

L'ARBITRATO IN GENERALE

Genova, 9 aprile 2019

- 1) *Excursus* introduttivo sugli Istituti dell'Arbitrato, Arbitraggio e Perizia contrattuale ed analisi delle relative differenze
- 2) Arbitrato rituale ed irrituale
- 3) Arbitrato di diritto e di equità

RIFERIMENTI NORMATI DEGLI ISTITUTI

- ✓ Arbitrato (artt. 806 - 840 C.p.c.);
- ✓ Arbitraggio (art. 1349 C.c.);
- ✓ Perizia Contrattuale (art. 1349 C.c.)

TRATTI SALIENTI DEGLI ISTITUTI

ARBITRATO

Introduzione

L'Arbitrato è un mezzo di risoluzione delle controversie **alternativo** rispetto alla giurisdizione ordinaria, che si caratterizza per la circostanza di prevedere il deferimento del giudizio, **in materia di diritti disponibili**, ad uno o più privati cittadini, affinché essi decidano con un provvedimento, detto Lodo, idoneo a produrre effetti analoghi a quelli di una Sentenza emessa dall'Autorità Giudiziaria ordinaria.

L'arbitrato è regolato dagli artt. 806-840 del Codice di Procedure Civile ma pur costituendo un procedimento in grado di incidere sulla sfera giuridica dei soggetti coinvolti, non se ne trova menzione nella Costituzione che, al contrario, riserva la funzione giurisdizionale (Art. 102) ai «*magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*».

La sostanziale parificazione con il procedimento giudiziale ordinario risiede, quindi, nell'**autonomia** e nella **volontà** delle Parti, che proprio con un **atto di autonomia privata** (come la convenzione arbitrale) e non in base ad un'imposizione dell'autorità, investono del potere decisorio soggetti terzi, sostituendoli all'organo giudiziario ordinario.

CONDIZIONI DELL'AZIONE ARBITRALE

I presupposti necessari perché possa avviarsi una procedura arbitrale sono:

- 1) *Disponibilità dei diritti oggetto della controversia;*

La formulazione ante riforma 2006 escludeva la possibilità di devolvere in Arbitrato tutti i diritti che non potessero essere oggetto di transazione.

La riforma ha modificato l'impostazione precedente, sostituendo il criterio della transigibilità del diritto controverso con la **disponibilità** dello stesso, da intendersi come la possibilità per il titolare di alienare (cioè trasferire ad altri) o rinunciare allo stesso.

- 2) *Attribuzione agli arbitri del potere decisorio, tramite la c.d. convenzione arbitrale.*

La convenzione è espressione dell'autonomia privata e della libertà negoziale dei privati che possono, nei limiti posti dall'ordinamento giuridico e in caso di controversie inerenti a diritti disponibili, possono affidare la risoluzione delle questioni controverse, anziché alla giurisdizione dello Stato, a giudici (*rectius*: arbitri) da essi scelti.

La convenzione arbitrale può assumere due forme:

- a) il **compromesso**, regolato dall'art. 807 del C.p.c., ha ad oggetto una controversia già sorta tra le parti e, a pena di nullità, deve determinare l'oggetto della controversia;
- b) la **clausola compromissoria**, ex art. 808 C.p.c., che riguarda le controversie derivanti da un Contratto che potranno, in futuro, sorgere tra le parti; in questa ipotesi, si parla di «*clausola*» proprio perché il “*patto*” compromissorio viene di solito inserito all'interno di un più ampio regolamento contrattuale a monte, che ha una funzione economica diversa da quella processuale.

Se nella convenzione sono già individuati gli arbitri, l'accordo avrà oggetto maggiormente complesso, poiché contenente anche un'esplicita proposta d'incarico, che gli arbitri potranno o meno accettare; se, invece, tale individuazione manca, avremo un'esplicita o implicita proposta *in incertam personam*, in quanto, anche se le parti nulla avessero preveduto al riguardo, il codice di rito prevede meccanismi surrogatori volti a dare attuazione alla volontà delle parti di ricorrere all'arbitrato.

La convenzione di arbitrato per essere valida deve manifestare gli elementi essenziali del contratto ex art 1325 c.c., ovvero:

- 1) l'**accordo** (volontà di derogare alla giurisdizione);
- 2) l'**oggetto** (il rapporto contrattuale o extracontrattuale controverso), la forma (scritta ex 807 c.p.c.);
- 3) la **causa** (far decidere la controversia al giudice privato anziché dal giudice ordinario).

In relazione alla **forma** necessaria prescritta per la convenzione di arbitrato, l'art. 807 C.p.c. sancisce: «*il compromesso deve, a pena di nullità essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia*», la forma scritta è richiesta *ad substantiam* e non semplicemente *ad probationem*.

Per quanto riguarda la **validità** ed **efficacia** della convenzione, si deve distinguere tra:

CLAUSOLA COMPROMISSORIA → riferimento all'art. 808 II comma C.p.c. ove è previsto che, pur essendo tale clausola parte di un più complesso rapporto contrattuale, è espressamente escluso che vi sia un legame strutturale tra questa clausola ed il contratto → ciò significa che la validità o l'invalidità dell'una non comporta anche la validità o l'invalidità dell'altro

e

COMPROMESSO → si tratta di atto autonomo, stipulato dopo che è sorta la lite e deve, pertanto, farsi riferimento solo ad esso per determinare la volontà arbitrale, non potendo verificarsi alcuna interferenza rispetto al contratto da cui sorge la lite.

La novella del 2006 ha, inoltre, accolto il costante indirizzo della Giurisprudenza della Cassazione nel senso di interpretare estensivamente la convenzione arbitrale.

Da ultimo, sempre con riferimento all'efficacia della clausola, rileva anche l'art. 808-quinquies del Codice di procedura civile il cui fine è mantenere la validità della clausola arbitrale anche nel caso in cui il procedimento arbitrale si sia concluso senza una pronuncia nel merito → ne consegue la sostanziale neutralizzazione del principio generale del *ne bis in idem*.

GLI ARBITRI

L'Art. 809 del Codice di Procedura civile disciplina il numero e la nomina degli arbitri che possono essere uno o di uno, purché in numero dispari.

La Convenzione deve contenere la nomina degli Arbitri o quantomeno stabilirne il numero e le modalità di nomina.

La nomina può avvenire attraverso clausola binaria, con la quale ogni parte ha il diritto di indicare un arbitrato, mentre il terzo arbitrato viene nominato alternativamente o su accordo delle parti o attraverso l'intervento di un soggetto terzo.


Ove non sia prevista la determinazione delle modalità di nomina, supplisce il disposto dell'art. 810 C.p.c. che deferisce tale incombenza al Presidente del Tribunale nel cui circondario è posta la sede dell'arbitrato.

Condizione necessaria e sufficiente per ricoprire il ruolo di arbitro è la capacità legale di agire, sono, dunque, esclusi gli interdetti, gli interdetti ai pubblici uffici, gli inabilitati, i minori anche emancipati, i beneficiari di amministrazione di sostegno. In base alla legge n.28 del 1983 sono altresì esclusi i soggetti privi di cittadinanza italiana.

Al fine di perfezionare la nomina degli arbitri, deve essere data per iscritto e può risultare dalla sottoscrizione del compromesso o dal verbale della prima riunione.

Pertanto, in sintesi, i passaggi necessari per giungere all'instaurazione del giudizio arbitrale possono così riassumersi:

- 1) la parte che intende avvalersi del procedimento arbitrale nomina il proprio arbitro e lo comunica all'altra parte;
- 2) tale comunicazione ha l'effetto di un invito alla controparte di nominare il proprio arbitro al fine di instaurare correttamente e tempestivamente il procedimento al fine di ottenere un lodo che definisca la disputa in atto,
- 3) dopo tale notifica l'altra parte deve comunicare la sua nomina nei venti giorni successivi



se non provvede, la prima, può rivolgersi al Presidente del Tribunale, mediante ricorso, perché provveda in sostituzione alla nomina

SEDE DELL'ARBITRATO

La sede dell'arbitrato, a norma dell'articolo 816 C.p.c., deve essere collocata all'interno del territorio della Repubblica e deve essere determinata dalle Parti o dagli Arbitri.

In mancanza, la sede dell'Arbitrato è quella del luogo in cui è stata stipulata la Convenzione e se tale luogo si trova al di fuori del territorio nazionale, la sede è Roma.

IL LODO E TERMINE PER LA PRONUNCIA

Il Lodo è la decisione con cui gli arbitri, esaminati gli elementi rilevanti della controversia emersi dagli atti e dai documenti prodotti nel corso del procedimento, accolgono o respingono le richieste formulate dalle parti in base a motivazioni di diritto oppure, se previsto nella convenzione arbitrale, di equità.

Il lodo arbitrale è, pertanto, la decisione finale del procedimento di arbitrato rituale.

Le parti sono tenute ad osservare le determinazioni assunte dagli arbitri nel lodo, che, a partire dall'ultima sottoscrizione, è immediatamente vincolante anche per quelle parti che sono rimaste assenti nel processo, a condizione che siano state messe in condizione di parteciparvi.

Il lodo acquisisce così la stessa forza di una sentenza pronunciata dal Giudice.

È necessario precisare però, che il lodo differisce dalla sentenza poiché espressione di mera autonomia negoziale delle parti e gli effetti dell'accertamento conseguono proprio da tale autonomia, *non* dal potere autoritativo statale di definire le controversie.

A tal proposito bisogna richiamare l'art.824-*bis* del Codice di Procedura Civile ai sensi del quale il lodo presenta «*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*». Il lodo non si trasforma in una sentenza, per i motivi visti sopra, ma spiega i medesimi effetti.

Il lodo produce *ex art. 824-bis C.p.c.*, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, rimanendo eventuale e con autonomo procedimento (art. 825 C.p.c.) la fase che conduce ad attribuire al lodo l'esecutività e la possibilità che venga trascritto per fini di pubblicità-notizia.

Anche il lodo, dunque, al pari della sentenza, è suscettibile di **acquisire efficacia di cosa giudicata** e costituisce titolo esecutivo *ex art. 474 C.p.c.* ed inoltre è presupposto idoneo all'iscrizione di ipoteca legale come previsto dall'art. 2819 c.c., nonché alla trascrizione presso i registri immobiliari.

Tale efficacia trae oggi ulteriore e definitiva conferma dal disposto del richiamato art. 824-*bis* C.p.c. mentre la sua trascrivibilità è espressamente sancita dal successivo art. 825 C.p.c.

Nel caso si parli di arbitrato irrituale, il lodo avrà la stessa forza di un contratto tra le parti ex art. 1372 c.c. e, pertanto, in mancanza di spontaneo adempimento, la parte interessata ad ottenere quanto previsto dagli arbitri “*irrituali*” dovrà promuovere un vero e proprio giudizio di accertamento innanzi al Giudice della cognizione ordinaria.

Il lodo irrituale può essere impugnato solo con i mezzi tipici per le impugnazioni contrattuali, e pertanto in caso di vizio di nullità o annullabilità del contratto (errore, violenza, dolo, incapacità delle parti o dell’arbitro).

Il lodo arbitrale deve essere pronunciato dagli arbitri entro il termine stabilito dalle parti. In mancanza, come ipotesi residuale, il Legislatore ha previsto che il lodo debba essere pronunciato entro 240 giorni dall’accettazione dell’incarico (art 820 comma 2 c.p.c.), termine che può essere prorogato quando vi sia una dichiarazione scritta delle parti che congiuntamente ne facciano richiesta agli arbitri oppure dal Presidente del Tribunale competente ex art. 810 c.p.c., qualora ne faccia istanza una parte o gli arbitri: il Presidente del Tribunale, sentite le parti, e qualora non vi siano motivi di particolare urgenza, può concedere la dilazione del termine, purché il termine di 240 giorni del procedimento arbitrale non sia ancora spirato.

ARBITRATO RITUALE E IRRITUALE

L'arbitrato rituale ricorre quando le parti di una controversia demandano agli arbitri/o l'esercizio di una giurisdizione, concorrente con quella ordinaria, per la risoluzione della lite. Il lodo rituale, quindi, fa stato tra le parti *ex art.* 2909 c.c. e determina le preclusioni di cui all'*art.* 324 c.p.c.; in altre parole, è idoneo sia al giudicato formale che a quello sostanziale.

Tale istituto è espressamente disciplinato dal Codice di procedura civile.

L'arbitrato irrituale (detto anche libero o contrattuale) è disciplinato dall'*art.* 808 *ter* C.p.c.¹ e rappresenta la conferma di come il fenomeno arbitrale affondi le sue radici nell'autonomia privata.

La prima e più importante fonte normativa che opera il riconoscimento dell'arbitrato irrituale è l'*art.* 619 Cod. Nav., in relazione alle controversie relative all'avaria del natante.

Già in sede di approvazione del codice della navigazione, quindi, il Legislatore espressamente riconosceva la possibilità di un lodo irrituale, non regolato dalle norme del codice di procedura civile.

Successivamente, anche altre norme ne confermavano l'esistenza: si pensi all'*art.* 7, comma 5, della L. n. 604/1966, in materia di conciliazione ovvero all'*art.* 5, della Legge n. 533/1973, di riforma del processo del lavoro.

Infine, con la riforma operata dal D. Lgs. n. 40/2006 è stato introdotto l'*art.* 808-ter c.p.c., in attuazione di quanto previsto dalla legge di delega, per la quale: si rendeva necessario *«che le norme in materia di arbitrato trovino sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato, salva 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»*.

In ordine a determinati profili le figure dell'arbitrato rituale e irrituale sono perfettamente identiche.

In primo luogo, per quanto concerne l'ambito delle controversie arbitrabili: in entrambi i casi il limite è costituito dall'indisponibilità del diritto.

¹Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo

In secondo luogo, anche nell'arbitrato irrituale la funzione perseguita dalle parti consiste nella **risoluzione di una determinata controversia**. Infine, data la finalità pressoché identica che essi perseguono, vi è una sostanziale similitudine nella **struttura del procedimento**.

Per converso, la differenza tra i due istituti è oggi chiaramente declinata nella formulazione dell'art. 808-ter c.p.c. e viene essenzialmente ricondotta alla volontà delle parti di ottenere un lodo (nel caso dell'irrituale) che vanti un **regime giuridico ed un'efficacia diversa da quelli del lodo rituale**.

Il lodo rituale, infatti, può essere depositato presso la cancelleria del Tribunale del luogo in cui è stato pronunciato e il giudice conferisce con un proprio decreto efficacia esecutiva alla decisione arbitrale; l'art. 808-ter, invece, con riguardo all'arbitrato irrituale esclude espressamente l'applicabilità dell'art. 825 c.p.c.

Altra differenza riguarda il **regime dell'atto**.

Detta diversità si manifesta sotto il **profilo delle contestazioni** che, trattandosi di lodo rituale si esprimono necessariamente con i mezzi d'impugnazione previsti dall'art. 827 c.p.c., mentre in caso di lodo irrituale si fanno valere per tramite del normale processo di cognizione.

A tal riguardo, l'art. 808-ter c.p.c. prevede che il lodo contrattuale è «*annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I*».

Ciò significa sostanzialmente che una volta pronunciato il lodo irrituale, non essendo esso dotato di efficacia esecutiva, la parte vittoriosa ha la necessità di procurarsi un titolo esecutivo: **essa dovrà, pertanto, instaurare un processo di cognizione al fine di munirsi di titolo esecutivo nei confronti della parte soccombente**, la quale in via d'eccezione potrà far valere i motivi d'invalidità del lodo.

Potrebbe tuttavia accadere che sia la parte soccombente ad assumere l'iniziativa, proponendo una domanda dinanzi al giudice ordinariamente competente per chiedere la dichiarazione d'invalidità del lodo.

Infine, giova sottolineare l'aspetto riguardanti da un lato le **finalità della disciplina introdotta con l'art. 808-ter c.p.c.** che possono sostanzialmente ridursi ai seguenti punti: introduzione di un criterio discrezionale tra lodo rituale e irrituale, laddove la convenzione d'arbitrato non sia inequivoca sul punto; individuazione delle norme del c.p.c. che si applicano all'arbitrato irrituale.

In merito alla questione dell'individuazione dei criteri per distinguere le due fattispecie, la Cassazione aveva stabilito che deve «*aversi riguardo alla volontà delle Parti desumibile dall'intero*

contesto della pattuizione e non dall'uno o dall'altra delle espressioni utilizzate nonché dalle regole dell'ermeneutica contrattuale» avendosi



ARBITRATO RITUALE

quando le Parti intendano
demandare agli arbitri una funzione
sostitutiva di quella del Giudice

ARBITRATO IRRITUALE

quando abbiano inteso demandare
la soluzione di controversia in via
negoziale mediante accertamento

Nei casi di dubbia interpretazione, il disposto dell'art. 808-*ter* c.p.c. ha introdotto una regola di chiusura esattamente inversa a quella fatta propria dalla giurisprudenza ante riforma: il primo comma stabilisce che la scelta delle parti di attivare l'arbitrato irrituale deve emergere con chiarezza. Nei casi dubbi, l'arbitrato deve qualificarsi come rituale.

Quanto alle norme del c.p.c. che si applicano all'arbitrato irrituale si è assistito ad un progressivo allargamento delle ipotesi in cui quelle destinate a corredo della disciplina dell'arbitrato rituale vengono applicate anche all'arbitrato irrituale.

Si ritiene, dunque, anche sulla base di un'interpretazione conforme a quanto disposto nella Legge delega n. 366/2001, che all'arbitrato irrituale si applichino tutte le norme del c.p.c. che non siano incompatibili con le caratteristiche proprie del lodo contrattuale.

A tal proposito, deve ritenersi applicabile anche all'arbitrato irrituale o libero, la previsione di cui all'art. 810 C.p.c. nell'ipotesi in cui una parte non provveda alla nomina del proprio arbitro e si renda quindi necessario rivolgersi al Presidente del Tribunale (per tutte Cass. Civ. SS UU., 3 luglio 1989, n. 3189).

Dal punto di vista procedurale, meritano interesse i seguenti profili:

- L'eccezione di esistenza di arbitrato irrituale non è rilevabile d'ufficio e deve quindi essere proposta dalla parte interessata;
- Il principio del contraddittorio è inderogabile ma non deve necessariamente esplicitarsi in forme rigorose e fasi progressive;
- Il termine per la pronuncia del lodo è considerato essenziale e, pertanto, gli atti compiuti successivamente alla scadenza del termine, in assenza di valida proroga, sono inefficaci ed il mandato conferito agli arbitri si estingue con lo spirare di detto termine;
- Il provvedimento che concluda un arbitrato irrituale con la dichiarazione di non luogo a provvedere per decorrenza del termine, dovuto all'inerzia delle Parti preclude la possibilità di trasferire la controversia nanti la giustizia ordinaria, essendosi il procedimento concluso con un provvedimento esaustivo della funzione decisoria degli Arbitri;

QUADRO DI SINTESI

Analogie e differenze tra Arbitrato rituale e irrituale

Analogie

Limite costituito dalla disponibilità del diritto
oggetto di controversia;
funzione perseguita → risoluzione di una con-
troversia
struttura del procedimento;

Differenze

regime giuridico ed efficacia del Lodi, in termini di
valenza di cosa giudicata
possibili mezzi di impugnazione;

ARBITRATO DI DIRITTO E DI EQUITÀ

Si parla di arbitrato di equità: quando gli Arbitri possono deviare dal rigore stesso della norma di legge e riferirsi a usi o principi più ampi di giustizia in senso lato, avuto riguardo al caso concreto, ai suoi elementi e alle sue circostanze.

La disciplina dell'articolo 822 C.p.c. contempla la possibilità che le Parti scelgano di far dirimere la controversia demandata agli Arbitri secondo equità e non con le norme giuridiche tradizionali.

Il problema che si pone è, dunque, il comprendere cosa sia il giudizio di equità.

Il giudizio di equità è il luogo dove gli arbitri, o come li chiamava il codice previgente di procedura civile “amichevoli compositori”, possono esimersi dal giudicare “secondo le norme di diritto”.

Si tratta, quindi, di un giudizio che attinge dall'ordine etico e utilizzando le parole di Carnelutti *«si nota la trasformazione del principio etico in comando giuridico»*.

Nel tempo sono state individuate tre categorie a cui si possono ricondurre le teorie più diffuse in dottrina concernenti la natura del giudizio di equità:

- i) la tesi **soggettiva**, cioè l'arbitro segue la propria coscienza in relazione al caso concreto da giudicare, ovvero “il personale senso di giustizia”;
- ii) la tesi **oggettiva**, in cui l'arbitro non pone in essere una scelta del tutto arbitraria, ma tiene conto di *«valori oggettivi, già emersi nel contesto sociale, ma non ancora tradotti in termini di legge scritta»* (Corte di Cassazione 11 novembre 1991 n. 12014);
- iii) la tesi **riduzionista**, cioè quanto l'arbitro tiene conto del diritto positivo, affinandolo e plasmandolo, quando occorra, sul caso da decidere.

Il Carnelutti contrapponeva il giudizio di legalità al giudizio di equità: al giudizio di legalità corrisponde *«la valutazione del fatto secondo l'ordinamento giuridico»*, nel giudizio di equità la valutazione del fatto viene effettuata *«secondo l'ordine morale»* e conclude che nel giudizio di equità si avrebbe *l'arbitrium boni viri* e non *l'arbitrium merum*, cioè l'agire dell'uomo governato dal buon senso o senso del bene.

Non si tratterebbe, quindi, di decidere secondo una libertà totale e soggettiva ma sempre secondo uno schema logico come imposto anche dalla necessità, disposta dall'art. 823 C.p.c., che il Lodo contenga la sommaria esposizione dei fatti.

Non si può negare, però, che l'equità, in relazione alla fattispecie dedotta nel procedimento arbitrale sia già tradotta in diritto positivo e che, quindi, quest'ultimo coincida perfettamente con la regola equitativa alla cui applicazione sono stati autorizzati gli arbitri. La giurisprudenza ha superato, quindi, un suo precedente orientamento secondo cui qualora le parti avessero affidato agli arbitri il compito di decidere secondo equità ed essi

avessero invece deciso secondo diritto, il lodo sarebbe stato nullo per violazione del mandato ricevuto.

La Cassazione afferma, quindi, che gli Arbitri chiamati a decidere secondo equità *«possono applicare il diritto ogni volta in cui ravvisino la sua coincidenza con l'equità, senza che ciò costituisca vizio di eccesso di potere»* (Cass. Civ. 9 settembre 1992, n. 1032, 4 luglio 2000 n. 8937, 7 maggio 2003 n. 6933).

Tale orientamento sottende il presupposto per cui il diritto deve presumersi equo.

È, quindi, difficile immaginare un lodo “di equità” difforme da un lodo emesso secondo “diritto”.

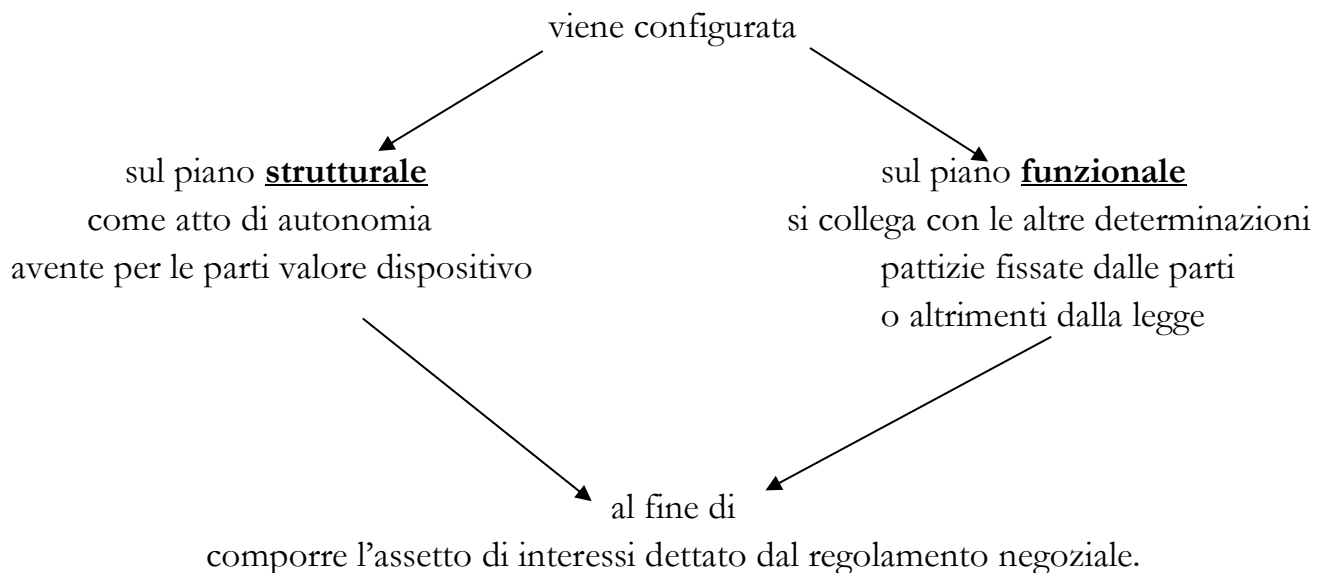
ARBITRAGGIO

1) Cenni generali e natura giuridica

L'arbitraggio è disciplinato dall'art. 1349 C.c. e ricorre quando le Parti di un Contratto deferiscono ad un terzo la determinazione della prestazione dedotta nel contratto stesso.

L'arbitraggio presuppone, quindi, un rapporto contrattuale incompleto, perché mancante di un elemento essenziale e l'istituto dell'arbitraggio ne prevede il completamento mediante l'attività di un terzo che si sostituisce ai contraenti.

L'opera del terzo completa, pertanto, il rapporto contrattuale e la sua determinazione



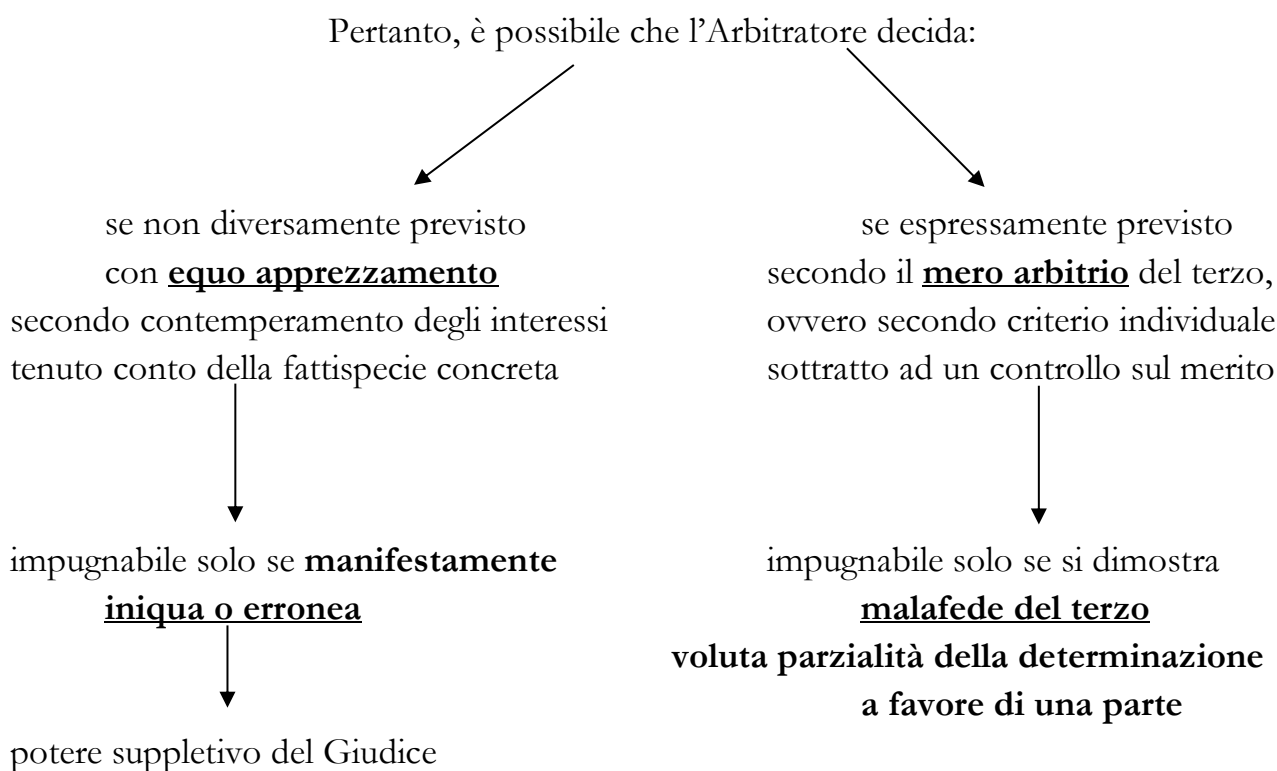
L'ordinamento consente alle parti nell'esercizio della propria libertà di autodeterminazione negoziale di rimettere ad un terzo, esterno al negozio, la facoltà di determinare un elemento del contratto, ma sottopone tale intervento al limite che esso si realizzi ed attui nei binari tracciati dall'art. 1349 c.c.

Ne consegue che, se le Parti non si sono espressamente rimesse al **mero arbitrio** del terzo, quest'ultimo deve procedere con **equo apprezzamento** alla determinazione della prestazione.

Deve, quindi, adottare un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che, in questo caso, svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'**equilibrio mercantile tra prestazioni** contrapposte e di **perequazione** degli interessi economici in gioco.

Pertanto, «l'equo apprezzamento si risolve in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell'arbitro sia viziata da iniquità o erroneità manifesta, il che si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore» (Cass. Civ. III Sez. 30 giugno 2005, n. 13954).

Dal valore precettivo e la sua forza vincolante del disposto dell'art. 1349 C.c., consegue che, se il terzo si discosta dai criteri di valutazione stabiliti dalla norma, il suo atto di determinazione può essere caducato, nel caso di manifesta iniquità o erroneità.



Quanto alla **natura giuridica** dell'Istituto, la Giurisprudenza ha stabilito che l'arbitratore non dirime liti con poteri decisorii ma concorre con le Parti alla formazione del negozio ed ha assimilato tale figura a quella del **mandato collettivo**, con conseguente possibilità di revoca dell'incarico da parte di un solo contraente in presenza di una giusta causa *ex* art. 1726 C.c. (Cass. Civ. 26 marzo 2002, n. 4283).

Ci si è chiesti se il contratto con clausola di arbitraggio costituisca già fin dall'origine perfetto o, comunque, in grado di spiegare una qualche efficacia oppure se il contratto si perfezioni soltanto a seguito della determinazione del terzo.

Ci si è interrogati sulla configurazione formale della clausola di arbitraggio e sulla **accessorietà** o **autonomia** rispetto al negozio cui la stessa è riferita e sulla possibilità che la clausola sia **contenuta in un atto autonomo e separato** dal negozio cui si riferisce.

Quanto al primo profilo, dottrina e giurisprudenza concordano sul **carattere accessorio** della clausola che presuppone, per sua stessa natura, l'esistenza di un rapporto giuridico da definire.

È anche possibile che anche che la clausola sia contenuta in atto separato rispetto al negozio da definirsi, essendo in questo caso qualificata come Contratto di Arbitraggio.

2) La nomina dell'Arbitratore

La nomina viene effettuata dalle Parti o da un soggetto terzo, quale il Presidente del Tribunale.

Alla designazione non può normalmente provvedere il Giudice se non nei casi espressamente previsti dalla Legge, quale il caso previsto dall'art. 1473 C.c., ovvero la determinazione del prezzo rimessa ad un terzo.

La questione è, tuttavia, oggetto di dibattito e sono rinvenibili due teorie

da un lato,

si ritiene che non sia possibile chiedere la nomina al Giudice e sarebbe esperibile solo azione per danni verso la parte che non consenta la designazione

dall'altro lato,

si ritiene che la volontà delle Parti debba essere intesa nel senso che le stesse abbiano **solo rinviato** la e sia quindi ammissibile il Ricorso

È comunque necessario che nella clausola di rinvio esistano parametri prefissati dalle parti che abbiano carattere di precisione e concretezza tali da consentire la futura determinazione senza che sia necessario una nuova dichiarazione di volontà dei contraenti.

3) Impossibilità o rifiuto dell'Arbitratore di procedere con la determinazione

Se il terzo rifiuta o non vuole pronunciarsi, può essere sostituito ma solo nel caso in cui le Parti si fossero rimesse all'equo apprezzamento del terzo, mentre in caso di remissione al mero arbitrio il contratto sarebbe nullo.

La sostituzione può avvenire su accordo delle Parti o, in caso di disaccordo, secondo pronuncia del Giudice in questo caso considerata pacificamente ammissibile.

4) Determinazione giudiziale

Nel caso manchi la determinazione del terzo, può provvedervi il Giudice.

Le modalità procedurali sono quelle previste dall'art. 82 delle disposizioni di attuazione del C.c.²

5) Ipotesi specifiche

5.1 Contratto preliminare

Nell'ipotesi in cui le Parti devolvano ad un terzo la determinazione della prestazione di un Contratto preliminare, la determinazione da parte del terzo non postula un Contratto definitivo, benchè il contratto preliminare ed il definitivo abbiano lo stesso oggetto.

5.2 Contratto di locazione

Non viola il disposto di cui all'art. 54 Legge 392/78 (che prevede la nullità delle clausole che devolvono in Arbitrato ogni controversia relativa alla determinazione del canone), la remissione ai sensi dell'art. 1349 C.c. ad un terzo della determinazione del canone, in quanto tale determinazione avviene *ab origine* e prima dell'insorgenza di qualsivoglia lite.

² L'istanza per la nomina del terzo nei casi previsti dal secondo comma dell'art. 1473 del codice, qualora non vi sia giudizio in corso, si propone con ricorso al presidente del tribunale del luogo in cui deve eseguirsi la consegna della cosa a norma dell'art. 1510 del codice. Il ricorso deve essere notificato alle altre parti interessate e al terzo. Il presidente del tribunale provvede con decreto; contro di questo è ammesso reclamo al primo presidente della corte di appello entro dieci giorni dalla notificazione.

La nomina deve cadere normalmente su persona esperta iscritta in albi o elenchi o ruoli istituiti a norma di legge.

PERIZIA CONTRATTUALE

La perizia contrattuale, figura di creazione essenzialmente pretoria, ricorre tutte le volte in cui le Parti si rivolgono ad un terzo scelto in ragione della sua **particolare competenza tecnica**, affinché operi la determinazione richiesta con una dichiarazione qualificata come mera dichiarazione di scienza, con **esclusione**, quindi, per espressa volontà delle parti, di qualunque valutazione discrezionale.

In particolare, secondo la giurisprudenza, ricorre la figura della perizia contrattuale quando l'incarico conferito al terzo abbia ad oggetto un **apprezzamento tecnico**, circa l'entità delle conseguenze di un evento cui sia collegata la prestazione dell'indennizzo escludendo, implicitamente o esplicitamente, dal contenuto del potere conferitogli ogni determinazione volitiva e discrezionale e s'impegnano a considerare tale apprezzamento come reciprocamente vincolante.

La perizia contrattuale è una **relazione tecnica** redatta da professionisti di un determinato settore (geologi, architetti, periti ed esperti delle CCIAA ecc.) a seguito dell'incarico ricevuto a mezzo di specifico mandato dalle parti per la soluzione di questioni tecniche e non giuridiche. Ai periti dunque **non sono attribuiti poteri di decidere questioni giuridiche come quelle sull'interpretazione, validità ed efficacia di norme contrattuali**. Essa viene impiegata spesso nelle condizioni di polizza dei contratti di assicurazione contro i danni ed ha lo scopo di “fotografare” cause e conseguenze di un determinato sinistro – cioè il quanto si debba liquidare – con riserva di demandarne agli organi giuridici il giudizio circa la sua indennizzabilità.

ANALISI DELLE DIFFERENZE TRA GLI ISTITUTI

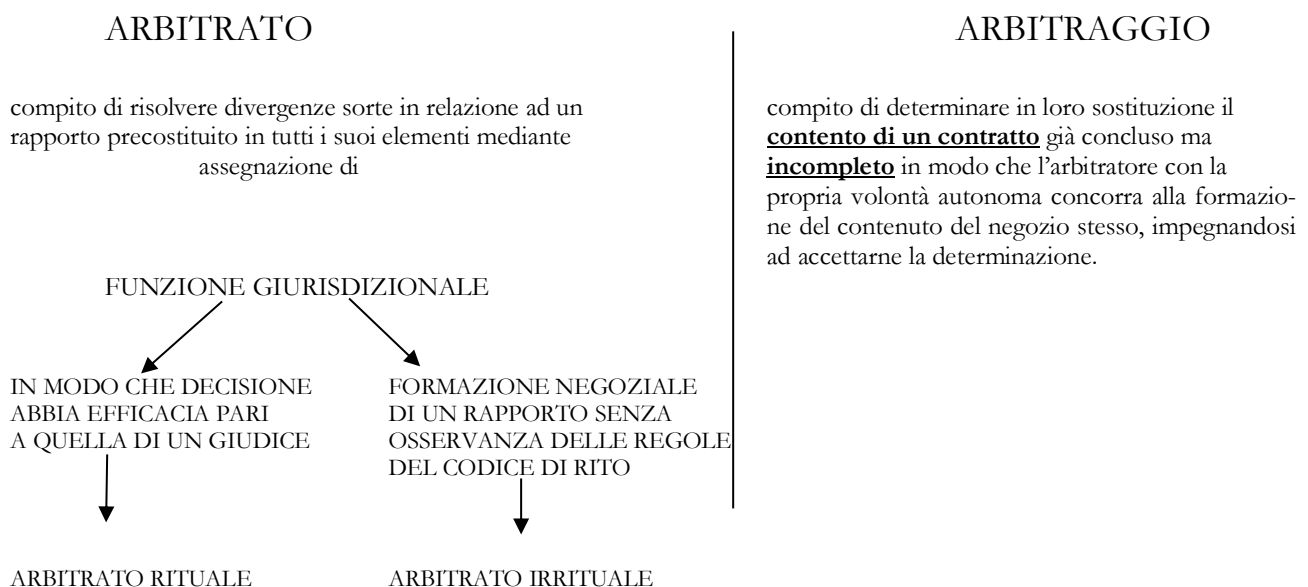
a) Arbitrato – Arbitraggio

La differenza tra questi due istituti appare chiara.

Nell'**arbitrato** esiste una controversia in relazione ad un rapporto precostituito e completo di tutti gli elementi.

Nell'**arbitraggio**, invece, non vi è alcuna situazione controversa ma le Parti si rivolgono ad un terzo affinché determini, in loro sostituzione, il contenuto di un contratto già concluso ma incompleto.

La differenza risiede, quindi, nel **contenuto del mandato** conferito al soggetto terzo estraneo al rapporto e, in particolare:



Pertanto, mentre l'Arbitrato si traduce in un intervento tra opposti e confliggenti diritti, l'arbitraggio completa una fattispecie negoziale e compone un mero conflitto di interessi.

Con più specifico riferimento alla differenza tra arbitrato irrituale e arbitraggio, si è rilevato in Dottrina che mentre nell'arbitrato irrituale le Parti, allo scopo di dirimere una controversia in atto, pongono in essere un negozio espressamente diretto al tal fine, nell'arbitraggio stipulano un contratto lasciandolo volutamente incompleto e dotato di tutti gli elementi per comporre il loro conflitto di interessi, rimettendosi al terzo per la determinazione dell'oggetto della prestazione.

b) Differenze con perizia contrattuale

La Giurisprudenza è unanime nel ritenere che la figura della perizia contrattuale – con cui si deferisce ad uno o più soggetti terzi, dotati di particolare competenza tecnica, il compito di emettere una valutazione tecnica – si differenzia in tutto e per tutto dall'arbitrato irrituale perché oggetto del *petitum* (della domanda giudiziale) e quindi del *decisum* (il contenuto della decisione) attiene ad una questione tecnica e non giuridica.

Ove le parti demandino a terzi la soluzione di questioni prettamente giuridiche (come l'interpretazione del contratto, l'accertamento della sua validità, la valutazione della sua efficacia), tale patto va qualificato come arbitrato, salvo valutare caso per caso se le parti abbiano inteso stipulare un arbitrato libero o rituale.

Ove, invece, le parti abbiano inteso demandare a terzi il mero accertamento e rilievo di dati tecnici (esistenza del danno, valore delle cose danneggiate, stima dell'indennizzo), tale patto va qualificato come perizia contrattuale con la quale viene quindi richiesta al soggetto terzo una mera dichiarazione di scienza.

La pattuizione e l'esecuzione di una perizia contrattuale non impedisce alle parti di ricorrere al giudice per la risoluzione delle controversie che riguardano la soluzione di questioni giuridiche, per la semplice ragione che tali controversie sono state escluse da quelle demandate ai periti.

La c.d. perizia contrattuale costituisce, quindi, una particolare specie di arbitrato irrituale, inerente questioni meramente tecniche e non è stata oggetto di specifica disciplina nella riforma del 2006.

Secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione ricorre la fattispecie dell'arbitrato irrituale quando le parti devolvono all'arbitro il compito di definire in via negoziale le liti in atto, o che potrebbero insorgere tra loro in relazione a determinati rapporti giuridici, mentre è qualificabile come perizia contrattuale il responso tecnico del terzo, che le parti accettano *ab origine* come se fosse estrinsecazione della loro volontà.

La Cassazione, con la sentenza del 16 febbraio 2016 n. 2996, ha esaminato il *discrimen* tra perizia contrattuale ed arbitrato stabilendo i criteri per verificare se sussiste l'una o l'altra figura quando le parti inseriscono nel contratto di assicurazione un patto con il quale incaricano terzi di comporre eventuali contestazioni.

Se le parti devolvono a terzi la soluzione di problematiche strettamente giuridiche il patto *de quo* è qualificabile come arbitrato; si versa, invece, nell'ambito della perizia contrattuale laddove le parti rimettono al terzo il solo accertamento di dati tecnici.

A titolo esemplificativo si rientra nel campo dell'arbitrato quando compito del terzo è interpretare il contratto od accertarne la validità, della perizia contrattuale, invece, quando il terzo deve stimare il danno subito ed il conseguente indennizzo

La perizia contrattuale si distingue anche **dall'arbitraggio** perché il perito non deve ricercare un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile – come invece gli arbitratori o l'arbitratore – ma deve unicamente attenersi ai parametri e norme tecnico – scientifici proprie della sua scienza, tecnica o arte. Viene, quindi, meno il criterio dell'equo apprezzamento.

Nella perizia contrattuale, la decisione dei periti è impugnabile solo attraverso le tipiche azioni di annullamento e risoluzione per inadempimento e non anche attraverso i rimedi previsti dal codice di rito, con la conseguenza che eventuali errori in iudicando o in procedendo possono essere fatti valere solo se sfociati in cause di invalidità o risoluzione (incapacità o vizi del consenso) o di risoluzione della perizia stessa.