in conseguenza del mutamento delle condizioni economiche esistenti all'atto della conclusione del negozio). In questo secondo caso, si rileva che spesso tra le parti è controversa la sussistenza dei presupposti per la modifica del rapporto, donde il ricorso ad uno o più *valuers* affinché venga accertato, con responso vincolante, se tali presupposti sussistano, e si proceda conseguenzialmente all'adeguamento del rapporto.

Tale figura tende così a declinarsi in due modalità, l'una, invero, di natura determinativa, l'altra, invece, volta alla composizione di un conflitto in ordine ad un rapporto giuridico completo.

Con il secondo, invece, il *certifier* è incaricato di accertare se un contratto è stato adempiuto correttamente. Il responso (*certificate*), previo accordo delle parti, può essere negozialmente vincolante ovvero facoltativo. Si tratta di una figura diffusa, soprattutto, nei contratti di costruzione: in essi,

¹²⁸ SCHOLL, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit Suisse*, ASA Bulletin, 2006.

¹²⁹ Cfr. l'analisi di MARINELLI, *La natura*, cit., 64 e in particolare la nota 142 e i riferimenti *ivi* contenuti.

invero, spesso è inserita una clausola in virtù della quale committente e appaltatore stabiliscono che le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto siano decise da un esperto (ingegnere o architetto) in qualità di *certifier*.

La *certification*, a differenza della *valuation*, sembra affiancarsi in maniera più convinta all'arbitrato volontario quale mezzo di soluzione di controversie. Del resto, in ragione della tendenza ad estendere a tali istituti alcuni principi tratta dalla disciplina dell'arbitrato¹³⁰, spesso la giurisprudenza qualificava *certifier* e *valuer* come *quasi-arbitrators*¹³¹.

Invero, nella prevalente giurisprudenza inglese si è formata l'idea secondo la quale arbitrato e *certification/valuation* si distinguono poiché col primo, a differenza che con i secondi, si vuole giungere alla decisione di una controversia mediante un percorso giurisdizionale¹³².

Dunque la natura delle due figure qui considerate, quali mezzi per così dire privati di composizione dei conflitti¹³³, è negoziale e le regole di procedura, a differenza dell'arbitrato, non sono prestabilite¹³⁴. Donde la conclusione secondo la quale, dall'angolo visuale dell'ordinamento italiano, soprattutto la *certification* integra una forma di arbitrato libero o negoziale¹³⁵.

Una situazione analoga caratterizza anche il sistema statunitense, il quale pure conosce, accanto ad un arbitrato, per così dire, giurisdizionale¹³⁶, le figure della *valuation* (o *appraisal*) e della *certification*.

¹³⁰ In particolare il principio di *immunity*, che esclude la responsabilità civile dell'arbitro (e ovviamente del giudice) per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, salvi i casi di dolo. Esso venne in un primo momento esteso dalla giurisprudenza anche al *certifier* e al *valuer*, laddove le parti avessero ad essi richiesto un responso indipendente e imparziale. Successivamente tale tendenza cominciò ad essere abbandonata. Cfr. *amplius* MARINELLI, *La natura*, cit., 68 ss.

¹³¹ Cfr. REDFERN, *Experts and Arbitrators – an International Perspective*, in *Int. A. L. R.*, 2001, *passim*.

¹³² V. anche l'ampia analisi di MARINELLI, *La natura*, cit., 70 ss. e note a pag. 72.

¹³³ Tale descrizione sembra, invero, adattarsi di più, per le ragioni viste, alla *certification*.

¹³⁴ Su tale istituto cfr. anche, tra gli altri, KENDALL, *Expert determination*, Sweet & Maxwell, 2001;

¹³⁵ MARINELLI, *La natura*, cit., 72-73; KASSIS, *Problèmes*, cit., 276.

¹³⁶ Cfr. WETTER, *The International Arbitral Process*, New York, 1979, 485 ss.

Con riguardo a quest'ultima occorre registrare che, differentemente da quanto avviene in ordine all'omologo istituto anglosassone, la prevalente giurisprudenza statunitense ritiene che l'*immunity* debba estendersi anche al *certifier* allorché le parti incaricano l'esperto di comporre la lite in maniera indipendente e imparziale. Addirittura, un filone minoritario ammette l'irresponsabilità del terzo anche in assenza di un'esplicita pattuizione in punto d'indipendenza e imparzialità, dunque solo per il fatto che egli sia chiamato a dirimere una controversia¹³⁷.

L'istituto della *valuation* o *appraisal* nell'ambiente del *common law* nordamericano è impiegato nella prassi assicurativa. In particolare, in tali rapporti contrattuali, sovente assicurato e assicuratore rimettono al responso negozialmente vincolante di un collegio di periti la decisione circa l'esistenza e/o l'ammontare dei danni coperti dalla garanzia assicurativa.

Sicché nel sistema statunitense la distinzione con l'arbitrato è basata su un criterio oggettivo: mentre l'arbitro deciderebbe sul rapporto giuridico o sulla situazione giuridica oggetto di controversia nel suo complesso, il terzo, nell'*appraisal*, emetterebbe il suo responso solo con riferimento ad alcuni elementi di un rapporto¹³⁸.

Inoltre, ad avviso dell'indirizzo prevalente, fatta eccezione per gli Stati di New York e della California¹³⁹, la disciplina dell'arbitrato non si applica all'*appraisal*¹⁴⁰.

4. Conclusioni

La brevissima panoramica sull'esperienza di altri ordinamenti giuridici consente di formulare alcune riflessioni.

Sicuramente anche altri sistemi conoscono (o comunque hanno conosciuto) fenomeni quantomeno avvicinati alla perizia contrattuale per

¹³⁷ Cfr. KASSIS, *Problèmes*, cit., 285; MARINELLI, *La natura*, cit., 75 ss.

¹³⁸ V. EAGER, *The Arbitration Contract and Proceedings*, Buffalo-New York, 1971, 10 ss.; cfr. anche MARINELLI, *La natura*, cit., 73 ss. e nota 168.

¹³⁹ Nei quali è il legislatore stesso ad estendere all'*appraisal* la disciplina predisposta per l'arbitrato.

¹⁴⁰ V. *American Jurisprudence*, V, San Francisco, 1962 (*with Cumulative Supplemente*, 1984) sub <<Arbitration and award>>, par. 3.

come si è sviluppata nel nostro “ambiente”, e cioè l'accordo finalizzato ad incaricare uno o più terzi, dotati di specifiche conoscenze, di accertare/risolvere, con un responso per le parti vincolante, una questione di pregnanza tecnica. In linea tendenziale lo studio e l'analisi di tali figure sono (stati) condotti avendo sullo sfondo, come modello di comparazione, l'arbitrato (e, talora, anche l'arbitraggio). Sovente si è rilevato che le differenze con l'arbitrato codicistico tendono a sfumare, onde l'essenza di tali figure consisterebbe nella funzione di risoluzione di controversie in forma negoziale.

Inoltre il più delle volte mancano riscontri di diritto positivo, posto che la genesi di tali fenomeni è pratica (si pensi, tra gli altri, al settore dei contratti di assicurazione, oppure alle clausole negli arbitrati sulle qualità). Insomma, anche nelle altre realtà il quadro ricostruttivo non appare sempre unitario.

Detto questo, sicuramente la breve indagine di diritto comparato si presenta oltremodo utile per il prosieguo del presente lavoro. Essa, infatti, trasmette un'ulteriore ragione per implementare la ricerca, consegnandoci tra l'altro, nell'ottica della formulazione di una proposta ricostruttiva, significativi punti di riferimento.

CAPITOLO III

IL SISTEMA SPAGNOLO TRA *ARBITRAJE*, *ARBITRIO DE TERCEROS* E *PERITACION DIRIMENTE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Evoluzione normativa. - 3. *Arbitraje* e *arbitrio de tercero*. - 4. *Arbitraje informal*. - 5. *Peritacion dirimente*. - 6. *Peritos* come arbitri speciali. - 7. *El perito arbitrador*. - 8. L'oggetto dell'arbitrato. - 9. *Dictamen arbitral*. - 10. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il sistema spagnolo offre, senza ombra di dubbio, spunti interessanti per lo studioso italiano. Infatti, sia in passato, sia più di recente, autorevole dottrina ha rilevato come la disciplina iberica in materia di arbitrato (e, verrebbe da dire, di arbitraggio) sia stata oggetto di un'evoluzione, non solo interessante dal punto di vista giuridico, ma anche singolare e curiosa, con riguardo in particolare alla “storia” di alcuni fenomeni riconducibili a quegli'istituti che nel sistema italiano sono l'arbitrato libero (o irrituale) e l'arbitraggio¹⁴¹.

Anche in Spagna, poi, lo studio delle ipotesi d'incarico a soggetti terzi per comporre una lite ovvero integrare un rapporto giuridico ha portato all'emersione del problema concernente l'inquadramento di fattispecie accostabili alla nostra perizia contrattuale, lasciando a disposizione del giurista, in ordine ad esse, contributi - di matrice sia giurisprudenziale, sia dottrinale - di notevole interesse.

D'altro canto l'interesse è reciproco. Invero, in particolare la dottrina spagnola spesso prende spunto da quella italiana, o comunque si può serenamente affermare che nei suoi studi di rado mancano riferimenti a contributi della nostra dottrina.

Insomma, a sommosso avviso di chi scrive si tratta di due ordinamenti, per così dire, vicini, sicché conoscere più a fondo, non solo le norme, ma anche le idee e le tesi propuginate in tale contesto, può consentire di meglio comprendere istituti e discipline vigenti nel nostro sistema.

Con il presente capitolo, in particolare, ci si propone di fornire, in poche pagine, una ricostruzione degli'istituti che entrano in gioco e a cui si è

¹⁴¹ SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, 6 ss.; MARINELLI, *La natura*, cit., 59 ss.

fatto cenno, con l'obiettivo, se possibile, di dar loro una più precisa collocazione sistematica.

2. *Evoluzione normativa*

Per quanto rileva ai nostri fini, le prime fonti normative che dobbiamo considerare sono, da un lato, il codice civile spagnolo del 1889 – *Real Decreto de 24 de julio de 1889* -, dall'altro, la legge processuale civile del 1881 – *Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (ley de enjuiciamiento civil - LEC)*.

Il primo conteneva due norme, poi abrogate, nel *capítulo II, título XIII (De las transacciones y compromisos)*, dedicate, per l'appunto, ai *compromisos*. Si trattava, nello specifico, degli artt. 1820 e 1821, secondo i quali, per un verso, allorché era possibile stipulare una transazione, allora era pure possibile far risolvere la controversia da un terzo scelto di comune accordo dalle parti; per altro verso, quanto disposto nel capitolo antecedente in materia di transazione era applicabile anche ai compromessi, mentre per ciò che atteneva al modo di procedere, nonché all'ampiezza e agli effetti dei compromessi, ci si doveva attenere a quanto previsto dalla legge processuale.

Quest'ultima, dal canto suo, disciplinava l'arbitrato agli artt. 790-839 (poi abrogati), contemplando due tipologie di giudizio arbitrale: quello per così dire classico (artt. 790-826) e il giudizio degli amichevoli compositori (artt. 827-839).

Il primo consisteva, sostanzialmente, in un mezzo di composizione delle controversie equiparabile al nostro arbitrato rituale, posto che dava luogo ad un vero e proprio giudizio (che doveva essere) conforme a diritto emesso da soggetti terzi, ancorché “privati”, all'esito di un vero e proprio processo caratterizzato anche da una fase di raccolta delle prove. Il lodo, o per meglio dire la *sentencia de los arbitros*, era impugnabile dinanzi all'*Audencia* del distretto e idoneo ad acquisire la qualità di cosa giudicata.

Con il secondo, invece, si proponeva una modalità arbitrale processualmente più semplificata e fondamentalmente caratterizzata, rispetto al giudizio arbitrale *tout court*, dalla peculiarità del criterio di giudizio – art. 833, comma 1: gli amichevoli compositori decidono le questioni a loro sottoposte senza soggezione a forme legali e in base al loro

sapere e intendere – e dal fatto che avverso la sentenza arbitrale¹⁴², non era dato altro rimedio che il ricorso per cassazione per i motivi dettati dal n. 3 dell'art. 1691: emissione della decisione degli amichevoli compositori oltre il termine pattuito nel compromesso; risoluzione di questioni non sottoposte alla decisione degli amichevoli compositori ovvero, benché sottoposte, non di *índole civil* o non arbitrabili ai sensi dell'art. 487 LEC.

Era stata dunque tracciata una distinzione sulla base, in particolare, del criterio di giudizio adottato dagli arbitri (oltre che di aspetti più strettamente processuali) e si è segnalato¹⁴³ come ciò trovasse un riscontro anche nel codice processuale italiano, ove all'art. 822 è presa in considerazione la dicotomia tra arbitrato di diritto e arbitrato di equità. Ad ogni modo si trattava di due modalità arbitrali espressamente regolate dal legislatore nella legge processuale.

Parallelamente, il codice civile spagnolo non conteneva affatto una previsione generale in materia di determinazione di un elemento contrattuale ad opera di un terzo.

Invero, l'ordinamento giuridico spagnolo, sino agli anni '50, non ha mai fornito una dimensione normativa esplicita all'istituto dell'arbitraggio, alla stregua del codice civile italiano con l'art. 1349. Peraltro il codice civile spagnolo ha previsto fattispecie specifiche d'intervento del terzo a completamento di un contratto. L'ipotesi più importante, in questo senso, è data senza dubbio dall'art. 1447 – il cui *pendant* italiano è contemplato all'art. 1474 c.c. - secondo il quale, nell'ottica di assicurare il requisito essenziale del *precio cierto* nel contratto di compravendita, le parti possono rimettersi, per tale determinazione, all'*arbitrio* di una persona determinata.

Con la legge sull'arbitrato del 1953 – *Ley de 22 de diciembre de 1953*

¹⁴² Ovviamente la sentenza, tanto degli arbitri, tanto degli amichevoli compositori, era vincolante, in virtù del meccanismo generale in base al quale le parti che vogliono ricorrere all'arbitrato si accordano in tal senso preventivamente vincolandosi a quanto sarà deciso dai terzi designati. Peraltro, se da un lato si è registrato che la sentenza emessa all'esito del giudizio arbitrale era idonea al giudicato, qualche dubbio, in questo senso, poneva la decisione degli amichevoli compositori. Così, CASTAN, *Derecho civil español, comun y foral*, Madrid, 1939, II, 2, 411 ss., riferiva che, se la sentenza degli arbitri era idonea al giudicato, la sentenza degli amichevoli compositori produceva l'efficacia ordinaria delle obbligazioni. D'altro canto, PRIETO CASTRO, *El arbitraje segun la legislación y la jurisprudencia españolas*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Novembre 1943, 4 ss., segnalava che, invece, secondo la giurisprudenza anche il lodo degli amichevoli compositori era idoneo al giudicato, e in tal senso riportava quanto sostenuto da *Tribunal Supremo* del 10 maggio 1941 e 7 ottobre 1931.

¹⁴³ Cfr. PRIETO CASTRO, *El arbitraje*, cit., 4 ss.

(*ley de arbitraje de derecho privado* - LADP) – il legislatore iberico ha inteso regolare gli arbitrati di diritto privato in sostituzione delle norme che agli stessi dedicavano il codice civile, il codice del commercio, la legge processuale e le disposizioni di eguale natura, sia con riguardo al giudizio arbitrale, sia con riguardo al giudizio degli amichevoli compositori (art. 1 della *Ley*).

L'importanza, per così dire, storica di tale legge è data, tra l'altro, dall'art. 2, ai sensi del quale - dopo aver ricordato al primo comma che l'arbitrato è l'istituto per mezzo del quale una o più persone danno soluzione a un conflitto concernente altri soggetti che si compromettono ad accettare previamente la loro decisione – non è considerato arbitrato l'intervento del terzo richiesto non già per risolvere una controversia pendente, ma per completare o integrare un rapporto giuridico ancora non definito totalmente. Sicché tale norma ha segnato l'approdo ad una previsione generale di arbitraggio ancorché, se così si può dire, in negativo.

L'altra novità esplicitamente introdotta dalla legge del '53 e di notevole interesse ai nostri fini è contemplata all'art. 3. Qui si stabilisce, da un lato, che l'arbitrato, per essere efficace, deve conformarsi alle prescrizioni della legge stessa; dall'altro, che, nondimeno, quando in qualunque altra forma due o più persone pattuiscono l'intervento di un terzo e accettano espressamente o tacitamente la sua decisione una volta che sia stata emessa, tale accordo è valido e obbligatorio per le parti se in esso concorrono i requisiti generali per l'efficacia di un negozio.

In sostanza con tale disposizione è stato espressamente introdotto nel sistema spagnolo un arbitrato, per così dire, informale il cui “prodotto” – il lodo – vincola sul piano negoziale ma solo se accettato dalle parti dopo la sua emissione.

Altra disposizione della legge del '53 di un certo interesse in questa sede è l'art. 4, in base al quale gli arbitri possono decidere secondo diritto ovvero solamente mediante il ricorso al loro sapere e intendere, non dovendosi più distinguere tra due giudizi arbitrali differenti, onde per la legge esiste un solo tipo di arbitrato¹⁴⁴. Peraltro il lodo di diritto è

¹⁴⁴ La distinzione tra arbitrato di diritto e di equità rileva in casi peculiari comunque disciplinati dalla legge stessa. Così, ad esempio, l'art. 29 dispone che l'arbitrato di equità non deve necessariamente essere soggetto a forme legali, salvo ovviamente il principio del contraddittorio, per cui gli arbitri devono assicurare in ogni caso alle parti di poter

impugnabile, per contrasto con la legge ovvero per violazione delle forme processuali, con ricorso per cassazione dinanzi alla *Sala primera* del *Tribunal Supremo* (art. 28), mentre la decisione di equità, pure impugnabile dinanzi al Tribunale Supremo, è ricorribile per nullità per i motivi e secondo le forme di cui agli artt. 1691, n. 3, 1774 e 1780 della legge processuale del 1881 (art. 30).

Infine il lodo, tanto di diritto come di equità, può fondare l'esecuzione forzata (art. 31).

Dopo poco più di una trentina d'anni, e cioè con la *Ley de 5 de diciembre de 1988 (ley de arbitraje - LA)*, il legislatore spagnolo è nuovamente intervenuto a regolare l'arbitrato. Con la norma di apertura di tale nuova legge – l'art. 1 – si è voluto ribadire che con l'arbitrato le persone fisiche o giuridiche possono sottoporre, previo accordo, alla decisione di uno più arbitri le questioni litigiose, già sorte o che possano sorgere, relative a diritti disponibili.

L'impianto generale della riforma dell'88 ha ricalcato, grosso modo, quello della legge del '53. Si può peraltro segnalare, tra gli interventi di un certo interesse, la predisposizione, agli artt. 45 ss., di un procedimento attivabile mediante il *recurso de anulación* del lodo – per i motivi di cui all'art. 45 - dinanzi alla *Audencia Provincial* del luogo di emissione dello stesso; inoltre, come recita l'art. 37, il *laudo* produce effetti identici alla cosa giudicata, onde, se non più impugnabile, contro lo stesso residua solo il *recurso de revision*, analogamente a quanto avviene per le sentenze; della esecuzione forzata si occupano gli artt. 52 ss.

Invero, la novità ai nostri fini più significativa è data dall'eliminazione di qualunque riferimento all'intervento del terzo incaricato di completare un rapporto giuridico, così facendo venir meno quanto disposto dall'art. 2 della legge del 1953; mentre per quanto riguarda quello che si è definito l'arbitrato informale, l'art. 3 della legge del 1988 si è posto in termini sostanzialmente speculari rispetto al suo omologo del '53.

L'ulteriore tappa di questa evoluzione normativa in materia di arbitrato è stata segnata dalla *Ley de 23 de diciembre de 2003*. Si tratta di un intervento che ha inteso disciplinare bensì la materia arbitrale, ma

ricordando pure l'esistenza di arbitrati per così dire speciali regolati in altre (e apposite) sedi normative (cfr. art. 1).

Tale legge, dopo aver ribadito che sono suscettibili di arbitrato le controversie¹⁴⁵ relative a diritti disponibili, non solo non ha preso in considerazione la figura del terzo chiamato a integrare un rapporto giuridico (anche solo per distinguerla dall'arbitro), ponendosi così in linea con la legge dell'88, ma ha pure soppresso qualunque riferimento a quell'arbitrato informale – vincolante sul piano negoziale in caso di accettazione “postuma” del lodo – di cui ai rispettivi artt. 3 delle leggi del 1953 e del 1988.

All'esito di una dettagliata regolamentazione del procedimento arbitrale, gli artt. 40 ss. hanno voluto ricordare che il lodo è impugnabile con azione di annullamento (nel termine e per i motivi di cui all'art. 41) e che produce gli effetti di cosa giudicata (cfr. art. 43); mentre agli artt. 44 ss. sono disciplinati i profili concernenti la tutela esecutiva.

Infine, l'ultimo intervento legislativo da registrare è la *Ley de 20 de mayo de 2011*, la quale peraltro, in ordine ai profili più direttamente rilevanti in questa sede, ha sostanzialmente lasciato intatta la disciplina della legge del 2003.

3. Arbitraje e arbitrio de tercero

Giurisprudenza (e soprattutto) dottrina spagnole si sono poste il problema della distinzione dell'arbitrato – espressamente e analiticamente disciplinato dalla legge – da figure più o meno affini.

La riflessione, tra l'altro, ha riguardato anche il rapporto tra l'arbitrato e l'arbitraggio (*arbitrio de tercero*, definito *arbitrador*).

Giustamente la dottrina iberica che più di tutte ha studiato tale questione ha condotto la propria analisi rilevando che quella tra *arbiter* e *arbitrator*, come si è cercato di spiegare nel primo capitolo, è distinzione antica, già nota nel diritto romano e rispetto alla quale, peraltro, è stata poi fatta una certa confusione nel diritto medievale¹⁴⁶.

¹⁴⁵ E non più, dunque, le questioni litigiose di cui alla legge dell'88.

¹⁴⁶ Cfr. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, *El Arbitrio*, cit., *passim*, il quale rileva che quella tra arbitratore e amichevole compositore è confusione antica che si è mantenuta con oscillazioni nel corso del diritto moderno. In tal senso cita un passaggio di Hevia Bolaños, *Curia philippica*, Madrid, 1783, 434, “sono arbitri quelli che determinano

Non può poi ignorarsi, quale ulteriore fattore d'incertezza nella ricostruzione del rapporto tra arbitrato e arbitramento, la corrente di pensiero - di cui, per quanto concerne il dibattito italiano, ci occuperemo nel prossimo capitolo - che ha sostenuto (e sostiene) l'idea dell'arbitrato irrituale (o libero) quale arbitraggio nella transazione o nel negozio di accertamento¹⁴⁷.

In Spagna il dibattito è stato stimolato, in particolare, dall'art. 2 della legge del '53, primo riferimento per così dire generale, in tale esperienza giuridica, alla *intervencion de tercero para completar o integrar una relacion juridica*. A tal proposito si è affermato che, con tale innovazione normativa, il legislatore ha voluto segnare la distinzione tra arbitrato e arbitraggio nel senso che il primo dà luogo ad un'attività finalizzata alla composizione di un litigio, che dell'arbitrato è elemento necessario; mentre il secondo interviene in casi nei quali vi è, al più, una mancanza di accordo e non già un litigio, oppure addirittura non vi è mancanza di accordo ma le parti preferiscono ugualmente rimettersi al terzo per la determinazione dell'elemento negoziale. Sicché l'arbitro è giudice di un litigio, mentre l'arbitratore è giudice di un negozio¹⁴⁸.

Secondo il legislatore del '53, pertanto, la linea di confine tra i due istituti riposa sul tipo di attività svolta dal terzo. L'arbitro, a differenza dell'*arbitrador*, risolve una controversia giuridica, nel senso che interviene laddove il contrasto è sulla spettanza di diritti in base all'ordinamento giuridico. L'attività dell'arbitratore apparentemente può sembrare finalizzata alla risoluzione di un contrasto, ma in realtà è rivolta al completamento ovvero alla integrazione di un rapporto giuridico¹⁴⁹.

secondo diritto, e arbitratori quelli che lo fanno secondo arbitrio"; sul punto v. *supra*, cap. I, par. 2.

¹⁴⁷ Sul punto si rimanda, per tutti, a BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688 ss.; v. anche *Id.*, *Sub art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 65 ss.

¹⁴⁸ DIEZ PICAZO, *El arbitrio*, cit. *passim*, secondo il quale l'unico valido e pregnante criterio distintivo tra le due figure rimane quello incentrato sul tipo di attività svolta dall'arbitro, da un lato, e dall'arbitratore, dall'altro. Non sarebbero dunque idonei a spiegare in maniera decisiva tale differenza altri criteri storicamente formulati *in parte qua*, quali quelli, ad esempio, che fanno leva sul criterio di giudizio (diritto o equità), oppure sulla contrapposizione tra questione di fatto e questione di diritto, ovvero sulla dicotomia tra controversie giuridiche e controversie economiche.

¹⁴⁹ In tal senso l'esempio fondamentale sarebbe dato dall'art. 1447 del *codigo civil* in punto di determinazione del prezzo nella compravendita. Invero, quando il terzo dispone il

Così, se due imprese sono in concorrenza in un certo settore può bensì capitare che tra di loro sorga un conflitto, ma esso non è giuridico, sicché se addivengono alla stipulazione di un patto e chiedono l'intervento di un terzo danno luogo ad un arbitraggio, non già ad un arbitrato. Peraltro tra i due fenomeni vi possono essere momenti, per così dire, di sovrapposizione posto che, se l'arbitro risolve il litigio e l'arbitratore integra il negozio, si può configurare il litigio giuridico sull'integrazione negoziale: in tal caso comunque l'intervento risolutore del terzo si esprimerebbe sulla controversia, dando luogo ad un arbitrato¹⁵⁰.

Sotto il vigore della legge del '53, la distinzione testé descritta tra arbitrato e arbitraggio è stata propugnata anche dalla giurisprudenza spagnola¹⁵¹ la quale, inoltre, dinanzi al silenzio del legislatore, ha ammesso l'impugnabilità della determinazione del terzo¹⁵².

A dire il vero, tale dicotomia era nota anche prima che il legislatore prendesse espressa posizione sul punto¹⁵³.

prezzo non dirime una lite, ma apporta un elemento necessario per la nascita del rapporto, non certo per la sua estinzione. Il terzo dunque svolge qui una funzione diversa da quella dell'arbitro; cfr. GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona 1956, 66 ss.

¹⁵⁰ Cfr. ancora DIEZ PICAZO, cit. il quale propone l'esempio della divisione della cosa comune, nell'ambito della quale vi può essere l'accordo circa la rimessione al terzo della determinazione delle porzioni, oppure una controversia vera e propria, con un incarico all'arbitro che in tal caso, oltre a risolvere la lite, integra il rapporto.

¹⁵¹ Cfr., *ex multis*, *Tribunal Supremo* 21 aprile 1956, n. 294; 10 marzo 1986, n. 1168; 11 dicembre 1987, n. 9417.

¹⁵² L'attività dell'arbitratore incaricato, per esempio, di determinare il prezzo ex art. 1447 cod. civ. non è da intendersi priva di qualunque limitazione, ché altrimenti il concetto di arbitrio rischierebbe di rasentare l'arbitrarietà. Sicché il responso del terzo non conforme alle indicazioni convenute ovvero manifestamente iniquo è per così dire sottoponibile al giudizio dell'autorità giurisdizionale. Del resto, l'art. 1690 del *codigo civil*, dettato in materia societaria, dispone che se i soci si sono accordati nel senso d'incaricare un terzo per la determinazione della partecipazione di ciascuno agli utili e alle perdite, il di lui responso può essere impugnato soltanto quando sia evidentemente privo di equità. Cfr. *Tribunal Supremo* 21 aprile 1956, n. 294; 10 marzo 1986, n. 1168.

¹⁵³ Benché, come si è visto, tale posizione sia stata poi presa con una norma generale che comunque si affiancava a fattispecie per così dire speciali di arbitramento. Nel senso indicato nel testo si veda *Tribunal Supremo* 29 marzo 1911, n. 132, nella prospettazione del quale sembra emergere la distinzione tra un incarico al terzo avente matrice in un compromesso e, pertanto, finalizzato alla risoluzione di una controversia e un incarico finalizzato invece all'integrazione di un negozio. In particolare nel caso di specie entrava in gioco una clausola contrattuale in virtù della quale veniva rimessa ad una terza persona determinata, da parte dei contraenti, la liquidazione dei conti pendenti in ordine ad un'esecuzione testamentaria, con l'ulteriore previsione del ricorso al giudizio di amichevoli compositori per il caso in cui le parti non si fossero conformate al responso del terzo liquidatore.

La mancata riproposizione, ad opera della legge sull'arbitrato del 1988, di una norma omologa all'art. 2, comma 2, della legge del '53 ha suscitato, per la verità, non pochi interrogativi. Infatti, ci si è chiesti fundamentalmente se con tale silenzio il legislatore iberico abbia voluto semplicemente evitare di “ripetere” una norma per così dire superflua, in ragione della ormai acquisita certezza in ordine ai confini tra arbitrato e arbitraggio; o se, al contrario, abbia inteso condurre l'*arbitrio del tercero* sotto l'egida della disciplina in materia di arbitrato.

Invero, per taluni non è affatto insostenibile l'idea di una sorta di assimilazione tra le due figure, di guisa che l'attività dell'arbitro possa consistere anche nell'integrazione negoziale. A supporto di siffatta lettura varrebbero anche dati normativi mutuati da altri ordinamenti giuridici: così, ad esempio, la legge portoghese del 1986 sull'arbitrato volontario ricomprende nell'attività dell'arbitro anche il completamento di un rapporto giuridico. Inoltre, ad onta del riferimento, nell'art. 1 della *ley de 1988*, alle questioni litigiose, non vi sarebbe da distinguere tra *res dubia* giuridica e *res dubia* economica, poiché la norma allude alle materie disponibili per le parti, nelle quali tale dicotomia non risulterebbe operante¹⁵⁴.

Altra parte della dottrina, tuttavia, si è mostrata di avviso contrario, confermando le autorevoli riflessioni sviluppate nel vigore della legge del '53¹⁵⁵. Del resto, il fatto che nella pratica non sia facile, a volte, distinguere, non deve condurre automaticamente alla conclusione che le due figure sono la stessa cosa.

Le leggi sull'arbitrato del 2003 e del 2011 non hanno innovato, sul punto, l'impianto scaturito dalla riforma del 1988¹⁵⁶, mantenendo così il silenzio circa l'esclusione dalla disciplina dell'arbitrato della figura del terzo

¹⁵⁴ Per tale riflessione cfr. LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje*, cit., 24 ss., il quale ritiene altresì che tale distinzione sia puerile e sterile, e conduca a creare artificialmente la figura dell'arbitratore senza un espresso riconoscimento legislativo.

¹⁵⁵ Cfr. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje: el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988*, Madrid, 1991, 140 ss.

¹⁵⁶ Salvo il passaggio, con riferimento all'oggetto dell'arbitrato, dalle *cuestiones litigiosas* alle *controversias*, profilo che come si è visto è stato da taluni utilizzato per motivare in ordine all'assimilabilità arbitrato/arbitraggio. Tuttavia dottrina autorevole ha dato conto di come l'espressione *cuestiones litigiosas* andasse in realtà intesa in senso tecnico, cioè come controversie giuridiche vere e proprie, sulla base di precisi indici ermeneutici, tra i quali anche la stessa relazione al testo legislativo dell'88; su tali ultimi aspetti cfr. in particolare REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit., 140 ss.

incaricato di completare un rapporto giuridico. Tuttavia dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno consolidato vieppiù il proprio orientamento teso ad affermare la differenza ontologica e funzionale tra i due fenomeni, che si esprime, in particolare, sul piano dell'attività richiesta al terzo e del regime del relativo responso¹⁵⁷, la cui impugnabilità per manifesta iniquità è pacificamente ammessa¹⁵⁸.

In conclusione, la figura dell'*arbitrador* non è contemplata dalla legge sull'arbitrato - anche solo per essere esclusa dal suo raggio applicativo - né è presa in considerazione, in termini generali, in altre sedi normative, sicché è principalmente soggetta alle norme che la regolano in casi specifici (ad esempio, artt. 1447 e 1690 del *codigo civil*); la determinazione del terzo arbitratore vincola le parti sul piano negoziale.

4. Arbitraje informal

Si è detto che la differenza tra arbitrato e arbitraggio si delinea anche con riferimento alla “decisione” del terzo. Infatti, il lodo dell'arbitro non è solo un atto che decide e risolve una controversia giuridica, ma è anche idoneo ad acquisire i crismi della cosa giudicata, donde – ad avviso dell'opinione prevalente¹⁵⁹ – la “giurisdizionalità” dell'arbitrato in Spagna.

¹⁵⁷ In giurisprudenza si vedano, *ex mutis*, *Tribunal Supremo* del 28 novembre 1988, n. 904, il quale afferma senza esitazione che gli arbitratori non intervengono per dirimere un conflitto relativo ad un rapporto giuridico già esistente, ma per completare o integrare quest'ultimo, concretizzando uno degli elementi di esso; *Tribunal Supremo* del 30 novembre 2010, n. 765; *Tribunal Supremo* del 2 novembre 2012, n. 635, che conferma, altresì, l'impugnabilità del responso dell'arbitratore; *SAP Barcelona* del 13 marzo 1992, secondo cui l'arbitro, dinanzi ad un litigio presente o futuro, e cioè un conflitto d'interessi potenzialmente idoneo a dar luogo a un pronunciamento giudiziale, emette un *iudicium in litigio*, mentre l'arbitratore, dinanzi ad un rapporto giuridico non litigioso, ma incompleto per la mancanza di accordo su un punto, emette un *iudicium in negotio*, per integrarlo nella fase di formazione. In dottrina, oltre agli autori già citati in precedenza, si segnalano anche CORDON MORENO, *El arbitraje de derecho privado. Estudio breve de la ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Cizur Menor, 2005; DIEZ PICAZO, in Julio Gonzalez Soria (coordinador), *Comentario a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004, 103; YANEZ VELASCO, *Comentario a la nueva ley de arbitraje*, Valencia, 2004; FAJARDO FERNANDEZ, *La compraventa con precio determinable*, Madrid, 2001, 357 ss.; VAZQUEZ BARROS, *El negocio jurídico de compraventa y permuta: comentarios, formularios, jurisprudencia: legislación básica y bibliografía*, Valencia, 2010, 156; NAVARRO PEREZ, *La compraventa en el código civil: estudio sistemático de este contrato*, Córdoba, 1999, 210; CREMADES SANZ-PASTOR, *El arbitraje de derecho privado en España*, Valencia, 2014, *passim*.

¹⁵⁸ Cfr. CORDON MORENO, *El arbitraje*, cit.; inoltre il patto di rinuncia all'impugnazione della determinazione dell'arbitratore è contrario al diritto alla tutela effettiva ex art. 24 della Carta fondamentale spagnola. Si veda in tal senso *Tribunal Supremo* del 10 marzo 1986, n. 1168.

¹⁵⁹ Sulla natura giurisdizionale dell'arbitrato spagnolo – spiegata, per lo più, in ragione della

Senonché, pur consapevole di avere a che fare con un sistema straniero, il giurista italiano, nel momento in cui si entra nel campo della – se così si può dire – natura dell'arbitrato, non può fare a meno di por mente anche alla realtà, invero non solo italiana¹⁶⁰, rappresentata dall'arbitrato libero.

Così, una volta appurato che arbitraggio e arbitrato integrano due fenomeni assolutamente distinti e che il secondo, a differenza del primo, è un equivalente della giurisdizione, il quesito che sorge è se il sistema spagnolo conosca anche l'arbitrato negoziale.

In realtà, come si è visto, quello che generalmente in Spagna è definito come *arbitraje informal* - proprio per distinguerlo dall'arbitrato per così dire ufficiale, equiparabile al nostro arbitrato rituale - è stato preso in considerazione dal legislatore già nel '53. Senonché l'art. 3 della *ley de 1953*, sostanzialmente confermato dalla riforma del 1988, dopo aver ricordato che l'arbitrato, per essere efficace, doveva conformarsi alle prescrizioni della stessa legge regolatrice, aggiungeva che nondimeno “*cuando, en cualquier otra forma, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero y hubieren aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emisión, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio*”.

In tal modo si attribuiva validità ed efficacia all'intervento risolutivo di un terzo, pattuito in qualunque altra forma con un accordo che avrebbe vincolato le parti sul piano negoziale, laddove presentasse i requisiti generali per l'efficacia del contratto e *l'accettazione della “decisione” del terzo fosse posteriore alla sua emissione*.

Ovviamente tale disposizione, sia nella versione originaria, sia in quella riproposta nell'88, ha incuriosito la dottrina italiana. Solo per alcuni, peraltro, essa ha costituito l'affermazione dell'arbitrato libero nel sistema

processualità dell'istituto e degli effetti del lodo - cfr., *ex multis*, NIEVA FENOLL, *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*, Barcellona, 2009, *passim*; LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje*, cit., 24 ss.; CORDON MORENO, *El arbitraje*, cit., 42; in giurisprudenza si veda l'importante pronuncia del *Tribunal Constitucional* del 4 ottobre 1993, n. 288, secondo cui l'arbitrato è un *equivalente jurisdiccional* mediante il quale le parti possono raggiungere i medesimi risultati della giurisdizione civile.

¹⁶⁰ Cfr. la panoramica proposta da MARINELLI, *La natura*, cit., *passim*.

spagnolo¹⁶¹, mentre per altri, in realtà, è come se la norma avesse rappresentato, all'esito di un destino di “alterne fortune”, una sorta di sbarramento, seppur non proprio chiaro, per l'arbitrato negoziale nell'ordinamento iberico¹⁶².

Invero, prima della riforma degli anni '50, dunque nell'ambito di un sistema che ruotava intorno all'arbitrato processuale (e al giudizio di amichevoli compositori) delineato dalla LEC, l'arbitrato libero era stato ammesso sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, da quest'ultima peraltro con arresti finanche anteriori alla decisione della Cassazione torinese del 1904¹⁶³.

Il ragionamento di fondo a sostegno di tale impostazione si basava sul principio di autonomia negoziale di cui all'art. 1255 del *codigo civil*, il quale avrebbe senza opposizioni legittimato un qualunque accordo - diverso dal compromesso delineato dagli artt. 1820 e 1821 del codice in relazione alla legge processuale – finalizzato a deferire a un terzo la soluzione vincolante di una controversia. In tal caso, se fosse risultato che la volontà delle parti non fosse diretta alla sostituzione dell'autorità giudiziaria ricorrendo all'arbitrato processuale o al giudizio di amichevoli compositori, ci si sarebbe trovati dinanzi ad un negozio perfettamente valido e lecito¹⁶⁴. Onde, in senso stretto, il *compromiso* era da intendere come l'accordo mediante il quale le parti sottopon[evano] la controversia al giudizio speciale dell'arbitro (processuale) o di amichevoli compositori¹⁶⁵.

In tale ottica il lodo costituiva la conseguenza prevista e voluta nella convenzione originaria, da eseguirsi in buona fede; colui che avesse chiesto l'adempimento del lodo avrebbe operato nel senso indicato dal contratto,

¹⁶¹ SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 6 ss.

¹⁶² MARINELLI, *La natura*, cit., 59 ss.

¹⁶³ Cfr., ad esempio, *Tribunal Supremo* del 13 marzo 1894 e del 19 maggio 1896.

¹⁶⁴ V. PRIETO CASTRO, *El arbitraje*, cit., 4 ss. L'Autore citato ricordava pure che, nella materia commerciale, tale arbitrato “improprio” era stato ammesso per la risoluzione di contrasti tra commercianti, sulla base di meccanismi che potevano prevedere l'assegnazione alle camere di commercio della funzione d'intervenire nelle controversie coinvolgenti i soggetti dei quali venivano rappresentati gli interessi; oppure l'attribuzione al *Consulado de la Lonja de Valencia* (dipendente dalla camera di commercio) della risoluzione paritaria delle liti sorte nella interpretazione e adempimento dei contratti di compravendita.

¹⁶⁵ Cfr. CASTAN, *Derecho civil español*, cit., 411 ss.

avendo esso natura negoziale¹⁶⁶.

A dire il vero, la dottrina sul punto non aveva fatto altro che registrare l'indirizzo della giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, che già si era espresso - in ragione del sistema di libera contrattazione accettato dal codice civile spagnolo per tutto ciò che non contrastasse con la legge, la morale e l'ordine pubblico (art. 1255 *codigo civil*) – nel senso del riconoscimento come leciti e obbligatori di quegli accordi mediante i quali le parti sottoponevano la decisione di una controversia a persone di loro fiducia e competenza, che per le loro conoscenze avrebbero risolto il conflitto senza bisogno di sottostare alle rigidità del procedimento. E così aveva distinto il contratto di compromesso vero e proprio, definibile come “giudiziale” e che avrebbe richiesto i requisiti di cui al titolo V libro II della *ley de enjuiciamiento civil*, dalle altre convenzioni in virtù delle quali i contraenti, prescindendo dal formalismo processuale, preferivano, sia per la fiducia riposta nel terzo, sia per le di lui conoscenze tecniche, ovvero per altre ragioni, sempre che non fosse illecito, che gli fossero risolte le controversie con semplicità, rapidità e sommarietà, senza le formalità previste dalla legge processuale. In tali casi non avrebbero trovato applicazione, in particolare, gli artt. 792 e 828 della *ley de enjuiciamiento civil*, in punto di forma del compromesso¹⁶⁷.

Il Supremo organo giurisdizionale iberico aveva pure specificato, analizzando pertanto il profilo per così dire strutturale dell'arbitrato negoziale, che quando le parti, per la soluzione di una controversia, chiedono l'intervento dirimente di un terzo al di fuori degli schemi relativi all'arbitrato processuale o al giudizio di amichevoli compositori, in realtà danno luogo ad un meccanismo che conduce ad una transazione, che per nessuna legge sarebbe stata soggetta a forme speciali per la sua validità ed efficacia¹⁶⁸.

¹⁶⁶ LOPEZ DE HARO, *Cuestiones practicas. Laudo por virtud de contrato privado*, in *Revista de derecho privado*, 1915, 236-237.

¹⁶⁷ Cfr. *Tribunal Supremo* 24 giugno 1927, n. 185; per altri arresti sostanzialmente conformi v., tra gli altri, *Tribunal Supremo* 30 dicembre 1944, n. 101; 14 marzo 1933, n. 150; 10 dicembre 1912, n. 99.

¹⁶⁸ *Tribunal Supremo* 25 aprile 1902, n. 117; in dottrina, per spunti in tal senso, cfr. PANTALEON PRIETO, *Notas sobre la nueva ley de arbitraje*, in *La Ley-Legislacion*, 1989, 118 ss. Come si è accennato, l'idea dell'arbitrato irrituale quale arbitraggio nella transazione o comunque come un mandato a risolvere la lite mediante una soluzione transattiva è stata propugnata nel sistema italiano da una parte degli interpreti e della giurisprudenza. Per una ricostruzione in tal senso cfr., tra gli altri, BOVE, *Sub art. 808*

La riforma arbitrale del 1953 ha messo indubbiamente in crisi l'orientamento testé descritto, posto che ha inteso far scattare il vincolo, sul piano negoziale, al momento dell'accettazione (espressa o tacita) per così dire postuma del lodo.

La dottrina spagnola, consapevole della “storia” dell'arbitrato *improprio*, si è opportunamente interrogata sull'inquadramento sistematico da dare al fenomeno preso in considerazione dall'art. 3 della LADP e della LA¹⁶⁹; si è chiesta, sostanzialmente, se esso fosse o meno un arbitrato, ancorché informale¹⁷⁰.

Accanto a tale interrogativo, invero, si era posto un ulteriore dubbio, teso a far emergere la contraddittorietà di un ordinamento che prevedeva, da un lato, un arbitrato capillarmente regolato sul piano processuale e, dall'altro, un arbitrato deformalizzato ma parimenti vincolante.

Nel tentativo di dare un senso alla legge sull'arbitrato e al suo art. 3 la soluzione che è prevalsa ha considerato il meccanismo di cui alla norma citata non già un arbitrato, ma qualcosa di più simile ad una conciliazione, giacché quest'ultima si caratterizza, tra l'altro, per la nascita del vincolo negoziale in ragione dell'accettazione del “risultato” successiva all'emissione del responso del terzo; mentre l'arbitrato vincola quando la soggezione al risultato è preventiva¹⁷¹. Con l'espressione *despues de emisión (o de emitida)* è come se il legislatore iberico, dopo aver riconosciuto l'arbitrato negoziale, lo avesse improvvisamente privato di efficacia¹⁷².

Si è così rilevato che l'ordinamento spagnolo, con la LADP e la LA, ha

ter, cit., 65 ss.; VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 846 ss.; BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 946.

¹⁶⁹ Con riferimento all'art. 3, comma 2, della LA è stato anche fatto presente che una redazione meno “complicata” della norma sarebbe stata preferibile, dato che nella dottrina italiana si è pensato ad essa come esempio di configurazione unica dell'arbitrato libero. Cfr. PANTALEON PRIETO, *Notas*, cit., con riferimento a SCHIZZEROTTO.

¹⁷⁰ Più voci autorevoli hanno peraltro puntualizzato che concettualmente, dal punto di vista oggettivo/funzionale, l'arbitrato informale, al di là del problema relativo alla sua efficacia o meno nell'ordinamento iberico, è pur sempre finalizzato alla composizione di una controversia, sicché dev'essere tenuto distinto dall'*arbitrio de tercero*. Cfr. in tal senso DIEZ PICAZO, *Arbitrio de un tercero*, cit.; YANEZ VELASCO, *Comentario*, cit., 102 ss.

¹⁷¹ REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit., 134 ss.; GUASP, *El arbitraje*, cit., 66 ss.; DIEZ PICAZO, *Arbitrio*, cit.; per spunti giurisprudenziali sul punto si vedano, *ex multis*, *Tribunal Supremo* 8 ottobre 1963, n. 4074; *Tribunal Supremo* 14 giugno 1968, n. 3184.

¹⁷² GUASP, *El arbitraje*, cit., 66 ss.

messo a confronto due opposte esigenze: da un lato il principio di autonomia negoziale, dall'altro la necessità che comunque l'autonomia privata si esprima mediante attività non contrarie alla legge, alla morale e all'ordine pubblico. E la prima esigenza ha dovuto cedere il passo alla seconda.

In un siffatto sistema, dunque, l'arbitrato doveva essere conforme alla legge, cioè era concepibile solo l'arbitrato appositamente regolato dal legislatore; a ciò si aggiunge il rilievo in base al quale laddove si fosse trattato di derogare alla giurisdizione sarebbero occorsi rigorosi controlli, non potendosi al contrario dar spazio, in tutta la sua espressione, al principio di autonomia privata¹⁷³.

L'idea prevalente, nel vigore della LADP e poi della LA era che, se le parti volevano vincolarsi preventivamente al lodo, dovevano ricorrere all'arbitrato processuale positivamente regolato; se volevano qualcosa di diverso, potevano vincolarsi *a posteriori*, accettando espressamente o tacitamente la già emessa decisione¹⁷⁴.

D'altro canto, non sono mancate voci a sostegno dell'operatività dell'arbitrato informale, ad onta dell'accettazione del lodo dopo la sua emissione. Si è altresì messo in evidenza che, in siffatta ipotesi, l'atto risolutivo della controversia sarebbe soggetto all'impugnativa negoziale¹⁷⁵.

La (prevalente) tesi restrittiva in ordine all'ammissibilità dell'arbitrato libero è stata confermata pure a seguito della riforma del 2003, la quale ha eliminato qualunque riferimento alla figura già delineata dall'art. 3 della LADP e della LA. Invero, ad essere più precisi, pur nel silenzio della legge, ad avviso dell'indirizzo consolidato nulla è cambiato rispetto a quanto disposto dalla LADP e dalla LA: è possibile rimettere ad un terzo, in via "informale", la soluzione di una controversia, senza dunque attenersi alle

¹⁷³ Senza contare che, se fosse prevalso il principio di autonomia negoziale, non si sarebbe capito il senso di un'apposita disciplina dell'arbitrato, né della ricerca di un arbitrato con effetti meramente obbligatori. Per questi spunti cfr. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit., 134 ss.; GUASP, *El arbitraje*, 66 ss.

¹⁷⁴ REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit., 134 ss.

¹⁷⁵ Dunque per incapacità delle parti o del terzo; per errore sostanziale, violenza, dolo, eccesso di mandato. Con riferimento al dolo, inoltre, si sarebbe posta l'esigenza di distinguere tra dolo imputabile alle parti e dolo imputabile al terzo: nel primo caso si sarebbe trattato di un comportamento illecito della parte che avrebbe tratto in inganno l'altra portandola ad una manifestazione di volontà che, altrimenti, non avrebbe espresso; nel secondo ci si sarebbe trovato dinanzi ad un lodo iniquo. Cfr. per tale ricostruzione LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje*, cit., 24 ss.

regole predisposte per l'arbitrato, purché l'accordo contenga i presupposti essenziali del contratto e la decisione venga accettata – espressamente o tacitamente - dopo la sua emissione¹⁷⁶.

Par d'intuire, allora, che nel sistema spagnolo la dualità arbitrale tipica del nostro ordinamento non è presente. Dagli anni '50 in poi l'idea che si è saldamente affermata concepisce, come mezzo risolutivo di controversie vincolante sin dall'accordo compromissorio, soltanto l'arbitrato processuale regolato dalla legge¹⁷⁷. Del resto la legge stessa attribuisce alle parti significativi poteri in ordine al procedimento arbitrale, che tuttavia, ancorché deformalizzato, sfocia in ogni caso in un lodo idoneo al giudicato. Sarebbe pur sempre - volendo ricorrere alle categorie del giurista italiano – un arbitrato rituale.

5. Peritacion dirimente

Accanto all'arbitrato (anche negoziale) e all'*arbitrio de tercero*, dottrina e giurisprudenza spagnole si sono trovate a fare i conti anche con una figura accostabile a quella che nel nostro sistema è nota come perizia contrattuale

Orbene, un primo aspetto, non certo decisivo ma sicuramente curioso, che caratterizza il sistema spagnolo attiene al profilo terminologico del problema. Invero, alcuni si riferiscono al fenomeno in questione chiamandolo, tra l'altro, *peritacion dirimente*, *pericia contractual* o, ancora, *dictamen arbitral*. Ad ogni modo, in ogni tentativo di spiegazione e ricostruzione vengono riportati diversi casi, ciascuno oggetto di apposita disposizione normativa.

Tra tali casi, i più significativi e ricorrenti sono tre, rispettivamente

¹⁷⁶ Cfr. CORDON MORENO, *El arbitraje*, cit., il quale giustifica tale soluzione in ragione del principio di autonomia negoziale ex art. 1255 cod. civ., salvo, per così dire, il limite della posteriore accettazione; RAMON MULLERAT, *Arbitraje en el mundo y en españa. Una vision estadística*, kpmg.es, 2010, 29; CREMADES SANZ-PASTOR, *El arbitraje*, cit., ad avviso del quale la decisione del terzo per le parti ha valore di transazione. Per quanto concerne la giurisprudenza, valgono le medesime considerazioni già sviluppate sotto la vecchia disciplina. In tal senso non pare superfluo ricordare *SAP Barcelona* 13 marzo 1992, che rileva come il vincolo negoziale derivi non già dalla convenzione iniziale ma dall'accettazione posteriore all'emissione della decisione; *SAP Cordoba* 20 settembre 1996.

¹⁷⁷ A parte figure di arbitrato speciale regolati in apposite sedi legislative (ad esempio, in materia di lavoro, consumo, proprietà intellettuale ecc.). Cfr. l'art. 1, commi 3 e 4, della *Ley de Arbitraje de 2003*.

regolati dagli artt. 1598 del *codigo civil*, 327 del *codigo de comercio*, 38 della *ley n. 50 del 1980* in materia assicurativa.

Sulla base della prima disposizione, dettata in materia di appalto, se è stabilito che la opera debba essere realizzata a “soddisfazione” del committente, in mancanza di conformità l'approvazione è da intendersi soggetta al giudizio peritale, che se proviene da un terzo è vincolante.

La seconda norma concerne invece la compravendita, in particolare la compravendita in base a campioni o determinate qualità conosciute nel mercato. Vi si prevede che, in siffatte ipotesi, il compratore non può rifiutare di ricevere i generi contrattati, se sono conformi ai campioni o alla qualità fissata nel contratto. Se tuttavia il compratore non accetta tale ricezione, le parti nominano dei periti, i quali stabiliscono se i beni sono o no da ricevere. Nel primo caso, la vendita si considera “consumata”; nel secondo caso, il contratto verrà sciolto, impregiudicato l'eventuale risarcimento in favore del compratore.

Infine, l'ultima norma presa in esame si occupa della materia assicurativa sostanzialmente riproponendo, per quanto interessa ai fini del presente scritto, quanto disposto dall'originaria (poi abrogata) disciplina del *codigo de comercio* agli artt. 406 ss. L'art. 38 della legge citata, concernendo l'assicurazione contro i danni, stabilisce tra l'altro che, in mancanza di accordo, le parti nominano un collegio di periti che accerta, con responso vincolante, le cause del sinistro, l'ammontare dei danni e le altre circostanze rilevanti per la determinazione dell'indennizzo.

Anche gli interpreti spagnoli, come gli omologhi italiani, hanno incontrato non poche difficoltà nel tentativo di collocare l'istituto in questione in una precisa dimensione giuridica.

Nel nostro sistema, come si è visto, il panorama delle tesi propugate è notevolmente eterogeneo¹⁷⁸.

Una situazione simile ha caratterizzato e caratterizza il sistema iberico, benché, in realtà, siano da registrare non irrilevanti peculiarità.

6. Peritos come arbitri speciali

I primi interventi, in ordine all'inquadramento sistematico delle ipotesi

¹⁷⁸ Cfr. *supra*, cap. II

in cui i periti venivano chiamati ad emettere un responso vincolante circa il *quantum* di un indennizzo ovvero su altri elementi di fatto, qualificavano tali casi come arbitrati speciali.

In effetti, le fattispecie più ricorrenti nella casistica giurisprudenziale riguardavano l'attività peritale di cui alla disciplina degli ormai abrogati artt. 406-407 del *codigo de comercio* in materia di assicurazione contro gli incendi. Secondo l'idea dominante, il vincolo, prodotto dalla “decisione” del perito (o dei periti) sugli elementi tecnici accertati, giustificava la conclusione in base alla quale tale attività non dava luogo alla produzione di una prova, ma ad un arbitrato, ancorché speciale, poiché distinto da quello all'epoca vigente, delineato dalla LEC secondo i modelli del giudizio arbitrale e del giudizio degli amichevoli compositori.

Si può così notare una strettissima relazione tra l'opzione giurisprudenziale – antecedente alla riforma del '53 - a favore dell'arbitrato libero e la tesi della ricostruzione del giudizio peritale come fenomeno arbitrale speciale. Autorevole dottrina ha rilevato che ipotesi di – chiamiamola così – perizia arbitrale sono rinvenibili in concreti casi giurisprudenziali noti per aver condotto all'affermazione dell'arbitrato libero in Spagna¹⁷⁹

Più analiticamente, il Supremo Tribunale iberico riteneva che l'atto dei periti, nominati per quantificare i danni ovvero per valutare il sinistro e le cause di esso, non potesse essere inteso come un giudizio meramente istruttorio e informativo, ma come un giudizio di fatto sui punti indicati, definibile in termini di arbitrato speciale. Pertanto tale responso era da ritenersi vincolante per le parti e poteva essere impugnato nel caso in cui periti avessero espletato la propria attività su elementi non rimessi al loro apprezzamento, oppure avessero agito con dolo o grave negligenza¹⁸⁰.

Invero, oltre un secolo fa, un autore spagnolo, in un prezioso lavoro monografico, tentò di razionalizzare la copiosa casistica di cui si sta

¹⁷⁹ PANTALEON, *Notas*, cit., con riferimento, tra le altre, alle sentenze del *Tribunal Supremo* 13 marzo 1894 e del 24 giugno 1927.

¹⁸⁰ In questi termini *Tribunal Supremo* del 19 maggio 1896, n. 205; *Tribunal Supremo* del 12 novembre 1943, n. 48; si vedano anche *Tribunal Supremo* del 2 marzo 1915, n. 106; *Tribunal Supremo* del 5 maggio 1953, n. 80, in cui si afferma che, affinché il responso peritale abbia tale forza (ed efficacia) vincolante, è necessario che i periti affermino chiaramente ed espressamente l'elemento di contrasto sottoposto al loro arbitrato speciale, senza fornire dubbi e contraddizioni.

trattando, proponendo un inquadramento sistematico del “giudizio peritale”¹⁸¹.

Tale opera rilevava come fosse frequente nella prassi che i privati sottoponevano all'apprezzamento vincolante di esperti (a seconda del settore nel quale fosse necessaria la loro opera: ingegneri, medici, agronomi, ecc.), per esempio, la valutazione delle cause e dell'ammontare dei danni di un incendio di un immobile o di altri beni assicurati, la determinazione del valore di opere realizzate, la valutazione circa la corrispondenza di un'opera alle condizioni pattuite, e così via. Ebbene, secondo la ricostruzione ivi proposta, tale casistica - non presa affatto in considerazione dalla legge e, pertanto, destinata ad una sorta di anarchia giurisprudenziale - dava luogo ad ipotesi non già di mezzo di prova ma di arbitrato per così dire speciale. In particolare - volendo considerare l'arbitrato processuale come una semplificazione del processo statale e il giudizio degli amichevoli compositori come una semplificazione del giudizio arbitrale - si sarebbe trattato di una semplificazione del giudizio di amichevoli compositori; una sorta di giudizio di amichevoli compositori senza le “solennità” legali delineate dalla LEC.

Inoltre il giudizio peritale non doveva necessariamente essere limitato a punti di fatto, potendo invero la competenza dei periti estendersi anche ai profili di diritto e cioè, come per l'arbitrato, alla controversia giuridica nel suo complesso. Solo che, a differenza di quanto affermato da una parte della giurisprudenza favorevole all'arbitrato libero, tale giudizio doveva rimanere distinto dalla transazione, essendo, per così dire, strutturalmente assimilabile all'arbitrato.

Del resto, giurisprudenza e dottrina spagnole della prima metà del XX secolo avevano affermato più volte che gli accordi, da loro ritenuti ammissibili, per porre in essere un arbitrato per così dire *extra* LEC, e cioè l'arbitrato libero, si spiegavano spesso in ragione delle cognizioni e delle specializzazioni delle persone scelte come decidenti¹⁸².

Volendo concludere sul punto, secondo l'orientamento qui analizzato il patto mediante il quale le parti sottoponevano al giudizio vincolante di

¹⁸¹ COSTA, *El juicio pericial (de peritos, prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento: una institución procesal consuetudinaria*, Madrid, 1904, *passim*.

¹⁸² Cfr. PRIETO CASTRO, *El arbitraje*, cit., 4 ss.

esperti una questione tecnica, purché non contrario alla legge, alla morale e all'ordine pubblico, era valido e dava luogo ad un meccanismo di composizione di contrasti diverso dai giudizi arbitrali delineati dalla LEC. La disciplina di un siffatto fenomeno era da rintracciarsi, tendenzialmente, nell'ambito negoziale¹⁸³.

7. El perito arbitrador

Indubbiamente, con l'avvento della legge sull'arbitrato del 1953 e poi con la riforma dell'88, il panorama delle idee in campo è notevolmente cambiato.

Senza trascurare le riflessioni dell'orientamento descritto nel paragrafo precedente, la dottrina spagnola ha fortemente criticato l'idea dell'assimilazione dei casi di perizia dirimente a esempi di arbitrati speciali.

Così, secondo un primo orientamento, che pure nelle ipotesi classiche di cui agli artt. 327 e 407 del *codigo de comercio* ravvisa interventi di terzi volti a comporre un conflitto, la tesi dell'arbitrato speciale è stata sposata solo per dare un senso all'effetto vincolante dell'atto peritale, ma in realtà non di arbitrato si tratterebbe, quanto piuttosto di una prova legale. Sennonché poi si ammette la forzatura anche di una siffatta lettura, e si conclude rilevando che comunque, nella ipotesi analizzate, il terzo assume una funzione peculiare per cui, non essendo riconducibile a quella dell'arbitro in senso stretto, può in generale essere definito "arbitratore"¹⁸⁴, sulla base di una logica, per così dire, di residualità.

Secondo una tesi più elaborata¹⁸⁵, l'equivoco nasce nel momento in cui si pretende di attribuire autonomia giuridica alla figura del perito, essendo in realtà la perizia solo una qualità personale, appartenente, a seconda dei casi

¹⁸³ Cfr. *Tribunal Supremo* del 5 novembre 1957, n. 671: sorta controversia rispetto al costo delle opere di costruzione di una torre assegnata dal convenuto all'attore, per dirimere il contrasto ed evitare l'azione giurisdizionale, le parti convennero di sottoporsi al responso vincolante di un perito in ordine a tale valore, predisponendo regole procedurali. Il Tribunale Supremo qui afferma che intanto le parti sono vincolate in quanto i periti rispettino strettamente le norme sostanziali e procedurali pattuite, tra le quali anche la fissazione del termine massimo per l'emissione del responso, non potendosi al contrario far riferimento a quanto in proposito stabilito per il giudizio arbitrale negli art. 827 ss. LEC; si veda anche *Tribunal Supremo* del 6 luglio 1927, n. 26.

¹⁸⁴ GUASP, *El arbitraje*, cit., 66 ss.

¹⁸⁵ DIEZ PICAZO, *El arbitrio*, cit., *passim*

e delle funzioni svolte, all'arbitro o all'arbitratore¹⁸⁶. Donde la necessità, con riferimento ai casi più studiati d'intervento del perito, di ricavare il tipo di attività che di volta in volta veniva in gioco: se si tratta di attività di completamento negoziale, il perito svolge la funzione dell'arbitratore (definibile come *pericial*¹⁸⁷); se si tratta di risolvere una controversia giuridica, l'esperto assume le vesti dell'arbitro.

Nelle ipotesi normative citate – art. 327 e abrogati artt. 406 ss. cod. com.; art. 1598 cod. civ. -, pur potendosi riscontrare un conflitto d'interessi alla base dell'intervento del terzo esperto, non sarebbe possibile individuare una controversia giuridica in senso stretto, ossia ciò che darebbe luogo ad un arbitrato. L'elemento caratterizzante di tali fattispecie sta solo nell'esperienza del terzo, ma il tipo di attività svolta è in tutti i casi negoziale: nell'art. 327 cod. com. e nell'art. 1598 cod. civ., l'approvazione ovvero la disapprovazione della prestazione integra un'attività che si realizzerebbe nell'adempimento di ogni obbligazione ad opera delle parti ma che può essere rimessa ad un terzo, che espleterebbe una funzione *lato sensu* negoziale, dunque di arbitratore; nell'ipotesi di cui agli abrogati artt. 406-407 cod. com. il perito determinerebbe l'oggetto della prestazione a cui si obbliga(va) l'assicuratore, onde assumerebbe le classiche vesti dell'*arbitrador*¹⁸⁸.

L'equiparazione tra perito e arbitratore nel sistema iberico è stata affermata anche da parte della dottrina e dalla giurisprudenza più recenti¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Del resto parte della giurisprudenza, con riferimento a classiche ipotesi di arbitrato, come quella ex art. 1447 cod. civ., si era espressa in termini di *arbitraje pericial*. Cfr. sul punto PRIETO CASTRO, *El arbitraje*, cit., 4 ss.

¹⁸⁷ Ma si vedano anche i passaggi, con richiami giurisprudenziali, in PRIETO CASTRO, *El arbitraje*, cit., 4 ss., con riguardo alla fattispecie ex art. 1447 cod. civ., ove l'attività di determinazione del prezzo da parte del terzo è descritta come *arbitraje pericial*.

¹⁸⁸ Per tali spunti v. DIEZ PICAZO, *El arbitrio*, cit., *passim*; sulla stessa linea REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit. 134 ss., il quale rileva che nelle fattispecie analizzate il terzo non opera mai come arbitro, posto che non risolve una controversia giuridica. Al contrario, il perito interviene esclusivamente su elementi di fatto, e non sempre in situazioni conflittuali, ché, anzi, nell'art. 327 cod. com. si limita semplicemente ad accertare il presupposto di fatto da cui la legge trae la conseguenza giuridica prevista dalla norma. Insomma, il perito, nelle ipotesi contemplate, non dichiara mai i diritti e gli obblighi delle parti, ma accerta elementi di fatto in funzione integrativa di un rapporto giuridico. È, dunque, un arbitratore.

¹⁸⁹ V., con riferimento all'art. 327 cod. com., CREMADES SANZ-PASTOR, *El arbitraje*, cit; in giurisprudenza, *ex multis*, in ordine alla fattispecie ex art. 1598 cod. civ., *Tribunal Supremo* del 22 luglio 1995, n. 744; *Audencia Provincial de Madrid* del 26 gennaio 2012, n. 13

8. L'oggetto dell'arbitrato

Evidentemente, alla base dell'impostazione considerata nel precedente paragrafo stanno, da un lato le “vicende” relative all'*arbitraje informal*¹⁹⁰; dall'altro le riflessioni intorno all'oggetto dell'arbitrato.

Proprio con riferimento a quest'ultimo punto, la dottrina spagnola ha voluto distinguere l'arbitrato dagli istituti affini, ponendo in rilievo il fatto che il primo può avere ad oggetto solo una controversia giuridica¹⁹¹.

Invero, contrasto, disaccordo, conflitto d'interessi sono tutti termini perfettamente accostabili anche all'arbitraggio e alla perizia contrattuale, ma quando la legge sull'arbitrato fa riferimento ai conflitti, alle questioni litigiose o, da ultimo, alle controversie, intende qualcosa di ben definito e specifico: il contrasto giuridico, che presuppone, da un lato, un conflitto d'interessi e, dall'altro, un conflitto sulla tutela giuridica di tali interessi.

Per l'opinione dominante funzione unica dell'arbitrato è quella di dare soluzione ad una lite vertente su diritti, onde non vi sarebbe mai arbitrato quando le parti controvertono solo in ordine ad un elemento di fatto e chiedono per ciò solo l'intervento risolutivo di un terzo. Insomma, la questione è litigiosa ai sensi della legge sull'arbitrato, ovvero la controversia è idonea ad essere risolta mediante arbitrato, quando le parti chiedono al terzo, con riferimento ad un rapporto giuridico preesistente, l'accertamento dei loro diritti. Il risultato dell'arbitrato è di porre fine alla lite dispensando tutela giuridica, dunque attribuendo diritti e imponendo obblighi.

Ciò è peraltro possibile pure quando gli arbitri sono scelti in virtù delle loro competenze tecniche, potendo le parti chiedere non solo l'accertamento dell'elemento di fatto, ma anche la dichiarazione delle conseguenze giuridiche di tale accertamento. Al contrario, non è possibile ricorrere agli arbitri per ottenere solo la soluzione di una questione di fatto¹⁹².

¹⁹⁰ Cfr. par. 3

¹⁹¹ Benché una parte della dottrina abbia pure messo in evidenza come in altre legislazioni sia possibile sottoporre ad arbitrato anche specifiche questioni, e si porta l'esempio del *bindend advies* olandese, che può condurre, tra l'altro, alla constatazione dello stato di alcuni beni, oppure alla determinazione del *quantum* di un indennizzo. Cfr. LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje*, cit. Il fenomeno del *bindend advies* integra peraltro un arbitrato negoziale. V. sul punto MARINELLI, *La natura*, cit., 38 ss.

¹⁹² Sull'inidoneità della via arbitrale per decidere semplici questioni di fatto e, più in generale, sull'oggetto dell'arbitrato REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, cit., 168 ss.; DIEZ PICAZO, *Arbitrio*, cit., *passim*; CORDON MORENO, *El arbitraje*, cit., 125 ss.; YANEZ VELASCO, *Comentario*, cit., 162 ss.; BERNARDO SAN JOSE, *Arbitraje y*

Così, se le parti di un contratto di assicurazione incaricano l'esperto solo della determinazione del *quantum* del risarcimento, esse sono vincolate bensì a tale responso, ma ben possono mettere in discussione i profili relativi all'*an* del diritto risarcitorio, posto che l'attività peritale non è affatto un arbitrato; viceversa, se incaricano il terzo anche dell'accertamento sull'*an*, allora entra in gioco un arbitrato, il cui risultato è per le parti vincolante anche rispetto alle conseguenze giuridiche.

Conclusione fisiologica di tale impostazione è che, quando le parti limitano l'incarico del terzo alla fissazione di un elemento di fatto – prezzo, valore, indennizzo ecc. -, danno luogo non già ad un arbitrato ma ad un *arbitrio de tercero*.

Pertanto le ipotesi normative citate non integrerebbero fenomeni arbitrari, poiché l'intervento peritale non è contemplato per dichiarare le conseguenze giuridiche circa il rapporto controverso – adempimento, risoluzione e così via -, ma semplicemente per accertare un elemento di fatto relativo a tale rapporto.

9. Dictamen arbitral

Nel panorama delle opinioni propugnate in tema di perizia contrattuale nell'ambiente spagnolo, spicca, per così dire, per la sua originalità una tesi¹⁹³ che pare affrontare il problema muovendo dagli studi fondamentali in materia, ossia quelli della dottrina tedesca della *Schiedsgutachten*, ripresi poi dalla dottrina italiana.

Secondo la ricostruzione qui considerata, espressa l'indomani della riforma arbitrale dell'88, il legislatore iberico, dopo aver rinnegato l'arbitrato libero all'art. 3, doveva non solo ribadire la distinzione tra arbitrato e arbitraggio ma anche distinguere i primi due da una terza figura: il *dictamen arbitral*, equivalente della *Schiedsgutachten* tedesca e dell'italiana perizia contrattuale.

Infatti, a differenza dell'*arbitrio de tercero* – con il quale ha in comune il carattere di negozio giuridico di diritto privato – la perizia non presuppone

jurisdiccion: incompatibilidad y vias de exclusion, Granada, 2002, 33-34; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *El oscuro objeto del arbitraje*, in *Economist & Jurist*, 2008, n. 118, 114.

¹⁹³ PANTALEON PRIETO, *Notas*, cit., 118 ss.

un rapporto giuridico incompleto. L'attività del perito è di accertamento e fissazione di elementi di fatto, non già integrativa o di configurazione giuridica. La determinazione dell'arbitratore rimanda ai concetti di equità o iniquità, mentre il responso peritale a quelli di correttezza o scorrettezza.

Contrariamente poi all'arbitrato, la perizia contrattuale non serve a risolvere una controversia giuridica, ma solo a fissare elementi di fatto (in virtù delle cognizioni dell'esperto) in maniera vincolante non soltanto per le parti ma anche per il tribunale o per gli arbitri eventualmente aditi per la decisione della controversia nel suo complesso.

Si specifica che i periti si occupano solo dell'elemento di fatto; lavorano esclusivamente, per così dire, nel campo della premessa maggiore del sillogismo di applicazione del diritto, senza pronunciarsi sugli effetti giuridici finali derivanti da quanto accertato.

D'altro canto, non sempre si pone il problema della controversia giuridica. Molte volte l'eliminazione dell'incertezza con il *dictamen arbitral* evita che sorga il litigio.

Secondo tale lettura, rientrano nell'ambito applicativo della perizia contrattuale le ipotesi normative relative al *peritaje* sul *quantum* risarcitorio e/o sulle cause del sinistro, nonché le fattispecie di cui agli art. 327 cod. com. e 1598 cod. civ.

In particolare, in ordine all'ipotesi contemplata dall'art. 327 cod. com., pare utile segnalare che la prevalente dottrina considera tale tipologia contrattuale speciale una forma di vendita pura e semplice, nel senso che è ben vero che la merce deve corrispondere al campione o alla qualità pattuita, ma ciò non influisce sulla conclusione del contratto, quanto semmai sulla fase esecutiva di esso¹⁹⁴.

La tesi esposta in questo paragrafo, come si è accennato e come si avrà modo di vedere nel capitolo successivo in maniera più analitica, non sembra troppo distante da impostazioni sostenute in seno al dibattito italiano¹⁹⁵.

¹⁹⁴ LANGLE Y RUBIO, *Derecho mercantil español*, Barcelona, 1959, 185.

¹⁹⁵ Essa, infatti, va ricordata anche per aver espresso qualche perplessità in ordine all'effettività dell'esclusione dell'arbitrato negoziale da parte della legge arbitrale dell'88, e per aver affermato che l'idea dell'ammissibilità di tale fenomeno è ben concepibile, anche in virtù dei contributi della dottrina italiana. Per l'A. citato, se male non s'intende, l'*arbitraje improprio* consiste, peraltro, non già in un vero arbitrato ma in un arbitraggio nella transazione o nel negozio di *fijacion juridica* (accertamento). Ad ogni modo, non possono sfuggire i significativi punti di contatto con le riflessioni di una parte degli'interpreti italiani. Pur consapevole che la questione merita ben altro tipo di

Non pare fuori luogo accennare – salvo poi approfondire più avanti - anche al fatto che, nel nostro sistema, per una parte degli'interpreti e per la giurisprudenza la perizia contrattuale è strutturalmente riconducibile all'arbitrato libero, dal quale si differenzia in ragione dell'oggetto: l'arbitrato è finalizzato alla soluzione di una controversia giuridica; la perizia conduce alla soluzione di una questione tecnica, comunque rilevante nell'ambito di un rapporto preesistente¹⁹⁶.

10. *Riflessioni conclusive*

Come si potrà apprezzare nel prossimo capitolo, chi, nel nostro sistema, ritiene che la perizia contrattuale sia un fenomeno arbitrale¹⁹⁷, talora muove dall'osservazione secondo cui sovente, nell'ambito di un rapporto, il contrasto si può sviluppare solo con riferimento ad uno o più elementi di pregnanza tecnica. Sicché, una volta fissato in maniera vincolante il punto della originaria discordia, il rapporto può tornare a svolgersi lungo i binari di una fisiologica relazione sostanziale. Resta peraltro impregiudicata la possibilità di deferire, al giudice o all'arbitro, la soluzione definitiva della controversia, tanto nel caso in cui la controversia coinvolga l'intero rapporto *ab origine*, tanto nel caso in cui essa si estenda al rapporto nel suo complesso in un secondo momento.

Nel sistema spagnolo la tesi prevalente ricomprende la figura del perito in quella dell'arbitratore, benché si riconosca che spesso il ruolo assegnato dalla legge al perito consiste nella soluzione di un conflitto circa un elemento di fatto.

Se tuttavia si pone mente alle vicende storiche degli'istituti in questione, ci si accorge che forse il destino del perito è stato segnato, a sua volta, da quello dell'arbitro *informal*. Venuta meno, ad avviso dell'indirizzo

trattazione, sicuramente più approfondita, ci si limita ad osservare che PANTALEON sembra, da un lato, non disdegnare la categoria dell'arbitrato libero e, dall'altro, ammettere la figura del negozio di accertamento (anche di fatti). Si tratta senza dubbio di elementi di notevole rilevanza nel quadro dei tentativi ricostruttivi della perizia contrattuale proposti nel sistema italiano. Su questi ultimi aspetti, cfr., se vuoi, CAMPIONE, *La perizia*, cit., 53 ss.

¹⁹⁶ Cfr., se vuoi, la ricostruzione di CAMPIONE, *La perizia*, cit., 53 ss.

¹⁹⁷ Senza specificare, in questa sede, se rituale o libero. In tal senso si vedano, per tutti, BOVE, *La perizia*, cit., *passim*; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 20 ss.; LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., 669 ss.

dominante, una figura preposta alla soluzione delle controversie giuridiche mediante un atto negoziale, non ha più avuto ragion d'essere il mezzo contemplato per superare i contrasti relativi ad un “pezzo” soltanto del rapporto preesistente. Esso è stato ricondotto all'area dell'*arbitrio de tercero*, non potendo essere spiegato secondo la logica dell'arbitrato processuale.

Peraltro, sotto il vigore della LA del 1988, una parte della dottrina italiana aveva per così dire stigmatizzato la tendenza a trarre, dall'art. 3 della legge, una conseguenza grave come l'inammissibilità dell'arbitrato libero nel sistema spagnolo. Si sosteneva, in particolare, che tale risultato si sarebbe dovuto raggiungere con una previsione *ad hoc*, onde per escludere l'arbitrato libero non era affatto sufficiente far leva sul fatto che la legge contemplasse esclusivamente l'arbitrato processuale¹⁹⁸.

Forse il senso di tale spunto di riflessione appare oggi più significativo, alla luce soprattutto dell'espunzione di tale art. 3 dall'ordinamento iberico.

¹⁹⁸ Così, se male non s'intende, MARINELLI, *La natura*, cit., 63.

CAPITOLO IV

INQUADRAMENTO SISTEMATICO DELLA PERIZIA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La perizia contrattuale nella prassi. Uno sguardo più analitico. - 3. Perizia contrattuale e arbitraggio. - 4. Perizia e arbitrato: 4.1. *Arbitrato rituale e irrituale*; 4.1.1. *Il contesto storico*; 4.1.2. *Il quadro giurisprudenziale al principio del nuovo millennio*; 4.1.3. *La riforma del 2006*; 4.1.4. *Arbitrato rituale e irrituale: autonoma proposta ricostruttiva.*; 4.2. *L'accertamento negoziale: breve introduzione*; 4.2.1. *Il negozio di accertamento: definizione e ammissibilità*; 4.2.2. *(segue) Il contenuto e l'oggetto*; 4.2.3. *(segue) Gli effetti*; 4.2.4. *Brevi considerazioni conclusive sull'accertamento negoziale*; 4.3. *Arbitrato e accertamento*; 4.4. *L'oggetto dell'arbitrato*. - 5. Inquadramento definitivo del fenomeno peritale. - 6. Distinzione della perizia da altri istituti: brevi cenni.

1. *Introduzione*

Sin qui ciò che si è potuto apprendere circa il fenomeno oggetto di questo studio è che il quadro ricostruttivo appare tutt'altro che unitario. Lo si è visto brevemente muovendo lo sguardo verso il sistema italiano; lo si è apprezzato anche guardando oltre confine, in particolare concentrandoci sull'ordinamento spagnolo.

Senonché la perizia come mezzo di composizione di “contrastisti”, ancorché soltanto tecnici, esiste e persiste nei traffici giuridico-commerciali. Insomma, il fenomeno è atipico ma allo stesso tempo dotato di una non scarsa rilevanza “sociale”.

Volendo tornare a concentrarci sul sistema italiano, nel tentativo di razionalizzare il quadro e, pertanto, di trovare una collocazione concettuale (possibilmente) definitiva e, conseguentemente, una disciplina il più possibile unitaria dell'istituto, pare opportuno e utile ripartire, questa volta in maniera più analitica, da un approccio empirico al fenomeno. Si tratta cioè di studiarlo per come esso si sviluppa nella prassi delle relazioni giuridico-commerciali, cercando di capire quali sono le esigenze che spingono le parti a stipulare una clausola per perizia contrattuale e, quindi, qual è la *ratio* di fondo di questa figura.

Tale indagine a nostro avviso consentirà di presentare il confronto tra perizia contrattuale da un lato e arbitrato e arbitraggio dall'altro in termini più chiari.

Coniugando poi le conclusioni raggiunte per questa via con le idee espresse, in particolare, dalla giurisprudenza, si dovrà cercare di tracciare la

disciplina giuridica del fenomeno.

2. La perizia contrattuale nella prassi. Uno sguardo più analitico

Innanzitutto preme segnalare che gran parte dei regolamenti delle Camere Arbitrali presentano delle clausole-tipo, non solo compromissorie, ma anche per arbitraggio e per perizia contrattuale¹⁹⁹. Confrontando tali clausole il dato rilevante che emerge è che, allorché la clausola contiene una pattuizione per un arbitrato (tanto rituale quanto libero), l'incarico affidato al terzo è finalizzato alla risoluzione di qualsiasi controversia giuridica derivante dal rapporto contrattuale (ivi comprese le liti circa la validità, esecuzione, risoluzione e interpretazione del contratto); se, invece, si tratta di una clausola per arbitraggio ex art. 1349 c.c. al terzo è richiesta la determinazione di un elemento di un certo contratto, con ciò denotandosi uno stato d'incompletezza del negozio. L'attività dell'arbitratore consente quindi di "ultimare" il regolamento di interessi; quando, poi, si ha a che fare con una pattuizione per perizia contrattuale, il terzo è chiamato ad effettuare un accertamento tecnico e/o la valutazione di determinati elementi di un contratto, o, più dettagliatamente, l'accertamento e/o la valutazione qualitativa e/o quantitativa dello stato dei luoghi, della consistenza, qualità, condizione di beni (o di cose) riguardanti un certo contratto²⁰⁰.

Sembra allora che – tenuta da parte per ora qualunque deduzione in punto di disciplina applicabile –, nell'ottica insita in tali regolamenti, la

¹⁹⁹ Cfr. ad esempio i regolamenti delle Camere di Commercio di Bologna, Bolzano, Cesena, Verona, nonché dell'Istituto Arbitrale Immobiliare di Firenze.

²⁰⁰ Clausola per perizia contrattuale, peraltro definita "compromssoria", contenuta nel regolamento della Camera Arbitrale di Bologna:

Le parti sottoscritte convengono di demandare a n.(1) l'accertamento e/o la valutazione qualitativa e/o quantitativa dello stato dei luoghi, della consistenza, qualità, condizione di beni (o di cose) riguardanti il presente contratto (2).

Per quanto riguarda la designazione dei periti, le parti espressamente si obbligano ad attenersi al regolamento della Camera Arbitrale Immobiliare istituita presso la Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna che dichiarano di conoscere e di accettare.

Le parti si impegnano sin da ora a riconoscere alla determinazione peritale gli stessi effetti di un contratto tra esse direttamente pattuito.

Precisare se si intende rimettere l'accertamento ad un solo perito o a più periti: in questa seconda ipotesi il numero dei periti deve essere dispari.

Specificare l'oggetto dell'accertamento e/o della valutazione.

perizia contrattuale rappresenti qualcosa di distinto sia dall'arbitrato sia dall'arbitraggio.

Invero, essa è prevista in funzione di un accertamento rigorosamente tecnico (valutazione qualitativa e/o quantitativa) di elementi di fatto (luoghi, beni o cose) oggetto di un determinato contratto; accertamento che non è determinazione (nel senso espresso dall'art. 1349 c.c.), giacché qua il contratto è completo, il rapporto giuridico è perfezionato (e preesistente), e occorre effettuare una valutazione, vincolante tra le parti, in fase (almeno) esecutiva. Si noti bene che il contrasto è solo sulla questione tecnica, ma allo stesso tempo essa rileva nell'ambito del rapporto giuridico contrattuale di riferimento, poiché incide sui diritti da esso derivanti.

Pare, peraltro, che le clausole-tipo appena analizzate concepiscano, come ipotesi per così dire standard di perizia contrattuale, i c.d. arbitrati sulle qualità²⁰¹.

Proseguendo in questo *iter* empirico, è importante considerare la niente affatto scarsa diffusione di clausole per perizia contrattuale nell'ambito dei contratti di assicurazione (in particolare, polizze infortuni o polizze relative a danni cagionati da varie tipologia di sinistri, per es. incendio). E un punto di partenza fondamentale, in tale prospettiva, è dato dal rilievo che la quasi totalità delle pronunce giurisprudenziali (di merito e di legittimità) sono intervenute in casi di controversie relative all'applicazione di perizie derivanti da clausole contenute proprio in contratti di assicurazione.

Volendo prendere a modello esemplificativo le condizioni generali UNIPOL (contratto di assicurazione multirischi dell'abitazione)²⁰², qui la perizia contrattuale è prevista nell'ambito della liquidazione dei sinistri per incendio, furto e rapina. All'art. 2.3, in particolare, è previsto che *“l'ammontare del danno e la determinazione dell'indennizzo può essere concordato direttamente dalle Parti, oppure, di comune accordo tra di esse, mediante periti nominati uno dalla Società e uno dal Contraente con apposito atto unico. I periti ne eleggeranno un terzo nel caso in cui non trovassero l'accordo e le decisioni saranno prese a maggioranza. (...)”*.

²⁰¹ Cfr. LUISO, *Diritto processuale*, V, cit., 133.

²⁰² Reperibile in www.unipolassicurazioni.it

Successivamente viene specificato il contenuto del mandato conferito ai periti.

Essi, in particolare, devono: accertare causa, natura e modalità del sinistro; verificare l'esattezza delle indicazioni e delle dichiarazioni risultanti dalla polizza e stabilire se al momento del sinistro esistevano circostanze aggravanti il rischio non dichiarate nonché verificare se l'assicurato ha adempiuto agli obblighi di denuncia del sinistro; verificare separatamente, per ciascuna partita colpita da sinistro, l'esistenza, la qualità, la quantità delle cose assicurate, determinandone il valore al momento del sinistro secondo i criteri di valutazione previsti dalla forma di assicurazione e dal tipo di garanzia risultanti dalla scheda di polizza; procedere alla stima del danno secondo i criteri previsti dal tipo di garanzia prescelta.

È inoltre disposto che i risultati delle ultime due attività tecniche sopra elencate sono vincolanti tra le parti, salva l'impugnativa per violenza, dolo, errore e violazione di patti contrattuali, e impregiudicata in ogni caso ogni azione ed eccezione inerenti l'indennizzabilità del danno (ossia concernenti l'*an* del diritto risarcitorio).

Norme contrattuali come quelle appena analizzate, invero, si ritrovano anche in altre polizze, magari con piccole variazioni in ordine agli elementi di fatto ad alto tasso di tecnicità sui quali può estendersi l'attività peritale²⁰³

Ora, il caso della perizia in ambito assicurativo è emblematico: tra le parti è operante un contratto, perfezionato e completo in tutti suoi elementi; tale contratto costituisce un rapporto giuridico, consistente in reciproci diritti ed obblighi, i quali rappresentano i tipici effetti giuridici prodotti dal negozio; tra tali effetti tipici rientra l'obbligo per l'assicuratore di liquidare un danno coperto dalla garanzia ricompresa nella polizza; sicché, quando interviene un sinistro e s'invoca il diritto al risarcimento, si è nella fase esecutiva del contratto di assicurazione; in tale contesto, se le parti non addivengono ad un accordo e occorre accertare alcuni elementi, di particolare pregnanza tecnica, significa che rispetto ad essi, i quali – è bene ripeterlo – incidono sull'esistenza e/o modo di essere di situazioni giuridiche derivanti dal contratto, vi è una controversia.

²⁰³ Cfr. BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 4 e 5, il quale riporta le condizioni generali per le polizze infortuni, danni da incendio e furto del Lloyd Italico, le quali ripetono le condizioni ANIA.

Dunque pure qua, come nel caso degli arbitrati sulle qualità, l'accertamento tecnico serve a superare un contrasto, rispetto ad una questione o un elemento rilevante per l'esistenza o il modo di essere di un diritto, che interviene nella fase di esecuzione di un rapporto giuridico preesistente.

Dall'indagine condotta sembra emergere la compatibilità della perizia contrattuale con il fenomeno arbitrale, mentre pare potersi rigettare l'idea dell'accostamento all'arbitraggio.

Tale conclusione, che per ora abbiamo espresso in termini estremamente sintetici e perentori, necessita a questo ovviamente di un approfondimento, volto se possibile a dar conto della sua fondatezza.

3. Perizia contrattuale e arbitraggio

Nel corso della trattazione si è avuto modo, in diversi momenti, di portare alla luce la differenza funzionale tra arbitrato e fattispecie ex art. 1349 c.c. Se poi giungiamo a ritenere che il fenomeno peritale dia luogo ad un meccanismo in qualche modo riconducibile all'arbitrato, è evidente che la distinzione dall'arbitraggio arriva a riguardare pure la perizia contrattuale.

La distinzione tra arbitraggio e arbitrato è un dato ormai pacifico²⁰⁴, posto che il primo è uno strumento, tipicamente negoziale, di determinazione di un elemento mancante di un contratto²⁰⁵, mentre il secondo è mezzo di soluzione delle controversie, che interviene riguardo a rapporti completi e perfetti ma litigiosi. In particolare, ricorrendo all'arbitrato rituale si chiede al terzo di decidere la lite secondo una modalità

²⁰⁴ La Suprema Corte lo ha messo in evidenza già diversi anni or sono. Cfr., per tutte, Cass. 25 giugno 1983, n. 4364, già richiamata in esordio alla nota 3, che si esprime in questi termini: “solo in presenza di un arbitraggio - che ricorre quando le parti abbiano affidato al terzo arbitratore non già l'incarico di risolvere una controversia nascente da un rapporto giuridico preesistente e già perfetto (come nell'arbitrato rituale ed in quello libero) ma di determinare in un negozio giuridico in via di perfezionamento, un elemento che le parti non hanno voluto o potuto determinare, sicché l'arbitratore non dirime liti con poteri decisori, ma concorre con le parti nella formazione del contenuto del negozio - è possibile la impugnazione del lodo per manifesta iniquità”.

²⁰⁵ Controverso è in dottrina il profilo relativo al momento di perfezionamento del contratto con clausola di arbitraggio. Ovviamente il problema esula dal presente lavoro, tuttavia ci si può limitare a ricordare, in estrema sintesi che, secondo una parte della dottrina il contratto con rimessione al terzo della determinazione di un elemento è invero non ancora perfetto proprio perché incompleto, mentre per altri, invece, il negozio è da considerarsi perfetto ed efficace, ad onta della mancanza del responso dell'arbitratore, posto che comunque con la clausola di arbitraggio le parti hanno reso tale elemento determinabile (cfr. l'ampia analisi del dibattito in GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit. 1167 ss.)

processuale regolata dal codice di rito e mediante un atto equipollente alla sentenza del giudice.

Tale discrasia concerne anche l'arbitrato irrituale, e ciò è affermato ormai anche dalla dottrina che ha fornito gli studi più approfonditi in materia di arbitraggio²⁰⁶. Si riconosce, cioè, che benché l'arbitrato libero si concretizzi nell'emanazione di un atto inquadrabile nell'area della negozialità, la funzione è comunque quella di risolvere una controversia giuridica, mediante per l'appunto un atto che promana dall'arbitro, il quale con esso decide il conflitto.

Insomma, a nulla rileva il fatto che l'atto decisorio abbia natura negoziale, mentre la funzione di soluzione dei conflitti giustifica anche nell'arbitrato libero la struttura processuale, con la conseguenziale necessità di rispettare il principio del contraddittorio²⁰⁷.

Descritto in questa maniera, l'arbitrato irrituale si mostra in termini di evidente diversità rispetto alla fattispecie dell'arbitraggio nella transazione: è ben vero che in ambo i casi si vuole risolvere la lite, ma l'*iter* seguito a tal fine nelle due situazioni è totalmente diverso, giacché nel primo decide il terzo, nella seconda sono le parti a superare la lite, pur rimettendo all'arbitratore il completamento del contenuto della transazione²⁰⁸.

La dicotomia tra arbitrato e arbitraggio deve condurre necessariamente a distinguere quest'ultimo anche dalla perizia contrattuale.

In effetti, volendo tornare a proporre una riflessione basata su di un metodo casistico, pare utile rilevare che, nei (pochi) casi in cui la Cassazione ha individuato la perizia contrattuale come ipotesi di integrazione (del contenuto) di un contratto, invero la controversia muoveva da fattispecie negoziali ove al terzo veniva demandata una valutazione tecnica vincolante

²⁰⁶ ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 210 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit.; GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1152 ss.

²⁰⁷ FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., il quale rileva che l'arbitrato, tanto rituale quanto irrituale, è processo, altrimenti non è arbitrato; CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit., il quale propone anche una riflessione sull'utilità dell'arbitrato libero, soprattutto, storicamente, in seno ai corpi intermedi, ove la soluzione bensì eteronoma ma privata della controversia ha garantito una maggiore libertà dalla giurisdizione; sostanzialmente in linea con quanto da ultimo tracciato, CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 13.

²⁰⁸ ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 210 ss., in linea con la prevalente dottrina processualistica; LUISO, *Diritto processuale*, V, cit., 101; nel senso della corrispondenza dell'arbitrato irrituale all'arbitraggio nella transazione v. per tutti BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 65 ss.

che valesse come base per la determinazione della prestazione contrattuale. Sennonché, almeno dal tenore dei patti in questione, mancavano espressi riferimenti a perizie contrattuali. Si chiedeva una valutazione tecnica al fine di stabilire il contenuto della prestazione²⁰⁹.

In altre parole, in tali (non frequenti) situazioni era controversa pure l'individuazione della fattispecie. E la S.C. ha optato per la perizia contrattuale in luogo dell'arbitraggio, spiegando la differenza, come si è già segnalato, in ciò, che nel caso di responsi tecnici non si applica il 1349 c.c. in quanto quest'ultima norma opera laddove al terzo si chieda di determinare un elemento di un contratto con equo apprezzamento ovvero con mero arbitrio, criteri inconcepibili in sede di determinazione tecnica.

D'altro canto, come si è cercato in precedenza di dimostrare, la prassi delle relazioni giuridico-commerciali conosce la perizia contrattuale come strumento di composizione di contrasti, ancorché esclusivamente tecnici. Nei casi ove la Suprema Corte ha riscontrato l'operatività di una perizia in luogo di un arbitraggio, in realtà, ben si poteva immaginare la sussistenza della fattispecie di cui all'art. 1349 c.c., con la peculiarità che in tali casi l'accertamento richiesto, pur sempre finalizzato alla determinazione della prestazione da dedurre nel contratto per completarne il contenuto, si caratterizzava per un'elevata dose di tecnicità, sicché in sostanza si trattava di incidere sulla disciplina applicabile, adattando alle particolarità dell'attività peritale il meccanismo dell'arbitraggio con equo apprezzamento e la regolamentazione del regime del relativo responso. Anche la copiosa dottrina, la quale sostiene la tesi contraria all'autonomia della perizia (potendo questa integrare un arbitraggio ovvero un arbitrato), ritiene che nelle ipotesi di accertamento tecnico volto al completamento di un contratto non ci si trovi dinanzi ad una perizia contrattuale ma ad un arbitraggio tecnico²¹⁰. Del resto, da più parti si è segnalato che il perito tecnico-

²⁰⁹ Si tratta dei casi decisi dalle già citate sentenze di cui a Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, cit. e a Cass. 11 novembre 2008, n. 26946, cit.

²¹⁰ Cfr. DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., 216, ove si esprime in termini di "arbitraggio di precisione", portando ad esempio il caso del contratto per la costruzione di un'opera (sommariamente descritta), la quale richiede le prestazioni di un esperto a cui viene dato l'incarico di redigere il progetto, considerato parte integrante dell'accordo; secondo BOVE, *La perizia arbitrale*, in Riv. arb. 1996, 307, "nella vita dei rapporti giuridici è possibile che si abbia bisogno di risolvere un problema tecnico sostanzialmente in due momenti diversi: o per far nascere un rapporto giuridico non ancora esistente o per risolvere una controversia sorta su un rapporto preesistente. In relazione al primo

arbitratore, pur dovendo attenersi a regole scientifiche, può mantenere un minimo di discrezionalità; e così l'arbitratore, per determinare l'elemento contrattuale, può dover far ricorso a cognizioni tecniche²¹¹. Non sembra, dunque, assurdo concepire l'esistenza di un arbitraggio altamente tecnico, ammettendo al più che tale conformazione si rifletta sul regime del responso, non potendo questo essere impugnato per iniquità ma per erroneità²¹².

Perizia contrattuale e arbitraggio integrano due fenomeni distinti, risolvendosi la prima in un'attività di accertamento (tecnico)²¹³ e caratterizzandosi il secondo per la sua funzione integrativa/determinativa; la prima interviene al posto del giudice in sede di accertamento di una questione relativa ad una certa controversia giuridica, il secondo interviene in luogo dei contraenti stessi²¹⁴.

Una casistica molto interessante e che, invero, può condurre a confondere perizia e arbitraggio, è quella delle c.d. clausole di adeguamento nei rapporti contrattuali di durata.

Se n'è accennato elencando gli esempi tradizionalmente ricondotti al fenomeno oggetto di questo scritto: il caso è quello di un contratto (normalmente) di durata nel quale le parti inseriscono una clausola in virtù della quale, in ragione di fattori sopravvenuti idonei ad alterare l'equilibrio tra le prestazioni reciproche, esse s'impegnano a rinegoziare le rispettive posizioni contrattuali, così da adattare alle mutate condizioni. In caso di mancato accordo, è possibile che l'accertamento delle condizioni di rinegoziazione e/o la conseguente determinazione del contenuto contrattuale sia demandato ad un terzo.

La fattispecie è stata efficacemente spiegata nei seguenti termini: se il disaccordo concerne soltanto le modifiche oggetto del (nuovo) contenuto contrattuale, e si opta per l'incarico al terzo, si è in ipotesi di arbitraggio,

momento non sembra che vi sia spazio per una figura giuridicamente autonoma (...) Infatti, delle due l'una: o le parti s'impegnano ad accettare quello che sarà il responso del perito, e allora si avrà un arbitraggio, con la peculiarità, non certo giuridica, di avere scelto la persona dell'arbitratore in considerazione delle sue conoscenze tecniche (...)"

²¹¹ V. ancora DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., 215-216.

²¹² DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., 216.

²¹³ L'accertamento vincolante, come a breve si verà, può avere ad oggetto soltanto fatti.

²¹⁴ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 154-155.

giacché egli effettua attività negoziale in sostituzione delle parti²¹⁵; se al terzo è rimesso l'accertamento delle condizioni di rinegoziazione, il di lui responso contiene una perizia contrattuale, sostitutiva di un accertamento giudiziale in sede di eventuale processo sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.²¹⁶; se le parti incaricano il terzo sia di accertare le condizioni per la modifica del contenuto contrattuale, sia di determinare il contenuto del negozio in base a tale accertamento, ci si trova di fronte a un'ipotesi mista, ove si tratta semmai di coordinare discipline distinte²¹⁷.

Si è affermato che, soprattutto in una dimensione pratica, il confine tra perizia e arbitraggio si fa molto sottile²¹⁸.

Sorto contrasto in fase di esecuzione circa la corrispondenza della fornitura alla qualità promessa, si può ben pensare che l'intervento del terzo, dal momento che per tutto il resto il rapporto segue un andamento fisiologico, venga a determinare, con accertamento tecnico, un elemento nell'ambito di un contratto risolutivo di una controversia²¹⁹ che, in tutti gli altri aspetti, è completo. Ma, invero, qui le parti vogliono solo un accertamento vincolante su una questione perché solo su questa esse sono in contrasto. Il resto fa parte di un naturale e pacifico svolgimento di un rapporto contrattuale.

Nel contratto di assicurazione, verificatosi il sinistro dedotto nel contratto, i periti nominati dalle parti quantificano il danno. Qui i contraenti non chiedono l'integrazione del contratto di risoluzione della (eventuale) controversia risarcitoria. Al momento della stipula, esse prevedono che, in

²¹⁵ FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 29, e nota 41; BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 160 e nota 51.

²¹⁶ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 155-160, e i richiami nelle note via via riportate; più in generale, coglie nella fattispecie dell'accertamento delle condizioni di rinegoziazione la configurazione di un fenomeno arbitrale LUISO, *L'oggetto del processo*, cit., 672, nota 7: "di particolare interesse si presentano le ipotesi in cui le parti, soprattutto nei rapporti di durata, prevedano una modificazione dei patti contrattuali, da valutarsi sulla base di determinati parametri e/o condizioni: nella fattispecie si deve vedere un fenomeno arbitrale, e non un arbitraggio".

²¹⁷ Cfr. BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 161-162.

²¹⁸ Cfr. ad esempio BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 152.

²¹⁹ Ad avviso di chi scrive, si può pensare solo a un contratto di tale tipo, perché l'alternativa sarebbe pensare al contratto base, che però è in esecuzione, snaturandosi del tutto l'istituto di cui all'art. 1349 c.c.

caso di disaccordo su di un elemento tecnico rilevante nell'economia del rapporto giuridico, la questione sia decisa da un terzo, in quanto dotato delle necessarie competenze, lasciando impregiudicati gli altri aspetti del rapporto, sui quali la lite sarà soltanto eventuale, e in tal caso essa dovrà essere risolta non già mediante perizia ma col ricorso alle vie tradizionali²²⁰.

4. Perizia e arbitrato

Descrivere la perizia contrattuale come un fenomeno arbitrale non basta. L'arbitrato, infatti, costituisce una realtà complessa e variegata e la testimonianza principale di quanto appena affermato è data dalla coesistenza, nel nostro ordinamento, di due arbitrati, o per meglio dire di due modalità arbitrali: l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale (o libero).

Già non è semplice spiegare tale dicotomia. Anzi, come si è accennato in altre fasi del presente studio, il tema della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato libero ha suscitato tra i dibattiti più vibranti e interessanti in seno, soprattutto, alla dottrina italiana; dibattito che, peraltro, a seguito del riconoscimento espresso dell'arbitrato irrituale con la riforma del 2006, non si è affatto sopito.

Inoltre, pur definendo nei giusti termini i tratti distintivi dei due istituti, s'incontra la difficoltà di rintracciare le norme - dettagliatamente contemplate dal codice di rito per l'arbitrato rituale - eventualmente applicabili all'arbitrato libero, a parte ovviamente lo stesso art. 808 *ter* c.p.c.

Se in tale quadro si va ad innestare un ulteriore fenomeno, evidentemente la faccenda si complica, poiché a quel punto si tratta di stabilire se entri in gioco una peculiare fattispecie di arbitrato rituale, una particolare tipologia di arbitrato irrituale, ovvero un istituto arbitrale declinabile nelle due modalità. E poi, ancora una volta, si pone il problema della disciplina applicabile.

Insomma, si vuole dire che per giustificare, oltre i rilievi già formulati, l'inclusione della perizia contrattuale nell'area dell'arbitrato, occorre partire

²²⁰ In senso analogo Cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 158-159: “solo che l'interprete abbia un minimo di esperienza pratica della giustizia, non può non avvertire i benefici della diversa duttilità dell'arbitrato, quanto alla individuazione dell'oggetto del giudizio, poiché assai spesso la controversia non involge in senso ampio il diritto, ma solo una delle questioni di fatto o di diritto implicate e, con altrettanta frequenza, una volta risolta la questione veramente controversa, la lite si assopisce e il rapporto si riconduce ad una sua attuazione sul piano del diritto sostanziale”.

facendo un po' di ordine nell'ambito dell'arbitrato stesso.

Il punto di partenza di tale percorso di “riordino” è per forza di cose rappresentato dalla definizione dei caratteri distintivi dell'arbitrato rituale rispetto all'arbitrato libero; in questa sede tale indagine dovrà essere presentata in maniera meno approssimativa di quanto, a tal proposito, già è stato accennato in altre parti del presente lavoro. Peraltro non appare ancora il momento per affrontare una ricerca analitica anche in punto di norme applicabili; in altri termini, in questa fase del presente studio ciò che interessa è (provare a) delineare i tratti caratteristici e distintivi delle due modalità arbitrale per meglio comprendere il collocamento concettuale della perizia contrattuale, mentre il problema della disciplina applicabile verrà affrontato più avanti²²¹

4.1. *Arbitrato rituale e irrituale*

La disciplina dell'arbitrato, per quanto rileva ai nostri fini, è stata significativamente ridisegnata dalla riforma del 2006 (D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40). Il prodotto di tale intervento legislativo è ormai non più nuovo.

Invero, i nove anni di vita del nuovo diritto dell'arbitrato, se da un lato possono rappresentare un valido motivo per illustrare il sistema ex artt. 806 ss. c.p.c. guardando esclusivamente alla disciplina attuale (con tutte le sue appendici dottrinali e giurisprudenziali), dall'altro lato, in ragione dell'inidoneità della riforma, ad onta del tempo trascorso, a sopire il dibattito circa le linee distintive dell'arbitrato codicistico rispetto all'arbitrato libero, inducono necessariamente a ripercorrere, in sintesi, la storia dei tormentati rapporti tra le due modalità arbitrali.

4.1.1. *Il contesto storico*

Come si è accennato, ufficialmente tale storia comincia nel 1904²²², allorché la Corte Suprema piemontese ebbe ad affermare la possibilità per le parti, desiderose di risolvere un conflitto tra loro insorto, di ricorrere, oltre che alla giurisdizione degli organi statali e all'arbitrato per così dire ufficiale

²²¹ Nel cap. V.

²²² Corte di Cassazione di Torino, 27 dicembre 1904, cit.

(e cioè quello regolato dal codice processuale), anche alla via della soluzione amichevole, posto che “*il patto di rimettere la risoluzione delle controversie ad un collegio di probiviri secondo le norme stabilite dal regolamento di una determinata associazione, con promessa di accettarne il responso e di considerarne il risultato come cosa previamente convenuta, non è patto illecito, né contrario ad alcuna disposizione di legge proibitiva*”.

Veniva così a imporsi definitivamente sulla scena dell'esperienza giuridica una forma di arbitrato che proponeva fundamentalmente, quale atto risolutivo della controversia tra le parti, un negozio giuridico; tale arbitrato si affiancava a quello regolata dal codice di rito, il quale esauriva la funzione decisoria con l'emanazione di una sentenza arbitrale, idonea ad assumere tutti i connotati di una sentenza giudiziale (anche in punto di esecutività).

Negli anni a seguire si è dipanato in tutta la sua complessità il dibattito intorno alla c.d. natura dell'arbitrato, tuttora attuale ad onta del tempo trascorso.

Pur nell'impossibilità di descrivere e analizzare tutte le tesi propugate sul punto - dunque nella consapevolezza di dover effettuare una certa forzatura nella ricostruzione di tale dibattito, posto che ricondurre una teoria all'una o all'altra parte della barricata non sempre è semplice e corretto, in considerazione della pluralità ed eterogeneità delle sfumature di ogni idea, senza dimenticare poi l'esistenza di posizioni intermedie -, risulta, in linea generale, sostenibile la formazione di due impostazioni, una derivante dalla c.d. teoria unitaria dell'arbitrato, l'altra, all'opposto, figlia di una concezione a favore della netta contrapposizione tra le due figure di arbitrato²²³.

Quanto alle correnti accostabili a quest'ultima impostazione di fondo, sulla base di una prima chiave di lettura l'arbitrato libero consiste in un mandato conferito agli arbitri affinché risolvano la lite mediante la predisposizione di una transazione oppure di un negozio di accertamento²²⁴.

²²³ Per una più completa ricostruzione della “storia” di tale dibattito, cfr. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 688 ss.

²²⁴ Cfr. in questo senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 31 ottobre 2013, n. 24552, in *Mass. giust. civ.* 2013; Cass. 9 luglio 1987, n. 5037, in *Mass. giust. civ.* 1987, fasc. 6; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1028, in *Mass. giust. civ.*, 1985, fasc. 2; Cass. 12 gennaio 1984, n. 268, in *Mass. giust. civ.* 1984, fasc. 1; in dottrina cfr. BIAMONTI, voce <<Arbitrato>>, cit., 946; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, 78; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 97; TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni dell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, I, 17; RICCI E. F., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, II, 445; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 160.

Secondo un'altra tesi l'arbitrato irrituale altro non è che un arbitraggio applicato al contratto di transazione o al negozio di accertamento, onde in tale ottica l'arbitro libero è un arbitratore che integra un negozio risolutivo di una controversia già concluso tra le parti in lite ma, evidentemente, non completo²²⁵.

Il pensiero (di fondo) comune di tali impostazioni è che l'arbitrato libero è un fenomeno interamente sostanziale. La sua matrice e la sua struttura, così come il suo “esito”, individuano frammenti di una realtà sempre negoziale, a fronte della “giurisdizionalità” dell'arbitrato rituale, unico mezzo sostitutivo della giurisdizione statale.

Di contro, ad avviso della teoria c.d. unitaria, arbitrato rituale e arbitrato libero hanno la stessa natura. Si tratta, in entrambi i casi, di fenomeni derivanti dall'autonomia negoziale dei privati, che attraverso un processo portano alla decisione della controversia mediante l'emissione di un atto, pure negoziale, che peraltro nel caso dell'arbitrato rituale, con il deposito ai fini dell'omologazione ex art. 825 c.p.c., può acquisire gli effetti della sentenza giudiziale. Ma ciò discenderebbe da scelta convenzionale, non da una distinzione, per così dire, ontologica tra le due modalità arbitrali. In quest'ordine di idee, la collocazione delle norme sull'arbitrato nel codice di rito – a loro volta tendenzialmente applicabili anche all'arbitrato irrituale – non muta la natura privatistica di tale complesso normativo²²⁶.

A corroborare siffatta impostazione starebbe anche la previsione dell'art. 619 del codice della navigazione. La norma citata, in ordine alle controversie relative all'avaria del natante, regola il c.d. chirografo d'avaria, stabilendo che gli interessati possono, mediante stipulazione di chirografo di avaria, far decidere da arbitri le cause relative alla formazione del regolamento contributorio. La previsione più significativa è contenuta al comma 2, laddove è disposto che al chirografo e al regolamento si applicano in tal caso le norme del codice di procedura civile riguardanti l'arbitrato, se gli interessati intendono che al regolamento venga dal tribunale competente

²²⁵ Cfr. BOVE, *Art. 808 ter*, cit., 68 ss. e specialmente pag. 69 e i numerosi richiami alla nota 10; MARINELLI, *La natura*, cit., *passim*; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, 250; PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 137.

²²⁶ Sulla comune natura privatistica delle due forme di arbitrato si veda, per tutti, FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 22-24.

conferita efficacia di sentenza, e di ciò fanno espressa dichiarazione nel chirografo²²⁷.

Così, fondamentalmente, la norma consente alle parti di scegliere un arbitrato il cui lodo, a seguito di un provvedimento del tribunale nella cui cancelleria viene depositato, ha efficacia di sentenza, ovvero un arbitrato il cui prodotto finale non acquisisce tale efficacia, rimanendo confinato nella loro sfera privata²²⁸.

Le vicende normative dell'arbitrato, in particolare le riforme del 1983 (Legge 9 febbraio 1983, n. 28) e del 1994 (Legge 5 gennaio 1994, n. 25), hanno rappresentato l'occasione per i fautori della tesi unitaria per considerare, per così dire, avallata la loro posizione. In particolare, per quanto qui rileva, con il primo intervento il legislatore è giunto ad eliminare, nel corpo dell'art. 825 c.p.c., l'obbligo del deposito del lodo entro cinque giorni, facendolo divenire fondamentalmente un onere per le parti interessate alla prospettiva della tutela esecutiva, dopo aver consacrato all'art. 823 c.p.c. la regola che il lodo produce efficacia vincolante per le parti con la mera sottoscrizione da parte degli arbitri; con la seconda novella, intervenendo sull'art. 827 c.p.c., il legislatore ha stabilito che i mezzi d'impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo²²⁹.

4.1.2. *Il quadro giurisprudenziale al principio del nuovo millennio*

A corroborare le convinzioni della dottrina della tesi unitaria è intervenuta la Suprema Corte a metà del 2000²³⁰, con una storica sentenza che si è occupata, nell'ottica dei rapporti con la giurisdizione, proprio della natura dell'arbitrato.

²²⁷ Cfr. PUNZI, voce <<Arbitrato>>, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1995, 4.

²²⁸ In questo senso cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 100.

²²⁹ Cfr. la riflessione di PUNZI, <<Efficacia di sentenza>> del lodo, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di FAZZALARI, Milano, 2006, 160 ss.

²³⁰ Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di E.F. RICCI, *La "natura dell'arbitrato rituale e dele relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2001, 51 ss., con note di CONSOLO, RUFFINI E MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?*; in *Il foro padano*, 2002, 34 ss., con nota di RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*; in *Riv. arb.*, 2000, 704 ss., con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*

In sintonia con tale dottrina, le Sezioni Unite hanno affermato, peraltro confermando principi già espressi dalla stessa Corte, che le modifiche apportate dalla novella del 1994 sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del *dictum* arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti; di conseguenza, non si può far riferimento agli arbitri in termini di organi giurisdizionali dello Stato.

L'arbitrato, anche rituale, integrerebbe in sostanza una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un *dictum* di uno o più privati, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto. Il discrimine tra le due forme di arbitrato risiederebbe nell'*exequatur*.

Sicché “*l'orientamento di questa Corte è nel senso - coincidente con quello accolto dalla prevalente dottrina - della natura privata dell'arbitrato rituale e del dictum che lo definisce*”.

Tuttavia poco più di un anno dopo la Corte costituzionale²³¹ ha sostenuto la legittimazione degli arbitri rituali a sollevare questioni di costituzionalità delle leggi, posto che il giudizio arbitrale – finalizzato, nella prospettiva della risoluzione di una controversia, all'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria - non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, sia per ciò che attiene alla natura giuridica del procedimento, sia per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili.

Tale decisione è stata definita da autorevole dottrina “coraggiosa”, dal momento che ha affrontato direttamente il nocciolo del problema relativo alla funzione degli arbitri rituali e lo ha risolto con l'unica risposta concreta possibile. Infatti, anche in capo all'arbitro è possibile scorgere il potere di *ius dicere*, ossia di dettare tra le parti in ordine al rapporto controverso la volontà concreta della legge. Con la riforma del '94, essendo divenuta l'omologazione un'opzione a favore delle parti ai soli fini della tutela

²³¹ Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.* 2001, I, 2883, con nota di VACCARELLA; in *Riv. arb.* 2001, con nota di BRIGUGLIO

esecutiva (oppure della trascrizione), il lodo, anche non depositato e non più impugnabile, acquista un'autorità equiparabile a quella delle sentenze, talché l'accertamento in esso contenuto rimane incontestabile da parte di qualunque altro giudice o arbitro²³².

Gli arbitri, pertanto, espletano una funzione oggettivamente giurisdizionale, mentre dal punto di vista soggettivo rimangono privi di qualunque potere autoritativo nell'ambito di un'attività non regolata dal diritto pubblico²³³.

Con tale decisione la Corte costituzionale ha mostrato di allinearsi oggettivamente alla tesi di chi ha sempre sostenuto la natura “giurisdizionale” dell'arbitrato rituale, in contrapposizione a quella negoziale dell'arbitrato libero²³⁴.

4.1.3. *La riforma del 2006*

Il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ai fini che qui interessano, ha introdotto nel titolo VIII (del libro IV) del codice di rito, dedicato all'arbitrato, due articoli: l'uno – l'art. 824 *bis* – riferito all'arbitrato rituale; l'altro – l'art. 808 *ter* – riferito all'arbitrato irrituale.

Il primo dato da evidenziare è tanto semplice quanto fondamentale: dopo oltre un secolo di “atipicità” la figura dell'arbitrato libero è stata espressamente presa in considerazione dal legislatore, non già con un mero richiamo o con regolamentazioni prive di una definizione organica dell'istituto (come ad esempio nel caso di arbitrato nelle controversie di lavoro ai sensi dell'art. 5 L. n. 533 del 1973 e degli artt. 412 *ter* e *quater* c.p.c.²³⁵), ma proprio per rivestirla di una disciplina specifica. Circostanza che potrebbe anche mettere in discussione la stessa utilizzabilità del termine “irrituale”.

Accanto a tali interventi deve essere considerato anche quanto

²³² Cfr. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, fasc. 12, 2887 ss.

²³³ LUIISO, *Diritto processuale*, V, cit., 76; VACCARELLA, *Il coraggio*, cit.

²³⁴ Cfr. per un rilievo analogo BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 162.

²³⁵ Come introdotti del D.Lgs. n. 80 del 1998; la formulazione attuale è opera della loro sostituzione per mano della L. n. 183 del 2010.

disposto, sul punto, dalla legge delega (art. 1 L. n. 80 del 2005), secondo cui “le norme in materia di arbitrato” avrebbero dovuto trovare “sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale, fermi in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, la sindacabilità in via di azione o di eccezione della decisione per vizi del procedimento e la possibilità di fruire della tutela cautelare”.

Secondo quanto previsto dall'art. 824 *bis* c.p.c. il lodo, salvo quanto disposto dall'articolo 825 c.p.c., ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria; ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c. - limitandoci per il momento a quanto direttamente rileva in questa parte del presente studio - le parti possono stabilire, con disposizione espressa per iscritto, che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale, altrimenti si applicano le disposizioni del titolo VIII del libro IV del c.p.c. L'ultimo inciso della norma, dopo l'elencazione del regime e dei motivi d'impugnazione, sancisce l'inapplicabilità al lodo contrattuale dell'art. 825 c.p.c., dedicato al deposito del lodo nella prospettiva dell'esecuzione forzata (e dell'eventuale trascrizione).

Questo essendo il quadro normativo, va rilevato che, invero, la riforma non ha affatto attenuato il dibattito in ordine alla c.d. natura dell'arbitrato.

A dire il vero, gl'indirizzi espressi, soprattutto in ordine al nuovo art. 808 *ter*, sono molteplici.

Volendo cogliere solo i tratti essenziali di un panorama notevolmente eterogeneo, è possibile innanzitutto segnalare due chiavi di lettura che sembrano diametralmente opposte.

Così, secondo una prima ricostruzione, l'art. 808 *ter* segna un punto di svolta nella disciplina dell'arbitrato, nel senso che esso è provvisto di intenti fortemente correttivi dell'esperienza storica dell'arbitrato libero, considerata alquanto “ambigua”. Il fenomeno introdotto dalla riforma è un mezzo eteronomo di risoluzione delle controversie evidentemente processualizzato e teso alla decisione della lite. Il lodo contrattuale apparirebbe dunque come un atto decisorio. Esso, infatti, secondo l'opinione qui riportata, “*non rileva come atto produttivo di effetti giuridici conformi alla volontà manifestata da chi lo compie (terzo), bensì quale atto conforme alla scopo istituzionalmente*

affidatogli (munus), alla sua funzione obiettiva di definire la controversia su posizioni giuridiche sostanziali tramite un negozio ricognitivo delle ragioni delle parti. Incolmabile è pertanto la distanza dalla vicenda generata dalla clausola di arbitraggio (...)". Da tale conformazione dell'arbitrato irrituale, discenderebbe la tendenziale esaustività dei motivi d'impugnazione enucleati dal comma 2 dell'art. 808 *ter*.²³⁶.

Alle parti, dunque, basta esprimere per iscritto la volontà per un arbitrato che non sfoci in un lodo-sentenza (come tale inidoneo a passare per il deposito ex art. 825 c.p.c.) per optare validamente per un arbitrato ex art. 808 *ter*.

Secondo un'altra, (profondamente) diversa, impostazione, la formulazione dell'art. 824 *bis* e dell'art. 808 *ter* lascia intendere che l'obiettivo del legislatore della riforma fosse quello di superare qualunque contrasto in ordine alla c.d. natura dell'arbitrato, chiaramente riportando il lodo rituale nell'alveo della giurisdizione e mantenendo il lodo irrituale sul piano negoziale.

In tale prospettiva - pur lamentandosi, per così dire, una certa contraddittorietà tra primo e secondo comma dell'art. 808 *ter*, in ragione della processualità dell'arbitrato libero che emergerebbe dall'elencazione dei motivi d'impugnazione del lodo - è stata riproposta la riconducibilità strutturale dell'arbitrato libero, anche per come disegnato dalla riforma del 2006, alla fattispecie contemplata dall'art. 1349 c.c.²³⁷. Da questo punto di vista, fondamentalmente, con il patto compromissorio per arbitrato irrituale le parti dispongono del diritto o del rapporto controversi ponendo in essere un contratto di transazione ovvero un negozio di accertamento che l'arbitro è chiamato a completare. L'arbitrato libero consiste dunque nella cooperazione

²³⁶ Cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 25 ss., il quale peraltro fa salva la possibilità d'impugnare il lodo contrattuale per contrasto con l'ordine pubblico; *Id.*, *Sub art. 808 ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di COMOGLIO – CONSOLO – SASSANI – VACCARELLA, VII, Torino, 2014, 106 ss.

²³⁷ BOVE, *Sub. art. 808 ter*, cit., 68 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 571 ss., secondo il quale, a quanto par di capire, il comma 1 dell'art. 808 *ter* riproduce l'idea della riconduzione dell'arbitrato libero alla fattispecie ex art. 1349 c.c., dunque allo schema del contratto *per relationem*, nell'ambito del quale la determinazione del terzo funge da referente. In tale logica si spiegherebbe anche l'ultimo inciso del comma 1, teso a stabilire l'inapplicabilità all'arbitrato contrattuale delle norme previste per l'arbitrato rituale. L'Autore peraltro rileva come il "disegno" tracciato dal comma 1 sia contraddetto dal comma successivo, il quale contempla motivi d'impugnazione del lodo contrattuale – da ritenersi tassativi - di matrice processuale, non già negoziale;

tra le parti e un terzo finalizzata, nell'ottica del superamento della controversia, alla formazione di un nuovo rapporto giuridico.

In punto d'impugnazione, peraltro, l'orientamento ora preso in considerazione non si presenta univoco: alcuni²³⁸ si domandano se l'elenco dei motivi enucleati dall'art. 808 *ter* sia tassativo, e comunque fanno salva la possibilità di agire in nullità contrattuale secondo le norme generali; altri²³⁹, invece, proprio rimarcando la contraddittorietà tra primo e secondo comma, sostengono la tassatività dei motivi d'impugnativa del lodo irrituale.

Tra i due estremi ermeneutici ricordati, si pongono altre tesi, di origine prevalentemente dottrinarie.

Così, in continuità con la teoria c.d. unitaria, una parte della dottrina²⁴⁰ ha letto l'art. 824 *bis* c.p.c. nel senso che per “effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria” deve intendersi solo il regime processuale del lodo, che ontologicamente rimane un atto di autonomia privata. La differenza con il lodo irrituale si esprimerebbe dunque sul piano del regime: la determinazione di cui all'art. 808 *ter*, infatti, non può acquisire effetti esecutivi (secondo il meccanismo ex art. 825 c.p.c) e non può essere soggetta all'impugnazione in unico grado dinanzi alla Corte d'appello per nullità, revocazione ed opposizione di terzo, mentre è annullabile, per i motivi di cui al comma 2, dinanzi al giudice ordinariamente competente secondo le disposizioni del libro I del c.p.c.

Da segnalare anche un'altra opinione, che pure ravvisa nell'art. 808 *ter* una svolta nella storia dell'istituto, secondo la quale l'arbitrato irrituale ora disciplinato è un modo di regolare un conflitto d'interessi raggiungendo una determinazione contrattuale – un lodo con effetti di contratto tra le parti - attraverso un processo²⁴¹.

Si evidenziano dunque, quali tratti caratteristici del fenomeno, lo sbocco contrattuale e il percorso processuale, denunciando una certa

²³⁸ Cfr. la riflessione e i dubbi di BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit.; v. anche BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 164 ss. V., in quest'ultima opera, la nota 237.

²³⁹ CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 575.

²⁴⁰ PUNZI, *Efficacia di sentenza del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, 819 ss.

²⁴¹ BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 164 ss., il quale aggiunge che l'elenco dei motivi d'impugnazione del lodo libero deve ritenersi tassativo quanto all'azione di annullamento, mentre la natura contrattuale non può escludere il ricorso al rimedio della nullità secondo la disciplina ordinaria del codice civile.

sproporzione tra metodo e risultato.

Recentemente, in sede giurisprudenziale, è stato ribadito che l'arbitrato irrituale è uno strumento strettamente negoziale, consistente nell'affidamento all'arbitro della soluzione della controversia mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla volontà del litiganti²⁴²; mentre con riferimento all'arbitrato rituale, superando l'orientamento espresso nel 2000, la Suprema Corte, tra l'altro in sintonia con il Giudice delle leggi²⁴³, ne ha (ri)affermato la natura giurisdizionale, considerando tale strumento come sostitutivo della giustizia pubblica e idoneo al raggiungimento di un “risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale”²⁴⁴

Tra i profili più rilevanti che discendono dalla riflessione intorno alla natura dell'arbitrato, accanto all'impugnazione del lodo, va annoverato anche quello relativo alle norme, previste nel titolo VIII del libro IV c.p.c., applicabili all'arbitrato irrituale. Di tali aspetti, peraltro concentrandoci sulle connessioni con la perizia contrattuale, ci occuperemo più avanti²⁴⁵.

Ad ogni modo il dibattito sulla natura dell'arbitrato appare ancora lungi da spegnersi; le proposte ricostruttive formulate sono tutte autorevoli ma talora profondamente diverse. Sicché, ad avviso di chi scrive, appare opportuno dare un piccolo contributo al dibattito, sperando di non rappresentare semplicemente un'ulteriore voce in un insieme di proposte ricostruttive già notevolmente complesso.

4.1.4. Arbitrato rituale e irrituale: autonoma proposta ricostruttiva

A parte l'esordio ufficiale dell'arbitrato libero nel nostro ordinamento,

²⁴² Cass. 13 maggio 2014, n. 10300, in *Mass. giust. civ.*, 2014.

²⁴³ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Dir. e giust.*, 2013, 22 luglio, con nota di VALERINI. Con tale decisione il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c.

²⁴⁴ Cass. civ., sez. un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Mass. giust. civ.*, 2013

²⁴⁵ Allorché tratteremo della disciplina applicabile alla perizia contrattuale e dell'impugnativa del responso del terzo. Basti qui accennare, per ciò che attiene alla disciplina applicabile - posto che sull'impugnativa qualche spunto si è dato - che secondo SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss., in linea tendenziale, sulla base di quanto ora disposto dall'art. 808 *ter*, risultano applicabili all'arbitrato libero tutte le norme previste per il tipo rituale, salvo qualche eccezione (ma v., *amplius*, cap. V, par. 3, nota 337); di avviso diametralmente opposto, ad esempio, BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 65 ss.

un dato da cui occorre muovere per approfondire il problema del rapporto con l'arbitrato rituale attiene, per così dire, all'utilità e alla rilevanza dell'arbitrato irrituale stesso.

In altri termini, ci si può legittimamente chiedere, soprattutto se si tiene a mente la ricostruzione c.d. unitaria, che senso abbiano la configurazione e lo sviluppo di un altro arbitrato, alternativo a quello previsto dal codice ma finalizzato agli stessi risultati e, magari, soggetto alla medesima disciplina, a parte la prospettiva dell'esecutività e il regime del lodo.

In effetti, sino alla riforma del 1983, allorché vigeva l'obbligo del deposito del lodo entro cinque giorni dalla sua emissione, onde trasformarlo in sentenza arbitrale vincolante, la modalità irrituale garantiva la sottrazione agli oneri fiscali relativi, per l'appunto, al deposito.

Inoltre l'arbitrato non codificato si caratterizzava, altresì, per una tendenziale maggiore informalità, onde veniva percepito nella pratica come una forma di composizione delle liti più flessibile.

Senonché l'evoluzione della realtà ha poi mostrato un avvicinamento progressivo delle due forme di arbitrato, sia nella fase genetica, sia in quella dinamica (o processuale)²⁴⁶.

Ora, a sommosso avviso di chi scrive, la dimensione e l'evoluzione storico-pratiche di un istituto nato sul terreno dell'autonomia privata non possono essere trascurate, anche in considerazione della rilevanza sociale che la notevole diffusione del fenomeno comporta.

Il dato fondamentale da registrare è che l'arbitrato irrituale si è imposto nella realtà come fenomeno processuale volto alla soluzione di controversie giuridiche, al pari dell'arbitrato rituale. Come si è accennato a proposito della distinzione dall'arbitraggio, con l'arbitrato libero si chiede comunque al terzo di decidere una controversia, attraverso un processo finalizzato alla cognizione degli elementi rilevanti per tale decisione²⁴⁷.

²⁴⁶ Cfr. anche le considerazioni di BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 161.

²⁴⁷ Efficace quanto autorevolmente rilevato da SASSANI, *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1995, 710 ss., con riferimento al problema dell'esperibilità della tutela cautelare in caso di accordo compromissorio irrituale prima della modifica dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. Nella prospettiva della compatibilità tra arbitrato irrituale e tutela cautelare, l'Autore osserva che «nella dizione «procedimento di merito» (da iniziarsi, ai sensi dell'art. 669.9 c.p.c., nel termine perentorio dell'art. 669.8 c.p.c.) rientra *de plano* il procedimento arbitrale irrituale. Che è appunto «irrituale», cioè sciolto dal rispetto delle (appunto) «ritualità» del codice ... di

Nell'arbitraggio il terzo è chiamato semplicemente a intervenire inserendo uno o più tasselli mancanti all'interno di un contratto già concluso dalle parti. In tale fattispecie il contratto base, risolutivo della controversia, all'interno del quale è posto anche l'accordo con l'incarico al terzo, è fonte del vincolo e degli effetti, una volta riempito, secondo il meccanismo del contratto *per relationem*, dalla determinazione dell'arbitratore; nell'arbitrato irrituale le parti esprimono la volontà di vincolarsi nella convenzione di arbitrato, ma poi gli effetti giuridici vincolanti del regolamento d'interessi sono da imputarsi all'atto dell'arbitro.

In tale prospettiva scema evidentemente l'accostamento a qualunque fattispecie transattiva, posto che le parti devolvono all'arbitro, nell'ambito di qualunque arbitrato, l'emanazione di un atto che risolva la lite non già con la logica delle reciproche concessioni, ma con l'obiettivo applicazione di regole giuridiche ovvero equitative.

Anche il lodo libero, come il lodo rituale, è un atto che espleta una funzione decisoria²⁴⁸, onde il suo contenuto minimo corrisponde ad un accertamento²⁴⁹; tale atto degli arbitri determina le regole di condotta vincolanti tra le parti in lite in ordine ad un rapporto o ad una situazione giuridica soggettiva.

Tutto questo non fa venir meno la comune origine privatistica tanto dell'arbitrato libero quanto dell'arbitrato rituale.

rito, ma non pertanto affetto da un minor grado di processualità rispetto all'arbitrato rituale.

Solo una lettura pregiudicata da apriorismo può limitare all'arbitrato rituale, la promozione del «procedimento arbitrale» di cui parla la legge. Ad un sereno esame del testo della norma, l'espressione «procedimento arbitrale» configura infatti il necessario (ed unico) procedimento di tutela delle situazioni giuridiche in contesa. E che si tratti di un procedimento (anzi di un vero e proprio «processo») non v'è più luogo a dubitare. E che - ancora - si tratti di procedimento volto a giuridicamente decidere di una (giuridica) controversia tra le parti neppure può essere ragionevolmente messo in dubbio. La tesi opposta si fonda - più o meno consapevolmente - sulla confusione tra arbitrato libero ed arbitraggio (o arbitramento), cioè nella confusione con quelle forme di rimessione al terzo della determinazione del contenuto della prestazione o della formulazione di una qualche disciplina integrativa di un rapporto incompleto ma in divenire. Ma che le due cose non siano confondibili pare ormai sicuro (...)

²⁴⁸ Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 101, il quale rileva che la funzione dell'arbitrato è unica e consiste nella decisione della controversia.

²⁴⁹ Cfr. SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss., che a proposito del “nuovo” lodo contrattuale conferma che la sua natura integralmente e definitivamente privata non esclude affatto che, all'esito della sua emissione, al rapporto litigioso succeda un vero e proprio atto di accertamento. “Accertamento integralmente (e irrimediabilmente) privato, ma accertamento”.

Infatti l'arbitrato, se non fosse espressamente previsto e disciplinato, sarebbe ammissibile facendo ricorso al principio ricavabile dall'art. 1322 c.c.

La storia ha mostrato la volontà del legislatore di predisporre un arbitrato declinato puntualmente in precise regole di disciplina, nella prospettiva della soluzione della controversia, per una via alternativa alla giustizia statale, con un atto idoneo poi ad essere recepito nell'ordinamento come un equipollente della sentenza giurisdizionale. L'autonomia privata invece ha invece partorito un meccanismo all'esito del quale l'atto risolutivo resta confinato, per l'appunto, nella sfera di autonomia delle parti litiganti.

Così, l'arbitrato rituale è stato concepito come una sorta di primo grado di giudizio sostitutivo - per libera scelta espressa nella convenzione di arbitrato - del giudizio statale, con la conseguenziale prospettiva dell'impugnazione del lodo dinanzi alla Corte d'appello; mentre l'arbitrato libero, rimanendo attratto all'area dell'autonomia privata, si sottrae a tale disegno e l'unica appendice giurisdizionale concepibile è quella delle azioni ovvero delle impugnative negoziali secondo le regole ordinarie²⁵⁰.

Invero, l'arbitrato rituale è tale perché, in quanto forma di giustizia privata giustificata dall'autonomia delle parti ma che si pone come vera e propria alternativa alla giurisdizione statale, necessita della predisposizione di puntuali norme di disciplina, a cagione delle quali i profili di libertà e di autonomia privata cedono il passo a quelli più direttamente caratterizzanti l'esercizio della tutela giurisdizionale. In altre parole, l'arbitrato, per poter – diciamo così – sostituire la giurisdizione, essendo un mezzo che nasce nel contesto della libertà negoziale, deve essere specificamente regolato nelle sue forme e nelle sue dinamiche processuali, e nei suoi effetti (o, per meglio dire, negli effetti e nel regime del suo “prodotto”). Trattasi, queste ultime, di

²⁵⁰ Rilevi analoghi, tesi a sottolineare come con l'arbitrato rituale le parti scelgano di esaurire un grado di giudizio chiedendo l'emanazione di un atto idoneo ad acquisire gli effetti di una sentenza di primo grado, mentre con l'arbitrato libero vogliano un atto risolutivo che conservi i propri effetti nell'ambito dell'autonomia privata, sono proposti da CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 10-11. Tale Autore – pag. 5 - ricorda altresì come l'esperienza dell'arbitrato irrituale, per la mancata contaminazione di elementi pubblicitari, abbia avuto modo di presentarsi con diffusione nelle controversie all'interno dei corpi intermedi e delle associazioni. In tali contesti l'effettività di risultati suggellati dal lodo libero sarebbe garantita dai mezzi propri del diritto sostanziale, come le sanzioni civili (penali convenzionali o istituti che sanciscono la espulsione dell'associato, ovvero la sua esclusione dal corpo intermedio in difetto di ottemperanza ai contenuti del lodo).

peculiarità che non emergerebbero se tale regolamentazione specifica mancasse e l'istituto rimanesse confinato all'ambito dell'autonomia dei privati.

Nel caso dell'arbitrato libero, invece, tali puntuali accorgimenti non occorrono: salvo singoli aspetti, derivanti comunque dal carattere eteronomo di questa forma risolutiva delle controversie (la processualità e, dunque, il principio del contraddittorio; le modalità di nomina degli arbitri; la validità della convenzione di arbitrato; le regole procedurali eventualmente predisposte come condizione di validità del lodo), in questo caso i litiganti si rimettono alla decisione di un terzo da loro designato, accettando preventivamente la decisione di quest'ultimo, onde all'esito dell'arbitrato si configura una soluzione (*lato sensu*) negoziale. Qui, insomma, le parti preferiscono restare in un ambito in cui prevalgono momenti di autonomia privata e non occorrono, pertanto, le norme puntuali di cui si è detto con riferimento all'arbitrato rituale.

A sommo avviso di chi scrive, il legislatore del 2006 è intervenuto per riaffermare l'impostazione sin qui tracciata, peraltro sovvertendo la regola ermeneutica secondo cui *in dubio pro* arbitrato ... irrituale²⁵¹.

Con l'art. 808 *ter* c.p.c. si è voluto cristallizzare la necessaria struttura processuale dell'arbitrato irrituale, aspetto che emerge indirettamente dai motivi d'impugnativa del lodo²⁵²; ma si è voluto anche evidenziare la funzione decisoria e la natura (*lato sensu*) contrattuale del lodo, inteso qui quale atto risolutivo destinato, *quoad effectum*, a rimanere confinato nella sfera di autonomia dei litiganti. Infatti tale lodo è *pronunciato*²⁵³ su conclusioni formulate dalle parti ed è pur sempre una *determinazione contrattuale*.

Con l'art. 824 *bis*, invece, si è confermato quanto già era deducibile prima della riforma, ossia che, indipendentemente dal deposito, il lodo

²⁵¹ Cfr., *ex multis*, Cass. 24 gennaio 2005, n. 1398; Cass. 15 maggio 2003, n. 7516, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2363.

²⁵² E sul quale ci soffermeremo più avanti.

²⁵³ SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss., per illustrare l'evidente "processualizzazione" dell'arbitrato concepito dall'art. 808 *ter* c.p.c. segnala tutta una serie di espressioni, contenute nella norma, mutate dalla terminologia processualistica, definite dall'Autore stesso come situazioni tipicamente procedurali (*definizione della controversia, pronuncia, conclusioni, eccezione, procedimento, contraddittorio*).

sottoscritto dagli arbitri, in quanto atto decisorio conclusivo di un processo sostitutivo di un primo grado di giudizio, è per le parti come una sentenza, come tale soggetto all'impugnativa per nullità (nonché per revocazione ed opposizione di terzo) dinanzi alla Corte d'appello. Dunque l'arbitrato contemplato dal titolo VIII del libro IV del codice, a parte l'art. 808 *ter*, integra un giudizio alternativo ad un processo statale di primo grado.

In tale contesto, non appare contraddittorio rimarcare che la prospettiva dell'esecuzione forzata si pone, non già come discriminazione ontologica tra le due forme di arbitrato - giacché, come sostenuto acutamente da una parte della dottrina, l'esecutività è frutto delle scelte contingenti del legislatore, tant'è vero che l'ordinamento da tempo conosce ipotesi di lodi irrituali esecutivi²⁵⁴ -, ma, in linea tendenziale, come unica vera differenza *de iure positivo*, in punto di effetti, tra lodo-sentenza e lodo-contratto. Infatti, quanto agli effetti di accertamento, non appare corretto ritenere che vi siano delle differenze tra sentenza giudiziale, lodo arbitrale e negozio privato. Invero, com'è stato autorevolmente messo in luce, l'intervento dell'autorità giudiziaria si giustifica per la mancanza di un accordo delle parti in ordine alla soluzione della controversia che le riguarda; ma se c'è un accordo, vuoi direttamente risolutivo, vuoi sulla scelta del mezzo arbitrale, non vi è ragione di differenziare gli effetti di una sentenza da un lodo o dagli effetti derivanti da un accordo direttamente concluso dalle parti. D'altronde – si aggiunge – se al contratto l'ordinamento attribuisce “forza di legge tra le parti” (art. 1372 c.c.), non è sostenibile l'idea che alla sentenza sia attribuita un'efficacia maggiore. Ed il lodo, che sta nel mezzo, deve avere un'efficacia pari all'uno e all'altra²⁵⁵.

²⁵⁴ CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 8.

²⁵⁵ La brillante riflessione è di LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 177-178, il quale prosegue rilevando che - se è vero: - che l'intervento del giudice si rende necessario quando manca qualunque accordo tra le parti; - che l'arbitrato è possibile quando le parti concordano sulla via per risolvere la lite, ma non anche sul contenuto della decisione; - che quando invece le parti concordano su tutto, possono stipulare direttamente un contratto che disciplini interamente le loro posizioni – pare assurdo pensare ad una diversificazione degli effetti di questi tre distinti tipi d'intervento, dal momento che la sentenza e il lodo vengono a surrogare la mancanza di un accordo tra le parti. Ragionando diversamente, si giungerebbe all'assurda conclusione per cui l'intervento giurisdizionale abbia ragione di essere anche quando le parti sono d'accordo; sul punto si veda anche, dello stesso Autore, *L'art. 824 bis*, in *Riv. arb.*, 2010, ove si cerca di dimostrare, *quoad effectum*, l'equiparazione tra lodo, sentenza e contratto (risolutivo di una controversia), quanto al contenuto di tali atti, in ordine alla tenuta rispetto allo *ius superveniens*, e con riguardo ai rapporti pregiudiziali o dipendenti da quello oggetto di decisione e nei confronti dei terzi.

Del resto, il deposito del lodo ai fini dell'esecutività rappresenta per l'interessato un onere; in mancanza, l'atto decisorio degli arbitri rituali è pur sempre considerato come una sentenza, donde la sua sottoposizione ad un regime processuale assimilabile a quello delle sentenze. Di contro, il lodo libero rimane atto negoziale, non idoneo all'*exequatur* e soggetto al regime processuale-impugnatorio dei contratti.

In conclusione, al di là delle vicende storiche, il codice di rito contempla due tipologie di arbitrato. Esse espletano la stessa funzione e si manifestano entrambe in forme processuali (per così dire più dettagliate nella modalità rituale). Tuttavia in un caso il lodo – che, se depositato, acquista efficacia esecutiva - posto che è emesso all'esito di un giudizio arbitrale sostitutivo di un grado di giudizio statale, è dal legislatore stesso equiparato alla sentenza dell'autorità giudiziaria e, per tale ragione, è soggetto ad un regime analogo a quello delle sentenze. Nell'altro caso esso rimane confinato alla sfera di autonomia dei litiganti, come un qualunque atto negoziale²⁵⁶, e degli atti negoziali acquista il regime.

L'analogia di funzione e struttura rende possibile, come si avrà modo di vedere più avanti, l'applicazione all'arbitrato libero di alcune norme dettate per l'arbitrato rituale.

4.2. *L'accertamento negoziale: breve introduzione*

Si è detto che il contenuto minimo del lodo che decide una controversia giuridica è un accertamento e cioè la fissazione delle regole di condotta vincolanti per le parti in lite in ordine al rapporto o al diritto controverso.

Va da sé che tale contenuto e, pertanto, gli effetti di accertamento caratterizzano per così dire istituzionalmente la sentenza dell'autorità giudiziaria; contenuto ed effetti di accertamento sono propri anche del lodo arbitrale, adesso *expressis verbis ex art. 824 bis c.p.c.*

Invero, l'accertamento di diritti o rapporti con la predisposizione di regole di condotta vincolanti, nell'ottica della soluzione di una controversia, può essere contenuto anche in un negozio.

²⁵⁶ Cfr. la già segnalata riflessione di BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, 164 ss., secondo cui l'arbitrato irrituale ora disciplinato è un mezzo di composizione delle liti mediante un atto avente gli effetti di un contratto e raggiunto attraverso un processo.

4.2.1. *Il negozio di accertamento: definizione e ammissibilità*

Con l'espressione “negozio di accertamento” è stata tradotta l'espressione *Festellungsvertrages* o *Festellungsgeschäft* (il termine tedesco *festellen* significa “fissare”), coniata dalla Pandettistica tedesca a fine '800²⁵⁷

A dire il vero, quella del negozio di accertamento è figura che è stata ed è molto dibattuta²⁵⁸. Ad ogni modo, secondo l'opinione dominante e preferibile, i privati possono effettuare dichiarazioni che rendano certo e incontrovertibile un fatto o un rapporto preesistente. Con il negozio di accertamento si è al di fuori dello schema transattivo, e cioè della logica delle reciproche concessioni; si è, invece, in un ambito nel quale la dichiarazione è diretta esclusivamente alla fissazione di un fatto o di un rapporto in un certo senso. Se una parte accede in toto alla pretesa dell'altra la vicenda dà vita ad un negozio di accertamento; se invece le parti si accordano in un senso distante sia dall'una sia dall'altra delle pretese in conflitto si è in presenza di una transazione²⁵⁹.

Inoltre, a differenza della transazione, il negozio di accertamento può avere ragion d'essere pure in assenza di un'attuale controversia. La transazione, infatti, presuppone la sussistenza del contrasto, da superare necessariamente con le reciproche concessioni; il negozio di accertamento, invece, può essere stipulato quando il conflitto non sia concretamente delineato, essendo sufficiente l'incertezza²⁶⁰ del rapporto o del fatto accertato²⁶¹

Anche la giurisprudenza, da diverso tempo, considera ammissibile il negozio di accertamento, che dunque rappresenta un fenomeno meritevole

²⁵⁷ Cfr. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1997, 1 ss., con copiosi riferimenti.

²⁵⁸ Tra le voci autorevoli ostili all'ammissibilità del negozio in questione è da segnalare, per tutte, quella di SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1 ss. In estrema sintesi, alla base di tale impostazione risiede l'idea per cui il negozio giuridico, strumento usato dai privati per l'autoregolazione dei propri interessi, non può che essere dispositivo, donde l'incompatibilità con il potere di accertare, cioè con l'espletamento di una mera funzione dichiarativa; cfr. la ricostruzione del dibattito proposta da FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005, 3 ss.

²⁵⁹ GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1988, 232.

²⁶⁰ E cioè che la lite sia potenziale (cfr. FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 13 ss.).

²⁶¹ Cfr. GIORGIANNI, *Accertamento*, cit. 232.

di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c. La Cassazione, in particolare, ha affermato che l'accertamento negoziale costituisce una figura di carattere generale, *“la cui funzione risiede nel fissare la portata di un negozio o il contenuto di un rapporto precedente con effetto immediatamente preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo”*²⁶². Già in precedenza la stessa Suprema Corte aveva rilevato come fosse idea consolidata in seno alla propria giurisprudenza quella secondo la quale i privati, come proiezione del loro potere dispositivo, *“possono porre in essere dichiarazioni accertative, tese ad assegnare sicurezza e stabilità ad una situazione o ad un rapporto preesistente, e prive, quindi, di ogni efficacia modificativa”*²⁶³.

Ai fini dell'indagine oggetto del presente lavoro, ad avviso di chi scrive, le questioni rilevanti afferiscono, in particolare, alla natura delle dichiarazioni accertative, all'oggetto dell'accertamento e all'efficacia prodotta dal negozio²⁶⁴

4.2.2. (segue) *Il contenuto e l'oggetto*

Il punto di partenza è che l'accertamento contiene una dichiarazione di volontà, non già di scienza. Si ritiene, infatti, che non possa non essere riconosciuto ai privati il potere, esercitato attraverso manifestazioni di volontà, non solo di disporre delle proprie situazioni giuridiche soggettive, ma anche di fissare rapporti o diritti preesistenti (purché siano disponibili), senza alcun intervento modificativo della realtà giuridica, posto che la fonte del rapporto continua ad essere quella originaria²⁶⁵.

Si è più in particolare spiegato, del resto, che la ricostruzione della dichiarazione accertativa come dichiarazione di scienza richiederebbe, per

²⁶² Cass. 27 aprile 1982, n. 2634

²⁶³ Cass. 27 maggio 1971, n. 1572.

²⁶⁴ Non sembra invece decisivo, nell'economia del presente lavoro, l'approfondita analisi strutturale del negozio in questione, benché su di un piano più generale tale profilo rivesta sicuramente un'importanza notevole. Ci si riferisce, in particolare, al problema relativo alla causa del negozio di accertamento, e nello specifico se la rimozione dell'incertezza sia presupposto causale di tale figura negoziale. In senso affermativo sembra orientarsi l'impostazione maggioritaria (cfr., in tal senso, GIORGIANNI, *Accertamento*, it., 239; *contra*, se male non s'intende, FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 13 ss.).

²⁶⁵ Cfr. GIORGIANNI, *Accertamento*, cit., 233 ss.

così dire, la necessità della verifica storica della realtà accertata, ma tale verifica, invero, nell'accertamento negoziale non è affatto necessaria²⁶⁶

In punto di oggetto dell'accertamento, sembrerebbe abbastanza istintivo sostenere che esso non possa che consistere in situazioni o rapporti giuridici (ovviamente disponibili), onde dovrebbe restare esclusa la possibilità di effettuare un accertamento di una mera realtà di fatto o anche di singole questioni rilevanti nell'ambito di una realtà giuridica; la dichiarazione riferita ad un fatto dovrebbe avere una portata esclusivamente probatoria.

Non a caso, una parte considerevole degl'interpreti considera inammissibile il negozio di accertamento di meri fatti²⁶⁷.

Invero, una prima riflessione più completa sul profilo in questione, ha messo in rilievo l'erroneità della limitazione del negozio di accertamento, dal punto di vista oggettivo, ai soli rapporti giuridici. Infatti, le situazioni e i rapporti giuridici sono generate anche da fatti, ossia accadimenti umani o naturali in ragione dei quali l'ordinamento ricollega la produzione di un effetto; l'incertezza di un rapporto può così dipendere dall'incertezza circa l'esistenza del fatto generatore. In quest'ordine di idee si giustifica la possibilità di limitare la fissazione al singolo fatto; peraltro il vero oggetto del negozio di accertamento resta sempre il rapporto giuridico, perché con l'accertamento del fatto generatore della situazione giuridica si finisce per conferire certezza al rapporto stesso, sia pur indirettamente²⁶⁸.

L'impostazione appena tracciata non sembra porsi in contrasto con la prospettiva dell'accertamento di fatti *tout court*, con ciò intendendosi la possibilità di esprimere una dichiarazione di volontà finalizzata esclusivamente alla fissazione del fatto. Si ritiene sommessamente che, affermare che pure in caso di accertamento di fatti l'oggetto (ancorché, per così dire, indiretto) dell'accertamento è il rapporto, stia semplicemente ad

²⁶⁶ FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 28.

²⁶⁷ Cfr., *ex multis*, BOVE, *La perizia*, cit., 16 ss., il quale, partendo dalla premessa che già è discutibile la categoria dell'accertamento negoziale avente ad oggetto un rapporto giuridico, rileva che a maggior ragione l'ammissibilità di tale figura negoziale diviene problematica allorché la si vuole utilizzare in riferimento ad un fatto; v. anche FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, *passim*.

²⁶⁸ Cfr. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 65-68, ripreso da PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., 76 ss.

indicare che l'accertamento del fatto integra una modalità dell'accertamento del rapporto.

A dire il vero, come si avrà modo di riprendere più avanti, la necessità che l'accertamento abbia ad oggetto rapporti giuridici vale con riguardo all'accertamento giudiziale, posto che in tale sede siffatta limitazione risponde ad esigenze di economia processuale. Ma nell'ottica di un accertamento negoziale, come si è efficacemente rilevato, nulla osta, sul piano concettuale, a che l'accertamento concerna mere questioni o anche direttamente fatti; ché, del resto, anche in sede giurisdizionale, sia pure eccezionalmente, si danno casi di accertamenti su simili elementi²⁶⁹.

Inoltre, francamente, non si vede perché le parti possano bensì accordarsi per un accertamento di diritti e rapporti giuridici – che costituiscono il “più” - ma non per un accertamento di fatti o singole questioni - che costituiscono il “meno” -.

Autorevole dottrina ha poi affermato che *“quanto all'oggetto del negozio di accertamento, perde man mano terreno l'opinione prevalente, la quale pretende che la situazione sulla quale esso opera possa essere costituita esclusivamente da <<rapporti giuridici>>, escludendosi così il potere di accertamento dei <<fatti>>”* ma (...) *“a prescindere dalla difficoltà di demarcare concretamente il <<fatto>> dal <<rapporto>>, ed a prescindere dalla considerazione che nella esperienza giuridica anche i <<rapporti>> possono essere riguardati sub specie facti, la legittimità del potere dei privati di accertare i <<fatti>> e la giustificazione della efficacia di tale accertamento, ci sembrano derivare da una attenta considerazione del sistema”*²⁷⁰.

Del resto, nelle controversie relative a diritti disponibili, il giudice (o l'arbitro), ai fini della decisione risolutiva della controversia, accerta solo i fatti che siano controversi tra le parti; ciò non accade, dunque, rispetto ai fatti ammessi o concordemente accettati. Tale accettazione non integra una sorta di mezzo di prova, ma sta semplicemente ad indicare che il giudice è esonerato dall'accertare il fatto e che la parte interessata è esonerata dal

²⁶⁹ Ci si riferisce alla brillante osservazione di FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 36-37, il quale poi fornisce l'esempio della querela di falso e della verifica della scrittura privata.

²⁷⁰ GIORGIANNI, *Accertamento*, cit., 237.

provarlo²⁷¹.

Anche in giurisprudenza è possibile scorgere riferimenti a negozi di accertamento di situazioni di fatto²⁷².

4.2.3. (segue) *Gli effetti*

Il tema degli effetti costituisce l'aspetto forse più dibattuto del negozio di accertamento.

Sul punto sono state proposte diverse e autorevoli ricostruzioni. Volendo peraltro fornire una breve panoramica delle idee più significative, è possibile rilevare che, secondo una prima ricostruzione, il negozio di accertamento, pur espletando una funzione dichiarativa, produce l'obbligo per le parti di considerare la realtà preesistente così come accertata²⁷³. Sennonché per tale via verrebbe a configurarsi un mero obbligo in capo alle parti che non consentirebbe all'accertamento di svolgere la funzione di vincolare a quella certa ricostruzione e di precludere ogni diversa ricostruzione della realtà preesistente²⁷⁴.

Sulla base di un'altra proposta ricostruttiva, avallata anche da una parte della giurisprudenza, il negozio di accertamento è, per natura ed effetti prodotti, costitutivo, nel senso che esso sostituisce una situazione incerta con una certa²⁷⁵.

Probabilmente, peraltro, la formulazione più elaborata è da attribuirsi

²⁷¹ Cfr., ancora, GIORGIANNI, *Accertamento*, cit., 237

²⁷² Cfr. Cass. 24 gennaio 1956, n. 204; Cass. 16 marzo 1978, n. 1323; Cass. 16 luglio 1981, n. 4653; Cass. 23 agosto 1991, n. 9047; v. anche l'analisi e i riferimenti in PAOLINI, *Il contratto*, cit., 76 ss.

²⁷³ Confidando di essere scusati per la superficialità della descrizione della tesi riportata, non consentendo questa sede gli opportuni approfondimenti al riguardo, si rimanda a NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Univ. Messina*, 1934, VII; BOZZI, *Il negozio di accertamento*, in *I Maestri italiani del diritto civile, Scritti in onore di Rosario Nicolò*, a cura di Lipari, Napoli, 2011, pag. 65 ss.

²⁷⁴ Cfr. FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 43; critico anche GIORGIANNI, *Accertamento*, cit., 234, secondo il quale "l'efficacia meramente obbligatoria, postulando la nascita di un obbligo di ritenere come decisiva per l'avvenire la configurazione data alla situazione preesistente, potrebbe realizzare l'intento delle parti solo indirettamente, attraverso il risarcimento del danno in caso di violazione (...)".

²⁷⁵ V. CORRADO, voce <<*Negozio di accertamento*>>, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, 200; DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in www.judicium.it. In giurisprudenza si vedano, ad esempio, Cass. 12 novembre 1981, n. 6001; Cass. 14 marzo 1977, n. 1031.

a quella dottrina²⁷⁶ che ha studiato il problema dell'effetto del negozio di accertamento nell'ambito di un'analisi di più ampio respiro sull'effetto giuridico in generale. Partendo dall'osservazione secondo la quale esistono tre tipi di effetti – costitutivi: ove si produce un'innovazione nello stato giuridico anteriore; dichiarativi: per i quali si determina una conservazione dello stato giuridico anteriore; preclusivi: ove si determina l'indifferenza rispetto allo stato giuridico anteriore, nel senso che essi, prescindendo dalle situazioni giuridiche preesistenti, consentono di accogliere sia l'ipotesi dell'innovazione sia quella della conservazione²⁷⁷ -, secondo quest'orientamento l'effetto prodotto dall'accertamento è di tipo preclusivo²⁷⁸.

Ora, va evidenziato che, ad avviso della maggioranza degli autori e della giurisprudenza, un costante effetto dell'accertamento negoziale, a prescindere dalla ricostruzione della sua natura, è quello di mettere fuori contestazione la situazione giuridica accertata. La Suprema Corte ha stabilito che il negozio di accertamento “*costituisce una figura negoziale di carattere generale la cui funzione risiede nel fissare la portata di un negozio o il contenuto di un rapporto precedente con effetto immediatamente preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo*”²⁷⁹.

Volendo rapidamente tracciare, in altre parole, i tratti essenziali della teoria per così tripartita testé segnalata, è possibile rilevare che l'effetto costitutivo e l'effetto dichiarativo sarebbero legati al passato giuridico, il primo nel segno della difformità, il secondo nel segno della conformità; mentre l'effetto preclusivo ne risulterebbe sconnesso, posto che darebbe vita a situazioni originarie, non già derivate da quelle preesistenti, prescindendosi dalla conformità o difformità da queste ultime.

Senonché anche un effetto così concepito finisce con l'incidere sulla realtà accertata, presentandosi quale manifestazione di un effetto

²⁷⁶ FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

²⁷⁷ Cfr. anche la ricostruzione di FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 44 ss.

²⁷⁸ Tale idea è stata propugnata anche da una parte della giurisprudenza. In questo senso cfr. Cass. 5 giugno 1997, n. 4994.

²⁷⁹ Cass. 29 gennaio 1974, n. 241, cit.; v. *amplius* sul punto PAOLINI, *Il contratto*, cit., 138 ss.

costitutivo²⁸⁰.

Ora, se gli effetti che si ritiene siano prodotti dal negozio di accertamento si esprimono sempre in guisa da incidere sulla realtà giuridica preesistente, il rilievo da muovere deve mettere in luce come tale inquadramento degli effetti dell'accertamento, quand'anche immaginabili in relazione all'accertamento di una situazione giuridica, risulta incompatibile con la prospettiva dell'accertamento di meri fatti o questioni. Si è condivisibilmente affermato, infatti, che i fatti sono e rimangono quello che sono, e nessun accertamento potrà mai in alcun modo modificarli²⁸¹

Invero, l'effetto giuridico in quanto tale non può che recare con sé il

²⁸⁰ L'idea che non sia immaginabile che l'effetto dell'accertamento sia innovativo rispetto alla realtà giuridica accertata è sostenuta dall'orientamento prevalente. In giurisprudenza si veda, tra le altre, Cass. 5 novembre 1968, n. 3658; Cass. 13 maggio 1950, 1229; Cass. 15 gennaio 1970, n. 84. In questo senso si veda PAOLINI, *Il contratto*, cit., 120 ss., laddove si afferma che non è accettabile ritenere che con il negozio di accertamento le parti creano un'obbligazione nuova, posto che per tale via si sconfinerebbe nel campo della novazione. Il contratto di accertamento, infatti, non innova ma si limita a chiarire, a specificare l'esatto contenuto della situazione giuridica preesistente. Siffatta attività contrattuale non è dispositiva, giacché le parti vogliono regolare una situazione sostanziale preesistente, e la regolazione di un rapporto ha luogo non solo quando lo si modifica, ma anche quando lo si accerta. Consueguenziale alla natura dichiarativa è la retroattività, con effetti obbligatori, del contratto di accertamento. GIORGIANNI, *Accertamento*, cit., 234, dopo aver escluso la possibilità che la figura negoziale in esame conduca ad una modifica della situazione accertata, parla di "efficacia immediata", assimilandola all'efficacia istantanea prodotta da taluni schemi negoziali (per es. i contratti traslativi reali). Nel caso dell'accertamento negoziale l'efficacia immediata si rivelerebbe attraverso la rimozione dell'incertezza della situazione giuridica preesistente, attuata mediante la fissazione del contenuto della situazione stessa. Sembra propendere per l'efficacia costitutiva DAMBROSIO, *La "determinazione contrattuale" ex art. 808-ter c.p.c. quale espressione di potere dispositivo ex lege*, in Riv. arb. 1/2014, 458 ss., e in particolare 462, secondo il quale il negozio di accertamento, "nel contesto dei contratti e dei loro effetti, costituisce un caso estremo, particolare; ma proprio da esso si scorge la reale portata dell'effetto costitutivo. Se ripetere due volte lo stesso atto è consentito, significa che il negozio dichiarativo si risolve nel contesto dell'efficacia tradizionale". Peraltro parte della dottrina ha rilevato, come si è segnalato nel testo, che anche l'effetto preclusivo, fondamentalmente creando una situazione originaria, integra una modifica della realtà giuridiche preesistente; cfr., in questo senso, la critica di FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 46 ss.. Si veda poi, in particolare pag. 48, laddove l'Autore da ultimo citato mette in luce come anche l'effetto dichiarativo, in realtà, si risolva in un effetto costitutivo. Esso, infatti, nella prospettazione di FALZEA, *Accertamento*, cit., si declina nelle tre *species* del rafforzamento, della specificazione e dell'affievolimento. Tali momenti si collocherebbero dopo la costituzione della situazione giuridica, determinerebbero un mutamento meno intenso rispetto alla modificazione e corrisponderebbero, tendenzialmente, ai tre sottotipi dell'effetto costitutivo (in senso lato) rappresentati dalla costituzione, dalla modificazione e dall'estinzione. Ad esempio, fatto ad effetto rafforzativo sarebbe la ricognizione dei diritti soggettivi; ebbene, secondo FALZEA essa, pur non modificando il diritto, che continuerebbe ad esistere o meno a prescindere dalla ricognizione medesima, ne determinerebbe però un "ringiovanimento". In altri termini, a seconda che venga in gioco una ricognizione di diritto reale (enfiteusi) ovvero un riconoscimento di debito, si tratterebbe comunque di un effetto impeditivo all'interno della sottofattispecie dell'usucapione o della prescrizione.

²⁸¹ V. ancora una volta FORNACIARI, *Il negozio*, 43-44 e 46.

concetto di innovazione della realtà (giuridica), onde qualunque effetto giuridico, - diciamo così - per definizione, è costitutivo.

Sicché, per dare un senso, in punto di efficacia, al fenomeno dell'accertamento negoziale, volendo restare nel solco della non innovatività rispetto alla situazione giuridica preesistente, l'unica via, come si è proposto, sembrerebbe quella di spostare l'attenzione sul piano di rilevanza dell'effetto giuridico (costitutivo) prodotto dall'accertamento.

In altre parole, anche l'accertamento negoziale produce un effetto giuridico costitutivo, ma quest'ultimo non si esprimerebbe sulla situazione preesistente in sé, ma sulla sfera della libertà di valutazione del giudice. La novità giuridica consisterebbe cioè nella creazione di un vincolo per il giudice a recepire la ricostruzione contenuta nell'accertamento²⁸²

4.2.4. *Brevi considerazioni conclusive sull'accertamento negoziale*

L'impostazione da ultimo tracciata, a ben vedere, consente di ricollegare, coerentemente, tutti i passaggi fondamentali dello studio dell'accertamento convenzionale, in particolare con riferimento ai profili che più interessano ai fini della presente indagine.

Infatti, non può non pensarsi che, se l'autonomia privata consente alle parti di “mutare” l'assetto giuridico dei propri interessi disponendo di essi, allora sia pure possibile semplicemente fissare una realtà giuridica, senza nulla modificare. La volontà espressa, prescindendo da qualunque verifica storica, è negoziale, poiché insita nella sua manifestazione vi è la volontà della produzione dell'effetto giuridico; e si tratta non già di volontà modificativa, ma semplicemente accertativa.

Ciò è tanto più vero se la manifestazione di volontà è indirizzata verso l'accertamento di semplici fatti (o questioni) – sicuramente ammissibile -, dato che con riguardo alle realtà di fatto nessuna efficacia modificativa può venire in gioco, dunque non può immaginarsi alcuna prospettiva d'innovazione della realtà.

²⁸² Questa è la tesi di FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 52, all'esito di un'approfondita analisi delle varie teorie sugli effetti dell'accertamento, anch'esse, peraltro, molte volte consapevoli dell'impossibilità di attribuire a tale schema negoziale efficacia costitutiva. Come riferisce lo stesso Autore, si tratta di una prospettiva che muove dalla teoria processuale del giudicato, con la peculiarità di attribuire la matrice del vincolo non già all'autorità dell'autore da cui proviene (il giudice), ma dalla natura/contenuto dell'accertamento stesso (chiunque ne sia l'autore).

Allorché il negozio ha ad oggetto solo fatti, analogamente del resto a quanto avverrebbe nel caso dell'accertamento di situazioni giuridiche, l'effetto prodotto dall'accertamento si esprime sul piano della sfera di libertà di valutazione del giudice, vincolando quest'ultimo a tener ferma la realtà (di fatto) così come accertata dai paciscenti.

4.3. Arbitrato e accertamento

Si è già avuto modo di sottolineare il legame intercorrente tra accertamento e arbitrato. Per quanto riguarda l'arbitrato rituale, l'art. 824 *bis* c.p.c. equipara espressamente, quanto agli effetti prodotti, il lodo alla sentenza del giudice statale.

Da questo punto di vista, merita un'analisi più approfondita l'arbitrato irrituale.

In effetti l'accertamento, ed in particolare il negozio di accertamento, è sovente stato accostato anche all'arbitrato libero (ad esempio secondo la tesi del mandato ad accertare²⁸³); secondo alcuni l'arbitrato libero consiste proprio in un accertamento di situazioni giuridiche soggettive effettuato da un terzo²⁸⁴.

Del resto se, come si è cercato di dimostrare, anche l'arbitro irrituale è chiamato a risolvere la controversia all'esito di un processo, dunque a decidere mediante una determinazione contrattuale, evidentemente tale atto deve contenere, almeno, un accertamento vincolante del rapporto litigioso.

In realtà una sorta di relazione biunivoca tra accertamento, o per meglio dire tra negozio di accertamento e arbitrato libero è sempre stata affermata, più o meno direttamente, da tutte le voci che si sono espresse sulla natura dell'arbitrato. La diversità di prospettiva tra chi spiega l'arbitrato irrituale in termini di arbitraggio del negozio di accertamento o di mandato ad accertare, e chi invece lo descrive come un mezzo eteronomo di soluzione di una controversia, si esprime, semmai, sul piano per così dire dell'impatto dell'accertamento sulla realtà giuridica controversa, posto che per i primi l'arbitrato libero dà sempre luogo ad un'attività dispositiva.

²⁸³ Che probabilmente è quella maggioritaria in giurisprudenza. Cfr. la ricostruzione e i richiami in DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, 197 ss. e nota 15.

²⁸⁴ FORNACIARI, *Lineamenti per una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, 336 ss.

In ogni caso, come già si è avuto modo di sottolineare, se ai privati è concesso di disporre negozialmente dei propri interessi giuridici, ad essi deve pure essere consentito di fissare in maniera vincolante i rapporti tra loro intercorrenti. Quando, peraltro, non è possibile per le parti addivenire ad un accordo in ordine a tale fissazione, allora si può ben aprire la strada dell'incarico ad uno o più terzi, scelti di comune accordo, affinché dettino loro la disciplina vincolante della realtà giuridica litigiosa.

Le parti, cioè, non vogliono impegnarsi in reciproche concessioni, ma vogliono la fissazione delle regole di condotta in ordine a quel rapporto controverso. Con il patto compromissorio s'impegnano ad accettare il responso che, circa tale fissazione, sarà emesso da uno o più terzi.

Inoltre, allorché l'attività considerata espleta una funzione decisoria, è ben possibile che, accanto ad un accertamento della realtà giuridica controversa, si ponga pure un intervento di tipo costitutivo. In altri termini, il lodo irrituale può contenere anche un qualcosa in più di un accertamento, donde la non necessaria corrispondenza, quanto a contenuto, tra lodo libero e negozio di accertamento²⁸⁵

L'art. 808 *ter* c.p.c., a nostro modo di vedere, conferma questa lettura, posto che attribuisce espressamente alle parti in lite la possibilità di incaricare un terzo perché risolva il conflitto con un atto (o meglio, una determinazione) contrattuale. Tale atto, come si è detto in precedenza²⁸⁶, deve esprimere, quale contenuto minimo e tipico, un accertamento, ossia la fissazione delle regole di condotta vincolanti in ordine al rapporto litigioso.

L'impostazione di fondo in punto di accertamento *tout court* non

²⁸⁵ Ad esempio, come risulta da un arresto della Suprema Corte, “*nel caso di promessa di vendita immobiliare con clausola per arbitrato irrituale, la parte, cui il promittente venditore si sia rifiutato di trasferire il bene, può ottenere dagli arbitri una pronuncia di contenuto ed effetti analoghi a quelli della sentenza prevista dall'art. 2932 c.c.*” (Cass. 30 ottobre 1991, n. 11650); DAMBROSIO, *Il negozio*, cit., 209 ss., critica l'idea della riduzione dell'arbitrato libero ad un mandato a transigere ovvero ad accertare; l'Autore citato, in particolare, partendo dal rilievo in base al quale il negozio transattivo e di accertamento produrrebbero effetti dispositivi delle sfere giuridiche dei litiganti, osserva che una siffatta impostazione non risolve il problema del potere di rappresentanza in capo agli arbitri, che nella prassi non è mai attribuito ad essi. In uno scritto successivo lo stesso Autore, dopo l'introduzione dell'art. 808 *ter*, afferma che a seguito della riforma della disciplina dell'arbitrato il potere (arbitrale) di disporre delle sfere giuridiche dei litiganti, per mezzo della determinazione contrattuale, nasce direttamente dall'art. 808 *ter*, così come sorge, per le decisioni costitutive, ex artt. 2908 c.c. e 824 bis c.p.c., rispettivamente in capo all'autorità giudiziaria ed all'arbitro rituale (DAMBROSIO, *La “determinazione contrattuale”*, cit., 449 ss.).

²⁸⁶ Cfr. *supra*, par. 4.1.4. e nota 245

cambia: ad avviso di chi scrive esso si conferma, pure in sede di arbitrato libero, quale attività che non innova o non modifica la realtà giuridica preesistente ma, per l'appunto, la accerta una volta per tutte in maniera vincolante²⁸⁷.

4.4. *L'oggetto dell'arbitrato*

Il problema dell'oggetto dell'arbitrato, nella prospettiva dell'inquadramento della perizia contrattuale, è senza dubbio decisivo. Esso, non a caso, è stato affrontato con un approccio più analitico proprio da coloro che hanno studiato in maniera più compiuta il fenomeno peritale.

In sostanza la questione fondamentale afferisce alla necessità che l'arbitrato (*rectius*, il processo arbitrale) abbia, come il processo giurisdizionale, un oggetto di dimensioni minime; se, dunque, con la domanda di arbitrato, così come per la domanda giudiziale, debba essere necessariamente chiesta la tutela, almeno, di una situazione giuridica soggettiva, o se invece con la prima sia concessa anche la facoltà di chiedere l'accertamento di un fatto o la soluzione di una singola questione, comunque rilevanti all'interno della fattispecie di una situazione giuridica soggettiva.

Un primo aspetto da considerare lo si è incidentalmente incontrato allorché ci siamo occupati dell'oggetto dell'accertamento. In particolare, va registrato che l'accertamento giudiziale concerne, di regola, solo realtà giuridiche (e non di fatto), e nell'ambito di esse solo situazioni giuridiche compiute e non soltanto singole questioni. Ebbene, tale limitazione nella sede giurisdizionale si spiegherebbe in base a ragioni di economia processuale, posto che, a cagione dei relativi costi pubblici, lo Stato mette a disposizione il servizio-giustizia solo per le controversie di una certa consistenza²⁸⁸.

Se, allora, le ragioni, che comportano che la domanda giudiziale abbia

²⁸⁷ La giurisprudenza appare invece costante nell'individuare, quale “conseguenza” dell'arbitrato irrituale (e della perizia contrattuale), la creazione di un “nuovo assetto d'interessi di tipo negoziale” (cfr. in questo senso GABRIELLI, *Il contratto*, cit., 1152 e nota 28).

²⁸⁸ FORNACIARI, *Il negozio*, cit., 36, il quale, accompagnando tale spunto all'idea che la limitazione oggettiva dell'accertamento giudiziale non necessariamente deve condurre a concepire siffatto limite per tutti i tipi di accertamento, conclude, come si è visto in precedenza, nel senso della configurabilità di un accertamento di meri fatti (ad esempio in caso di accertamento negoziale).

un oggetto per così dire minimo, hanno una matrice pubblicistica, si può essere legittimamente portati a ritenere che nell'arbitrato non operino regole di sorta in ordine ad una minima dimensione oggettiva della domanda. Onde con la domanda di arbitrato, secondo questa logica, risulterebbe possibile chiedere ai “giudici privati” l'accertamento di un fatto o la soluzione di una questione, comunque rilevanti all'interno della fattispecie di un diritto. In altri termini, sarebbe possibile chiedere all'arbitro una decisione solo rispetto ad un “pezzo” della pretesa giuridica²⁸⁹.

Tale impostazione è stata fortemente criticata²⁹⁰.

In primo luogo, ed in via generale, si è osservato che, se l'arbitrato disciplinato agli artt. 806 ss. c.p.c. è un equivalente della giurisdizione statale, allora di questa deve recepire anche le linee di confine in punto di domanda.

Si sono poi mossi rilievi fondati su specifici dati normativi.

Così, anche la domanda di arbitrato consisterebbe, in base a quanto ricavabile dagli artt. 24 Cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c., nell'affermazione giudiziale di un diritto sostanziale. Ciò sarebbe in un certo senso confermato anche dagli artt. 2943-2945 e 2652-2653 c.c.²⁹¹.

Inoltre, il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c. troverebbe il suo riscontro normativo in sede arbitrale nel disposto dell'art. 829, comma 1, nn. 4) e 12) c.p.c., concernenti rispettivamente, in materia d'impugnazione per nullità del lodo rituale, il vizio di extrapetizione e di infrapetizione.

²⁸⁹ I migliori e, forse, unici spunti *in parte qua* sono da rintracciare in BOVE, *La perizia*, cit., 176 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 22; LUISO, *L'oggetto*, cit., 670 ss.. In particolare, quest'ultimo Autore (*op. cit.*, pag. 674) segnala che le divergenze tra arbitrato e giurisdizione, oltre al profilo relativo all'oggetto dei rispettivi processi, non devono destar stupore, perché ve ne sono anche altre, non certo irrilevanti, sempre ricollegate a regole che l'ordinamento prevede per chi voglia servirsi della “macchina” predisposta dallo Stato per dispensare la tutela delle situazioni giuridiche. Tra esse annovera l'obbligo della difesa tecnica e il requisito dell'interesse ad agire, entrambi non prescritti nell'arbitrato. *Contra*, con particolare riguardo all'interesse ad agire, da considerarsi applicabile anche in sede arbitrale (quanto meno rituale), BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 307-308.

²⁹⁰ I rilievi proposti nel testo sono, in particolare, di MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 147 ss.

²⁹¹ I primi si occupano della prescrizione, in particolare dell'interruzione della prescrizione a seguito di proposizione della domanda di arbitrato e dell'effetto sospensivo della prescrizione sino al passaggio in giudicato del lodo ovvero della sentenza resa sull'impugnazione di quest'ultimo; i secondi hanno ad oggetto la trascrizione della domanda di arbitrato.

Ulteriori indici di una certa corrispondenza tra domanda giudiziale e domanda di arbitrato sarebbero, da un lato, la possibilità di chiedere la tutela cautelare in presenza di patto compromissorio, dall'altro la prospettiva di un giudizio rescissorio dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 830 c.p.c.

Con riferimento, poi, all'interesse ad agire, si è detto che l'art. 100 c.p.c., in realtà, se pure serve a fissare un limite all'accesso alla tutela dinanzi agli organi giurisdizionali statali, non aggiunge alcunché al contenuto della tutela richiesta dalla parte, che rimane comunque e sempre una domanda di tutela giurisdizionale di diritti. Senza contare, infine, che l'oggetto dell'accordo compromissorio, per come plasmato dagli art. 806 ss., consiste in una controversia su diritti²⁹².

In effetti il problema della (eventuale) dimensione oggettiva minima della domanda di arbitrato è piuttosto controverso.

Si è visto, ad esempio, che nel sistema spagnolo l'opinione assolutamente dominante (per non dire univoca) sostiene che di arbitrato possa parlarsi solo quando si chieda, per la soluzione di un conflitto d'interessi, l'affermazione di una tutela giuridica; in altri termini, per tale sistema una domanda limitata ad un elemento della fattispecie ovvero ad una singola questione non sarebbe immaginabile o comunque non darebbe il via ad un arbitrato²⁹³.

Nel sistema olandese, invece, il diritto positivo consente di sottoporre agli arbitri la soluzione di singole questioni, quale ad esempio la determinazione del *quantum* risarcitorio²⁹⁴.

A sommo avviso di chi scrive, la questione andrebbe affrontata mutando il punto di vista, dal momento che, su un piano per così dire sistematico, sono ravvisabili apprezzabili e fondati argomenti nell'una e nell'altra impostazione.

Invero, ragionando astrattamente, appare senz'altro compatibile con

²⁹² Contrario alla frazionabilità oggettiva del processo arbitrale anche DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 357 ss., il quale rileva che siffatta possibilità non trova riscontro nel sistema positivo attuale, ove specificamente riferita al giudizio arbitrale rituale. Dunque, indirettamente, tale Autore, sembra non escludere la possibilità che venga chiesta in sede arbitrale la soluzione di una mera questione relativa all'esistenza del diritto allorché viene instaurato un arbitrato irrituale.

²⁹³ Cfr. *supra* cap. III, par. 8.

²⁹⁴ Cfr. *supra* cap. II, par. 3.

l'arbitrato, in quanto strumento, per così dire, economicamente privato, la proponibilità di una domanda avente ad oggetto una singola questione di fatto (o di diritto²⁹⁵), rilevante ai fini dell'esistenza di una situazione giuridica soggettiva. Si tratta poi di verificare se il congegno normativo in materia arbitrale, considerato nel suo complesso, sia in grado di recepire e di far adattare al suo modello un arbitrato limitato a tale oggetto. In sostanza, la valutazione del problema andrebbe spostata sul piano pratico, dell'utilità, o per meglio dire della completezza di tutela.

Se il modello arbitrale puntualmente regolato dal codice processuale (l'arbitrato rituale) è disegnato pedissequamente quale equivalente del processo statale, allora - fermo restando un certo affievolimento dell'interesse ad agire, cosicché in astratto non sia configurabile, fino ad un'espressa previsione contraria, un divieto di proporre una domanda limitata ad una questione - la strada dell'arbitrato "parziale" appare, a ben vedere, piuttosto limitata. In particolare, se la disciplina dell'arbitrato rituale si caratterizza per l'attribuzione al lodo degli effetti della sentenza giudiziale (tra cui anche quelli esecutivi a seguito di *exequatur*) e per la predisposizione di un regime d'impugnazione riferito necessariamente ad un lodo che abbia deciso su diritti²⁹⁶, allora non può non ricavarsi la limitatezza delle prospettive di tutela a seguito della proposizione di una domanda avente ad oggetto una questione (e non già la pretesa giuridica nel suo complesso).

²⁹⁵ Cfr. BOVE, *La perizia*, cit., *passim*; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 22, il quale rileva che nell'arbitrato le parti sono libere di plasmare l'oggetto del processo come meglio credono, sicché esso può anche limitarsi a singole questioni rilevanti nella controversia, come ad esempio la interpretazione di una norma giuridica (nei c.d. arbitrati interpretativi) o soltanto l'accertamento di un fatto storico (appunto nelle perizie contrattuali).

²⁹⁶ Nel nostro ordinamento, sull'impugnazione del lodo limitato ad una questione è da registrare un contrasto di opinioni tra i due autori che più convintamente hanno affermato la riconducibilità della perizia contrattuale all'arbitrato. Così, secondo LUISO, *L'oggetto*, cit. 677-678, proprio le norme sull'impugnazione sottenderebbero un oggetto equivalente a quello del processo giurisdizionale statale, e ciò sarebbe confermato dall'art. 827, comma 3, c.p.c., secondo cui il lodo non definitivo è impugnabile soltanto unitamente al lodo definitivo. Del resto, per tale Autore, quando il lodo decide solo una delle questioni rilevanti per l'esistenza del diritto l'impugnazione in via principale è per un verso superflua, poiché rimane la possibilità di far valere gli eventuali vizi del lodo in via incidentale; per altro verso dannosa, perché impegnerebbe la giurisdizione statale per una questione in tale sede, di per sé, non deducibile. Invece per BOVE, *La perizia*, cit., 227 ss., il responso del perito deve essere considerato alla stregua di un lodo definitivo, ancorché ad oggetto limitato, dunque è sicuramente impugnabile per nullità ai sensi degli artt. 827-830 c.p.c., pur dovendosi necessariamente adattare le regole di tale rimedio al particolare oggetto della perizia arbitrale. Approfondiremo questo problema nel cap. VI.

Peraltro la compatibilità tra una domanda ad oggetto “ristretto” e la via arbitrale potrebbe essere immaginabile se si optasse per un arbitrato irrituale. In tal caso, se vogliamo, l'irritualità si esprimerebbe anche dal punto di vista dell'oggetto del giudizio arbitrale; la struttura processuale condurrebbe poi all'emissione di un responso sulla questione oggetto di domanda di arbitrale che resterebbe confinato nella sfera di autonomia delle parti. Responso inquadrabile come un atto negoziale.

In conclusione, una domanda di arbitrato rituale limitata all'accertamento di un elemento della fattispecie o alla soluzione di una questione di fatto o di diritto non appare, per così dire, improponibile in assoluto. Tuttavia la limitazione dell'oggetto del processo arbitrale così determinata potrebbe condurre all'inapplicabilità di norme tutt'altro che secondarie (per es. in punto d'impugnazione del lodo).

Sicché una siffatta domanda appare meglio ricostruibile come una peculiare istanza di arbitrato irrituale, con la conseguenziale sottoposizione del responso del terzo al regime del lodo libero.

Peraltro, a nostro sommo avviso, in punto di disciplina applicabile – dunque da un punto di vista pratico - non vi sarebbero notevoli differenze tra la scelta per la modalità rituale e quella per la modalità irrituale (a parte le norme sul lodo e sul relativo regime). Infatti, secondo l'opzione preferibile, le due forme di arbitrato condividono la stessa struttura processuale, onde la modalità irrituale, come si avrà modo di vedere più avanti, può mutuare per la propria disciplina una parte significativa delle norme dettate per l'arbitrato rituale (nei limiti della compatibilità).

5. Inquadramento definitivo del fenomeno peritale

Si è cercato di dimostrare che la perizia contrattuale è un fenomeno arbitrale. Il senso di un tale inquadramento, oltre alle ragioni spiegate nei paragrafi che precedono, è dato anche dal fatto che storicamente si è tentato sovente di collocare l'istituto sul piano sostanziale, salvo poi applicare principi e regole del processo arbitrale (ad es. il principio del contraddittorio, l'equidistanza del collegio peritale dalle parti, ecc.). Onde si è osservato che meglio sarebbe, anziché sommare alla disciplina sostanziale norme ed istituti propri dell'arbitrato, partire dalla disciplina arbitrale, sottraendo semmai a quest'ultima le regole che presuppongono un oggetto

del processo strutturalmente identico a quello del processo statale. Per tale via le parti otterrebbero un risultato non solo più corretto ma anche più sicuro (in quanto si eviterebbe di innestare su un corpo estraneo la quasi totalità delle norme dettate in materia di arbitrato)²⁹⁷.

In punto di opzione tra modello rituale e modello irrituale, quale tipo arbitrale cui ricondurre la perizia contrattuale, occorre rilevare che, in effetti, la scelta del nostro legislatore rispetto all'arbitrato puntualmente regolato agli artt. 806 ss. c.p.c., come del resto si è cercato di mettere in evidenza nei paragrafi che precedono, è andata nel senso di predisporre un processo bensì privato ma sostitutivo di un grado di giudizio, che ha il suo esito “fisiologico” in un lodo impugnabile, al pari di una sentenza giudiziaria, dinanzi alla Corte d'appello per nullità, revocazione od opposizione di terzo.

Non si ritiene che l'eventuale scelta di porre in essere un procedimento peritale secondo le forme rituali sia bandito in termini assoluti, e, di conseguenza, che gli arbitri eventualmente aditi debbano emettere, ad esempio, un lodo di rito per carenza d'interesse ad agire; tuttavia, per come l'arbitrato rituale è congegnato nel nostro ordinamento, le parti andrebbero incontro ad un responso non autonomamente impugnabile, ai sensi dell'art. 827 c.p.c., e inidoneo, ovviamente, a poter fondare un'esecuzione forzata. Tale scelta metterebbe fuori gioco diverse norme, non secondarie, dettate per l'arbitrato rituale e, pertanto, non consentirebbe di usufruire di una tutela, per così dire, completa

Il discorso appena formulato, in realtà, intende indicare il profilo del regime del lodo quale snodo principale della questione concernente l'opzione tra tipo rituale e modello irrituale, anche perché quanto agli effetti esecutivi, che pure segnano una differenza tendenziale tra lodo-sentenza e lodo-contratto, con riferimento ad un atto che decide solo un elemento di fatto o una questione il problema non si pone proprio. Ed il regime del lodo rituale, per come disegnato dal c.p.c., proprio perché consiste in regole processuali d'impugnativa di un lodo-sentenza, sembra delineare i rimedi tipici avverso un atto che abbia deciso, in un primo grado di giudizio, su diritti.

A dire il vero, ad avviso di chi scrive, tra le maglie del titolo VIII del

²⁹⁷ Lo spunto è di LUISO, *L'oggetto*, cit., 672.

libro IV del codice, a parte le norme sull'impugnazione, altre disposizioni testimoniano l'idea di un arbitrato fisiologicamente indirizzato alla soluzione di una pretesa giuridica, dunque di uno strumento perfettamente alternativo alla giurisdizione dello Stato. Indici normativi, in questo senso - a parte il riferimento nell'art. 806 c.p.c. alle controversie relative a diritti, che invero può non apparire decisivo -, potrebbero essere offerti, solo per fare alcuni esempi, dalla disciplina della responsabilità degli arbitri, in parte ripresa da quella della responsabilità civile dei magistrati; dall'art. 819, con riguardo alla decisione con efficacia di giudicato delle questioni pregiudiziali di merito; dall'art. 819 *bis* in materia di sospensione del procedimento arbitrale.

Peraltro, analizzando, limitatamente ai profili più rilevanti per la presente indagine, l'accertamento convenzionale, si è visto che può considerarsi senz'altro ammissibile un negozio di accertamento avente ad oggetto soltanto realtà di fatto.

Partendo da questo punto, ad avviso di chi scrive la perizia contrattuale appare meglio configurabile come un arbitrato irrituale ad oggetto ristretto, limitato, in particolare, all'accertamento di un elemento di fatto o alla soluzione di un questione tecnica²⁹⁸ - rilevanti per l'esistenza di un rapporto giuridico preesistente e completo in tutti i suoi elementi - con un responso per le parti vincolante, posto che in tal senso esse si accordano all'atto della scelta della via peritale effettuata in apposito accordo.

Con il patto per perizia contrattuale le parti, fondamentalmente, chiedono all'esperto di effettuare un accertamento vincolante su di elemento tendenzialmente di fatto in ragione della sua preparazione tecnica. Magari tale via esprime tutta la sua utilità quando, in concreto, il contrasto involge

²⁹⁸ In dottrina si è detto che, fondamentalmente, l'arbitrato irrituale e la perizia contrattuale sono accertamenti effettuati da un terzo, i quali si distinguono dal punto di vista oggettivo. Mentre il primo, infatti, ha ad oggetto situazioni giuridiche soggettive, la seconda, invece, ha ad oggetto fatti (in questo senso FORNACIARI, *Lineamenti*, cit., 336 ss.). Tale schema, invero, appare applicabile anche per incaricare l'esperto della soluzione di una questione giuridica, come si è visto nel paragrafo precedente. Cfr., ancora, sul punto, gli spunti di CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 22, sui c.d. arbitrati interpretativi e poi, ancora, 158, ove si ammette la possibilità dell'accertamento del perito di una singola questione di puro diritto, come l'interpretazione di una norma giuridica, a prescindere dalla tutela del diritto che discende dalla sua applicazione, e si aggiunge che gli arbitrati interpretativi sono assai diffusi nell'esperienza della giustizia privata espressa in seno alle comunità intermedie, ove all'arbitro è devoluta una sorta di interpretazione autentica di una norma contrattuale di applicazione generalizzata nella pluralità dei rapporti instaurati dai membri dell'associazione (gli arbitrati interpretativi di clausole di contratti collettivi, gli arbitrati dei probiviri nelle società commerciali); e di BOVE, *La perizia*, cit., *passim*.

in concreto solo quell'elemento tecnico, potendo il rapporto tra le parti tornare a svolgersi lungo i binari di una fisiologica relazione sostanziale, una volta risolta la questione da parte dei periti. Peraltro nulla vieta che le parti incarichino il perito o i periti per la fissazione di alcuni elementi, salvo rimandare ad altra sede (arbitrale o giudiziale) la decisione sul diritto o sul rapporto controverso nel suo complesso.

Soprattutto a seguito dell'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c., l'impostazione proposta risulta preferibile, dal momento che l'arbitrato libero è pur sempre uno strumento a struttura processuale che conduce alla composizione del contrasto con un atto avente gli effetti e il regime di un negozio. Come meglio si vedrà più avanti, in punto di disciplina applicabile, le distanze tra modello rituale e modello irrituale si sono viepiù assottigliate, onde, da un punto di vista pratico, risulta configurabile la predisposizione di una perizia contrattuale soggetta a norme processuali dedicate all'arbitrato rituale.

Insomma, a nostro avviso non vi sono insuperabili motivi sistematici per ritenere inconcepibile, in sede arbitrale, una domanda ad oggetto, per così dire, limitato. Del resto, se si assume che la perizia contrattuale integri un fenomeno arbitrale, non pare infondato ammettere la possibilità per le parti di scegliere, come avviene per l'arbitrato *tout court*, tra modello rituale e tipo irrituale.

Solo che nel nostro ordinamento l'arbitrato codicistico è regolato quale strumento alternativo ad un grado di giudizio statale, e di ciò è prova soprattutto la disciplina del regime dell'atto decisorio, che non consentirebbe al destinatario del lodo su questione di godere di una tutela piena. Viceversa, con l'arbitrato libero è possibile ottenere il medesimo tipo di accertamento con l'emaneazione di un atto che, essendo una determinazione contrattuale, assicura alle parti la possibilità di beneficiare del regime degli atti negoziali.

Dall'impostazione proposta consegue che, nel momento in cui è compromesso solo un pezzo della controversia, automaticamente la scelta delle parti è indirizzata verso la modalità irrituale. Si vuole dire che, la previsione dell'art. 808 *ter*, secondo cui le parti devono espressamente indicare di voler optare per una determinazione contrattuale, trova la sua *ratio* quando l'oggetto dell'accordo compromissorio è la controversia giuridica nel suo complesso. In tal caso le parti, derogando a quanto disposto

dall'art. 824 *bis*, devono espressamente indicare di non volere un lodo-sentenza, ma un lodo-contratto, nella prospettiva della decisione definitiva della lite.

Tale opzione espressa in favore del tipo irrituale, invece, non è necessaria allorché si dà luogo, non già ad un arbitrato irrituale *tout court*, ma ad una perizia contrattuale.

In sostanza è come se nel nostro sistema, allo stato attuale, valesse la regola per cui l'incarico agli arbitri finalizzato all'accertamento vincolante di una questione tecnica dà luogo ad un arbitrato irrituale ad oggetto ristretto, proprio perché l'impianto normativo del tipo rituale non appare idoneo, considerato complessivamente, a recepire un processo arbitrale su un siffatto oggetto. Peraltro, le parti possono manifestare espressamente l'intenzione di far svolgere una perizia arbitrale secondo il modello dell'arbitrato rituale. Questa possibilità, infatti, non pare inibita dall'ordinamento; tuttavia, per tale strada, esse andrebbero incontro ad un significativo *deficit* di norme – dunque di tutela –, pensate dal legislatore per un arbitrato come equivalente del processo giurisdizionale.

L'accostamento del fenomeno della perizia contrattuale all'arbitrato libero è sovente sostenuto in giurisprudenza, in seno alla quale si sottolinea comunque la differenza di oggetto tra l'attività del perito e quella dell'arbitro libero²⁹⁹

²⁹⁹ Come si è segnalato in precedenza, la giurisprudenza peraltro ricollega all'espletamento dell'arbitrato libero la determinazione di un nuovo assetto d'interessi. Arresto di riferimento, in questo senso, è una decisione nella quale la Cassazione si esprime in questi termini: “*la perizia contrattuale, con la quale le parti deferiscono ad uno o più terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un apprezzamento tecnico che esse si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà negoziale, si inserisce in una fattispecie negoziale diretta ad eliminare, su basi transattive o conciliative, una controversia insorta tra le parti, mediante mandato conferito ad un terzo, così come avviene nell'arbitrato libero, dal quale si differenzia per il diverso oggetto del contrasto, che attiene ad una questione tecnica, e non giuridica (come nell'arbitrato libero), ma non per gli effetti, dato che in entrambi il contrasto è superato mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi dipendente dal responso del terzo, che le parti si impegnano preventivamente a rispettare*”, Cass. 30 marzo 1995, n. 3791, in *Rep. giust. civ.*, 1995, <<Compromesso e arbitrato>>, n. 103; Per arresti conformi, cfr. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1156, nota 41. La perizia rientra nell'ambito dell'arbitrato irrituale anche per CURTI, *L'arbitrato*, Milano, 2006; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 23; cfr. anche il pensiero di MARINELLI, *La natura*, cit., 138, il quale, sia pure nell'ambito di una concezione dell'arbitrato irrituale legata alla fattispecie dell'art. 1349 c.c., rileva che è possibile “configurare la perizia contrattuale come un arbitrato libero su questioni. Ciò, in quanto – come si è più volte osservato – l'autonomia privata e così l'«accertamento negoziale» operano su di un piano distinto rispetto all'accertamento giurisdizionale e per essi non valgono certo, quanto al loro possibile oggetto, i limiti che incontrano il processo ed il suo equivalente-arbitrato rituale (...)”.

6. Distinzione della perizia da altri istituti: brevi cenni

All'esito di questo impegnativo capitolo, dopo aver proposto la nostra idea per una collocazione sistematica dell'istituto oggetto della presente indagine, si ritiene opportuno spendere due parole sul rapporto tra la perizia contrattuale e alcuni istituti ai quali o è stata storicamente avvicinata, ovvero può rischiare di essere, più o meno direttamente, confusa. Ci si riferisce, in particolare, alla confessione e al c.d. biancosegno.

Invero, il rapporto con la confessione presenta maggior interesse. Per un verso, infatti, la spiegazione della perizia arbitrale secondo lo schema dei contratti probatori, ed in particolare del contratto confessorio, già era stata proposta in seno alla dottrina tedesca della *Schiedsgutachten*³⁰⁰; per altro verso, inoltre, autorevole dottrina, che poi ha offerto forse lo studio monografico più completo in materia di perizia arbitrale³⁰¹, aveva dapprima manifestato l'idea dell'assimilazione della perizia ad un arbitraggio applicato ad una confessione stragiudiziale.

Invero, perizia contrattuale (o arbitrale) e confessione sono due istituti completamente distinti.

L'equivoco evidentemente nasce nel momento in cui si pone mente alla circostanza che, come la perizia, la confessione produce un vincolo per il giudice rispetto alla fissazione di un certo fatto. In effetti, in seno all'orientamento che nega l'ammissibilità del negozio di accertamento di meri fatti³⁰² si è detto, tra l'altro, che i fatti non possono essere oggetto di attività negoziale ma solo probatoria³⁰³.

È, peraltro, la stessa dottrina più sopra richiamata che in un secondo momento è giunta ad escludere l'attrazione della perizia all'area dei contratti probatori. In tale ottica, infatti, occorre considerare che nel nostro ordinamento vi sono dei limiti negoziali nel processo; inoltre lo schema del contratto confessorio non spiegherebbe la possibilità di far accertare dal

³⁰⁰ V. *supra* cap. II par. 1

³⁰¹ BOVE, *La perizia*, cit.

³⁰² V., ad esempio, *supra*, par. 4.2.2 e nota 257

³⁰³ Sicché l'accertamento della sussistenza/insussistenza di un fatto darebbe luogo ad una confessione stragiudiziale. Cfr. in questo senso NICOLO', *Il riconoscimento*, cit., 403; peraltro secondo GIORGIANNI, *Accertamento*, cit., 235 ss., la confessione stragiudiziale costituisce una tipica dichiarazione negoziale, avente la funzione di rimuovere l'incertezza della situazione giuridica preesistente.

perito questioni giuridiche; senza contare che un siffatto accordo di tipo probatorio sarebbe utile nella prospettiva di un processo, mentre con lo strumento peritale si prescinde da (o addirittura si vuole evitare) un processo³⁰⁴.

Con riferimento, poi, al rapporto con la confessione stragiudiziale, se il contenuto dell'accertamento venisse ricostruito come una dichiarazione di scienza allora, con tutta evidenza, il negozio di accertamento, nella sua forma unilaterale, si accosterebbe all'istituto confessorio disciplinato agli artt. 2730 ss. c.c.

Invero, la confessione può consistere in una dichiarazione di volontà accertativa o in una dichiarazione di scienza. Sennonché, si è visto³⁰⁵ che pure la dichiarazione insita nell'accertamento esprime una volontà negoziale accertativa, onde nel primo caso la confessione altro non è che un accertamento; nel secondo caso, invece, ove emerge, per così dire, la confessione in senso stretto, la differenza dall'accertamento si presenta in maniera significativa, proprio perché entra in gioco una dichiarazione di scienza e non già di volontà (accertativa)³⁰⁶.

Si è anche segnalato che, nell'ambito del fenomeno peritale, le parti possono attribuire agli esperti non solo il potere di accertare l'esistenza del fatto che integra l'elemento della fattispecie, ma anche la qualificazione giuridica dello stesso³⁰⁷; mentre la dichiarazione confessoria si esprime sul fatto con riferimento alla mera dimensione storica di esso.

Per quanto concerne la figura del c.d. biancosegno, in breve, è possibile affermare che in tal caso si è di fronte ad una fattispecie in cui le parti consegnano al terzo un foglio firmato in bianco, sottoscrivendo un apposito "patto di riempimento" con il quale viene regolato l'incarico conferito, consistente nella rimessione al terzo della determinazione dell'oggetto del contratto, oppure della controversia da risolvere, con la

³⁰⁴ Cfr. BOVE, *La perizia*, cit., 162 ss.

³⁰⁵ *Supra*, par. 4.

³⁰⁶ Spunti in questo senso, se male non s'intende, in FORNACIARI, *Lineamenti*, cit., 55 ss. e 307.

³⁰⁷ LUIISO, *L'oggetto*, cit., 671 e nota 3. Rimane impregiudicata, par d'intendere, la controversia nel suo complesso, dunque l'attuale esistenza/inesistenza del diritto/rapporto controverso.

formulazione dei relativi quesiti³⁰⁸.

Parte della dottrina sostiene che il biancosegno sia una variante sia dell'arbitraggio, sia dell'arbitrato irrituale. Esso, in particolare, si caratterizzerebbe per la circostanza che la determinazione o il giudizio del terzo, per mezzo del riempimento del foglio già firmato, si pone come oggetto della dichiarazione di volontà delle parti, mentre nell'arbitraggio o nell'arbitrato irrituale, da questo punto di vista, interverrebbe la figura del contratto *per relationem*³⁰⁹.

In giurisprudenza si è affermato che il lodo per biancosegno configura un arbitrato irrituale, con la peculiarità che le parti conferiscono agli arbitri il potere di determinare il contenuto di un accordo per la composizione di una lite, sostituendosi ad esse nella fissazione del regolamento negoziale, da trascrivere su fogli preventivamente firmati in bianco, che pertanto assumono, anche formalmente, il valore di una loro diretta manifestazione di volontà³¹⁰.

Per come si è ricostruito l'arbitrato irrituale e il suo rapporto con l'arbitraggio nei paragrafi che precedono, l'impostazione da ultimo tracciata non appare condivisibile. Invero, il biancosegno presenta tutti i caratteri per essere inquadrato quale peculiare forma di arbitraggio³¹¹, onde nessuna ipotesi di confusione con la perizia contrattuale appare configurabile.

³⁰⁸ GABRIELLI, *Il contratto*, cit., 1162 e nota 59.

³⁰⁹ Cfr. ancora GABRIELLI, *Il contratto*, cit., 1162; v. anche GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1988, 112;

³¹⁰ Cass. 8 agosto 1990, n. 8010, in *Rep. Giust. civ.*, 1990, <<compromesso e arbitrato>>, n. 3.

³¹¹ Nello stesso senso CECHELLA, *L'arbitrato*, 20; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 66.

CAPITOLO V

LA DISCIPLINA DELLA PERIZIA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il patto per perizia contrattuale. - 3. Il rapporto parti-periti e profili relativi allo svolgimento della perizia. - 4. Perizia contrattuale, prescrizione del diritto e trascrizione. - 5. Perizia contrattuale e tutela cautelare. - 6. Effetti della perizia sulla giurisdizione: 6.1. *Il quadro "storico" delle idee sul punto*; 6.2. *Il quadro attuale in dottrina e giurisprudenza*; 6.3. *L'eccezione di patto per perizia contrattuale*. - 7. L'atto degli arbitri-periti.

1. *Introduzione*

Se estremamente complessa si è rivelata l'indagine finalizzata all'inquadramento concettuale e sistematico della perizia contrattuale, altrettanto insidiosa si presenta la ricostruzione della disciplina applicabile.

A tal fine è possibile comunque muoverci seguendo le coordinate sistematiche tracciate nel capitolo precedente, nonché gli spunti offerti tanto dal diritto vivente quanto dagli autorevoli contributi della dottrina. Mancando una regolamentazione espressa, il criterio preferibile appare quello di ordinare, secondo una successione logica, le varie questioni concrete rilevanti (così come affrontate in primo luogo dalla giurisprudenza).

Vi è un elemento per così dire generale che a nostro avviso deve necessariamente essere messo in evidenza subito. Ci si riferisce, in particolare, alla rilevanza che, nell'ottica della definizione anche del profilo normativo della perizia, riveste la peculiare dimensione oggettiva del fenomeno oggetto del presente lavoro. Se il modello di riferimento è l'arbitrato, non bisogna trascurare che esso è pur sempre finalizzato alla decisione di una controversia giuridica, sicché pure la sua disciplina è, per così dire, ispirata a tale funzione.

Si tratta, in sostanza, di valutare se, come e in quali casi sia possibile adattare la disciplina dell'arbitrato alla perizia contrattuale.

2. *Il patto per perizia contrattuale*

L'accordo, mediante il quale le parti stabiliscono che, in caso di contrasto o disaccordo circa una questione la cui soluzione richiede specifiche competenze tecniche, la determinazione per loro vincolante sia assunta da un perito (per così dire monocratico ovvero collegiale), il più

delle volte è inserito in una clausola contrattuale³¹². Onde risultano applicabili, per esempio con riferimento ai profili ermeneutici della clausola stessa, le norme dettate dal codice civile in materia di contratti.

Tali norme possono entrare in gioco proprio al fine dell'esatta individuazione di una clausola per perizia contrattuale. Infatti, occorre valutare se la pattuizione sia volta a conferire al terzo l'incarico di risolvere una controversia giuridica ovvero una o più questioni tecniche (comunque rilevanti nell'ambito di un rapporto giuridico preesistente). Non sempre a tal fine le indicazioni risultano chiare, sicché spesso si rivela necessario fare ricorso alla disciplina che il codice civile detta con riguardo alla interpretazione del contratto (artt. 1362-1371).

Che vi si giunga direttamente, mercé una chiara e precisa redazione della clausola, oppure indirettamente, cioè mediante l'ausilio delle regole di ermeneutica negoziale, il risultato deve essere nel senso che con tale clausola le parti hanno voluto devolvere al terzo la soluzione di un problema tecnico o comunque la fissazione di uno o più elementi, restando escluse tutte le altre questioni rilevanti nel rapporto giuridico. Così, un patto, per mezzo del quale si deferisce al terzo la soluzione dei problemi relativi all'interpretazione, validità ed esecuzione del contratto base, non dà origine ad una perizia ma ad un arbitrato *tout court*³¹³.

D'altro canto, allorché le parti pattuiscono che il terzo sia incaricato soltanto di decidere, mediante un accertamento per loro vincolante, una questione tecnica (ad esempio il *quantum* di un pregiudizio), la clausola così predisposta integra, o, per meglio dire, è alla base di una perizia contrattuale, onde le ulteriori e diverse questioni concernenti il diritto (si pensi agli altri profili relativi all'*an* o al modo di essere del diritto all'indennizzo) sono sottratte all'attività peritale o comunque rispetto ad

³¹² Peraltro, come si è visto nell'introduzione generale dagli esempi comunemente considerati come casi di perizia, nulla esclude che le parti incarichino un esperto di accertare in maniera vincolante uno o più elementi tecnicamente pregnanti al di fuori di uno specifico rapporto giuridico contrattuale.

³¹³ Cass. 10 maggio 2007, n. 10705, cit.; Cass. n. 13954 del 2005, cit.; occorre aggiungere che, in assenza di specificazione in favore dell'irritualità, la scelta delle parti dovrà ritenersi indirizzata all'arbitrato rituale, giacché l'art. 808 *ter* ha sovvertito il principio sostenuto dalla giurisprudenza fino alla riforma del 2006, ossia che, in caso di dubbio sul tenore della clausola, l'arbitrato deve ritenersi irrituale. Per questi profili cfr., per tutti, BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, 170-171.

esse il vincolo del responso non si produce³¹⁴. Esse, eventualmente, possono essere sottoposte al vaglio delle vie, per così dire, ordinarie (arbitrali o giudiziarie).

Non sempre è agevole ricavare, dal tenore di una clausola, l'incarico di espletare una perizia o un arbitrato, perché può succedere che il patto concepisca bensì una questione di elevata pregnanza tecnica, ma accanto a questa contempra anche l'accertamento di profili dai quali può dipendere la sussistenza del diritto nascente dal rapporto intercorrente tra le parti³¹⁵.

Può succedere che le parti conferiscano al terzo la soluzione di una controversia giuridica ma la contestazione cada solo su una delle questioni rilevanti per l'esistenza/modo di essere del diritto o del rapporto litigioso. In un siffatto caso siamo comunque di fronte ad un arbitrato per così dire classico, giacché ciò che rileva è l'ambito della decisione, non quello della cognizione³¹⁶.

Non si ha alcuna specifica indicazione di diritto positivo circa la forma della clausola peritale, né risulta che il tema sia stato affrontato in sede giurisprudenziale. Peraltro, rispetto all'arbitrato irrituale, l'art. 808 *ter* c.p.c. stabilisce che l'accordo compromissorio deve essere stipulato “con disposizione espressa per iscritto”. Per alcuni tale formulazione pone il requisito formale quale condizione di validità del patto compromissorio³¹⁷; per altri, invece, in sintonia con la giurisprudenza formatasi sul punto prima della riforma, si tratta di forma scritta *ad probationem*³¹⁸. La necessità della forma scritta *ad substantiam* è invece prescritta per la convenzione di arbitrato rituale ai sensi degli artt. 807, 808 e 808 *bis* c.p.c.

³¹⁴ Peraltro occorre poi coordinare questo profilo con il tema dell'impugnativa (si v., pertanto, *infra*, cap. VI)

³¹⁵ Cass. n. 10705 del 2007, cit.: “né appare ravvisabile nella clausola in discorso una perizia contrattuale, (...), atteso che il complesso delle attività demandate ai periti, con particolare riferimento al controllo dell'adempimento da parte dell'assicurato o del contraente degli obblighi previsti nelle condizioni generali di polizza e nelle clausole del contratto, che il collegio era quindi tenuto ad aver presenti nell'espletamento del mandato, induce ad argomentare che ad esso non fosse semplicemente richiesto un accertamento circa l'entità del danno denunciato, ma anche un giudizio sulla sussistenza delle condizioni per la liquidazione di esso”.

³¹⁶ In questo senso anche LUIISO, *L'oggetto*, cit., 672.

³¹⁷ BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 170; MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006, 36 ss.

³¹⁸ BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 80 e nota 37.

In effetti, pur senza disconoscere che nel nostro ordinamento vige il principio della libertà delle forme, non può non tenersi in conto che mediante la perizia contrattuale le parti sottraggono alla via giurisdizionale per così dire un pezzo della controversia, sicché sembrerebbe ragionevole applicare alla clausola peritale la regola formale così come prevista dall'art. 808 *ter* c.p.c.

Pare potersi ritenere che non valga, per il patto peritale, il principio di autonomia, desumibile dalla prima parte del comma 3 dell'art. 808 c.p.c., in tema di clausola compromissoria: la validità di quest'ultima deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce. Benché tale principio operi anche rispetto all'arbitrato irrituale³¹⁹, è evidente che, non contemplando la clausola peritale tutte le possibili controversie derivanti dal contratto (comprese quelle circa la validità e l'efficacia di quest'ultimo), se viene meno il contratto cade anche il patto peritale.

È da registrare, soprattutto in giurisprudenza, un contrasto intorno alla possibile natura vessatoria della clausola per perizia contrattuale.

Il c.d. codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) all'art. 33, comma 2, stabilisce che, nel contratto tra professionista e consumatore, si considerano vessatorie, fino a prova contraria (che può essere data dimostrando, ad esempio, la trattativa individuale sulla clausola ex art. 34, comma 4), le clausole che hanno per oggetto o per effetto, tra l'altro, di "sancire a carico del consumatore (...) deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria" (art. 33, comma 2, lett. t)³²⁰.

Per una cospicua parte della giurisprudenza di merito³²¹ la clausola per perizia contrattuale è vessatoria poiché deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, ma non intesa in senso tecnico, bensì come mera possibilità di chiedere la tutela dei diritti dinanzi al giudice statale. La disciplina a tutela del consumatore deve essere interpretata alla luce degli

³¹⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub *art. 806*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 51; DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 404 ss.

³²⁰ Per l'arbitrato irrituale è stata anche data rilevanza alla lett. b), laddove è vessatoria la clausola che ha per oggetto o per effetto di "escludere o limitare le azioni (...) del consumatore (...)". Cfr. sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *Art. 806*, cit., 53

³²¹ Che simile impostazione ha presentato anche con riguardo alla clausola per arbitrato irrituale. Cfr. ex multis Trib. Torino, 27 novembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, I, 694; ma nello stesso senso Trib. Roma, 5 ottobre 2000

scopi prefissati dalla normativa comunitaria di riferimento³²², la quale assicura al soggetto debole del mercato la possibilità di chiedere giustizia agli organi statuali, senza che possa vedersi imposto il ricorso a forme alternative come l'arbitrato (di cui la perizia contrattuale altro non è che una *species*). Il nuovo art. 819 *ter* c.p.c. sembra porre arbitri e giudici in rapporto di competenza in senso tecnico solo con riguardo alla modalità rituale, ma la normativa europea, invero, non contempla la competenza, ai fini della tutela del consumatore, in una tale accezione. Peraltro, la dichiarazione di nullità della clausola è evitabile laddove venga dimostrata la specifica trattativa tra le parti³²³.

Occorre valutare altresì l'eventuale soggezione della clausola per perizia contrattuale alla disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

Per quanto qui interessa, le due norme, ciascuna al proprio comma 2, nell'ambito, rispettivamente, delle condizioni generali di contratto e dei contratti conclusi mediante moduli e formulari, prevedono che non hanno efficacia, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, tra l'altro, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Ora, dato che la Cassazione³²⁴ ha riconosciuto la natura di merito dell'*exceptio compromissi* rituale, ricostruendo l'arbitrato codicistico come fenomeno negoziale al pari dell'arbitrato libero, sarebbe logico desumerne che il comma 2 dell'art 1341 c.c., allorché si esprime in termini di “deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria”, non si riferisca all'arbitrato rituale come ritenuto precedentemente. Sennonché, di recente, ha

³²² In particolare la direttiva CE 93/13 in materia di clausole abusive.

³²³ Cfr. in questi termini, tra le altre, Trib Mantova 24 settembre 2010, in www.ilcaso.it. In dottrina, per la vessatorietà della clausola per perizia contrattuale, cfr. GALATI, *Contratti di assicurazione, perizia contrattuale e clausole abusive*, in *I contratti*, 5/2007; qualche spunto in proposito sembra offrirlo anche GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 02, 461.

³²⁴ Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, cit. (v. *supra*, cap. IV, par. 4). Ma si veda il nuovo art. 819 *ter* c.p.c., come riformato dal D.lgs n. 40 del 2006, laddove dispone che “la sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione di arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta”. Sul punto cfr., *ex multis*, RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 364 ss.

cominciato a prendere quota una lettura dei rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria, sulla base dell'impianto normativo predisposto dalla riforma del 2006, che pare avvicinarsi a quella assestata prima della svolta "privatistica" delle Sezioni Unite del 2000³²⁵. Invero, come si è visto³²⁶, nel corso del 2013, sia la Corte costituzionale³²⁷, sia la Cassazione³²⁸, hanno avuto modo di (ri)affermare la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, considerando tale strumento idoneo al raggiungimento di un "*risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale*"³²⁹.

Sicuramente la specifica sottoscrizione, in caso di controversia devoluta ad arbitri, deve investire le "condizioni che sanciscono (...) clausole compromissorie", ciò valendo sia per l'arbitrato rituale sia per l'arbitrato irrituale³³⁰. Inoltre allo stesso regime è sottoposta anche la clausola per perizia contrattuale, essendo questa istituto assimilabile, ancorché diverso nei contenuti, all'arbitrato libero³³¹.

Senza contare che, mediante la predisposizione di una procedura alternativa alla giurisdizione, la parte affronta costi e oneri, pertanto deve essere posta in grado di conoscere e di approvare specificamente la clausola³³².

³²⁵ Sull'orientamento precedente la pronuncia delle Sezioni Unite cfr., per tutti, RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, cit., 368.

³²⁶ Cfr. supra cap. IV, par. 4

³²⁷ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit.

³²⁸ Cass. civ., sez. un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.

³²⁹ Per quanto concerne l'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale, ci riserviamo di effettuare apposita analisi in proposito più avanti, allorché ci occuperemo del "rapporto" tra perizia e processo.

³³⁰ Cfr. SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 2; BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 171; BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 80 ss. Gli ultimi due Autori citati, inoltre, sembrano affermare, con riguardo ai rapporti tra professionisti e consumatori, la natura vessatoria della clausola compromissoria per arbitrato irrituale. Invero, in particolare, BOVE, *op. cit.*, 82, sostiene che - pur potendosi dubitare che ogni clausola compromissoria (rituale o irrituale) sia soggetta alla disciplina degli artt. 33-36 del codice del consumo -, laddove si opti per la vessatorietà, non si possa affatto distinguere tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale. Anzi, proprio a voler distinguere tra le modalità, "si dovrebbe semmai ravvisare nella scelta dell'arbitrato libero quella più <<pericolosa>> e quindi più bisognosa di cautele normative (...)".

³³¹ Trib. Nola 2 febbraio 2010, in *www.iussit.eu*

³³² Trib. Nola 2 febbraio 2010, cit.

Tuttavia, per il Giudice della legittimità, in linea di massima, la clausola per perizia contrattuale non è vessatoria, in quanto non determina uno squilibrio tra le parti; né ha carattere compromissorio o comunque derogatorio della competenza giurisdizionale, sicché non soggiace alla disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.³³³

3. Rapporto parti-periti e profili relativi allo svolgimento della perizia

La relazione giuridica che lega le parti ai periti può essere analizzata unitamente alle regole di svolgimento dell'attività peritale, posto che pure queste ultime contribuiscono a dare il senso del contenuto di tale rapporto obbligatorio.

Ci si accinge inoltre ad occuparci di un ambito in cui, probabilmente, più intense sono state, storicamente, le interferenze normative tra arbitrato rituale ed irrituale³³⁴.

In prima battuta non può non rilevarsi che, in linea generale, per tutto ciò che attiene al “percorso” che va dall'attivazione del meccanismo peritale all'emissione del responso da parte dei periti, comprese le vicende da collocare all'interno di tale segmento temporale, la prima sede d'individuazione di eventuali regole è la clausola. È qui che, in primo luogo, occorre rilevare possibili indicazioni, ad esempio, circa la nomina (e l'eventuale sostituzione) dei periti e le regole ai quali essi devono attenersi nell'espletamento dell'incarico loro conferito³³⁵.

³³³ Cass. 22 maggio 2007, n. 11876, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 11, 2438 ss.; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2277, in *Mass. giust. civ.* 2006, 2; Cass. 17 dicembre 2010, n. 25643, in *Riv. arb.*, 2010, 4, 687, con nota di BOVE; Cass. 28 agosto 1995, n. 9032, in *Riv. arb.*, 1996, 303, con nota di BOVE. Per Cass. 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro italiano*, 1992, I, 3298 ss., non è soggetta alla disciplina ex artt. 1341 e 1342 la clausola compromissoria per arbitrato irrituale.

³³⁴ Soprattutto a partire dal momento in cui la Suprema Corte ha ufficialmente avvicinato le due forme di arbitrato, affermando la natura negoziale anche del lodo rituale (cfr. Cass. sez. un. n. 527 del 2000, cit.); in realtà alcune aperture verso l'estensione normativa dell'arbitrato rituale all'arbitrato libero sono da registrare anche in epoca più risalente.

³³⁵ Così, ad esempio, i paciscenti possono stabilire che il terzo sia designato dal presidente del tribunale, salvo il rispetto da parte di quest'ultimo dei requisiti previsti nel patto per la scelta del perito, pena l'invalidità della perizia. Cfr. in questo senso Cass. 14 marzo 2013, n. 6554, in *Mass. giust. civ.*, 2013. L'art. 808 *ter* stabilisce, tra l'altro, che il lodo libero è annullabile se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale, e se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo. Per quanto riguarda lo svolgimento del procedimento, similmente a quanto previsto dall'art. 816 *bis* c.p.c., è possibile immaginare che le parti indichino le relative regole anche in un atto separato.

Ad ogni modo, tra le parti e i periti, una volta che questi ultimi abbiano accettato l'incarico loro conferito, s'instaura un rapporto contrattuale, che dai più è ricondotto alla figura del mandato³³⁶. In questo senso si è espressa in emblematici termini la Suprema Corte: “*tanto l'arbitrato irrituale (o libero), quanto la perizia contrattuale sono caratterizzati dal conferimento agli arbitri o ai periti di un mandato per una definizione negoziale, che nel primo caso attiene all'intera controversia, mentre nel secondo caso attiene solo ad un apprezzamento tecnico (...)*”³³⁷.

Ora, se per l'arbitrato rituale non vi è uniformità di vedute intorno alla tipologia negoziale di riferimento per descrivere il rapporto tra le parti e gli arbitri³³⁸, per l'arbitrato libero al contrario pare che l'impostazione dominante propenda per l'assimilabilità al mandato³³⁹ (congiunto, e collettivo se conferito ad un collegio di arbitri). Anzi, secondo autorevole dottrina civilistica, solo l'arbitro irrituale è mandatario dei compromittenti³⁴⁰. Dunque la tesi giurisprudenziale, che contempla pure la perizia contrattuale, corrobora siffatta ricostruzione.

Va osservato che la riforma del 2006, introducendo un'apposita norma per l'arbitrato irrituale, ha – se così si può dire – messo un po' in crisi le speculazioni sviluppate sotto il sistema normativo precedente, nel quale anche la giurisprudenza si era sforzata di enucleare, tra le norme previste

³³⁶ Per una trattazione più approfondita circa il rapporto parti-arbitri si rimanda a CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., *passim*.

³³⁷ Cass. 24 maggio 2004, n. 9996, cit.

³³⁸ Il panorama è oltremodo vasto ed eterogeneo, tuttavia è possibile affermare che, fondamentalmente, si oscilla tra l'idea del mandato, che pare maggioritaria, e quella della prestazione di opera intellettuale. Non sono mancate poi voci nel senso della tipicità del contratto di arbitrato rituale. Cfr. sul tema i fondamentali contributi di, tra gli altri, MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, Milano, 1905, III; BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit.; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1932; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004; MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. arb.*, 1990; MARULLO di CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008.

³³⁹ In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 18 gennaio 2011, n. 1081; In dottrina, per tutti, BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit. 160 ss.; BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 65 ss; inoltre, secondo BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 722-723, l'arbitrato irrituale è spiegabile strutturalmente ricorrendo alla figura, oltre che dell'arbitraggio, del mandato con rappresentanza.

³⁴⁰ GAZZONI, *Manuale*, cit., 1279.

dal codice per l'arbitrato rituale, quelle applicabili anche all'arbitrato libero³⁴¹.

Come si è spiegato, a seguito della riforma, il dibattito sulla natura dell'arbitrato, quindi sulla differenza tra le due modalità arbitrali, non solo non si è spento, ma probabilmente si è posto in termini più accesi rispetto al passato. Così in tale quadro si è sostenuto, da un canto, l'inapplicabilità all'arbitrato libero delle norme previste per l'arbitrato rituale³⁴²; d'altro canto, l'estensione all'arbitrato irrituale di quasi tutte le regole predisposte per l'arbitrato rituale, salvo quelle che fondano la differenza tra i due istituti³⁴³. In una logica forse più equilibrata, ma pur sempre allineata alla prima impostazione, si è bensì esclusa l'applicabilità delle norme del titolo VIII del libro IV c.p.c. all'arbitrato libero, ma si è pure rilevato che talune delle norme dettate per l'arbitrato rituale possono avere una funzione di riferimento e di attrazione per il regime dell'arbitrato ex art. 808 *ter* c.p.c.³⁴⁴.

Ad avviso di chi scrive, se le due modalità arbitrali condividono, onde espletare la medesima funzione decisoria, la stessa struttura processuale, non appare giuridicamente assurdo immaginare l'applicabilità all'arbitrato libero, nei limiti della compatibilità e salva una diversa volontà delle parti, (di alcune) delle norme dettate per l'arbitrato rituale. Da questo punto di vista, l'arbitrato rituale è una sorta di modello processuale di riferimento per

³⁴¹ Anche prima del noto arresto del 2000 (Cass. sez. un., n. 527/2000, cit.).

³⁴² BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 82 ss.

³⁴³ SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss.; *Id*, *Sub art. 808 ter*, cit., 118 ss., il quale propone un elenco preciso di norme mutuata dal codice di rito ripartite tra quelle sicuramente inapplicabili all'arbitrato irrituale (artt. 824 *bis*, 825, 827, 828, 829, 830, 831, 839 e 840; ritiene inapplicabili altresì gli artt. 819, comma 2 e 819 *bis*); quelle sicuramente applicabili, che ricomprendono il grosso degli articoli (in sostanza dall'art. 806 all'art. 816 *ter*; 816 *septies*, 817, 817 *bis*, 818, 820-824, 826, 832); quelle di dubbia applicabilità, soprattutto in ragione delle perplessità indotte dalla novità della riforma (art. 816 *quater*, comma 3; 816 *quinquies*, commi 2 e 3; 819 *ter*, comma 1, secondo periodo. Il resto è ritenuto applicabile).

³⁴⁴ Cfr. BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 169 ss., il quale specifica che occorre distinguere tra le norme che suppongono un aiuto giudiziario all'arbitrato ovvero che semplicemente regolano i rapporti fra arbitro e processo civile statale, da un lato, e le regole del procedimento, dall'altro. Per queste ultime, infatti, a differenze delle prime, si potrebbe immaginare un effetto di attrazione sull'arbitrato irrituale. In sostanza, la disciplina processuale dell'arbitrato rituale non troverebbe automatica applicazione, ma potrebbe essere considerata "modello di riferimento in ordine alle valutazioni relative al rispetto del contraddittorio" e "alle scelte delle parti in ordine ai vincoli fissati agli arbitri".

l'arbitrato libero.

Inoltre, non può impedirsi alle parti di optare, per lo svolgimento dell'arbitrato irrituale, per le norme per così dire procedurali previste dal codice per l'arbitrato rituale.

In quest'ordine d'idee, non appare condivisibile la recente tendenza giurisprudenziale secondo la quale la scelta per l'arbitrato libero comporta l'inapplicabilità delle norme previste per l'arbitrato rituale³⁴⁵

Si è ampiamente dato conto di come il legislatore, con la disciplina di cui agli artt. 806 ss. c.p.c., abbia in realtà voluto disegnare una forma di giustizia privata declinandola in un processo arbitrale sostitutivo di un grado di giudizio statale. In siffatto contesto, talune norme tracciate in tale titolo VIII risultano strumentali all'espletamento di tale funzione sostitutiva; altre, invece, ben possono adattarsi anche all'arbitrato libero, che è pur sempre un mezzo processuale di soluzione di una controversia ancorché mediante un atto di autonomia privata.

Tali considerazioni possono essere confermate, in linea tendenziale, con riguardo alla perizia contrattuale, ovviamente nei limiti della compatibilità oggettivo-strutturale. Del resto, come si è detto, benché la via di una perizia arbitrale secondo il modello rituale *tout court* non garantisca, complessivamente, una tutela piena, essa può nondimeno essere intrapresa; ad ogni modo, a nostro avviso, non può essere sottratta alle parti, che non abbiano optato per la modalità rituale, la possibilità di usufruire delle norme dedicate dal c.p.c. all'arbitrato, che ovviamente siano compatibili col mezzo peritale.

Ad esempio un terreno sul quale, prima della riforma, si è espressa l'opera giurisprudenziale di avvicinamento, quanto a disciplina applicabile, tra le due forme di arbitrato è proprio quello della nomina degli arbitri. A dire il vero, la Cassazione ha ritenuto applicabile all'arbitrato libero l'art. 810, comma 2 c.p.c., il quale, in caso di inerzia delle parti, consente, a quella di esse interessata, di presentare istanza di nomina al presidente del

³⁴⁵ Cfr. Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158, in *Mass. giust. civ.* 2013; Cass. 13 maggio 2014, n. 10300, in *Mass. giust. civ.* 2014.

tribunale³⁴⁶. Sempre la Suprema Corte, dopo aver premesso che “*il problema dell'applicabilità o meno degli articoli disciplinanti l'arbitrato rituale si pone negli stessi termini sia per l'arbitrato libero che per la perizia contrattuale*” ha poi lasciato intendere di non ritenere incompatibile il comma 2 dell'art. 810 con la perizia³⁴⁷.

Tale opera di avvicinamento normativo tra le due modalità arbitrali non ha però riguardato un'altra importante norma, ossia l'art. 815 c.p.c. in materia di riconsiliazione degli arbitri. L'idea della natura negoziale ha infatti portato la Cassazione ad escludere la sussistenza di connotati pubblicistici in seno all'arbitrato libero, donde l'assenza di un principio di ordine pubblico d'imparzialità dell'arbitro³⁴⁸.

Invero, anche *in parte qua* si è provato, coraggiosamente, ad equiparare le due forme di arbitrato, posto che l'attività e la posizione dell'arbitro irrituale sarebbero identiche a quelle dell'arbitro rituale, onde anche gli arbitri liberi sarebbero soggetti a riconsiliazione secondo la disciplina prevista dal codice di rito, prevalente, in quanto speciale, rispetto a quella dettata circa la revoca del mandato dagli artt. 1723 ss. c.c.³⁴⁹.

³⁴⁶ Cfr. Cass. sez. un. 3 luglio 1989, n. 3189, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1084; Cass. 21 luglio 2010, n. 17114, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 9, 1142; Cass. 11 aprile 2011, n. 8215, in *Giust. civ.*, 2011, 9, I, 2007. Analoga apertura tuttavia non si è avuta in tema di sostituzione degli arbitri ex art. 811 c.p.c., che pure condivide la *eadem ratio* della norma precedente (cfr. in questo senso il rilievo critico di CECCELLELLA, *Sub art. 809-813*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 124; *amplius*, per un ricostruzione critica della giurisprudenza sulle norme previste per l'arbitrato rituale e ritenute applicabili ovvero non applicabili all'arbitrato libero, cfr. CECCELLELLA, *L'arbitrato*, cit., 98 e, soprattutto, 136 ss.). *Contra* l'applicabilità all'arbitrato libero degli artt. 810-811 BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 180 ss.

³⁴⁷ Cass. 13 aprile 1999, n. 3609, la quale, in realtà, afferma in via diretta che in punto di nomina dei periti, laddove le parti abbiano negoziabilmente previsto le modalità della nomina, non si applica l'art. 810, comma 1, giacché la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario dell'atto contenente la nomina degli arbitri è prevista solo per l'arbitrato rituale. Tale disposizione, dunque, non può fungere da norma inderogabile quanto alle previsioni negoziali in punto di nomina dei periti. Questo essendo il profilo direttamente rilevante nel caso di specie, non può trascurarsi tuttavia che all'esordio del suo ragionamento la Corte Suprema ricorda - dopo aver equiparato, in punto di disciplina applicabile, perizia e arbitrato libero - che l'applicazione del comma 2 dell'art. 810 all'arbitrato irrituale è un dato acquisito nella maggioritaria giurisprudenza.

³⁴⁸ Cfr. Cass. 25 giugno 2005, n. 13701, in *Mass. giust. civ.* 2005, 6. Restando fuori gioco l'art. 815, nell'arbitrato irrituale l'assenza di terzietà dell'arbitro dev'essere necessariamente dedotta secondo il meccanismo della revoca del mandato prevista dall'art. 1726 c.c. (cfr. in questo senso Cass. 29 maggio 2000, n. 7045; v. anche BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 182-183).

³⁴⁹ Trib. Lucca 4 novembre 2008, n. 1235, in *Riv. arb.* 2011, 3, 481, con nota adesiva di

Ad ogni modo l'equidistanza dell'arbitro o del collegio deve essere garantita anche nell'ambito del fenomeno peritale; così come dev'essere garantita la parità delle parti nella nomina o nella formazione del collegio³⁵⁰.

Secondo alcuni non è affatto cogente nella forma irrituale la previsione, di cui all'art. 809 c.p.c., secondo la quale gli arbitri devono essere in numero dispari³⁵¹. D'altro canto, una tale composizione del collegio potrebbe non assicurare che si addivenga alla soluzione della controversia³⁵².

Ulteriore requisito imprescindibile per il regolare svolgimento dell'arbitrato libero è il rispetto del principio del contraddittorio³⁵³. Analogo rilievo sembra potersi avanzare anche con riferimento alla perizia contrattuale, essendo questa finalizzata a comporre un contrasto, ancorché soltanto tecnico, ma pur sempre rilevante nell'ambito dello svolgimento di un rapporto giuridico³⁵⁴.

Attesa la natura dell'attività richiesta ai periti, ai quali l'incarico è conferito proprio in ragione delle loro competenze, non dovrebbero porsi particolari questioni in ordine all'eventuale applicabilità di regole istruttorie. La perizia contrattuale per definizione è utilizzata per giungere, mediante l'opera di terzi esperti, all'accertamento di elemento di fatto o alla soluzione di una questione tecnica su cui le parti si trovano in contrapposizione. Insomma, ai periti basta attenersi alle regole proprie del settore tecnico-scientifico la cui conoscenza è necessaria per l'accertamento richiesto,

ORTOLANI, *Ricusaione dell'arbitro irrituale tra garanzie processuali e buona fede contrattuale*; in *Giust. civ.* 2009, 10, I, 2269, con nota critica di TERRUSI, *La terzietà dell'arbitro irrituale tra ricusazione e revoca del mandato*.

³⁵⁰ Spunti in questo senso anche in LUISO, *L'oggetto*, cit., 672 e nota 9, e 676; BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., 185, il quale riconduce il fenomeno peritale all'arbitrato rituale e, pertanto, propugna l'applicazione diretta dell'art. 815 c.p.c.

³⁵¹ BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 83

³⁵² CECHELLA, *Sub artt. 809-813*, cit., 129; BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 181.

³⁵³ V. per tutti FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, cit. 583 ss.

³⁵⁴ Spunti analoghi in LUISO, *L'oggetto*, cit., 676; BOVE, *La perizia*, cit., 186. Oggi la violazione del principio del contraddittorio costituisce motivo d'impugnazione del lodo libero ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c.

eventualmente usufruendo dello strumentario a tal fine utile³⁵⁵. In fondo, il perito può essere considerato, dal punto di vista delle competenze possedute e dell'intervento richiesto, alla stregua di un consulente tecnico, con la differenza che l'opera di quest'ultimo, nel processo, non vincola il giudice.

Altre regole relative allo svolgimento dell'incarico dei periti, che pure descrivono il contenuto del rapporto obbligatorio con le parti, possono essere ricavate in via residuale – ché, si ripete, la fonte principale rimane la clausola o il patto peritale – dalla disciplina dell'arbitrato rituale³⁵⁶ nonché da quella del mandato³⁵⁷, nei limiti della compatibilità.

Ovviamente ai periti è dovuto un compenso per l'opera prestata. A tutela di tale diritto, sulla base dell'orientamento prevalente, non soccorre l'art. 814 c.p.c., ma resta il presidio di una azione ordinaria³⁵⁸.

³⁵⁵ Ad ogni modo anche nell'arbitrato libero è configurabile una fase di raccolta di prove (cfr. BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 183; per chi ritiene applicabile all'arbitrato irrituale (quasi) tutto il congegno normativo previsto per l'arbitrato rituale, per la fase istruttoria vale quanto disposto dall'art. 816 ter (v. nota 332))

³⁵⁶ Così, ad esempio, in assenza d'indicazioni sul procedimento ad opera delle parti sembra ipotizzabile l'applicazione di quanto disposto dall'art. 816 bis c.p.c., il quale consente agli arbitri di disciplinare lo svolgimento del giudizio. Per ciò che attiene all'art. 820 c.p.c., si è autorevolmente affermato che il risalente dubbio relativo alla praticabilità delle soluzioni adottate per l'arbitrato rituale anche per il tipo irrituale – tutt'altro che risolto dalle indicazioni della delega del 2005 – può apparire certamente attenuato per ciò che concerne il termine per la decisione. Ciò in quanto non soltanto è una decisione anche la *determinazione contrattuale*, ma essa è pur sempre definita dall'art. 808 ter "lodo"; né ricorrono ragioni pregnanti per discriminare, *in parte qua*, a seconda che al lodo si applichi il regime della sentenza. Ché, anzi, la *reductio ad unum* potrebbe in questo caso appartenere allo spirito della delega, che puntava, con riferimento ai termini per la decisione, a una razionalizzazione (tali rilievi sono di AULETTA, *Sub art. 820*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 396 ss., note 25 e 27, il quale inoltre evidenzia come soccorrano, comunque, anche nella prospettiva di far valere il mancato rispetto del termine quale cagione di annullamento del lodo libero, le norme sul mandato, come l'art. 1722, n. 1, c.c.; favorevole all'applicabilità dell'art. 820 all'arbitrato libero anche SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss.). Anche in giurisprudenza, talora, si è ritenuto compatibile con l'arbitrato libero l'art. 820 (cfr., ad esempio, Cass. 5 dicembre 2001, n. 15410, in *Foro it.* 2002, I, 723).

³⁵⁷ Così, volendo esemplificare, per quanto riguarda l'accettazione dell'incarico da parte dei periti, la responsabilità, le vicende (e lo scioglimento) del rapporto. Per quanto riguarda il termine per la emissione del responso, v. la nota precedente.

³⁵⁸ Cfr. in giurisprudenza, da ultimo, Cass. 11 giugno 2014, n. 13211, in *Guida al dir.*, 2014, 44, 42; Cass. 28 aprile 2010, n. 10221, in *Mass. giust. civ.* 2010, 4, 630; Cass. 31 marzo 2006, n. 7623, in *Mass. giust. civ.* 2006, 3. In dottrina cfr. BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 181; CECHELLA, *Sub art. 814*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 161. In realtà l'orientamento della Cassazione sul punto è stato piuttosto oscillante. Nel senso dell'applicabilità dell'art. 814 anche all'arbitrato libero si veda, ad esempio, Cass. 8 agosto 2003, n. 11963, in *Mass. giust. civ.*, 2003, 7-8; qualche cenno anche in Cass. 11 aprile 2011, n. 8215, cit.

4. *Perizia contrattuale, prescrizione del diritto e trascrizione*

La legge 5 gennaio 1994, n. 25, recante “Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale”, con l'art. 25 è intervenuta in tema di prescrizione. In particolare, ha modificato l'art. 2943 c.c., ove all'attuale comma 4 è previsto che la prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore e *dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*; e l'art. 2945 c.c., aggiungendo pure qua un quarto comma, per il quale in caso di arbitrato la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione.

Ora, si è detto che il procedimento per arbitrato irrituale può cominciare con qualunque atto, pure informale, purché emergano con chiarezza la volontà di avviare l'arbitrato e l'oggetto della controversia e, ovviamente, sia rispettato il fondamentale principio del contraddittorio. E si è aggiunto che a siffatto atto conseguirebbe l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione ex art. 2943, comma 4, c.c., ma non anche l'effetto sospensivo di cui al comma 4 dell'art. 2945 c.c., immaginabile quest'ultimo solo previa instaurazione di un giudizio che si esaurisca con l'emanazione di un atto idoneo a conseguire efficacia di sentenza e di giudicato³⁵⁹.

Peraltro, autorevole dottrina, proprio con specifico riguardo alla domanda per perizia arbitrale, ha propugnato l'applicazione sia dell'art. 2943, sia dell'art. 2945 c.c., posto che “il diritto in questione è fatto valere, ancorché limitatamente ad alcuni elementi della fattispecie”³⁶⁰.

Invero, la giurisprudenza formatasi prima della riforma, nel clima culturale di avvicinamento tra i due tipi di arbitrato, ha lasciato intendere di ritenere applicabile al fenomeno peritale gli artt. 2943, comma 4 e 2945,

³⁵⁹ BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 184

³⁶⁰ Così LUISO, *L'oggetto*, cit., 676; ripreso poi da BOVE, *La perizia*, cit., 186. Non bisogna comunque trascurare che, soprattutto quest'ultimo Autore, ricollega il fenomeno peritale all'arbitrato rituale, considerandolo, per l'appunto, un arbitrato rituale ad oggetto ristretto (o irrituale).

comma 4. Il ragionamento della Cassazione non è giunto a tale conclusione in maniera diretta ed esplicita. Esso, a ben vedere, è partito dalla considerazione di due elementi sovente ricorrenti nella speculazione pretoria in materia di perizia contrattuale: il fenomeno peritale rientra nel quadro dell'arbitrato libero; l'assimilazione tra le due *species* di arbitrato è stata viepiù approfondita, soprattutto una volta affermata la comune natura privatistica dei due istituti. In tale quadro, dunque, quanto disposto circa la domanda di arbitrato e i relativi effetti sulla prescrizione si applicherebbe anche al tipo irrituale³⁶¹.

L'operatività dell'effetto interruttivo della prescrizione in sede di perizia contrattuale è stato ribadito a più riprese, e per quanto concerne l'effetto sospensivo è stato specificato che esso perdura sino all'esaurimento dell'attività peritale giacché – per esempio nell'ambito delle perizie assicurative sul *quantum* di un indennizzo – la prestazione non è esigibile sino all'esaurimento della procedura³⁶².

Ovviamente tra gli effetti del meccanismo peritale non è da annoverare la conversione della prescrizione da breve a ordinaria, come previsto dall'art. 2953 c.c., essendo necessaria a tal fine una sentenza di condanna, che evidentemente qui non è configurabile.

³⁶¹ Cass. 5 dicembre 2001, n. 15410, cit.

³⁶² Cass. 13 marzo 2012, 3961, in *Mass. giust. civ.* 2012, 3, 329; Cass. 29 luglio 2004, n. 14487, in *Mass. giust. civ.*, 2004, 7-8, secondo cui “*in tema di assicurazione contro i danni, salvo che l'assicuratore abbia contestato l'operatività della garanzia, la prescrizione del diritto dell'assicurato all'indennità decorre dalla data in cui il diritto stesso può essere esercitato e, cioè, dal momento del verificarsi del fatto ovvero, quando le parti abbiano previsto lo svolgimento di una perizia contrattuale per la quantificazione del danno, dal momento della conclusione di tale procedura. Infatti, poichè in caso di affidamento ai periti della quantificazione del danno la prestazione, non ancora determinata nel quantum, non è esigibile sino a quando non si compia il previsto iter delle operazioni peritali, all'esito delle quali soltanto si realizza il requisito dell'esigibilità della prestazione ormai determinata nella sua precisa entità*”; Cass. 14 maggio 2014, n. 10541, in *Resp. piv. e prev.* 2014, 5, 1696, ha aggiunto che la sospensione della prescrizione si mantiene pure in caso d'inattività del collegio, dato che, fintanto che esso è costituito, è pure in grado di operare, sicché per il creditore permane la necessità, onde esigere il proprio diritto, di attendere un qualunque esito della procedura (nel caso di specie, in particolare, si è trattato del venir meno del collegio in ragione della revoca dell'incarico conferito al proprio perito da parte dell'assicuratore). La Suprema Corte ha pure spiegato che il debito indennitario nell'assicurazione contro gli infortuni, quando è previsto un procedimento di liquidazione mediante una perizia contrattuale, si connota come debito di valore dal momento del sinistro al verificarsi della liquidazione e solo successivamente a tale momento si converte in obbligazione di valuta. Ciò si spiega in quanto il debito dell'assicuratore assolve una funzione reintegrativa della perdita subita dal patrimonio dell'assicurato e, pertanto, è suscettibile di automatico adeguamento in base alla sopravvenuta svalutazione della moneta (cfr., tra le più recenti, Cass. 7 novembre 2013, n. 25046, in *Resp. civ. e prev.* 2014, 1, 305).

L'intervento legislativo del 1994 ha riguardato anche la trascrizione della domanda di arbitrato, inserendo un ultimo comma di uguale tenore agli artt. 2652 c.c. (domande riguardanti atti soggetti a trascrizione), 2653 c.c. (altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti), 2690 c.c. (domande relative ad atti soggetti a trascrizione) e 2691 c.c. (altre domande e atti soggetti a trascrizione), il quale stabilisce che “alla domanda giudiziale è equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri”.

Ebbene, tali norme sicuramente non si applicano alla domanda di avvio della procedura peritale. Si è infatti giustamente rilevato che trascrivibile è, ad esempio, “la domanda arbitrale con cui si chiede la risoluzione del contratto per inadempimento, e non anche la domanda con la quale si chiede l'accertamento della corrispondenza della prestazione effettuata agli obblighi contrattualmente assunti”³⁶³

5. Perizia contrattuale e tutela cautelare

Sempre restando in tema di effetti prodotti dalla, definiamola così, domanda peritale, merita qualche riflessione anche la questione del rapporto con la tutela cautelare.

Il tema è preso in considerazione, ovviamente in seno al diritto dell'arbitrato, a diversi effetti. Così, l'art. 818 c.p.c. inibisce agli arbitri qualunque potere di concessione di misure cautelari, salva una diversa disposizione di legge; l'art. 669-*quinquies* c.p.c., in materia di competenza cautelare, dispone che se la controversia è oggetto di convenzione di arbitrato anche irrituale o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito.

Invero, ai nostri fini interessa, ancora una volta, quanto previsto, in ordine alla domanda di arbitrato, dalla L. n. 25/1994. L'articolo di apertura di tale legge ha introdotto un comma all'interno dell'art. 669-*octies* c.p.c. del seguente tenore: “nel caso in cui la controversia sia oggetto di

³⁶³ Così LUISO, *L'oggetto*, cit., 676; v. anche BOVE, *La perizia*, cit., 187.

compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri”.

La norma del procedimento cautelare uniforme testé richiamata si occupa, in particolare, dell'instaurazione del giudizio di merito a seguito dell'emissione di un provvedimento cautelare di accoglimento, in attuazione del c.d. principio di strumentalità³⁶⁴. Ebbene, essa non fa altro che stabilire cosa sia necessario fare perché il giudizio arbitrale sia tempestivamente instaurato, onde evitare che la misura cautelare, previamente concessa dal giudice statale, perda efficacia. Quest'ultima infatti, a parte i provvedimenti contemplati dal comma 6 dell'art. 669-*octies*, è per natura provvisoria e strumentale, sicché deve poi essere sostituita da una decisione di merito.

Se, ad esempio, è stato concesso un sequestro conservativo a tutela di un credito risarcitorio, va da sé che una domanda arbitrale limitata alla determinazione del *quantum* non è affatto idonea a integrare i presupposti richiesti dall'art. 669-*octies*, comma 5, c.p.c. La domanda limitata alla quantificazione del danno (ovvero, più in generale, una domanda su questione o su un elemento di fatto) lascia impregiudicato il problema della sussistenza del diritto; dunque, nell'esempio prospettato, agli effetti dell'art. 669-*octies*, comma 5, c.p.c., occorre una domanda arbitrale finalizzata alla condanna al pagamento del risarcimento³⁶⁵.

6. Effetti della perizia sulla giurisdizione

La perizia contrattuale deve necessariamente produrre due effetti: vincolare le parti in ordine all'accertamento tecnico; evitare che l'elemento di fatto (o la questione tecnica) oggetto di perizia venga accertato e deciso dal giudice statale.

Rimandando ad un successivo paragrafo la trattazione del primo

³⁶⁴ Peraltro, dopo la riforma del 2005/2006 (L. n. 80/2005 e L. n. 51/2006), si distingue tra una strumentalità “debole” e una strumentalità “forte”. Solo per questa seconda categoria opera la regola dell'instaurazione del giudizio di merito entro un termine perentorio, per far sì che la misura cautelare mantenga efficacia e sia poi, per così dire, assorbita dal provvedimento di merito.

³⁶⁵ Così LUISO, *L'oggetto*, cit., 675; in termini analoghi anche BOVE, *La perizia*, cit., 187.

aspetto, adesso vorremmo occuparci del secondo profilo, che in linea generale si potrebbe inquadrare nell'ambito degli effetti prodotti dal patto peritale o dalla perizia contrattuale in generale sulla giurisdizione dello Stato.

Su questo punto, ad avviso di chi scrive, occorre premettere che, in teoria, ben può non essere necessario porsi il problema di un eventuale effetto impediente della perizia nei confronti del giudizio dinanzi al giudice statale. Infatti, il fenomeno peritale può muovere dal presupposto che il contrasto abbia ad oggetto solo la questione tecnica dedotta nel patto, sicché, una volta accertata e risolta questa mediante l'attività del terzo esperto, il rapporto tra le parti può ben proseguire lungo i binari di una fisiologica relazione di diritto sostanziale.

Evidentemente il problema si pone quando il conflitto involge anche gli altri elementi della fattispecie costituente il rapporto (preesistente), così da generare una vera e propria controversia giuridica. Questa, laddove non sia previsto un arbitrato, deve essere risolta dall'autorità giudiziaria, la quale, per accordare la tutela richiesta, dovrà svolgere la cognizione sulla fattispecie costitutiva della situazione sostanziale. Nell'ambito di questa rilevano anche l'elemento o la questione tecnica dedotti nel patto per perizia contrattuale.

Ora, se già si è esaurita la procedura peritale, il giudice non può far altro che prendere atto dell'esistenza, sul punto, di un atto di accertamento vincolante³⁶⁶.

Diverso è il discorso allorché, nella fase processuale dinanzi al giudice, la perizia non è ancora stata attivata ovvero è in fase di svolgimento. In questo caso si tratta di capire se all'autorità giudiziaria sia sottratto o meno il potere di decidere in ordine al diritto oggetto di giudizio senza prima aver atteso il responso peritale; in altri termini, come si atteggia nel processo, da un punto di vista statico e dinamico, l'esistenza del patto peritale.

6.1. *Il quadro “storico” delle idee sul punto*

Si è – auspicabilmente – in maniera esaustiva dato conto delle ragioni

³⁶⁶ Sull'efficacia dell'accertamento v. *supra* cap. IV, par. 4.2.3

per le quali, a nostro sommo avviso, la perizia contrattuale non possa essere spiegata concettualmente come fenomeno integralmente sostanziale. Si è così cercato di dimostrare come essa non possa essere ricostruita quale fattispecie di formazione di rapporti negoziali.

D'altro canto, come si è visto³⁶⁷, tale impostazione è stata autorevolmente propugnata anche in un passato meno recente. Evidentemente in tale ottica, nell'ambito del processo dinanzi all'autorità giudiziaria, la perizia opera sul piano del merito della pretesa giuridica. In particolare, attivato il processo, mancando la perizia contrattuale, il giudice dovrebbe necessariamente rigettare nel merito la pretesa, posto che non sarebbe integrato un presupposto di essa. Applicandosi poi le regole sui limiti cronologici del giudicato, una volta integrato il presupposto sostanziale, la pretesa potrebbe essere riproposta in un nuovo processo³⁶⁸.

Secondo la chiave di lettura adottata nella presente indagine, invece, quello peritale è un fenomeno arbitrario, dunque, almeno in (larga) parte, processuale.

Ora, la riconduzione della perizia contrattuale all'area dei fenomeni processuali ha significato anche proporre l'accostamento ai contratti probatori. Da questo punto di vista, l'instaurazione del processo prima del compimento dell'attività peritale comporterebbe il rigetto (temporaneo) nel merito della pretesa per mancato adempimento dell'onere probatorio. Solo che il rigetto nel merito può essere superato se sopraggiunge, dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, un elemento sostanziale, non certo in ragione della sopravvenienza di un mezzo di prova³⁶⁹.

Ancora, secondo un altro filone "processualista" il patto peritale corrisponde al patto compromissorio, sicché l'eventuale domanda

³⁶⁷ Cfr. *supra* capp. II, III e IV

³⁶⁸ Non si ritiene che il presente scritto debba indugiare oltremodo sugli aspetti ora considerati nel testo, poiché un lavoro del genere rischierebbe di risultare un ripetitivo, e di gran lunga meno autorevole, esame delle costruzioni storicamente proposte sulla perizia contrattuale. Infatti, delle riflessioni, *in parte qua*, sviluppate in seno alla dottrina tedesca della Schiedsgutachten, ci dà ampio ed esaustivo conto BOVE, *La perizia*, cit., 39 ss. e poi con un richiamo generale a pag. 189.

³⁶⁹ V. la ricostruzione critica in BOVE, *La perizia*, cit. 189 ss. e, ancora, i richiami alle teorie passate in rassegna, alle pagg. 39 ss; in particolare, a pag. 190 l'Autore rileva che, affinché la tesi riportata nel testo risulti coerente, dovrebbe concludere nel senso che il giudice, in assenza di perizia, dovrebbe rigettare una volta per tutte; solo che una simile ricostruzione sarebbe assurda, poiché andrebbe ben oltre la volontà delle parti.

giudiziaria, per così dire, prematura, dovrebbe essere rigettata in rito³⁷⁰.

A quest'ultima tesi è stato obiettato che non tiene nel dovuto conto la differenza oggettiva tra il patto di arbitrato e il patto per perizia contrattuale. Il primo, infatti, involge l'intera controversia, onde si configura come impedimento processuale al processo statale, che, se attivato, deve necessariamente chiudersi *tout court* in rito; il secondo, invece, concerne solo una questione tecnica o comunque un pezzo della pretesa, dunque della controversia. Sicché è chiaro che col primo mezzo le parti vogliono sottrarre l'intera causa al giudice dello Stato, mentre col secondo gliene vogliono sottrarre solo una parte. In quest'ultimo caso la volontà delle parti non si esprime nel senso di porre un impedimento totale al giudizio dell'autorità giudiziaria³⁷¹.

6.2. *Il quadro attuale in dottrina e giurisprudenza*

Nel nostro sistema, a dire il vero, il profilo relativo al riflesso impediente del patto peritale rispetto al processo dinanzi al giudice statale è stato compiutamente affrontato da quella parte della dottrina (processualista) che, ad avviso di chi scrive, meglio di altri ha descritto e inquadrato sistematicamente il fenomeno della perizia contrattuale³⁷².

Il punto di partenza risiede nel rilievo per cui se il patto compromissorio ha un oggetto più ristretto di quello deducibile dinanzi al giudice statale la proposizione della domanda giudiziale sul diritto non è ostacolata dal patto compromissorio stesso. Del resto, il patto peritale ha ad oggetto solo una o alcune questioni relative alla fattispecie del diritto, sicché si può immaginare anche l'eventualità che per decidere di quest'ultimo, ad esempio per il rigetto, non sia affatto necessario per il giudice condurre la sua attività sugli elementi dedotti nell'accordo peritale, in ragione della sussistenza di un fatto estintivo, impeditivo ovvero modificativo del diritto in questione, in applicazione del criterio della ragione più liquida³⁷³.

³⁷⁰ Cfr. ancora, per relativi richiami, BOVE, *La perizia*, cit., 191 e nota 18.

³⁷¹ BOVE, *La perizia*, cit., 193.

³⁷² Ci si riferisce ai fondamentali lavori, più volte richiamati, di LUISO, *L'oggetto*, cit., 669 ss.; BOVE, *La perizia*, cit.; Id, *La perizia contrattuale*, cit.

³⁷³ Su cui v., per tutti, LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2011, 65 ss.; v. anche il

Pertanto, l'impedimento prodotto dall'accordo per perizia contrattuale non può atteggiarsi come quello derivante dal patto compromissorio *tout court*, che, integrando un presupposto processuale negativo, determina la chiusura in rito del processo dinanzi al giudice statale.

Si è così proposto, in un primo momento, di far valere l'accordo compromissorio su questione come fonte di un'eccezione processuale dilatoria, che inibisca al giudice di fondare la decisione di merito sull'elemento della fattispecie rimesso agli arbitri (o periti). Con la conseguenza che, se il giudice è in grado di decidere senza l'esame di tale elemento, la sentenza di merito può essere emessa; altrimenti, egli deve dichiarare di non poter decidere, finché permane il vincolo compromissorio³⁷⁴.

Secondo un'altra impostazione, invece, quando l'impedimento parziale prodotto dal patto peritale si verifica dinanzi al giudice quest'ultimo deve far ricorso allo strumento della sospensione ex art. 295 c.p.c. Com'è noto, tale norma afferma che il giudice dispone la sospensione del processo in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa.

Secondo la tesi tradizionale, la *ratio* di fondo della c.d. sospensione propria sta nella contemporanea pendenza di due processi aventi ad oggetto situazioni sostanziali connesse per pregiudizialità-dipendenza e nella necessità, previo arresto del processo sul diritto dipendente, di consentire l'esplicazione degli effetti riflessi della sentenza sul diritto pregiudiziale nell'ottica della decisione sul diritto dipendente e di garantire, così, il coordinamento tra le decisioni³⁷⁵.

Senonché, si è sostenuto, l'art. 295 c.p.c. può essere letto in maniera del tutto differente. Si potrebbe, cioè, ritenere, senza con ciò negare anche l'obiettivo dell'esplicazione dell'efficacia riflessa della sentenza nel processo

richiamo a tale criterio, applicato alla perizia, in BOVE, *La perizia*, cit., 193-194.

³⁷⁴ In questi termini LUISSO, *L'oggetto*, cit., 679.

³⁷⁵ Cfr. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed <<impropria>> del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153 ss.; MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 385 ss.; cfr. poi, anche per una ricostruzione delle tesi in materia, MENCHINI, *Sospensione del processo civile. a) Processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1 ss.

sul diritto dipendente, “che il giudice civile debba sospendere perché si trova di fronte ad un impedimento insuperabile, ma momentaneo, derivante dai limiti del suo potere di giudizio, impedimento al quale, però, l'ordinamento non vuole collegare un esito definitivamente negativo della domanda proposta. Insomma, si può pensare che la sospensione necessaria operi quando il giudice per arrivare a decidere la causa debba acquisire accertamenti relativi a questioni per questa rilevanti che egli, però, non può compiere in alcuna forma, perché essi sono demandati esclusivamente ad un altro organo o comunque ad un altro soggetto”³⁷⁶.

In tale ordine d'idee, la sospensione non avrebbe come presupposto la contestuale pendenza di due processi su oggetti connessi per pregiudizialità-dipendenza; essa deriverebbe da una crisi che il processo vive per un'altra ragione, e cioè per un limite che incontrerebbe il potere di giudizio del giudice³⁷⁷.

Insomma, secondo questa chiave di lettura, il patto peritale conduce alla sospensione del processo instaurato prima dell'esecuzione della perizia. Inoltre l'eccezione di patto peritale, analogamente a quanto sostenuto con riferimento al patto compromissorio, sarebbe soggetta al regime di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 1, e 11 L. 31 maggio 1995 n. 218 (in materia di diritto internazionale privato), applicati in via analogica all'arbitrato³⁷⁸.

Per quanto concerne la giurisprudenza, va osservato che la casistica di riferimento attiene, per lo più, ai rapporti assicurativi. In tale ambito, comunque, il quadro, *in parte qua*, non appare oltremodo chiaro.

Invero, l'idea di fondo è che la previsione della perizia per

³⁷⁶ Così BOVE, *La perizia*, cit., 198-199.

³⁷⁷ Cfr., ancora, BOVE, *La perizia*, cit. 199, il quale poi aggiunge (a pag. 200) che, in tal caso, gli artt. 295 e 34 c.p.c. giocano sullo stesso piano, nel senso che se il secondo, almeno per una sua parte, è rivolto a superare possibili impedimenti al potere di giudizio del giudice, il primo contempla un'estrema misura a cui deve ricorrere il giudice quando, dovendo necessariamente risolvere una questione per decidere la causa, non può né conoscerla incidentalmente né rimettere la causa a chi ha quel potere. In tale ottica la sospensione non si presenterebbe come un'alternativa al processo simultaneo, bensì quale alternativa al rigetto della domanda, posto che quel determinato accertamento si presenterebbe anche temporalmente come un *prius* rispetto alla domanda proposta.

³⁷⁸ Cfr. ancora BOVE, *La perizia*, cit.; sull'eccezione di compromesso, nell'ottica riportata nel testo, v. sempre BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998, 686-688, ove s'inquadra l'eccezione di patto compromissorio come eccezione di difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto.

l'accertamento tecnico – o meglio, per la determinazione del *quantum* risarcitorio - comporta una temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal contratto-base, sicché la domanda giudiziale risulta improponibile sino alla definizione dell'attività peritale. Più in particolare, secondo una prima ricostruzione, tale improponibilità coinvolgerebbe qualsivoglia azione derivante dal rapporto contrattuale, non assumendo pertanto alcun rilievo la qualificazione della domanda giudiziale eventualmente proposta³⁷⁹; per un orientamento affermatosi vieppiù nella Cassazione più recente, non è preclusa la possibilità di portare in sede giurisdizionale le controversie relative a questioni preliminari di merito incidenti sulla stessa sussistenza del diritto contrattuale (si è fatto riferimento alla validità e operatività della garanzia assicurativa, nonché alla prescrizione del diritto³⁸⁰).

Anche nella giurisprudenza di merito il panorama ermeneutico non pare univoco, tuttavia in questo ambito sembra prevalere l'idea secondo la quale non sarebbe affatto inibita, pur in presenza di un patto peritale, la proponibilità di controversie estranee al patto stesso, ossia su questioni (quali quella sull'*an* del diritto) che si pongono come preliminari rispetto alla questione di fatto oggetto di perizia (ad esempio, il *quantum*)³⁸¹.

Dal punto di vista, per così dire, dinamico dell'effetto impediente, sempre con particolare riguardo ai contratti di assicurazione, secondo la Suprema Corte la presenza della clausola deve essere fatta valere mediante un'eccezione di merito in senso stretto, essendo anche per tale profilo la perizia contrattuale equiparata all'arbitrato irrituale³⁸².

³⁷⁹ Per tutte, Cass. 22 maggio 2007, n. 11876, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 11, 2438.

³⁸⁰ Cass. 18 gennaio 2011, n. 1081, cit.; Cass. 13 marzo 2012, 3961, cit.; si v. anche Cass. 4 settembre 2003, n. 12880, in *Dir. e giust.*, 2003, 38, 100, secondo cui: "In tema di assicurazione contro i danni, la clausola di polizza che devolva a terzi, con effetto vincolante per le parti, l'accertamento del danno astrattamente risarcibile, ma non anche la definizione di eventuali contestazioni fra le parti stesse circa le conseguenze, sul diritto all'indennizzo, di eventuali dichiarazioni inesatte o reticenti, secondo la disciplina degli art. 1892 e 1893 c.c., configura una cosiddetta perizia contrattuale, la quale non interferisce sulla proponibilità davanti all'autorità giudiziaria delle controversie relative all'applicabilità delle citate norme sulla base dei dati forniti dai periti (...)".

³⁸¹ Trib. Bari 18 novembre 2008, in *giurisprudenzabarese.it* 2008; Trib. Milano 11 gennaio 2011, n. 256; Trib. Lucca 12 febbraio 2001.

³⁸² Cass. 13 marzo 2012, 3961, cit.

6.3. L'eccezione di patto per perizia contrattuale

Il problema dell'efficacia impediante del patto peritale è senza dubbio complesso, e la eterogeneità delle idee sul campo ne è testimonianza.

Senza la pretesa di essere esaustivi, ci si propone ora di offrire una riflessione che, possibilmente, metta un po' di ordine e indichi una soluzione coerente e sistematica.

Prima della sentenza n. 527 del 2000 - con la quale le Sezioni Unite hanno professato la natura negoziale anche dell'arbitrato rituale, con conseguenziale assimilazione dell'*exceptio compromissi* ad una eccezione di merito - la giurisprudenza era solita considerare l'eccezione di patto compromissorio come un'eccezione di incompetenza territoriale semplice ex art. 38, comma 2, c.p.c.³⁸³. Viceversa, con riguardo alla eccezione d'improponibilità della domanda in ragione dell'esistenza di un accordo per arbitrato irrituale, la Cassazione preferiva delineare un'eccezione di merito³⁸⁴.

Più variegate si presentavano invece le posizioni in dottrina che, con riferimento all'*exceptio compromissi* rituale, si esprimeva in termini di eccezione di incompetenza territoriale derogabile, di eccezione di incompetenza per materia in ragione della volontà delle parti, di eccezione di difetto di giurisdizione, di eccezione di rinuncia alla cognizione giudiziaria, di eccezione d'inammissibilità o improcedibilità della domanda, di eccezione di carenza d'interesse ad agire o, infine, di eccezione di merito; mentre, con riguardo al patto compromissorio irrituale, parlava di eccezione di rinuncia convenzionale all'azione e alla giurisdizione, di eccezione di temporaneo difetto d'interesse ad agire o come eccezione di merito. Inoltre, per l'opinione prevalente l'eccezione di compromesso, rituale o irrituale, comunque venisse qualificata, era riservata alla parte³⁸⁵.

³⁸³ *Ex multis*, Cass., sez. un., 28 novembre 1996, n. 10617, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce <<Competenza civile>>, n. 142; Cass. 24 marzo 1999, n. 2775, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce <<Arbitrato>>.

³⁸⁴ Cfr. Cass. 21 giugno 2000, n. 4845, in *Gius.*, 2000, 1658; Cass. 12 ottobre 1998, n. 10086, in *Foro it.*, 1999, I, c. 125; Cass. 14 novembre 2002, n. 16044, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce <<Arbitrato>>, n. 96.

³⁸⁵ V., per la ricostruzione del dibattito sommariamente riportato nel testo, RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, cit., 368-369, con copiosi richiami contenuti alle note da 14 a 27, il quale poi aggiunge - pag. 370, note 29, 30 e 31 - che, in tale contesto, non mancava peraltro chi, omologando l'eccezione di compromesso rituale ad un'eccezione di carenza di giurisdizione, ne affermava la rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado; né chi osservava

L'attuale disciplina dell'arbitrato, frutto della riforma del 2006, contempla una norma che, *in parte qua*, regola i rapporti tra arbitrato e processo dinanzi all'autorità giurisdizionale prevedendo che l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (art. 819 *ter*, comma 1, secondo periodo, c.p.c.). Ora, gli aspetti da segnalare a proposito della norma testé richiamata sono due: l'*exceptio compromissi* pone una questione che incide sul rito e non già sul merito; tale eccezione deve essere sollevata nel primo atto difensivo, a pena di decadenza, dunque si atteggia ad eccezione in senso stretto. Peraltro, ad onta dell'indirizzo prevalente prima della riforma (e di SS.UU. n. 527/2000) e dei termini ricavabili dalla norma testé ricordata, è preferibile escludere l'inquadramento dei rapporti tra arbitri e giudici entro gli schemi della competenza in senso tecnico, non solo per via di una serie di indici normativi e sistematici³⁸⁶, ma anche sulla base della constatazione che, ragionando in tali termini, si dovrebbe convenire sull'ascrivibilità dell'arbitrato alla giurisdizione, e ciò va escluso³⁸⁷.

Invero, la convenzione di arbitrato, togliendo al giudice *tout court* il potere giurisdizionale in ordine ad una certa controversia, produce nei suoi confronti un difetto assoluto di giurisdizione³⁸⁸.

Ora, a nostro sommo avviso, anche l'eccezione di compromesso irrituale è un'eccezione che, se accolta, conduce al rigetto in rito della domanda proposta dinanzi all'autorità giudiziaria per carenza, in capo a quest'ultima, di *potestas iudicandi*³⁸⁹.

che, in caso di ricostruzione dell'eccezione di patto compromissorio come eccezione di merito, dovevano comunque valere i risultati raggiunti da dottrina e giurisprudenza in ordine alla normale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni di merito non riservate espressamente dalla legge al monopolio della parte.

³⁸⁶ Cfr. RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, cit., 372 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., V, 150 ss.

³⁸⁷ Per tutti FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 42.

³⁸⁸ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., V, 160; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 42, il quale distingue il difetto *de qua* dal difetto di giurisdizione del G.O. nei confronti della P.A. o del giudice speciale: qui vi è l'interesse pubblico sotteso che conduce alla rilevabilità officiosa in ogni stato e grado; nel caso dell'arbitrato il difetto riguarda soltanto l'interesse del compromittente, onde solo da lui, e nella comparsa di risposta, può essere fatto valere.

³⁸⁹ Cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 142.

Del resto, anche diverso tempo prima della riforma del 2006, autorevole dottrina, sostanzialmente, giungeva ad avallare la natura di merito dell'eccezione di patto compromissorio irrituale, non senza aver prima rimarcato una certa contraddittorietà di tale conclusione rispetto alla premessa, di matrice prevalentemente giurisprudenziale, secondo la quale l'opzione per l'arbitrato avrebbe comportato una temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale. Sennonché in tale contesto normativo mancava ancora una disciplina espressa dell'arbitrato irrituale, talché - rimanendo cogente la regola della tipicità dei negozi processuali e dell'impossibilità per le parti d'incidere, facendo ricorso all'autonomia privata, sulla disciplina dei presupposti processuali, in mancanza di espressa autorizzazione normativa - , si è dovuto riconoscere che, con l'accordo arbitrale irrituale, *“le parti incidono, sulla situazione sostanziale che ne è l'oggetto, in modo atipico (onde esce confermato il fondamento del patto stesso sull'art. 1322 c.c.), stabilendo che la detta situazione sostanziale avrà le caratteristiche che saranno determinate dall'arbitro. È naturale, quindi, che la necessità, contrattualmente prevista, della determinazione arbitrale determina (non una rinuncia alla giurisdizione, ma) una infondatezza della domanda proposta in sede giurisdizionale (...)*”³⁹⁰.

Dunque, se già potevano avanzarsi fondati dubbi sulla ricostruzione dell'*exceptio compromissi* irrituale in termini di eccezione di merito anche

³⁹⁰ Così LUISO, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *Riv. arb.*, 1996, 292 ss., all'interno del quale stanno anche i passaggi fondamentali relativi alla ricostruzione dell'efficacia del patto compromissorio irrituale nel quadro dell'autonomia negoziale: “(...) l'autonomia privata può esplicarsi sul piano del diritto sostanziale, ove è riconosciuta e garantita, sia pur nei limiti dell'art. 1322 c.c. Al contrario, l'autonomia privata non è riconosciuta sul piano del diritto processuale: i negozi processuali soggiacciono al principio della tipicità, e non è dato alle parti creare strumenti negoziali atipici: tantomeno è dato alle parti, in mancanza di espressa previsione normativa, incidere sulla disciplina dei c.d. presupposti processuali, creandone di nuovi oppure facendo venir meno quelli previsti.

Perché il patto compromissorio irrituale possa produrre un effetto sul piano del processo non è, quindi, sufficiente fondare il riconoscimento di tale patto sul principio dell'autonomia negoziale: questa, certo, consente che il lodo, una volta emesso, produca i suoi effetti sul piano sostanziale, ma non consente di frapporre un ostacolo (processuale) all'espletarsi dell'attività giurisdizionale. A lodo emesso, in sede giurisdizionale se ne dovrà tener conto come di qualunque atto o fatto produttivo di effetti giuridici sostanziali: ma ciò, appunto, nel merito. Prima che il lodo sia emesso, invece, come si potrebbe ostacolare lo svolgimento dell'attività giurisdizionale con un accordo che, per avere effetti processuali, dovrebbe essere previsto dalle norme, ed al contrario, per definizione, non lo è (se lo fosse, non avrebbe modo di applicarsi il principio dell'autonomia negoziale privata)? (...); lo stesso Autore conferma tale impostazione in *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 1997, 312.

nel regime ante-riforma del 2006³⁹¹, adesso l'art. 808 *ter* c.p.c. contempla un arbitrato, alternativo al modello rituale, a indubbia struttura processuale. È *ivi* espresso chiaramente che le parti possono, all'atto della stipula della convenzione di arbitrato, optare per un arbitrato che non sfoci in un lodo-sentenza.

Con la scelta per la via irrituale le parti chiedono agli arbitri l'espletamento della medesima funzione degli arbitri rituali, e cioè la soluzione della controversia. Anche col patto compromissorio irrituale le parti sottraggono la lite alla via giudiziaria, sicché pure la sussistenza di tale accordo costituisce un impedimento (processuale) alla pronuncia del giudice statale sulla lite oggetto di compromesso; un impedimento all'esercizio del potere giurisdizionale sull'oggetto dedotto nell'accordo compromissorio.

Rappresentando l'arbitrato rituale il modello di riferimento per l'arbitrato libero - donde l'applicabilità a questo, nei limiti della compatibilità, delle norme a quello dedicate dal c.p.c. -, non si vede quale motivo possa ostacolare, *in parte qua*, l'applicazione al tipo irrituale dell'art. 819 *ter* c.p.c. Anche l'eccezione di compromesso per arbitrato irrituale, che è di rito, deve essere presentata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta³⁹².

In ordine alla perizia contrattuale e alla relativa eccezione, non può non convenirsi col rilievo che, con l'accordo mediante il quale è rimesso al terzo l'apprezzamento tecnico, le parti non intendono sottrarre al giudice dello Stato l'intera controversia, ma solo un "pezzo" di essa. Con la via peritale, dunque, le parti non frappongono tra il giudice e la decisione della lite un impedimento totale, ma parziale. Si tratta, ad ogni modo, di un

³⁹¹ Spunti sull'inquadramento di tale eccezione come eccezione di rito in CECHELLA, *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 881 ss., in part. 908 e nota 48; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 126-127. Del resto, supra, nel cap. IV, par. 4, si è cercato di mettere in evidenza come l'esperienza dell'arbitrato irrituale abbia portato in *auge* un mezzo di soluzione delle liti alternativo al modello rituale ma pur sempre secondo schemi processuali, ancorché, se si vuole, semplificati, e con l'obiettivo di decidere una controversia in via eteronoma.

³⁹² Cfr., in senso analogo, SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss.; RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, cit., 373; BERTOLDI, *Sub art. 808 ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO e LUISO, Milano, 2007, III, par. V. Indicazioni in tale prospettiva sono ricavabili anche da LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 150 ss., posto che l'Autore muove dal presupposto dell'applicabilità all'arbitrato irrituale, alla luce della riforma, delle norme dettate per l'arbitrato rituale, salvo ovviamente quelle che segnano la differenza tra i due istituti.

impedimento di rito, posto che sottrae al giudice la possibilità di accertare un elemento della fattispecie, dunque del rapporto sottoposto al suo sindacato. Non potendo conoscere tutta la fattispecie, il giudice non è grado di fornire la tutela, sicché tale eccezione, in quanto fondata sulla carenza di una condizione di decidibilità della causa nel merito, “pare assimilabile ad un'eccezione con la quale si fa valere, per via della temporanea rinuncia delle parti al procedimento di cognizione ordinaria, il difetto (allo stato attuale) di giurisdizione dei giudici togati dello Stato”³⁹³.

Si pone il problema di capire come si attegga concretamente tale impedimento di rito se, come pare preferibile, non pare corretto inquadrare il patto peritale come presupposto processuale negativo *tout court*.

A questo punto occorre considerare che, com'è stato giustamente ricordato³⁹⁴, non è affatto scontato che, una volta adito, il giudice, per decidere della pretesa giuridica, debba condurre la sua attività cognitiva anche sulla questione o sulle questioni dedotte nel patto peritale. Da un lato, infatti, sulla base del criterio della ragione più liquida – secondo il quale se nel processo “*sussiste una ragione sufficiente per la decisione, la sentenza può fondarsi su di essa anche quando il motivo della decisione si pone, da un punto di vista logico, a valle di altre ragioni, che non sono affrontate e decise (ad es. perché debbono essere istruite)*”³⁹⁵ -, è possibile decidere con sentenza definitiva la causa ad esempio perché risulta fondata un'eccezione di merito relativa alla sussistenza di un fatto estintivo del diritto; da altro lato, inoltre, è comunemente ammessa la possibilità di proporre una domanda giudiziale limitata all'accertamento dell'*an* del diritto, riservando la quantificazione, in caso di esito favorevole del processo, ad un giudizio successivo³⁹⁶. Ebbene, in quest'ultima ipotesi, è configurabile la possibilità di scendere tra *an* e *quantum* nel senso di riservare quest'ultimo all'attività

³⁹³ NARDELLI, *Patto di perizia contrattuale ed eccezione di arbitrato*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 1187 ss.; cfr. anche in tal senso CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 416 ss.; FANNI, *La eccezione di clausola peritale e l'ordine di esame delle questioni*, in *Riv. arb.*, 2001, 247 ss.

³⁹⁴ Cfr. nota 363.

³⁹⁵ LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 65.

³⁹⁶ Cfr. ancora LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 193 ss., il quale aggiunge che in questa ipotesi, similmente a quanto avviene nel caso della condanna generica, per poter decidere di una domanda limitata all'*an* è necessario il mancato dissenso del convenuto.

peritale, previo processo sulla sussistenza del diritto dinanzi all'autorità giudiziaria.

Gli spunti testé tracciati, immediatamente comprensibili se si pone mente alla casistica più ricorrente, che è quella riguardante i rapporti assicurativi, possono invero essere proiettati su un piano più generale. In base al tipo di tutela richiesta, con riguardo ad un rapporto preesistente, può non essere necessario che, per decidere, il giudice debba accertare anche l'elemento oggetto di patto peritale. Insomma, si possono immaginare domande giudiziali, attinenti al rapporto preesistente nell'ambito del quale è stato stipulato l'accordo peritale, il cui oggetto, per così dire logicamente, non entra in contatto con la questione sottoposta al mezzo peritale³⁹⁷. In altri casi, invece, la richiesta di tutela implica l'accertamento anche dell'elemento rimesso all'apprezzamento dei periti, ma tale elemento può, per così dire, non interferire nell'attività del giudice, il quale può decidere, nel senso del rigetto, senza doversi occupare di esso in virtù del criterio della ragione più liquida.

Il problema dell'efficacia impediante della perizia emerge allora in tutta la sua attualità laddove, per dispensare la tutela richiesta, il giudice debba necessariamente occuparsi anche della questione dedotta nell'accordo peritale e non sussistano fondate ragioni “più liquide” per una decisione immediata. Si tratta di stabilire quale tipo di provvedimento debba emettere il giudice a fronte dell'eccezione di patto peritale, che altro non è se non un patto compromissorio su questione.

A nostro sommo avviso, non entra in scena l'art. 295 c.p.c., poiché si ritiene che, in linea con l'idea dell'opinione assolutamente prevalente, la fattispecie contemplata dalla norma faccia riferimento alla contestuale pendenza di due processi aventi ad oggetti diritti connessi per pregiudizialità-dipendenza, nell'ottica di consentire il coordinamento delle decisioni. Inoltre la riforma dell'arbitrato del 2006 ha modificato l'art. 819 *ter* c.p.c., stabilendo che nei rapporti tra arbitrato – qual è la perizia contrattuale - e processo non si applicano regole corrispondenti, tra gli altri,

³⁹⁷ Così, se nella fase esecutiva di un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale è inserita una clausola peritale volta a deferire al terzo l'accertamento della corrispondenza del bene consegnato alla qualità promessa, una parte risulta totalmente inadempiente, evidentemente non si crea l'occasione per l'espletamento della perizia, pertanto diviene pienamente esperibile dinanzi all'autorità giudiziaria la domanda di risoluzione

all'art. 295 c.p.c.

Invero, il giudice, dinanzi al quale venga tempestivamente sollevata dalla parte l'eccezione relativa all'esistenza di un accordo per perizia contrattuale, se ritiene fondata tale eccezione deve chiudere il processo dichiarando l'azione improponibile. La soluzione si allinea, quanto al risultato, a quella propugnata dalla giurisprudenza, ma si discosta da essa per ciò che attiene alla premessa: non si tratta, infatti, come affermato dalla Cassazione, di una eccezione di merito, ma di una eccezione di rito.

Il rigetto pronunciato dal giudice, *sub specie* d'improponibilità della domanda, dà luogo ad una reiezione in rito. Onde la domanda sarà nuovamente proponibile una volta espletata ed esaurita la procedura peritale³⁹⁸.

³⁹⁸ Peraltro la stessa clausola peritale può fondare l'immediato rigetto in rito in applicazione del criterio della ragione più liquida, allorché il rigetto nel merito si presenta soltanto eventuale. Il caso può essere quello di una pluralità di difese del convenuto, una in rito che non ha bisogno di essere istruita – per l'appunto in ragione della clausola posta alla base della perizia –; una nel merito, relativa all'infondatezza della domanda per sussistenza, ad esempio, di un fatto impeditivo o estintivo, su cui invece occorre procedere ad istruttoria. Nella direzione della scelta del rigetto in rito, basato sulla esistenza del patto peritale, si pone il criterio della ragione più liquida; in favore, invece, dell'opzione per l'accertamento delle questioni di merito relative all'*an* del diritto, verrebbe in gioco il criterio, pure di economia processuale, del rigetto per la ragione più preclusiva. Si è detto che questo secondo criterio, a differenza del primo, incidendo sul merito ha una valenza extraprocessuale, e la scelta a favore della prevalenza dell'uno o dell'altro non discende da opzioni di carattere generale, ma dipende, alla luce della concreta vicenda processuale, dai vantaggi e dagli svantaggi dei due modi di procedere sul piano dell'economia processuale, sicché deve essere valutata volta per volta. Così, se si opta per il primo criterio, il giudice chiude in rito il processo, le parti danno il via alla perizia e all'esito di questa ripropongono la domanda giudiziale, affinché siano istruiti gli elementi di merito. Qui, poi, l'istruttoria potrà dare esito positivo, donde l'accoglimento della domanda; ovvero negativo, per cui verrà emessa sentenza di rigetto, che avrà reso inutile sia la sentenza di rigetto in rito, sia la perizia. Se, al contrario, il giudice procede ad istruttoria sugli elementi relativi all'*an* del diritto, tale attività potrà dare esito negativo, con consequenziale rigetto nel merito, e allora nessuna attività sarà stata sprecata; ovvero positivo, ma a quel punto il giudice dovrà comunque chiudere in rito il processo, in ragione della presenza del patto peritale. Senonché in questo caso, una volta riproposta la domanda, la precedente istruttoria con riscontro positivo sull'*an* può non essere confermata, posto che la precedente sentenza di chiusura in rito non produce giudicato sull'esistenza del diritto; e in ogni caso si dovrà effettuare una seconda istruttoria sull'*an*, che, se nella peggiore delle ipotesi darà esito negativo, farà risultare inutile sia la sentenza di rigetto in rito, sia la perizia contrattuale. In questa specifica vicenda, tratta da un concreto caso giurisprudenziale, nel bilanciamento vantaggi/svantaggi, l'opzione in favore del criterio della ragione più liquida, e dunque dell'immediato rigetto in rito in ragione del patto peritale, presenta i medesimi vantaggi della scelta del criterio della ragione più preclusiva, ma meno svantaggi, dunque è stata ritenuta preferibile. La sentenza che ha deciso questo interessante caso è Trib. Lucca, 12 febbraio 2001, in *Riv. arb.* 2001, 247, con nota di FANNI, *La eccezione di clausola e l'ordine di esame delle questioni*; per spunti su tali profili cfr. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, *passim*.

7. *L'atto degli arbitri-periti*

Accanto all'effetto nei confronti del processo instaurato sulla controversia giuridica, la perizia produce anche l'effetto di vincolare le parti in ordine all'accertamento contenuto nell'atto degli arbitri-periti.

Lo schema generale del meccanismo riflette, tendenzialmente, quello che avviene con l'arbitrato: nell'accordo compromissorio le parti rimettono ad un terzo una decisione, in questo caso limitata ad un elemento della fattispecie, dichiarandosi ad essa vincolate, dunque obbligandosi preventivamente ad accettare tale responso.

Del resto, l'art. 2 della *Ley de Arbitraje* del 1953 descriveva l'arbitrato come l'istituto mediante il quale due o più persone danno soluzione a un conflitto provocate da altre che *si compromettono previamente ad accettare la loro decisione*.

Si tratta di un accertamento, il più delle volte, di un fatto o di una questione di fatto. In particolare, qui l'accertamento si caratterizza per provenire da un terzo a ciò appositamente incaricato.

Non pare superfluo ripetere che, con riguardo al modello arbitrale irrituale, la possibilità per le parti di vincolarsi ad un responso contrattuale è ora sancita anche espressamente dall'art. 808 *ter* c.p.c.

La fattispecie non produce alcun effetto innovativo nella realtà giuridica; l'attività del terzo ha ad oggetto solo fatti o questioni di fatto. Rispetto ad essi, come del resto più in generale nell'ambito dell'accertamento giuridico, nessuna prospettiva d'innovazione giuridica è configurabile³⁹⁹.

Come si è visto, le parti usufruendo della loro libertà negoziale, ben

³⁹⁹ Invero, la giurisprudenza sembra porsi in termini differenti, posto che ricollega alla perizia contrattuale la determinazione di un nuovo assetto d'interessi di tipo negoziale. Ciò, del resto, si pone in linea con quanto la stessa giurisprudenza afferma in ordine all'arbitrato libero (cfr. Cass. 30 marzo 1995, n. 3791, in *Rep. giust. civ.*, 1995, <<Compromesso e arbitrato>>, n. 103, per la quale *"la perizia contrattuale, con la quale le parti deferiscono ad uno o più terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un apprezzamento tecnico che esse si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà negoziale, si inserisce in una fattispecie negoziale diretta ad eliminare, su basi transattive o conciliative, una controversia insorta tra le parti, mediante mandato conferito ad un terzo, così come avviene nell'arbitrato libero, dal quale si differenzia per il diverso oggetto del contrasto, che attiene ad una questione tecnica, e non giuridica (come nell'arbitrato libero), ma non per gli effetti, dato che in entrambi il contrasto è superato mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi dipendente dal responso del terzo, che le parti si impegnano preventivamente a rispettare"*; v. anche *supra* nota 283).

potrebbero porre in essere un negozio anche limitato all'accertamento di fatti. Vuoi per esigenze prevalentemente tecniche, vuoi per superare un contrasto, decidono, mediante accordo, di far effettuare tale accertamento ad uno o più terzi esperti, considerando il loro responso vincolante.

Il vincolo prodotto, posto che all'esito dell'attività peritale è emesso un atto (negoziale) di accertamento, si esprime anche nei confronti del giudice eventualmente investito della causa. L'effetto dell'accertamento, anche ottenuto attraverso il meccanismo peritale, è quello di vincolare il giudice a considerare la realtà, in questo caso di fatto, così come fissata dai periti.

Dal punto di vista, diciamo così, del contenuto dell'attività espletata, a nostro avviso l'arbitro-perito, dovendo accertare elementi di fatto o risolvere questioni di notevole pregnanza tecnica, compie una valutazione. In quest'ordine di idee, non appare condivisibile l'assunto, sostenuto in giurisprudenza, secondo il quale il perito, *“utilizzando le proprie specifiche competenze, esprime una dichiarazione di scienza, non godendo di alcuna discrezionalità”*⁴⁰⁰.

In una chiave, per così dire, pratica, tale atto, non contemplando la statuizione in ordine a diritti ed obblighi, non può mai fondare una esecuzione forzata, né può essere trascritto ovvero annotato.

⁴⁰⁰ Così Cass. n. 15410/2001, cit.

CAPITOLO VI

L'IMPUGNAZIONE DELLA PERIZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'impugnazione del lodo (breve disamina). - 3. L'impugnazione del lodo su questione. - 4. L'impugnabilità della perizia contrattuale. - 5. L'impugnazione della perizia contrattuale: breve quadro giurisprudenziale. - 6. L'impugnazione della perizia contrattuale nel quadro attuale dell'arbitrato.

1. *Introduzione*

L'atto del perito, benché limitato all'accertamento di uno o più elementi della fattispecie, dunque non idoneo a statuire sull'attuale esistenza del diritto, vincola le parti in ordine alla questione accertata.

Ora, si può essere anche portati a non porsi il problema dell'eventuale impugnazione (in via di azione) di tale atto, dal momento che, in termini giuridici, esso non assegna alla parte “vittoriosa” alcun bene della vita. Secondo una tale logica, in sostanza, non decidendo il perito sul diritto ma solo su uno o più pezzi della relativa fattispecie, può anche immaginarsi che la parte “soccumbente” rispetto all'accertamento tecnico non abbia un attuale interesse ad impugnare il responso peritale, potendo semmai contestare tale accertamento nella sede in cui si discuterà del diritto e nella quale, pertanto, rileverà tale accertamento.

A sommo avviso di chi scrive, un discorso così formulato, non avrebbe niente di scandaloso. In effetti, la decisione limitata ad un pezzo della fattispecie del diritto o del rapporto non attribuisce alcunché di giuridico, sicché l'interesse a mettere in discussione quanto accertato dai periti potrebbe sorgere allorché si discuterà di un bene della vita, rispetto alla cui “assegnazione” rilevi la questione a suo tempo oggetto del responso tecnico.

Senonché una siffatta chiave di lettura rischia di svilire l'autonoma rilevanza – che non necessariamente significa anche autonoma configurazione giuridica – dell'istituto, soprattutto in quei casi in cui esso presenta tutta la sua utilità nel traffico dei rapporti giuridico-commerciali, e cioè quando la controversia tra due soggetti, relativa ad un certo rapporto

preesistente tra loro intercorrente, riguarda, in concreto, solo una questione o comunque un elemento della fattispecie, di notevole pregnanza tecnica, talché essi incaricano, per via della sua esperienza ma anche per ragioni di celerità, un terzo esperto affinché risolva la questione con un atto vincolante.

Emesso il responso, il rapporto tra le parti può tornare a svolgersi pacificamente secondo le dinamiche del diritto sostanziale, onde può non presentarsi la necessità di mettere in discussione l'attuale esistenza del diritto. Solo che non sarebbe istituzionalmente corretto impedire alle parti di poter lamentare, ad esempio, l'invalidità dell'atto di accertamento del perito, benché limitato ad un elemento tecnico e non al rapporto giuridico nel suo complesso.

Si ritiene dunque preferibile sostenere l'autonoma impugnabilità dell'atto peritale, mantenendoci comunque all'interno del sistema dell'arbitrato. E ciò si pone in linea con quanto si è sostenuto a proposito della configurazione sistematica della perizia contrattuale⁴⁰¹

2. L'impugnazione del lodo (breve disamina)

Nell'ottica di assicurare l'impugnabilità della perizia, mantenendo il fenomeno nell'area dell'arbitrato, pare opportuno far partire la nostra riflessione dalla (evoluzione della) disciplina in materia d'impugnazione del lodo (rituale e, soprattutto, irrituale).

È con la riforma del 1994 che l'idea dell'arbitrato rituale quale giudizio sostitutivo di un processo statale di primo grado si realizza in maniera significativa. Da un lato, infatti, è disposto che i mezzi d'impugnazione sono esperibili a prescindere dal deposito del lodo; dall'altro, oltre che con l'impugnazione per nullità e con la revocazione (eccetto che per i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.), è prevista la possibilità di aggredire il lodo rituale con l'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 c.p.c.

Volendo concentrare l'attenzione sull'impugnazione per nullità, va osservato, per quanto interessa ai fini della presente indagine, che la riforma del 2006 ha modificato l'art. 829 c.p.c. in più parti (per esempio ampliando il

⁴⁰¹ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 5.

catalogo dei casi di nullità – dunque dei vizi del lodo per *errores in procedendo* - e invertendo la regola relativa agli *errores in iudicando*, cioè alla mancata osservanza da parte degli arbitri delle norme giuridiche da applicare al merito della controversia -), lasciando comunque intatta la natura di tale rimedio come mezzo d'impugnazione in senso stretto.

L'intervento legislativo del 2006 ha prodotto qualche modifica anche in seno all'art. 830 c.p.c., dedicato alla decisione sull'impugnazione per nullità. Tuttavia, ad onta di tali cambiamenti, è rimasta confermata la logica di fondo secondo cui, nella maggior parte dei casi di annullamento del lodo, a decidere il merito della controversia è la Corte d'appello, salva una diversa volontà delle parti (e salvo che non si versi in un caso di arbitrato con elementi d'internazionalità).

Sino alla riforma del 2006 difettava, com'è noto, una disciplina dell'arbitrato irrituale, dunque anche dell'impugnazione del suo atto conclusivo.

Ora, essendo stato il lodo irrituale sempre ricondotto all'alveo degli atti negoziali, è risultato conseguenziale ritenerlo soggetto al regime dei contratti, dunque, in particolare, alle azioni di annullamento (artt. 1425 ss. c.c.) e di nullità (1418 ss. c.c.).

A questo proposito, peraltro, si è rilevato che, andando a scavare più in profondità i motivi dalla giurisprudenza ritenuti necessari e sufficienti per determinare l'invalidità del lodo irrituale, si scopre che in realtà essi coincidono sostanzialmente con le ragioni d'invalidità del lodo rituale⁴⁰².

Il discorso appena formulato merita un approfondimento.

In effetti, l'identità funzionale e l'affinità strutturale tra le due *species* di arbitrato hanno condotto una parte consistente della dottrina a sostenere, per così dire, l'adattabilità delle impugnative negoziali ai motivi processuali dell'impugnativa giurisdizionale⁴⁰³.

⁴⁰² Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 1997, cit., 361

⁴⁰³ In questo senso cfr., ad esempio, CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 230, il quale rileva che tale impostazione era già stata teorizzata da RICCI, *Sull'impugnativa per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 449; e TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni dell'arbitrato irrituale ed irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 20. In senso contrario a tale linea di pensiero si è posto chi, invece, in punto di ricostruzione sistematica dell'arbitrato irrituale si è espresso facendo riferimento alla fattispecie

Con riguardo al merito della controversia devoluta agli arbitri, in sede di doglianza avverso il lodo rituale, l'art. 829, comma 2, c.p.c. (nella versione scaturita dalla riforma del '94) apriva la strada dell'impugnazione per inosservanza delle regole giuridiche, salva un'espressa dichiarazione contraria delle parti ovvero salvo che gli arbitri fossero stati autorizzati a decidere secondo equità. L'attuale art. 829, comma 3, c.p.c., ha rovesciato, come si è accennato, tale regola, assicurando l'impugnabilità per *errores in iudicando* solo se ciò sia espressamente previsto dalle parti o disposto dalla legge (è in ogni caso ammessa l'impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico, nonché l'impugnazione per violazione di norme giuridiche relative al merito della controversia nelle controversie di lavoro - qui, invero, rileva anche la violazione dei contratti e accordi collettivi - e nei casi in cui la violazione colpisca la soluzione di questione pregiudiziale non compromettibile⁴⁰⁴).

Ad ogni modo, in entrambe le conformazioni della norma, emerge l'insindacabilità della *questio facti*. Nel contesto dell'arbitrato rituale non esiste alcun mezzo con il quale controllare l'operato degli arbitri relativo all'accertamento dei fatti storici⁴⁰⁵.

Nell'arbitrato irrituale il discorso si è sviluppato in termini non molto differenti, benché occorra mettere sul campo alcune precisazioni.

In particolare, venendo qui in gioco un atto negoziale, con riferimento al merito della controversia, tendenzialmente, il lodo non viene considerato censurabile per errore di diritto⁴⁰⁶.

Una diversa impostazione deve valere in ordine alla violazione delle disposizioni imperative e dell'ordine pubblico, che, per regola sostanziale generale, conduce alla nullità dell'atto di autonomia privata.

Peraltro, in presenza di un'espressa manifestazione di volontà delle parti, volta a richiedere agli arbitri una decisione secondo diritto, l'eventuale

dell'art. 1349 c.c., anche per ciò che afferisce al regime dell'atto dell'arbitro. In tal senso v., per tutti, MARINELLI, *La natura*, cit., 194 ss.

⁴⁰⁴ Su questi aspetti si veda l'art. 829, commi 4 e 5.

⁴⁰⁵ Così LUIISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 195.

⁴⁰⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. 19 ottobre 2006, n. 22374, in *Mass. giust. civ.* 2006, 11.

violazione delle norme giuridiche (dispositive) è stata ritenuta sindacabile con lo strumento dell'azione per eccesso di mandato ex art. 1711 c.c.⁴⁰⁷.

Quanto all'accertamento di fatto, vale quanto segnalato a proposito dell'arbitrato rituale, con una non irrilevante differenza: nei confronti del lodo irrituale la giurisprudenza ha delineato un'impugnativa per errore molto vicina all'errore di fatto revocatorio contemplato, per quanto riguarda le sentenze, dall'art. 395, comma 1, n. 4), c.p.c., e non richiamato, invece, dall'art. 831 c.p.c. con riferimento al lodo rituale. In particolare, la Cassazione ha osservato che, ai fini dell'annullamento del lodo negoziale, l'errore rilevante è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri, che si configura in caso di falsa rappresentazione, da parte loro, della realtà, per non aver preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti, ovvero per aver ritenuto contestati fatti pacifici o viceversa⁴⁰⁸.

Volgendo brevemente lo sguardo ai vizi più propriamente processuali - sempre a conferma della tendenza ad adattare, nel contesto dei rimedi e delle azioni negoziali, le ragioni di doglianza previste per il lodo rituale -, ci si può rendere conto che, ad esempio, anche nella modalità irrituale è stata data piena rilevanza al principio del contraddittorio e al criterio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Nel primo caso l'azione di annullamento avverso il lodo libero è stata ritenuta esperibile laddove la violazione del contraddittorio (ma anche del principio di collegialità) sfociasse in una causa d'invalidità (incapacità o vizi del consenso) ovvero di risoluzione⁴⁰⁹. Nel secondo caso si è osservato che la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, al di fuori del giudizio ordinario, vale anche nell'arbitrato irrituale; in caso di violazione, i rimedi esperibili contro il lodo vanno rintracciati tra quelli previsti contro l'eccesso dai limiti del mandato, che è ravvisabile ogni qualvolta gli arbitri non si siano attenuti all'incarico ricevuto pronunciando al di fuori di quanto espressamente o implicitamente

⁴⁰⁷ CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 262

⁴⁰⁸ Cfr., ex multis, Cass. 15 settembre 2004, n. 18577, in *Mass. giust. civ.* 2004, 9.

⁴⁰⁹ Cfr., Cass. 16 marzo 2005, 5678, in *Mass. giust. civ.* 2005, 4, riguardante, per la verità, la perizia contrattuale, ma pur sempre nel quadro dell'arbitrato irrituale.

loro devoluto⁴¹⁰.

Insomma, in punto d'impugnazione del lodo irrituale, la tendenza manifestata dalla giurisprudenza è andata nella direzione di recepire i profili d'invalidità previsti per il lodo rituale cercando di adattarli alla logica, ai motivi e alle dinamiche delle azioni negoziali⁴¹¹.

Il criterio generale, *in parte qua*, è stato dunque quello di ammettere l'impugnativa del lodo irrituale solo per i vizi idonei a vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale - l'errore, la violenza, il dolo e l'incapacità (delle parti o degli arbitri) -, senza dare rilievo all'errore di diritto. L'impugnativa deve essere esperita dinanzi al giudice competente secondo le regole generali, con la garanzia del doppio grado di giurisdizione, a differenza dell'impugnazione per nullità avverso il lodo rituale, la quale, come del resto la revocazione e l'opposizione di terzo, deve essere proposta in Corte d'appello.

La riforma del 2006, nell'art. 808 *ter* c.p.c., ha recepito gran parte di tale "patrimonio" giurisprudenziale.

Invero, l'espressa (e nuova) disciplina dell'arbitrato irrituale, tutta racchiusa nell'articolo testé richiamato, contempla la possibilità di chiedere, al giudice competente secondo le disposizioni del libro I del codice di rito, l'annullamento del lodo contrattuale per i seguenti motivi:

- 1) se la convenzione di arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;

⁴¹⁰ Cass. 21 maggio 1996, n. 4688, in *Contratti* 1997, 29, con nota di GUERINONI; in *Riv. arb.*, 1997, 61, con nota di LAUDISA.

⁴¹¹ Per una breve rassegna di giurisprudenza sul punto si veda anche *Codice di procedura civile commentato*, a cura di VACCARELLA e VERDE, Torino, 1997, 788.

5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Tale elenco, a nostro avviso, stimola alcune riflessioni di carattere generale.

Innanzitutto, si deve evidenziare la tendenziale corrispondenza di ciascuno dei motivi sopra enucleati ad alcune delle cause di nullità del loro rituale contemplate all'art. 829 c.p.c.⁴¹².

Così, il num. 1) richiama, per un verso, quanto disposto dal num. 1) dell'art. 829, comma 1, c.p.c., a tenore del quale il lodo è impugnabile se la convenzione di arbitrato, ferma la disposizione dell'art. 817, comma 3 (che sancisce l'onere della tempestiva eccezione dell'inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione); per altro verso, il motivo di cui al num. 4) dell'art. 829, comma 1, il quale indica come passibile d'invalidazione il lodo che abbia pronunciato fuori dai limiti della convenzione di arbitrato – ferma, pure qua, la tempestiva eccezione -, o abbia deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso.

Il num. 2) dell'art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c., si ricollega, sia pure con profili di diversità, al num. 2) dell'art. 829, comma 1, c.p.c., che prende in considerazione il caso in cui gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII c.p.c., e sempre che la nullità sia stata dedotta nel processo arbitrale.

Il num. 3), invece, è formulato negli stessi termini del num. 3) dell'art. 829.

Il motivo del num. 4) presenta evidenti somiglianze con il num. 7) dell'art. 829; qui il lodo è impugnabile se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata.

Per quanto riguarda, infine, il num. 5), il motivo corrispondente, nella specie rituale, è dato dal num. 9) dell'art. 829, scritto nei medesimi termini.

Ora, proprio in virtù di tale corrispondenza si evince che, ai fini

⁴¹² Come osserva SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss., i motivi di annullamento ex art. 808 *ter* appaiono tagliati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo rituale.

dell'annullamento del lodo-contratto, il legislatore, in ossequio alla legge delega, ha preso in considerazione, esclusivamente, vizi del procedimento. Questo aspetto pone, in tutta la sua evidenza, la processualità dell'arbitrato libero. Del resto, autorevole dottrina, lamentando una sorta d'incoerenza sistematica tra comma 1 e comma 2 dell'art. 808 *ter*, ha posto in evidenza come questa parte della norma, dedicata all'impugnazione del lodo irrituale, a differenza di quanto dettato al comma 1, risulti figlia dell'impostazione teorica che considera le due *species* di arbitrato come manifestazioni di un fenomeno sostanzialmente unitario⁴¹³.

Invero, circa i vizi di cui all'art. 808 *ter*, si è osservato che non tutti costituiscono una conseguenza della violazione della volontà delle parti. Infatti, in due casi la volontà del legislatore prevale su quella delle parti: così, la scelta degli arbitri non può tradursi in una deroga all'art. 812 c.p.c.; il lodo “esorbitante” è annullabile solo se è fatta valere la relativa eccezione nel corso del processo. Inoltre, in ordine alla violazione del principio del contraddittorio, si è detto che essa non integra propriamente un vizio del procedimento, posto che l'importante, nel processo arbitrale, è che il contraddittorio sia rispettato in concreto, a prescindere dal fatto che ciò avvenga in ottemperanza alle norme regolatrici di quel processo⁴¹⁴.

Passando ad occuparci, brevemente, dei singoli motivi di annullamento del lodo contrattuale, con riguardo al vizio, o meglio, ai vizi compresi nel num. 1) dell'art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c., l'opinione prevalente ritiene che l'onere della tempestiva eccezione nel corso del procedimento arbitrale si riferisca solo alla esorbitanza dai limiti del patto compromissorio, e non anche all'invalidità della convenzione di arbitrato⁴¹⁵.

⁴¹³ Cfr. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 573-574.

⁴¹⁴ La riflessione è di LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 106, il quale aggiunge: “In altri termini, se anche le norme processuali previste dalle parti avevano un contenuto tale da non consentire il rispetto del principio del contraddittorio, ma esso di fatto è stato attuato, il lodo potrà essere invalidato ai sensi del n. 4 del secondo comma, ma non per la violazione del principio del contraddittorio”.

⁴¹⁵ In questo senso BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 173; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 106; SASSANI, *L'arbitrato*, cit.; di quest'ultimo Autore si veda anche *Sub art. 808 ter*, cit., 121, in ordine all'applicabilità del principio, mutuabile dalla disciplina dell'arbitrato rituale ex artt. 817, comma 3 e 829, comma 1, n. 1, c.p.c., secondo il quale la parte, che non eccepisce nel corso del procedimento l'esorbitanza delle conclusioni formulate dalla controparte, non può per questo motivo impugnare il lodo; *contra*, se male non s'intende, BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 93, il quale aggiunge che l'eventuale

Dai motivi di cui ai numm. 2) e 3) si ricava che, a parte la necessità che gli arbitri godano della capacità legale d'agire, la costituzione del collegio arbitrale è rimessa alla volontà delle parti.

Il motivo contemplato al num. 4) riferisce della possibilità per le parti di predisporre delle regole da seguire per l'emanazione del lodo. Tali regole possono attenere al procedimento in senso stretto (e, ad esempio, al termine per la pronuncia); ovvero, si possono riferire anche al criterio di giudizio che devono adottare gli arbitri. In questo secondo caso, si è evidenziato che l'eventuale censura dell'operato degli arbitri che abbiano violato, ad esempio, regole giuridiche (corrispondenti al criterio di giudizio indicato dalle parti), non integra un sindacato su *errores in iudicando*, ma rappresenta comunque una risposta ad una violazione del mandato conferito dalle parti⁴¹⁶.

In ordine al contraddittorio, la cui violazione dà luogo all'operatività del quinto motivo di annullamento del lodo irrituale, oltre a quanto si è già detto poco sopra, è possibile aggiungere che, per una parte della dottrina, esso rappresenta il profilo più attinente alla processualizzazione dell'arbitrato libero, e che non ogni violazione di esso sarà idonea a fondare l'impugnativa, ma solo quelle di una certa gravità che abbiano inciso in maniera rilevante sull'esito della decisione⁴¹⁷.

Peraltro, la questione forse più spinosa posta dall'art. 808 *ter*, in punto d'impugnazione del lodo, attiene proprio all'apertura ovvero alla chiusura del catalogo dei motivi di doglianza.

Il comma 2 di tale articolo, infatti, prima di aprire l'elenco dei motivi, si limita a stabilire che il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I.

In parte qua, i punti fermi, individuati dalla dottrina, sono: competente è il giudice del luogo ove il lodo è stato pronunciato; il termine

sanatoria in ragione della mancata eccezione si produca nei confronti dei profili di annullabilità, e non anche di nullità della convenzione arbitrale.

⁴¹⁶ In questo senso BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 174; BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 95, ad avviso del quale, inoltre, le regole imposte dalle parti sono sempre essenziali ai fini della validità del lodo.

⁴¹⁷ Cfr. BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 175.

prescrizionale dell'azione è quello quinquennale contemplato dall'art. 1442, comma 1, c.c., esprimendosi la norma in termini di annullabilità; in ossequio alla legge delega, e alle regole generali (1442, comma 4, c.c.), l'annullabilità del lodo contrattuale è opponibile anche in via di eccezione, ancorché sia prescritta l'azione per farla valere⁴¹⁸.

Invero, il profilo più problematico concerne, come si è accennato, il catalogo dei motivi; ci si chiede, in sostanza, se esso comprenda o meno un elenco tassativo di ragioni d'impugnativa avverso il lodo irrituale.

Secondo un primo indirizzo, i motivi d'impugnazione presi in considerazione dall'art. 808 *ter* sono esaustivi⁴¹⁹; sulla base di un'altra impostazione, invece, sono tassativi solo i motivi espressamente previsti nella norma in quanto cagione di annullabilità, ma non può restare esclusa la possibilità di far valere anche i motivi di nullità del lodo libero, che è comunque inquadrato nell'ordinamento come un contratto. In tale ottica, darebbe luogo a nullità radicale, tra l'altro, il lodo pronunciato su materia non compromettibile; l'omessa pronuncia; la violazione di norme sostanziali inderogabili⁴²⁰.

A nostro sommo avviso, è possibile sostenere un ragionamento che conduca, per così dire, a sdrammatizzare il problema.

In effetti, sia l'evoluzione giurisprudenziale in materia d'impugnazione del lodo libero, sia la logica generale, come da noi interpretata, ricavabile dall'art. 808 *ter* in ordine alla processualità dell'arbitrato libero e alla sua attitudine a concludersi con un atto di autonomia, portano a ritenere che i

⁴¹⁸ Cfr., per tutti, BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 91; SASSANI, *L'arbitrato*, cit., 25 ss.

⁴¹⁹ SASSANI, *L'arbitrato*, cit., il quale specifica, tuttavia, che tale esaustività è tendenziale, perché una eccezione è giustificata dal sistema, e attiene alla violazione dell'ordine pubblico, che del resto sino alla riforma del 2006 non era espresso nemmeno con riguardo all'impugnazione per nullità del lodo rituale, benché fosse pacifica la sua operatività a tal fine; lo stesso ragionamento sembra sia proposto anche da LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 106-107; anche CONSOLO, *L'impugnazione*, cit., 574 ss., propende - sia pure, a noi pare, con occhio critico -, per la tassatività dei motivi d'impugnativa, che a suo avviso sono pensati per giudizi processuali d'impugnazione, ossia di secondo grado, seppur avanti al tribunale. Tale Autore, peraltro, ritiene che l'errore di fatto (revocatorio) degli arbitri sia censurabile sulla base del motivo num. 5), ossia per violazione del contraddittorio.

⁴²⁰ Questa è la posizione di BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, 172-173; propende per l'ipotesi più permissiva anche BOVE, *Sub art. 808 ter*, cit., 95-96, pur non rinunciando ad esprimere dubbi al riguardo e non senza aver stigmatizzato l'errore del legislatore di aver lasciato spazi per ulteriori incertezze all'interno di una materia già foriera di forti contrasti.

motivi di annullabilità delineati dalla norma costituiscano un *numerus clausus*; si tratta – si ritiene – di una sorta di adattamento dei motivi d'impugnativa negoziale alle peculiarità della fattispecie che qui entra in gioco: un processo privato che conduce alla soluzione di una controversia giuridica mediante l'emissione di un atto che resta confinato nella sfera di autonomia delle parti.

In tale contesto, gli ordinari vizi che comportano l'annullabilità dei contratti cedono il passo alle censure che più opportunamente si esprimono nei confronti dell'*iter* (in senso lato) di formazione dell'atto che decide e risolve il conflitto.

Non può tuttavia negarsi che l'atto degli arbitri, benché decisorio, rimane inquadrato come un negozio giuridico, o meglio, come una determinazione contrattuale, e come tale non può essere soggetta al regime delle sentenze e dei lodi rituali. Sicché in qualche modo occorre fare i conti anche con i vizi la cui profonda gravità, nel mondo dei contratti, dà luogo all'invalidità radicale, e cioè alla nullità, la quale, per caratteristiche normative e sistematiche, può essere sempre fatta valere, anche in via di eccezione, essendo imprescrittibile la relativa azione (art. 1422 c.c.: l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione).

Invero, sul piano degli atti processuali, il corrispondente della nullità degli atti sostanziali è l'inesistenza, la cui matrice normativa, per quanto riguarda la sentenza, risiede nell'art. 161, comma 2, il quale nega operatività alla conversione dei motivi di nullità in motivi d'impugnazione, e al relativo onere dell'impugnazione nei termini previsti, allorché la sentenza manca della sottoscrizione del giudice⁴²¹. Il senso di tale regola è che, in siffatti casi di radicale invalidità, non occorre che il vizio sia lamentato con i mezzi d'impugnazione ordinari nei relativi termini; esso, infatti, può essere sempre fatto valere, in via principale o incidentale, salva l'applicazione degli istituti, per così dire di diritto comune, che si stabilizzano col trascorrere del tempo (ad esempio, l'usucapione e la prescrizione dell'azione di ripetizione).

⁴²¹ Ma in via interpretativa sono stati ricavate altre ipotesi d'inesistenza della sentenza, nonché di altri atti processuali. Cfr. sul punto LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011, 418 ss.

È pacifico che l'inesistenza può colpire anche il lodo rituale, ad esempio nell'ipotesi in cui abbia deciso su un diritto indisponibile; in tal caso, per regola sistematica generale, la validità (e l'efficacia) del lodo è contestabile in ogni tempo, in via di azione o in via di eccezione, salva l'applicazione dei suddetti meccanismi di diritto sostanziale. Insomma, in tale ipotesi non è necessario che l'invalidità radicale che dà luogo ad inesistenza sia fatta valere per mezzo (e nei termini) degli ordinari strumenti d'impugnazione. Inoltre, si è osservato che, seppure il lodo inesistente sia impugnato nei termini dinanzi alla Corte d'appello, quest'ultima non potrebbe pronunciarsi nel merito, dal momento che l'art. 830, comma 2, c.p.c. limita il suo sindacato alla sola fase rescindente quando l'annullamento del lodo discende dall'invalidità della convenzione di arbitrato⁴²².

Evidentemente, non vi è ragione per negare che analogo destino tocchi anche al lodo irrituale che abbia deciso, ad esempio, su materia non compromettibile. Del resto, si è osservato che le ipotesi d'inesistenza del lodo libero coincidono perfettamente con quelle del lodo rituale⁴²³.

Tuttavia, con riguardo al lodo irrituale - benché sia contemplato e disciplinato nel codice processuale e, dunque, possa emergere quale atto processuale-, si ritiene preferibile evitare di esprimersi in termini d'inesistenza ma, al contrario, di nullità, proprio perché il lodo irrituale è definito dallo stesso art. 808 *ter* "contrattuale", per distinguerlo dal lodo-sentenza. La sostanza pratica della questione, peraltro, non muta: il regime del lodo-contratto nullo e del lodo-sentenza inesistente è il medesimo.

Se questo ragionamento ha un fondamento, pare logico concludere nel senso che, invalidità gravi quali la decisione su materia indisponibile o la mancanza dell'oggetto della decisione⁴²⁴, per fare solo un paio di esempi, siano censurabili con l'azione di nullità avverso il lodo irrituale secondo le regole del codice civile. Sembrerebbe, peraltro, doversi concludere nello stesso senso anche in relazione alla contrarietà all'ordine pubblico e alle

⁴²² LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 185-187.

⁴²³ Così, ancora, LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 1999, 361.

⁴²⁴ LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 187, circa l'inesistenza del lodo rituale riporta, tra le altre ipotesi, ricavabili per analogia con i motivi d'inesistenza della sentenza, quella del lodo ha ad oggetto un diritto non identificato, nonché quella del lodo pronunciato nei confronti di un soggetto inesistente.

norme imperative⁴²⁵, sulla base di quanto ricavabile da codice civile.

In conclusione, all'art. 808 *ter* il legislatore ha voluto circoscrivere le ragioni di annullabilità del lodo. Ha lasciato fuori i motivi di nullità, come del resto ha fatto con i casi d'inesistenza del lodo rituale. Ma entrambi i profili sono ricavabili dal sistema⁴²⁶.

3. *L'impugnazione del lodo su questione*

Occorre sviluppare, a questo punto, un discorso più approfondito sia in relazione a quanto delineato nel primo paragrafo, sia con riferimento a quanto si è accennato in fase d'inquadramento sistematico del fenomeno peritale⁴²⁷, laddove si è preferito riportare la perizia contrattuale all'arbitrato irrituale per via dell'inidoneità della disciplina dell'arbitrato (rituale), per come disegnata dal nostro codice processuale, ad adattarsi ad un fenomeno arbitrale limitato all'accertamento di uno o più elementi della fattispecie, e non già della pretesa giuridica nel suo complesso.

Si è detto che, in linea teorica, nessun ostacolo sembra sussistere in ordine alla possibilità di limitare l'intervento degli arbitri rituali all'accertamento di una questione tecnica. In sostanza le parti possono espressamente stabilire che i periti, per giungere al responso tecnico, si attengano alla disciplina arbitrale predisposta dagli artt. 806 ss. c.p.c. Che scenario si apre nella prospettiva dell'impugnazione del lodo limitato ad una o più questioni?

Sul punto, ancora una volta, soccorrono gli spunti dell'autorevole

⁴²⁵ Come già si è indicato più sopra nel testo, anche BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, dopo aver optato per la tassatività dei motivi d'impugnativa ex art. 808 *ter*, *sub specie* di annullabilità, ipotizza, quali motivi di nullità – come tali censurabili oltre i termini decadenziali -, oltre all'indisponibilità della materia, la difformità soggettiva tra le parti del procedimenti e quelle della clausola, l'omessa pronuncia e la violazione di norme sostanziali inderogabili; si v. poi quanto osservato da BOCCAGNA, *Sub art. 829*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 460 ss., che, pure con lo sguardo rivolto all'impugnativa del lodo rituale ex art. 829, comma 3, evidenzia la mancanza di corrispondenza di regime, tra lodo-sentenza e negozio, sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico, posto che, mentre al lodo si applica la regola della conversione della nullità in motivo d'impugnazione, nel caso del negozio contrario all'ordine pubblico, in base al combinato disposto degli artt. 1418 e 1343 c.c., il regime è quella della nullità denunciabile in ogni tempo.

⁴²⁶ Considerazioni che ci sembrano formulate nel senso proposte sono rintracciabili anche in PUNZI, *Disegno*, cit., 634 e nota 42.

⁴²⁷ V. *supra* cap.IV, parr. 4 e 5.

dottrina che ha studiato il fenomeno nel quadro del diritto dell'arbitrato. Peraltro i punti di vista da prendere in considerazione sono fondamentalmente due.

Secondo una prima impostazione, è proprio nel settore degli effetti della decisione arbitrale che nel nostro ordinamento è dato trovare norme la cui applicazione presuppone un contenuto del lodo coincidente con quello di una sentenza. Ed infatti, già si è visto in chiusura del capitolo precedente che l'atto dei periti non potrà mai valere a fini esecutivi ovvero di trascrizione/annotazione.

Ma anche le norme sull'impugnazione presupporrebbero un contenuto del lodo equivalente a quello di una sentenza. Insomma, la possibilità di far valere in via principale, con gli strumenti e nei modi e nei termini prescritti, l'invalidità del lodo è data solo se quest'ultimo abbia deciso in ordine all'attuale esistenza del diritto e non solo limitatamente ad un elemento della fattispecie di esso. In particolare, secondo l'idea che andiamo riportando, quando il lodo arbitrale decide solo di una o di alcune questioni rilevanti per l'esistenza del diritto, l'impugnazione ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c. è superflua e dannosa. Superflua poiché l'invalidità e, dunque, l'inefficacia del lodo può essere fatta valere in via incidentale nella sede in cui l'atto verrà utilizzato; dannosa perché impegnerebbe la macchina della giustizia statale per una questione che non potrebbe essere dedotta, autonomamente, in sede giurisdizionale.

Un supporto normativo a tale ricostruzione sarebbe dato dall'art. 827, comma 3, c.p.c., nella parte in cui stabilisce che il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio (c.d. lodo non definitivo) è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo. Del resto, secondo l'opinione prevalente, il lodo non definitivo ha ad oggetto (non solo ma anche) proprio una di quelle questioni di cui si tratta, cioè l'accertamento relativo ad uno degli elementi della fattispecie del diritto dedotto in sede arbitrale⁴²⁸.

⁴²⁸ L'impostazione sin qui sintetizzata è quella proposta da LUISO, *L'oggetto*, cit., 676-678, e note 20 e 21 per ulteriori riferimenti; pare porsi nella stessa direzione RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1999, 431 ss., in part. 442 e nota 34, in ordine alla possibilità di dedurre in arbitrato anche un oggetto limitato a singole questioni che, in un giudizio arbitrale vertente sull'esistenza di un diritto, potrebbero essere decise dagli arbitri con lodi non definitivi non autonomamente impugnabili; e pag.

Secondo una diversa chiave di lettura⁴²⁹, invece, essendo il responso tecnico degli arbitri vincolante (ed efficace) per le parti, non è accettabile l'idea di una non impugnabilità, in via autonoma ed immediata, della perizia. L'idea di partenza è che la disciplina dell'impugnazione in materia arbitrale è adattabile ad un lodo ad oggetto ristretto.

La decisione dei periti, infatti, dev'essere innanzitutto impugnabile come atto, dunque nell'ottica di far valere la pretesa al suo annullamento. A tal fine, essa sarebbe senz'altro impugnabile per i motivi di nullità del lodo arbitrale elencati dall'art. 829, comma 1, c.p.c., salvo quello di cui al num. 8), che sancisce la nullità del lodo contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti.

Inoltre, con un'interpretazione evolutiva del comma 2 dell'art. 829 c.p.c.⁴³⁰, il lodo sarebbe impugnabile anche per eccesso di potere degli arbitri. In pratica, facendo ricorso alla norma testé citata, le parti potrebbero sottoporre al sindacato del giudice il lodo allorché si presenta come il frutto di un errore palese del perito, che abbia così mostrato di porsi contro o comunque al di sopra della volontà delle parti che, invece, volevano dal lui vedere rispettato un certo tipo di criteri di valutazione.

Per ciò che attiene allo strumento d'impugnazione della perizia arbitrale, sempre secondo questa impostazione, la via da seguire è l'impugnativa per nullità del lodo arbitrale di cui agli artt. 827-830 c.p.c. In tale ottica, l'art. 827, contrariamente a quanto sostenuto dal primo indirizzo,

443 e nota 37, ove si spiega, conformemente sul punto a LUISO, che scopo del divieto d'impugnare immediatamente il lodo non definitivo su questioni è di evitare alla Corte d'appello d'impegnarsi in un'attività su di un oggetto che di per sé non potrebbe essere dedotto autonomamente in sede giurisdizionale. Dell'ultimo Autore citato si veda anche *La divisibilità del lodo arbitrale*, in *Processo e giudizio*, Collana diretta da Giuseppe Tarzia, Padova, 1993, *passim*; più in generale, sul lodo non definitivo, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2007, 630 ss.

⁴²⁹ Che è quella di BOVE, *La perizia*, cit., 205 ss. e ribadita in *La perizia contrattuale*, cit.. Tali idee sono state formulate prima della riforma dell'arbitrato del 2006.

⁴³⁰ Nella sua formulazione letterale prima della riforma del 2006, e cioè: "L'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile". Oggi, a seguito della riforma, tale disposizione è stata trasferita al comma 3, peraltro con un tenore letterale differente, o forse sarebbe meglio dire "rovesciato": "L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico".

non si porrebbe in termini d'incompatibilità con l'impugnazione per nullità del lodo dei periti. Tale norma, infatti, non escluderebbe direttamente l'impugnabilità della perizia arbitrale, ma si limiterebbe, per ragioni di economia processuale, ad evitare la frammentazione di un'unica vicenda processuale dinanzi alla Corte d'appello. In sostanza, par di capire, l'art. 827 si riferirebbe ad un lodo su questione – il lodo non definitivo – emesso nell'arco di un processo arbitrale destinato però a sfociare in un lodo definitivo. Sicché il legislatore avrebbe espresso un'esigenza di concentrazione delle impugnazioni del lodo non definitivo e del lodo definitivo. Detto in altri termini, il lodo peritale è un lodo definitivo, e contro di esso debbono potersi utilizzare i rimedi predisposti avverso i lodi definitivi.

L'affermazione dell'impugnabilità per nullità della perizia arbitrale ha condotto la dottrina qui esaminata all'ulteriore sforzo ermeneutico di adattare tale ragionamento alla disciplina ex art. 830 c.p.c., in materia di giudizio rescissorio dinanzi alla Corte d'appello. Si è così suggerito, riconoscendo l'impossibilità di configurare una pronuncia rescissoria della Corte in caso d'impugnazione di una perizia, di mettere in risalto la volontà delle parti: se esse nulla dispongono in ordine alla fase rescissoria, l'autorità giudiziaria si limita al giudizio rescindente; se invece autorizzano la Corte a pronunciarsi anche in fase rescissoria, la decisione deve necessariamente riguardare la pretesa giuridica nel suo complesso.

A nostro sommo avviso, l'idea della non contestabilità della perizia contrattuale mediante lo strumento dell'impugnativa per nullità predisposto dal codice processuale avverso il lodo arbitrale – che pure è fatta propria dall'indirizzo assolutamente dominante, come riconosciuto dalla stessa dottrina fautrice della tesi opposta⁴³¹ -, si lascia preferire⁴³², per una serie di ragioni.

Il nostro sistema dell'arbitrato, come del resto quello di altri sistemi a noi vicini⁴³³, si caratterizza per concepire il processo arbitrale come un

⁴³¹ Il rilievo, infatti, è dello stesso BOVE, *La perizia*, cit., 226 e note 59, 60 e 61 per ulteriori richiami.

⁴³² Del resto già avevamo anticipato tale soluzione al cap. IV, parr. 4 e 5.

⁴³³ Per es. quello spagnolo.

grado di giudizio sostitutivo del primo grado dinanzi all'autorità giudiziaria. In questo senso le norme sull'impugnazione del lodo rituale, benché non siano le uniche⁴³⁴, rappresentano senz'altro la testimonianza più attendibile. Il codice processuale, infatti, sembra regolare i mezzi d'impugnazione con riguardo ad un lodo che abbia deciso sulla controversia giuridica nel suo complesso.

In particolare, se è vero che l'art. 827, comma 3, c.p.c., vieta l'impugnazione immediata ed autonoma del lodo non definitivo per ragioni di semplificazione e di economia processuale, allora la logica ad esso sottesa risiede nel concepire dinanzi all'autorità giudiziaria solo un processo d'impugnazione avverso un lodo che abbia deciso *tutta la controversia*, che in qualche modo, cioè, si sia pronunciato sul diritto o sul rapporto controverso.

Il lodo non definitivo preso in considerazione dalla norma citata ha ad oggetto “alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale”, dunque è tendenzialmente l'omologo della sentenza non definitiva, la cui genesi è stata individuata in un'erronea valutazione da parte del giudice⁴³⁵, il quale, sbagliando, ha ritenuto fondata una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, idonea a definire il giudizio, salvo poi rendersi conto dell'errore di valutazione in fase decisoria; d'altro canto, la stessa disposizione si occupa del lodo che decide parzialmente il merito della controversia – omologo della c.d. sentenza parzialmente definitiva - assicurandone l'immediata impugnabilità.

Nel processo civile statale, la sentenza non definitiva e la sentenza parzialmente definitiva sono immediatamente impugnabili; nell'arbitrato solo il lodo parziale è immediatamente impugnabile.

Da tale congegno, a nostro avviso, si ricava la regola per cui l'impugnazione per nullità è esperibile solo avverso un lodo che si sia occupato della pretesa giuridica, e non soltanto di una singola questione. In altri termini, la perizia arbitrale non può “partorire” un lodo inquadrabile come definitivo agli effetti dell'art. 827, comma 3, c.p.c.

⁴³⁴ Cfr. *supra* cap. IV.

⁴³⁵ Cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 183.

È anche l'impianto normativo dedicato al giudizio sull'impugnazione per nullità a confermare questa linea di pensiero. Infatti, passata la fase rescindente, ai sensi dell'attuale art. 830, comma 2, c.p.c. nella maggior parte dei casi la Corte d'appello decide anche il merito della controversia, salva una diversa volontà delle parti. Il criterio è invertito in caso di arbitrato con elementi d'internazionalità, ai sensi della seconda parte della norma, ma la sostanza non cambia: in entrambi i casi, la prospettiva della decisione nel merito da parte dell'autorità giurisdizionale, dà conto della logica di fondo - difficilmente sovvertibile con interpretazioni correttive - per la quale l'impugnazione per nullità è spendibile solo nei confronti di un lodo che statuisca sulla pretesa giuridica.

Infine, pare un ulteriore indice sistematico nel senso che l'insieme delle norme in materia d'impugnazione sia riferibile ad una decisione sul diritto – conclusiva, al pari della sentenza, di un primo grado di giudizio - la previsione dell'impugnabilità del lodo anche a mezzo di revocazione (esclusi i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.) e opposizione di terzo.

4. L'impugnabilità della perizia contrattuale

Se il lodo rituale limitato all'accertamento di una questione non è immediatamente e autonomamente impugnabile, si pone il problema di capire se sia configurabile, per altra via, l'impugnabilità di un accertamento vincolante limitato ad una questione tecnica.

Proprio al momento di proporre la nostra ipotesi ricostruttiva in ordine alla perizia, abbiamo ritenuto opportuno, previo inquadramento nell'area dell'arbitrato, riportare il fenomeno al tipo irrituale, non senza aver escluso, peraltro, essendo per l'appunto la perizia un arbitrato ad oggetto ristretto, la possibilità per le parti di optare comunque per la modalità rituale, salvo, per così dire, accettare un lodo non immediatamente contestabile se non, eventualmente e in via incidentale, nella sede in cui si dovesse (ri)aprire la discussione sul diritto.

La possibilità di sottoporre il lodo, ancorché limitato ad un singolo elemento della fattispecie, all'impugnazione, garantisce una tutela senz'altro più completa per le parti compromittenti e, come tale, sistematicamente

preferibile. Ciò, a nostro avviso, conferisce una più spiccata rilevanza giuridica alla perizia contrattuale, se con essa s'intende l'istituto finalizzato a dar soluzione ad una questione con un alto coefficiente di tecnicità attraverso l'intervento dirimente di uno o più terzi dotati di specifiche competenze. Infatti, tale completezza di tutela, garantita dalla prospettiva dell'impugnazione, consente a tale arbitrato, per così dire, tecnico, di essere concepito, anche nella sua appendice impugnatoria, come fenomeno unitario. Ciò è immaginabile, soprattutto, nei casi non infrequenti in cui l'unico punto di contrasto, tra due soggetti legati da un preesistente rapporto, sia rappresentato proprio dal profilo tecnico rimesso all'apprezzamento dei periti. Appare inoltre lecito pensare che, i suddetti casi, abbiano modo di presentarsi, nel contesto dei traffici commerciali, nello svolgimento di rapporti giuridici caratterizzati da pregnanti profili tecnici.

L'arbitrato libero, ancorché “concentrato” su di un elemento tecnico della fattispecie, si esaurisce con l'emanazione, da parte di un terzo esperto, di un atto negoziale; si tratta di un atto di accertamento di un fatto ovvero di una questione.

L'atto negoziale è, come tale, contestabile in ragione della sua invalidità o inefficacia secondo le regole ordinarie. In particolare, l'art. 808 *ter* c.p.c. prevede per il lodo contrattuale l'annullabilità, da parte del giudice competente, secondo le disposizioni del libro I del codice processuale, dunque nell'ambito di un ordinario processo di cognizione.

L'impugnazione di cui si tratta non è certa indirizzata verso un sindacato nel merito da parte dell'autorità giudiziaria. Invero, in tale ipotesi, l'arbitrato si è svolto solo per accertare un elemento (tecnico) della fattispecie, ossia un oggetto non autonomamente deducibile in sede giudiziaria; l'impugnazione è qui finalizzata a contestare la validità o l'efficacia dell'atto, per esempio allegando uno o più vizi della procedura che ha condotto alla sua emissione, cioè lamentando *errores in procedendo*. Del resto, le parti non possono restare vincolate ad un atto il cui percorso formativo risulta viziato.

In altre parole, mediante tale impugnazione, non si chiede la tutela della situazione sostanziale nella cui fattispecie rileva la questione oggetto di

perizia⁴³⁶, ma si fa valere il diritto all'annullamento dell'atto.

5. *L'impugnazione della perizia contrattuale: breve quadro giurisprudenziale*

La giurisprudenza, coerentemente alla maggioritaria idea della riconducibilità del fenomeno peritale all'arbitrato libero⁴³⁷, ha sostenuto a più riprese la possibilità si sottoporre il responso del perito al regime dei negozi giuridici, mentre è sempre stata esclusa in radice l'applicazione del regime del lodo rituale.

In tale ordine d'idee, si è affermata l'operatività, anche nei confronti della perizia contrattuale, delle cause di nullità (artt. 1418 e ss. c.c.) e di annullabilità (artt. 1425 e ss. c.c.) del contratto.

Volendo proporre una breve casistica, anche solo per dare un'idea pratica delle regole sull'impugnazione negoziale applicate alla perizia contrattuale, in ordine alla nullità si può, a mero titolo esemplificativo, pensare all'ipotesi dell'indeterminatezza ovvero dell'indeterminabilità dell'oggetto. Infatti, in un caso specifico, la Cassazione ha affermato che anche alla perizia contrattuale si applica l'art. 1346 c.c., ai sensi del quale l'oggetto del contratto, oltre che lecito e possibile, deve essere determinato o determinabile. In particolare, secondo la S.C. *“la disposizione dell'art. 1346 cod. civ. pone, infatti, una regola di diritto sicuramente applicabile, benché riferita espressamente solo ai contratti, anche agli atti unilaterali (art. 1324 cod. civ.) ed alla perizia contrattuale, che, come, più in generale, il parere reso dagli arbitri (nell'arbitrato libero), non avendo il contenuto decisorio che è proprio del lodo reso nell'arbitrato rituale, agisce (...) nella sfera e con effetti di diritto privato per procedere, in forza dei poteri conferiti dal mandato, ad un regolamento di interessi altrui sul tema in conflitto e per ricollegare alla volontà delle parti il regolamento da essi deliberato con*

⁴³⁶ È ovviamente possibile che la vicenda processuale, previa apposita domanda al giudice statale, finisca col coinvolgere anche il diritto.

⁴³⁷ Inteso, però, come si è indicato al cap. IV, par. 4, come fenomeno innovativo della realtà giuridica, e non già, almeno come ipotesi “normale”, meramente accertativo, come da noi proposto.

natura ed efficacia di carattere negoziale”⁴³⁸.

Per ciò che afferisce all'annullabilità, la giurisprudenza ha seguito le medesime linee direttive tracciate, *in parte qua*, in relazione all'arbitrato irrituale (prima dell'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c.)⁴³⁹. Così, la perizia è stata ritenuta annullabile per errore (del perito) se questo, ex art. 1428 c.c., è essenziale e riconoscibile e cade su uno degli elementi, di cui all'art. 1429 c.c., che le parti abbiano prospettato al terzo. Ciò può accadere quando l'errore incide sul processo di formazione della volontà del perito, nel senso che egli “subisce” un'alterata percezione o una falsa rappresentazione della realtà, omettendo di considerare alcuni elementi rilevanti, supponendone altri inesistenti, o ritenendo pacifici fatti contestati e viceversa.

Si è escluso, ai fini dell'annullamento, la possibilità di far valere errori di giudizio o di interpretazione giuridica. Gli eventuali *errores in procedendo o in iudicando*, che pure si traducano nella violazione del principio del contraddittorio, in base all'orientamento professato dalla Suprema Corte rilevano in quanto integrino un'ipotesi di invalidità, determinando un vizio del consenso o di risoluzione⁴⁴⁰

La perizia contrattuale è stata ritenuta impugnabile anche per dolo o violenza⁴⁴¹

Va inoltre considerato, con particolare riguardo ai contratti di assicurazione, che le polizze spesso prevedono l'impugnazione della perizia per “errore, violenza, dolo, eccesso di mandato e violazione delle condizioni delle norme e i limiti delle condizioni di polizza”, cioè mediante il ricorso alle tipiche azioni di annullamento e di risoluzione per inadempimento predisposte per i contratti⁴⁴².

⁴³⁸ Cass. 12 maggio 2005, n. 10023, in *Mass. giust. civ.* 2005, 5.

⁴³⁹ V. TARZIA, *Nullità e annullamento di lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 451 ss.

⁴⁴⁰ Cass. 16 marzo 2005, 5678, in *Mass. giust. civ.* 2005, 4.

⁴⁴¹ Cass. n. 13954 del 2005, cit.

⁴⁴² Cass. 27 settembre 2002, in *Dir. e prat. delle soc.*, 2003, 17, 85.

6. *L'impugnazione della perizia contrattuale nel quadro attuale dell'arbitrato*

Se quanto riportato e ricostruito finora ha un suo fondamento, occuparsi dell'impugnazione del responso arbitrale tecnico non presenta particolari insidie.

Infatti, se si esclude l'impugnazione secondo la disciplina dettata per il lodo rituale, e se si tiene conto della storica tendenza ad equiparare, anche in punto di regime processuale dell'atto arbitrale, perizia contrattuale ed arbitrato libero, sembra naturale propendere per la soggezione del responso peritale al regime disegnato dall'art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c., onde far valere la pretesa all'annullamento di esso.

Per un verso, infatti, come si è segnalato a più riprese, la giurisprudenza, in linea tendenziale, ha ritenuto la perizia contrattuale impugnabile secondo il regime degli atti negoziali, alla stregua, dunque, del lodo irrituale; per altro verso, l'espressa disciplina del regime del lodo introdotta con l'art. 808 *ter* c.p.c. non frustra la possibilità di continuare a ricollegare, per così dire, il destino processuale della perizia a quello del lodo contrattuale, posto che la riconducibilità della perizia contrattuale all'arbitrato libero appare tuttora, a nostro avviso, la soluzione sistematicamente preferibile.

Eventualmente, si tratta di valutare se, nell'opera di adattamento al responso peritale dei motivi di doglianza previsti per il lodo irrituale, rilevi in qualche modo la differenza oggettivo-quantitativa tra i due atti⁴⁴³.

Invero, con riguardo ai singoli casi d'impugnativa del lodo contrattuale, nulla osta, ad avviso di scrive, all'applicabilità alla perizia dei motivi indicati ai numm. 2) e 3)⁴⁴⁴.

Per quanto concerne il principio del contraddittorio, la sua violazione, come si è visto nel paragrafo precedente, è stata ritenuta idonea a fondare l'azione volta all'annullamento della perizia anche prima della riforma del 2006. Adesso a tale principio, cardine del giusto processo, è stato dato un

⁴⁴³ Anche BOVE, *La perizia*, cit., 207, apre la disamina dell'impugnazione del lodo peritale, inserito peraltro nel quadro dell'arbitrato rituale, rilevando che, anche nella prospettiva dell'impugnazione, alla perizia si devono applicare le norme e i principi vigenti per l'arbitrato fino al punto in cui il suo oggetto rende ciò possibile.

⁴⁴⁴ V. supra, nota 330.

espresso riscontro normativo anche in sede di arbitrato irrituale e, per ciò, risulta pienamente cogente anche in ambito peritale. Si è già riportata, in *parte qua*, l'osservazione secondo la quale ciò che conta è che il contraddittorio sia rispettato in concreto⁴⁴⁵.

Sicuramente applicabile risulta anche il motivo di cui al num. 4), relativo al mancato rispetto, da parte degli arbitri-periti, delle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo. È questa una fattispecie a cui è possibile ricollegare la casistica tradizionalmente inclusiva delle ipotesi di eccesso di mandato.

Inoltre, sulla base del vizio ora considerato, è possibile immaginare, ad esempio, l'invalidità del responso per avere i periti deciso la questione tecnica oltre il termine pattuito; ovvero per avere omesso di rendere conto delle valutazioni compiute onde addivenire alla soluzione della questione, mediante apposita motivazione⁴⁴⁶.

Anche il motivo di cui al num. 1) dell'art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c., appare applicabile alla perizia contrattuale. Qui, semmai, anziché di “conclusioni”, sembrerebbe più appropriato parlare di “questioni”. Invero, il vizio di esorbitanza del lodo rispetto a quanto chiesto dalle parti sembra poter dar luogo, nel caso della perizia, ad un'ipotesi di applicazione di particolare pregnanza. Il fenomeno peritale, infatti, si caratterizza per essere un arbitrato ad oggetto ristretto, per mezzo del quale le parti chiedono a uno o più terzi esperti l'accertamento di una o più questioni ad elevato tasso tecnico. Sicché il compito del perito, in quanto esperto di un certo settore, è richiesto limitatamente alla questione prospettata.

Tuttavia, per un verso, la redazione delle clausole, in punto di delimitazione dell'incarico peritale, può risultare alquanto ambigua; per altro verso, nel corso della procedura, può, per così dire patologicamente, avvenire che i periti si esprimano anche su altri profili del rapporto in contestazione. Se, comunque, in presenza di patto peritale, gli arbitri esorbitano dai limiti oggettivi indicati nel patto stesso, il responso è

⁴⁴⁵ *Supra*, par. 2 e nota 408.

⁴⁴⁶ Offre spunti nel senso dell'obbligo di motivazione della perizia BOVE, *La perizia*, cit., 186, che peraltro riporta l'istituto all'arbitrato rituale; ed anche LUISO, *L'oggetto*, cit., 676; secondo BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, citi., 184, le regole del giusto processo impongono la presenza della motivazione anche nel lodo irrituale.

impugnabile se nel corso del procedimento è stata sollevata la relativa eccezione.

In ordine all'invalidità della convenzione di arbitrato, vizio invocabile anche in caso di perizia, sembra opportuno proporre una riflessione.

Prima della riforma del 2006, l'inesistenza del patto compromissorio rituale dava luogo ad inesistenza del lodo⁴⁴⁷. Adesso, in base al combinato disposto degli artt. 817, comma 3, c.p.c. e 829, comma 1, num. 1), c.p.c., pare che l'inesistenza, al pari dell'invalidità e dell'inefficacia del patto, rilevi quale motivo di nullità del lodo, peraltro se eccepita nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. D'altro canto, il num. 1) dell'art. 808 *ter* fa espresso riferimento soltanto alla "invalidità" della convenzione di arbitrato. Non a caso, una parte della dottrina ha rilevato, con riferimento all'onere dell'eccezione contemplato dall'ultimo inciso della norma – che, peraltro, l'opinione prevalente considera vigente solo per il caso dell'esorbitanza -, che in ipotesi di arbitrato irrituale la sanatoria opera solo in caso di annullabilità della convenzione di arbitrato, e non anche d'inesistenza.

Al di là del problema della sanatoria, se è vero che prima si considerava l'inesistenza del patto compromissorio un'ipotesi che dava luogo ad inesistenza del lodo rituale; e se è anche vero che si riteneva che per il lodo libero valessero gli stessi casi d'inesistenza riferibili al lodo rituale⁴⁴⁸; allora non può trascurarsi il problema della mancata espressa menzione dell'inesistenza della convenzione nell'art. 808 *ter*, a differenza dell'art. 817, che potrebbe essere ritenuta quale indizio perché avverso il lodo-contratto, e dunque anche del lodo peritale, emesso in totale assenza di patto compromissorio, sia configurabile il rimedio della nullità.

La questione appare piuttosto delicata, ed è auspicabile che sul punto si formi un diritto vivente che possa portare un po' di chiarezza.

Rimane fuori, almeno in termini espressi, dall'art. 808 *ter* la possibilità di impugnare la perizia per manifesta erroneità ovvero per dolo dell'arbitro.

⁴⁴⁷ Cfr. RUFFINI, *Sub art. 817*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 288.

⁴⁴⁸ Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 1997, cit., 353 e 361. Ai fini del ragionamento ora proposto nel testo non rileva direttamente la distinzione tra inesistenza e nullità.

La giurisprudenza, come si è visto, ha garantito, entro certi limiti, il sindacato in ordine alla invalidità del lodo irrituale e della perizia contrattuale per errore di fatto o per dolo arbitrare. La necessità, tuttavia, di mantenersi nel solco dell'idea della tassatività dei motivi di annullabilità elencati dall'art. 808 *ter* conduce a porsi il problema circa la possibilità di far rientrare i vizi suddetti nel raggio di azione di alcuno dei casi d'impugnativa del lodo irrituale.

A tal fine, a nostro sommo avviso, si potrebbe porre mente all'ipotesi contemplata all'art. 808 *ter*, comma 2, num. 4). Infatti, si deve pensare che tra le regole cui devono attenersi i periti vi sia quella di una corretta soluzione della questione tecnica o di un preciso accertamento dell'elemento di fatto, soprattutto in ragione della natura del loro incarico.

In caso di perizia contrattuale, il mandato agli arbitri si dà per via della loro preparazione e della loro esperienza in un certo settore tecnico-scientifico; essi sono chiamati esclusivamente ad applicare le nozioni e le massime di esperienza del loro specifico bagaglio tecnico-culturale. Un travisamento di tale direttiva generale snaturerebbe del tutto il compito affidato all'esperto.

In altre parole, un responso manifestamente erroneo, magari emesso con dolo da parte dell'arbitro, è il frutto della violazione della volontà delle parti o, per meglio dire, di regole imposte, sia pure implicitamente, da esse⁴⁴⁹.

Per quanto concerne il profilo dinamico dell'impugnazione, la perizia è annullabile in via di azione dinanzi al giudice competente – del luogo di emissione del responso – nel termine di cinque anni; in via di eccezione, anche se è prescritta l'azione.

La perizia è altresì soggetta, come il lodo libero, al regime della nullità negoziale, benché, rispetto al lodo che decide su diritti, la casistica delle invalidità radicabili si possa presentare più ristretta. Peraltro, *in parte qua*, un'ipotesi può senz'altro essere data dal responso emesso su un elemento o su una questione relativi ad una fattispecie di un diritto indisponibile;

⁴⁴⁹ Un ragionamento simile, se male non s'intende, con riferimento al lodo irrituale, è proposto da BIAVATI, *Sub art. 808 ter*, cit., 174; cfr. anche la nota 423, per una riflessione analoga in ordine all'erroneità della perizia nel quadro dell'impugnazione del lodo rituale.

oppure, rinviando ad un caso indicato nel paragrafo precedente, dalla perizia con un oggetto carente o indeterminato.

Una volta esaurita la fase rescindente del lodo peritale, si apre la possibilità di attivare un nuovo arbitrato, mentre già si è esclusa la prospettiva di una decisione sul merito della controversia da parte del tribunale. Stesso discorso vale in caso di nullità della perizia, sempre che il grave vizio non infici la possibilità stessa dell'arbitrato (ad esempio perché si tratta di accertamento su materia indisponibile)⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Considerazioni analoghe, con riguardo al lodo irrituale, in BIAVATI, Sub art. 808 ter, cit., 175-176.

CONCLUSIONI

L'obiettivo del presente lavoro, come si è illustrato in fase introduttiva, è quello di fornire un contributo – auspicabilmente utile – all'inquadramento sistematico del fenomeno che solitamente è definito come perizia contrattuale.

Ci auguriamo che l'indagine proposta possa, quantomeno, stimolare ulteriori riflessioni. Del resto, il dibattito sul punto è ancora aperto ma, invero, non sembrano molti gli studi che, a prescindere da valutazioni di merito, hanno tentato un'analisi approfondita e completa della perizia contrattuale.

Le ragioni che spingono verso la ricerca di un siffatto risultato derivano, soprattutto, dalla constatazione che il fenomeno peritale, da un lato, risulta da tempo notevolmente diffuso nella prassi; d'altro lato, non è mai stato espressamente e compiutamente regolato, onde la costruzione della sua dimensione giuridica è stata lasciata all'attività dell'interprete, con risultati sovente contrastanti e non appaganti.

Evidentemente, il significativo sviluppo di ipotesi riconducibili alla perizia si spiega in ragione della non trascurabile probabilità che, in seno ai rapporti giuridici, si presenti la necessità di gestire situazione che involgono profili di pregnanza tecnica. In tale contesto possono sorgere così controversie, che possono colpire l'intero rapporto ovvero soltanto l'elemento fattuale o tecnico.

Si è così ritenuto che l'istituto oggetto del presente studio meglio si spiega come fenomeno arbitrale, come mezzo, cioè, finalizzato all'accertamento di una questione di fatto di pregnanza tecnica; l'arbitro, o il perito che dir si voglia, è chiamato fissare uno o più elementi, senza decidere, però, circa l'attuale esistenza del diritto nella cui fattispecie l'elemento tecnico rileva.

Questo schema è rinvenibile, così, in diversi contesti ove è dato scorgere rapporti giuridici comprensivi di profili tecnici. Si pensi, per fare qualche esempio, alle c.d. collegiali mediche in ambito assicurativo, ai collaudi in ambito di appalti, ai collegi sulle mansioni in sede di contratto di

lavoro⁴⁵¹.

Inoltre, nel settore dei rapporti contrattuali internazionali è possibile individuare tutta la diffusione e l'utilità di mezzi alternativi di soluzione delle controversie, non sempre coincidenti con la perizia contrattuale *tout court*, ma comunque pensati per meglio gestire, anche nell'ottica della prevenzione del contenzioso giurisdizionale, i rapporti tra le parti, laddove il contratto si caratterizza per involgere profili e questione ad alto tasso tecnico⁴⁵².

Quanto appena osservato ci consente di segnalare le enormi potenzialità dell'istituto oggetto del presente studio, nell'ottica di una più efficace ed efficiente diffusione della giustizia privata, soprattutto (ma non solo) in seno ai rapporti contrattuali di tipo commerciale.

L'inquadramento della perizia contrattuale come istituto arbitrale consente di isolare concettualmente uno strumento utile al superamento del contrasto relativo alla questione tecnica e, talora, alla prevenzione della controversia giuridica nel suo complesso. Tutto ciò, secondo una struttura processuale, dunque dialettica e partecipata.

Si è detto che, a nostro avviso, tale istituto si spiega meglio secondo la logica dell'arbitrato irrituale; ciò, a ben vedere, offre alla perizia contrattuale una dimensione giuridica più completa, poiché assicura comunque la possibilità dell'impugnativa del responso dell'esperto per farne accertare e dichiarare l'invalidità.

Anche in altri ordinamenti è stato possibile rintracciare esperienze di vicende avvicinate alla perizia contrattuale che si è sviluppata nel nostro sistema. Talora, anche in tali contesti, si è spiegato il fenomeno secondo lo schema della composizione di un contrasto mediante un atto di autonomia privata.

Infine, una precisazione “terminologica”. La dottrina che più

⁴⁵¹ Gli esempi sono suggeriti da CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 158; inoltre, dalla descrizione generale del fenomeno, come da noi ricostruito, e dalla casistica ad esso associata, riteniamo che a questo punto sia più semplice la cernita, con riferimento alle ipotesi di perizia riportate nella fase introduttiva del presente lavoro, tra quelle effettivamente riconducibili al fenomeno peritale e quelle, al contrario, spiegabili facendo ricorso ad altri schemi giuridici.

⁴⁵² Si veda, ad esempio, l'interessante analisi della soluzione delle controversie negli appalti internazionali di CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali di appalto*, in *Dir. del comm. internaz.: prat. internaz. e dir.*, 2009, 753 ss.

approfonditamente ha studiato, nel nostro sistema, la perizia, ha utilizzato l'espressione "perizia arbitrale". In questo scritto si è ritenuta fondata la ricostruzione dell'istituto come peculiare tipologia di arbitrato. Un arbitrato ad oggetto ristretto. Si potrebbe essere tentati, dunque, di proporre pure in questa sede il *nomen* di perizia arbitrale.

Senonché, ritenendo che il paradigma, per così dire immediato, di riferimento sia l'arbitrato irrituale, e considerando che la riforma del 2006 qualifica il lodo ex art. 808 *ter* c.p.c. in termini di "determinazione contrattuale", non pare illogico confermare la denominazione più diffusa di "perizia contrattuale".

BIBLIOGRAFIA

ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1982.

ASCARELLI T., *I c.d. collegi arbitrari per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni*, 1936, II.

AULETTA, *Sub art. 820*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937.

BERGER, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, Berlin-New York, 1992.

BERNARDO SAN JOSE', *Arbitraje y jurisdiccion: incompatibilidad y vias de exclusion*, Granada, 2002.

BERTOLDI, *Sub art. 808 ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO e LUISO, Milano, 2007, III.

BETTI, *Sulla genesi storica del processo formulare*, Pavia, 1934.

BIAMONTI, voce <<Arbitrato>>, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958.

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987.

BIAVATI P., *Sub art. 808 ter*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2007.

BOCCAGNA, *Sub art. 829*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

BOISSESON, *Le droit francais de l'arbitrage*, Paris, 1990.

BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012.

BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi*

dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II.

BONIFACIO, voce <<Arbitro e arbitratore>>, (dir. rom.), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, I.

BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008.

BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001.

- *La perizia arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996.

- *La perizia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI e LUISO, Milano, 2005.

- *Sub art. 808 ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

- *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999.

- *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2012.

- *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998.

BOZZI, *Il negozio di accertamento*, in *I Maestri italiani del diritto civile, Scritti in onore di Rosario Nicolò*, a cura di Lipari, Napoli, 2011.

CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali di appalto*, in *Dir. del comm. internaz: prat. internaz. e dir.*, 2009.

CAMPIONE, *La perizia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2014.

CARADONNA, *Patto successorio e convenzione tra donatari legittimari*, in *Riv. notariato* 2010.

CASTAN, *Derecho civil español, comun y foral*, Madrid, 1939, II.

CATRICALA', voce <<Arbitraggio>>, in *Enc. giur.*, 1988.

CECHELLA, *L'arbitrato*, Milano, 2005.

- *Sub artt. 809-813*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

- *Sub art. 814*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

- *Arbitrato libero e processo (contributo ad una nozione unitaria dell'arbitrato italiano)*, in *Riv. dir. proc.*, 1987.

- *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990.

CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

- *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione – premessa*, in *Corr. Giur*, 2001.

CORDON MORENO, *El arbitraje de derecho provado. Estudio breve de la ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Cizur Menor, 2005.

CORRADO, voce <<Negozio di accertamento>>, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965.

COSTA, *El juicio pericial (de peritos, prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento: una institución procesal consuetudinaria*, Madrid, 1904.

CREMADES SANZ-PASTOR, *El arbitraje de derecho privado en España*, Valencia, 2014.

CRIFO', *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1996.

CURTI, *L'arbitrato*, Milano, 2006.

DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità*

dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione, in www.judicium.it.

DAMBROSIO, *La "determinazione contrattuale" ex art. 808-ter c.p.c. quale espressione di potere dispositivo ex lege*, in *Riv. Arb.*, 2014.

- *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996.

DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999.

DE NOVA G., *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991.

DERMINE, *L'arbitrage commercial en Belgique*, Bruxelles, 1975.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, *El arbitrio de un tercero en los negocios juridicos*, Barcellona, 1957.

- in Julio Gonzalez Soria (coordinador), *Comentario a la nueva ley de arbitraje 60/2003*, de 23 de diciembre, Madrid, 2004.

DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, ta cura di ALPA, Milano, 1999, I.

EAGER, *The Arbitration Contract and Proceedings*, Buffalo-New York, 1971.

FAJARDO FERNANDEZ, *La compraventa con precio determinable*, Madrid, 2001.

FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

FANNI, *La eccezione di clausola peritale e l'ordine di esame delle questioni*, in *Riv. Arb.*, 2001.

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997.

- *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993.

- *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000.

FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005.

- *Lineamenti per una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

- *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996.

FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993.

GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI e LUISO, Milano, 2005.

GAILLARDE – SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, L'aja, Boston, 1999.

GALATI, *Contratti di assicurazione, perizia contrattuale e clausole abusive*, in *I contratti*, 2007.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1988.

GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970.

GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 02.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009.

GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1988.

GLUCK, *Commentario alle Pandette*, III, Milano 1888.

GOLDSCHMIDT, *Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte*, in *GrünhutsZ*, 1875.

GROSSO, *Obbligazioni – Contenuto e requisiti della prestazione – Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966.

GUASP, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona 1956.

HABSCHEID, *Das Schiedsgutachten*, in *Festschrift für Lehmann*, II, Berlin, 1956.

HELLWIG, *System des deutschen zivilprozessrechts*, II, Lipsia, 1919.

HUYS-KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles-Paris, 1981.

KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, I, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, 1987.

KENDALL J., *Expert determination*, Sweet & Maxwell, 2001.

KISCH, *Der schiedsmann im Versicherungsrecht*, Mennheim, Berlino, Lipsia, 1924.

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004.

LA PIRA, “Compromissum” e “litis contestatio” *formulare*, in *Studi in onore di Riccobono*, II, Palermo, 1932.

LANGLE Y RUBIO, *Derecho mercantil español*, Barcelona, 1959.

LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed <<impropria>> del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958.

LOPEZ DE HARO, *Cuestiones practicas. Laudo por virtud de contrato privado*, in *Revista de derecho privado*, 1915.

LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje interno y internacional*, Madrid, 1989.

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, I, II, V.

- *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, IV.

- *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996.

- *L'art. 824 bis*, in *Riv. arb.*, 2010.

- *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *Riv. arb.*, 1996.

MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002.

- *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione*, *Corr. Giur.*, 2001.

- *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006.

MARRONE, *Sull'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arb.*, 1996.

MARTINO, *Arbiter*, vol. 17 della «Biblioteca di ricerche linguistiche e filologiche» del Dipartimento di Studi glottoantropologici dell'Università di Roma "La Sapienza", Roma, 1986.

MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, 1984.

MARULLO di CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008.

- *Note sul contratto di arbitraggio*, in *Riv. arb.* 2006.

MENCHINI, *Sospensione del processo civile. a) Processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro; con l'istituzione arbitrale)*, in *Rass. Arb.*, 1990.

MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983.

MOREAU, *Arbitrage (Droit interne)*, in *Enc. Dalloz*, I, Paris, 1994.

MOTULSKY, *La nature juridique de l'arbitrage*, in ID., *Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, 1974.

MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, Milano, 1905, III.

MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008.

NARDELLI, *Patto di perizia contrattuale ed eccezione di arbitrato*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2.

NAVARRO PEREZ, *La compraventa en el codigo civil: estudio sistematico de este contrato*, Cordoba, 1999.

NICOLO', *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Univ. Messina*, 1934, VII.

NIEVA FENOLL, *Jurisdiccion y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*, Barcelona, 2009.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, *El oscuro objeto del arbitraje*, in *Economist & Jurist*, 2008, n. 118.

ORTOLANI, *Ricusaione dell'arbitro irrituale tra garanzie processuali e buona fede contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2011.

PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II.

PANTALEON PRIETO, *Notas sobre la nueva ley de arbitraje*, in *La Ley-Legislacion*, 1989.

PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1997.

PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I.

PIANO MORTARI, *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1959.

PIERGIOVANNI, *L'arbitrato. Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 1999, I.

PRIETO CASTRO, *El arbitraje segun la legislacion y la jurisprudencia espanolas*, in *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, Novembre 1943.

PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2011.

- voce <<Arbitrato>>, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1995

- <<Efficacia di sentenza>> del lodo, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di FAZZALARI, Milano, 2006.

- *Efficacia di sentenza del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005.

RAMON MULLERAT, *Arbitraje en el mundo y en españa. Una vision estadistica*, kpmg.es, 2010.

REDFERN, *Experts and Arbitrators – an International Perspective*, in *Int. A. L. R.*, 2001.

REGLERO CAMPOS, *El arbitraje: el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1988*, Madrid, 1991.

RICCI E. F., *Sull'impugnazione per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1997.

- *La “natura dell’arbitrato rituale e dele relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Corr. Giur.*, 2001.

- *Sull’impugnativa per errore del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. Proc.*, 1977.

ROBERT, *L’arbitrage*, Paris, 1993.

RUBINO-SAMMARTANO M., *Il diritto dell’arbitrato (interno)*, Padova, 1991.

- *Il diritto dell’arbitrato*, Padova, 2002.

- *Il diritto dell’arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Padova, 2010.

- *Vittoria di tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*, in *Il Foro padano*, 2002.

RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, in *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Padova, 2010.

- *Sub art. 817*, in *La nuova disciplina dell’arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

- *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione*, *Corr. Giur.*, 2001.

- *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1999.

- *La divisibilità del lodo arbitrale*, in *Processo e giudizio*, Collana diretta da Giuseppe Tarzia, Padova, 1993.

SACHSE, *Beweisvertrage*, ZZP, (54), 1929.

SANTORO PASSARELLI, *L’accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956.

SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007.

- *Intorno alla compatibilità tra tutela cautelare e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1995.

- *Sub art. 808 ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di COMOGLIO – CONSOLO – SASSANI – VACCARELLA, VII, Torino, 2014

SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931.

SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923.

SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozes*, Bonn, 1935.

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988.

- *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967.

SCHOLL, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit Suisse*, in *ASA Bulletin*, 2006.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, art. 1321-1352*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna, 1970.

TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958.

TARZIA, *Nullità e annullamento di lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991.

- *Efficacia del lodo e impugnazioni dell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987.

TERRUSI, *La terzietà dell'arbitro irrituale tra ricusazione e revoca del mandato*, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I.

VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, fasc. 12.

VACCARELLA – VERDE, a cura di, *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997.

VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958.

VAZQUEZ BARROS, *El negocio jurídico de compraventa y permuta: comentarios, formularios, jurisprudencia: legislación básica y bibliografía*, Valencia, 2010.

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

VISMARA, *Episcopalis audientia*, Milano, 1923.

VOLPE PUTZOLU G., *Assicurazione, clausola arbitrale e clausola peritale*, in *Riv. arb.*, 1996.

WEISMANN, *Das Schiedsgutachten*, 1888.

WENGER, *Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren in schweizerischen Recht*, Basel, 1968.

WETTER, *The International Arbitral Process*, New York, 1979.

WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages*, 1978.

YANEZ VELASCO, *Comentario a la nueva ley de arbitraje*, Valencia, 2004.

ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010.

- *Sub art. 827*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2007

ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992.