



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXV - N. 4/2015  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

**Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina**



GIUFFRÈ EDITORE

**comitato scientifico**

GUIDO ALPA - FERRUCCIO AULETTA - PIERO BERNARDINI - PAOLO BIAVATI - MAURO BOVE - FEDERICO CARPI - CLAUDIO CONSOLO - DIEGO CORAPI - GABRIELE CRESPI REGHIZZI - FABRIZIO CRISCUOLO - GIORGIO GAJA - FRANCESCO PAOLO LUISO - RICCARDO LUZZATTO - NICOLA PICARDI - EUGENIO PICOZZA - CARMINE PUNZI - LUCA RADICATI DI BROZOLO - PIETRO RESCIGNO - GIORGIO SACERDOTI - LAURA SALVANESCHI - FERRUCCIO TOMMASEO - ROMANO VACCARELLA - GIOVANNI VERDE - VINCENZO VIGORITI - ATTILIO ZIMATORE.

**già diretta da** ELIO FAZZALARI.

**direzione:** ANTONIO BRIGUGLIO - GIORGIO DE NOVA - ANDREA GIARDINA.

MARIA BEATRICE DELI (*direttore responsabile*).

**redazione**

ANDREA BANDINI - LAURA BERGAMINI - ALDO BERLINGUER - ANDREA CARLEVARIS - CLAUDIO CECHELLA - MASSIMO COCCIA - ALESSANDRA COLOSIMO - FLAVIA CONTE - ELENA D'ALESSANDRO - ANNA DE LUCA - FERDINANDO EMANUELE - ALESSANDRO FUSILLO - DANTE GROSSI - MAURO LONGO - ROBERTO MARENCO † - FABRIZIO MARRELLA - ELENA OCCHIPINTI - ANDREW G. PATON - FRANCESCA PIETRANGELI - SIMONA SCIPIONI - ROBERTO VACCARELLA

*Segretari di redazione:* ANDREA ATTERITANO - MARIANGELA ZUMPARO.

La *Direzione* e la *Redazione* della Rivista hanno sede presso l'Associazione Italiana per l'Arbitrato, in Roma, Via Barnaba Oriani, 34 (c.a.p. 00197) tel. 06/42014749 - 06/42014665; fax 06/4882677; [www.arbitratoaia.org](http://www.arbitratoaia.org)  
e-mail: [info@arbitratoaia.org](mailto:info@arbitratoaia.org)

L'*Amministrazione* ha sede presso la Casa Editrice, in Milano (c.a.p. 20151), Via Busto Arsizio, 40 - Internet: <http://www.giuffre.it>  
e-mail: [vendite@giuffre.it](mailto:vendite@giuffre.it)



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXV - N. 4/2015  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

**Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina**



**GIUFFRÈ EDITORE**

## INDICE

### DOTTRINA

GIULIO PALERMO, <i>Il principio di mutual trust: ultimo baluardo della comunitarizzazione dell'arbitrato commerciale?</i> .....	645
BEKA TAVARTKILADZE, <i>La sostituzione dell'arbitro successivamente all'intervento di un terzo</i> .....	659
FLAVIA IACOVELLA, <i>Una sentenza arbitrale cinquecentesca fra Comunità delle terrae ecclesiae</i> .....	687

### GIURISPRUDENZA ORDINARIA

#### I) Italiana

*Sentenze annotate:*

Cass., Sez., III 10 aprile 2015, n. 7176, con nota di F. CAMPIONE, <i>La perizia contrattuale nel sistema dell'arbitrato e delle clausole vessatorie</i> .....	701
Cass., Sez., III 30 giugno 2015, n. 13312, con nota di F. TIZI, <i>Vessatorietà della clausola che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario dei periti-arbitri indipendente dall'esito della controversia</i> .....	723
Cass., Sez., I 16 novembre 2015, n. 23402, con nota di F. LOCATELLI, <i>Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale</i> .....	739

### RASSEGNE E COMMENTI

FERRUCCIO AULETTA, <i>La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico</i> .....	757
ANTONIO BRIGUGLIO, <i>La consulenza tecnica in arbitrato tra soft law e questioni irrisolte ma risolvibili</i> .....	763
ANDREA ZOPPINI, <i>La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale</i> .....	769

**DOCUMENTI E NOTIZIE**

*Note sulla consulenza tecnica nell'ambito di arbitrati amministrati dalla  
Camera Arbitrale di Milano ..... 783*

*I Reports dell'ISPRAMED sulla indipendenza ed imparzialità e sulla  
selezione degli arbitri [con introduzione di V. RENNA] ..... 795*

## Il principio di *mutual trust*: ultimo baluardo della comunitarizzazione dell'arbitrato commerciale?

GIULIO PALERMO (\*)

1. Il principio di *mutual trust*. — 2. Le *anti-suit injunctions*. — 3. Incompatibilità tra il principio di *mutual trust* e le *anti-suit injunctions*. — 4. Conclusioni.

1. Il presente scritto esamina l'applicazione da parte della Corte di Giustizia europea (di seguito "Corte di Giustizia") del principio di fiducia reciproca, meglio noto come *mutual trust*, al diritto dell'arbitrato internazionale in seguito alla sentenza resa dalla medesima corte nel caso C-536/13 <sup>(1)</sup> (di seguito "*Gazprom*"). Prima di illustrare quali siano le conseguenze di carattere pratico derivanti dall'applicazione o meno di questo principio in materia arbitrale (*infra* Sezione 4), giova preliminarmente analizzare l'ambito d'applicazione di detto principio in diritto comunitario (*infra* sezione 1), l'istituto delle *anti-suit injunctions* (di seguito "ASI") (*infra* Sezione 2) e l'incompatibilità tra tale ultimo istituto giuridico e il principio di *mutual trust* (*infra* Sezione 3).

Il principio di *mutual trust* è codificato all'art. 81, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito "TFUE") ove si legge: "*L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*".

Prima che detto principio fosse codificato nel TFEU, lo stesso era già stato posto a fondamento di molteplici decisioni della Corte di Giustizia. Nel caso *Erich Gasser GmbH c. Misat S.r.l.* (di seguito "*Gasser*"), la Corte di Giustizia difatti aveva osservato che "*la Convenzione di Bruxelles si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reci-*

---

(\*) Avvocato in Ginevra.

<sup>(1)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2015, C-536/13, "*Gazprom*" OAO c. *Lietuvos Respublika*.

*procamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie. Questa fiducia reciproca ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza, che tutti i giudici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione sono tenuti a rispettare, e la correlativa rinuncia da parte di questi stessi Stati alle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione delle sentenze straniere a favore di un meccanismo semplificato di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni giudiziarie” (2).*

Successivamente, nel caso *Turner v. Grovit* (di seguito “*Turner*”), oltre a richiamare espressamente quanto già statuito in *Gasser* (3), la Corte di Giustizia aveva affermato che “[i]nerisce a tale principio di reciproca fiducia il fatto che, nell’ambito di applicazione della Convenzione, le norme di competenza della Convenzione, che valgono per tutti i giudici degli Stati contraenti, possono venire interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi” (4).

La possibilità che ciascun giudice comunitario possa, con pari autorità, interpretare ed applicare l’allora Convenzione di Bruxelles ed il successivo Regolamento (CE) n. 44/2001 (5) (di seguito “Reg. Bruxelles I”) (congiuntamente e di seguito “Regime Bruxelles”), si traduce, *inter alia*: (i) nell’obbligo del giudice successivamente adito di sospendere d’ufficio il procedimento pendente dinnanzi a lui fino a quando sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza (6); e (ii) nel divieto, per ogni giudice comunitario, di inibire una parte dall’avviare, o dal continuare, un’azione dinanzi ad un altro giudice, in quanto tale azione rappresenta inevitabilmente “*un’ingerenza nella competenza del giudice straniero, incompatibile, come tale, con [il Regime Bruxelles]*” (7). Ciò vale anche quando l’incardinamento dell’azione dinnanzi al primo giudice può essere considerato un abuso procedurale, dal momento che, anche una decisione sul carattere abusivo di tale azione, implica una valutazione “*contraria al principio della reciproca fiducia*” (8).

2. Un tipico esempio di ingerenza nella competenza del giudice straniero è l’emissione di una ASI. Le ASI sono definite come “*i provve-*

---

(2) Sentenza della Corte di Giustizia del 9 dicembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. Misat S.r.l.* par. 72.

(3) Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*, par. 24.

(4) Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*, par. 25.

(5) Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

(6) *Ex art. 27 Reg. Bruxelles I.*

(7) Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*, par. 27.

(8) Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*, par. 28.

dimenti con i quali un organo giudicante (corte statale o tribunale arbitrale) ingiunge a una parte privata di adottare comportamenti, attivi o più spesso omissivi, in relazione alla promozione di un'azione di fronte ad un diverso organo giudicante" (9). L'esempio più diffuso di ASI è il provvedimento emesso da un giudice statale nei confronti di una parte attuale o potenziale di un processo incardinato dinanzi ad un'altra corte statale. In questo caso, "[se] il destinatario di una siffatta ingiunzione non vi ottemperi, egli si espone ad azioni giudiziarie per oltraggio alla Corte, sanzionabile con pene che vanno fino alla detenzione o alla confisca dei beni" (10).

Le ASI possono altresì essere emesse da tribunali arbitrali nei confronti di una parte attuale o potenziale di un giudizio statale. Tuttavia, l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri (11) impedisce agli stessi, a differenza dei giudici statali, di sanzionare la parte ingiunta che non ottemperi all'ASI ricevuta. Da ultimo va ricordato che le ASI sono utilizzate anche da tribunali statali nei confronti di tribunali arbitrali (12) e da tribunali arbitrali nei confronti di altri tribunali arbitrali (13).

Le ASI sono tipiche nelle giurisdizioni di *common law* e considerate con scetticismo dalle giurisdizioni di *civil law*. I sostenitori dell'utilità delle ASI ritengono che attraverso detto strumento/istituto, una parte di un giudizio statale o di un procedimento arbitrale possa tutelarsi dalle tattiche dilatorie poste in essere dalla controparte la quale, attraverso l'instaurazione di molteplici procedimenti paralleli in giurisdizioni straniere, miri ad evitare la conclusione del giudizio in corso. Di contro, i sostenitori dell'illegittimità della ASI affermano che le stesse siano altamente lesive della dignità dell'organo giudicante che ne è destinatario, sebbene le stesse non siano direttamente indirizzate all'organo giudicante, ma ad una parte attuale o potenziale di un processo (14).

---

(9) M. V. BENEDETTELLI, *Le anti-suit injunctions nell'arbitrato internazionale: questioni di legittimità e opportunità*, in questa Rivista, 2014, p. 708.

(10) Sentenza della Corte di Giustizia del 10 febbraio 2009, C-185/07, *Allianz SpA e Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, par. 20; per una dettagliata disamina delle conseguenze sanzionatorie delle ASI si veda M. V. BENEDETTELLI, *op. cit.*, pp. 704-706.

(11) G. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in questa Rivista, 2002, p. 635.

(12) *Salini Costruttori S.p.A. c. Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Abeba Water and Sewerage Authority*, ICC case n. 10623, del 7 dicembre 2001; *Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, Supreme Court of Pakistan*, C.A. n. 459, del 3 luglio 2002; *Air (PTY) Ltd. c. International Air Transport Association (IATA) e C. SA en liquidation*, République et Canton de Genève, Tribunal de première instance, Order, ref. C/1043/2005-15SP, 2 maggio 2005, in cui il giudice svizzero rifiutava il riconoscimento di una ASI indirizzata ad un tribunale arbitrale.

(13) M. SCHERER e W. JAHNEL, *Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective*, in *International Arbitration Law Review*, 2009, pp. 71-73, in cui citano un lodo del 2005 emesso a seguito di un procedimento arbitrale amministrato dalla *International Court of Arbitration* dell'ICC; si veda anche *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case n. ARB/01/13, ordinanza del 16 ottobre 2002.

(14) N. ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, *International Arbitration Law Library*, Volume 30, Kluwer Law International, 2014, p. 120.



3. L'utilizzo delle ASI da parte dei giudici degli stati membri dell'Unione Europea è stato oggetto della celebre decisione della Corte di Giustizia nel caso C-185/07<sup>(15)</sup> (di seguito "*West Tankers*"). Con tale decisione, la Corte di Giustizia ha stabilito che "... una *anti-suit injunction*, ... non rispetta ... il principio generale risultante dalla giurisprudenza della Corte relativa alla Convenzione di Bruxelles<sup>(16)</sup>, secondo cui ciascun giudice adito accerta esso stesso, in forza delle disposizioni ad esso applicabili, la propria competenza a pronunciarsi sulla controversia ad esso sottoposta"<sup>(17)</sup>. La Corte di Giustizia ha inoltre osservato che "... ostacolando un giudice di un altro Stato membro nell'esercizio dei poteri che il regolamento n. 44/2001 gli attribuisce ... una siffatta *anti-suit injunction* va, allo stesso tempo, in senso opposto alla fiducia che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie e sulla quale è fondato il sistema di competenze del Reg. 44/2001"<sup>(18)</sup>.

Quest'ultima decisione, insieme alle altre soprarichiamate *Gasser e Turner* (*supra* Sezione I) permette di concludere che il principio di *mutual trust* trova applicazione ogni qualvolta la fattispecie sia retta dal Regime Bruxelles. Giova ricordare che, nel caso *West Tankers*, l'ambito d'applicazione del Regime Bruxelles era stato esteso anche alle dispute in cui la materia arbitrata era oggetto del contendere in via incidentale<sup>(19)</sup> (*i.e.* nel caso in cui una parte incardina dinnanzi al giudice comunitario un giudizio di merito e la convenuta sollevi un'eccezione di incompetenza basata sulla validità e/o esistenza di una clausola arbitrata) nonostante l'art. 1, comma 2, lettera (d), del Reg. Bruxelles I escluda l'arbitrato dal suo ambito d'applicazione.

La sentenza *West Tankers* tuttavia non ha chiarito se il principio di *mutual trust* trovi applicazione anche quando i giudici comunitari siano chiamati ad operare al di fuori dell'ambito d'applicazione del Regime Bruxelles (*i.e.* nel caso in cui una parte richieda ad un giudice comunitario l'emissione di una ASI volta a proteggere un procedimento arbitrato). Rimaneva dunque aperta la questione relativa alla possibilità che un giudice comunitario potesse emettere una ASI vietando ad una parte di avviare, o di continuare, un'azione dinanzi ad un altro giudice comunitario senza ingerire nella competenza del giudice straniero nel caso di un

---

<sup>(15)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 10 febbraio 2009, C-185/07.

<sup>(16)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 2004, C-159/02, par. 27.

<sup>(17)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 10 febbraio 2009, C-185/07, par. 29. Principio che è altresì rafforzato dall'esplicito divieto di riesame della giurisdizione di un giudice comunitario da parte di un altro giudice comunitario, si veda in tal senso la Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 1991, C-351/89, *Overseas Union Ltd. e Deutsche Ruck UK Reinsurance Ltd. e Pine Top Insurance Company Ltd. c. New Hampshire Insurance Company*, par. 24.

<sup>(18)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 10 febbraio 2009, C-185/07, par. 30.

<sup>(19)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 10 febbraio 2009, C-185/07, par. 26.

procedimento instaurato al di fuori del Regime Bruxelles. Nel caso *Gazprom*, la Corte di Giustizia ha indirettamente affrontato il tema articolando un *test* che risulta completare il ragionamento precedentemente espresso in *West Tankers* anche al di fuori dell'ambito di applicazione del Regime Bruxelles.

Prima di analizzare le conseguenze pratiche della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Gazprom* (infra B), appare tuttavia utile illustrarne brevemente il contesto fattuale (infra § (A)).

### **(A) Incompatibilità tra il principio di *mutual trust* e le ASI alla luce del caso *Gazprom***

Con lodo del 31 luglio 2012 (di seguito il “Lodo”) emesso al termine di un procedimento arbitrale amministrato dalla *Stockholm Chamber of Commerce*, un tribunale arbitrale internazionale con sede a Stoccolma ingiungeva ad una parte di ritirare o ridurre alcune delle domande formulate dalla stessa dinanzi alle corti statali lituane. In data 17 dicembre 2012, le corti lituane rigettavano la richiesta di riconoscimento del suddetto lodo presentata dalla parte attrice del procedimento arbitrale ritenendo che il tribunale arbitrale avesse deciso su una materia non arbitrabile ed in violazione dell'ordine pubblico lituano.

Il diniego di riconoscimento ed esecuzione veniva impugnato dall'attrice del procedimento arbitrale dinanzi alla Corte suprema della Lituania. Quest'ultima richiedeva alla Corte di Giustizia di esprimersi circa la compatibilità tra le ASI emesse da un tribunale arbitrale (*i.e.* che aveva ingiunto ad una parte di ritirare o ridurre alcune delle domande formulate dalla stessa dinanzi alle corti statali lituane) ed il Reg. Bruxelles I in ragione della potenziale incompatibilità tra il lodo del 31 luglio 2012 e la giurisprudenza comunitaria “*West Tankers*” in cui, come illustrato precedentemente (*supra* Sezione III), la Corte di Giustizia aveva affermato l'incompatibilità tra le ASI emesse da un giudice comunitario ed il Reg. Bruxelles I. Il quesito posto dalla Corte Suprema della Lituania alla Corte di Giustizia era dunque teso a stabilire se, ai sensi del diritto comunitario, quanto statuito dalla Corte di Giustizia nel caso *West Tankers* fosse applicabile nel caso di specie, ovvero se la disciplina applicabile alle ASI emesse da un giudice comunitario nell'ambito di applicazione del Regime Bruxelles fosse analogicamente applicabile alla disciplina delle ASI emesse da un tribunale arbitrale.

La Corte di Giustizia, richiamando espressamente i principi statuiti in *West Tankers*, ha rigettato una tale applicazione analogica sotto diversi profili. Il giudice comunitario ha innanzitutto escluso che quanto deciso nel caso *West Tankers* possa trovare applicazione nel caso di specie in ragione del fatto che il provvedimento inibitorio è stato emesso da un tribunale arbitrale e non, come nel caso *West Tankers*, da un giudice comunitario. Trattandosi in questo caso di un provvedimento emesso da

un tribunale arbitrale, lo stesso non può ricadere nell'ambito d'applicazione del Regime Bruxelles, che, come noto, esclude espressamente la materia dell'arbitrato dal proprio ambito di applicazione<sup>(20)</sup>.

Quanto al principio di *mutual trust* tra istituzioni giudiziarie elaborato in *West Tankers*, la Corte di Giustizia ha osservato che non vi è violazione del suddetto principio quando il provvedimento ingiuntivo sia emesso da un tribunale arbitrale e non dunque da un giudice statale<sup>(21)</sup>. Anche se si equiparasse la funzione di un tribunale arbitrale a quella di un organo giudiziario, in ogni caso, secondo la Corte di Giustizia, non vi sarebbe violazione del principio di *mutual trust* tra istituzioni giudiziarie in quanto una ASI emessa da un tribunale arbitrale non priva una parte della protezione del giudice statale, posto che il provvedimento inibitorio potrà essere impugnato dinanzi al giudice statale in fase di riconoscimento ed esecuzione dello stesso<sup>(22)</sup>. In ogni caso, ha concluso la Corte di Giustizia, gli effetti di una ASI emessa da un tribunale arbitrale non sono paragonabili a quelli di una ASI emessa da un giudice statale data l'assenza d'*imperium* dei provvedimenti dell'arbitro<sup>(23)</sup>.

Giova sottolineare quindi che il criterio che la Corte di Giustizia ha adottato per stabilire se una ASI sia o meno compatibile con il principio di *mutual trust*, e quindi con il diritto comunitario, non è l'applicazione o meno del Regime Bruxelles, ma piuttosto l'identità dell'organo che emettere l'ASI (*i.e.* tribunale arbitrale o giudice comunitario).

### **(B) Le conseguenze pratiche del caso *Gazprom***

La sentenza in esame chiarisce, ma allo stesso tempo complica, la questione della compatibilità delle ASI con il diritto comunitario. Di seguito, verranno analizzati i risvolti pratici che il caso *Gazprom* fornisce in relazione alle ASI emesse dai tribunali arbitrali (*infra* § (i)) e a quelle emesse dai giudici comunitari (*infra* § (ii)).

#### *(i) ASI emesse dai tribunali arbitrali*

Nella decisione in esame la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto la possibilità per i tribunali arbitrali di emettere ASI nei confronti di una parte attuale o potenziale di un giudizio instaurato dinnanzi ad un giudice comunitario, salvo il diritto della parte ingiunta di poter opporsi a tale decisione in sede di riconoscimento e/o esecuzione della ASI. Ciò conferma che le ASI emesse da un tribunale arbitrale possono essere senz'altro un valido strumento di protezione del procedimento arbitrale, ma solo a patto che un giudice le riconosca come valide.

---

<sup>(20)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2015, C-536/13, "*Gazprom*" OAO c. *Lietuvos Respublika*, par. 36.

<sup>(21)</sup> *Ibid.*, par. 37.

<sup>(22)</sup> *Ibid.*, parr. 38-39.

<sup>(23)</sup> *Ibid.*, par. 40.

Nel caso di specie, i giudici di prime cure lituani avevano rifiutato il riconoscimento della ASI contenuta nel lodo del 31 luglio 2012 *ex art. V*, paragrafo 2, lettere (a) e (b), della Convenzione di New York (di seguito “CNY”) ritenendo che il tribunale arbitrale avesse statuito circa una materia non arbitrabile ed in violazione dell’ordine pubblico lituano. Ferma restando la discrezionalità del giudice e del legislatore lituano di definire ai sensi del diritto interno l’ambito di applicazione delle lettere (a) e (b) del paragrafo 2 dell’art. V della CNY, la scelta dei giudici lituani appare tuttavia discutibile.

La censura relativa alla non arbitrabilità della materia, *ex art. V*, paragrafo 2, lettera (a), della CNY appare imprecisa in quanto il giudice lituano ha affermato che il lodo del 31 luglio 2012 “*non potesse decidere su una questione già sollevata dinanzi al [giudice lituano] ed esaminata da quest’ultimo*” (24). Questa motivazione sembra confondere l’istituto giuridico della litispendenza (25) con quello dell’arbitrabilità (26) visto che il giudice lituano non contesta l’arbitrabilità della materia oggetto del contendere ai sensi del diritto lituano, bensì si limita a rilevare come la stessa disputa fosse in fase di aggiudicazione presso le corti statali lituane. La censura si formulata da parte del giudice lituano appare, però, infondata in quanto la litispendenza di un processo statale non rappresenta una causa di rifiuto del riconoscimento di un lodo *ex art. V*, paragrafo 2, lettera (a), della CNY. Dello stesso avviso è altresì la stessa Corte Suprema della Lituania che, con sentenza successiva alla sentenza *Gazprom*, ha recentemente riconosciuto il Lodo statuendo che non vi erano preclusioni al riconoscimento dello stesso *ex art. V*, paragrafo 2, lettera (a), della CNY visto che “*the arbitral award did not resolve non-arbitrable issues according to the law of the Republic of Lithuania*” (27).

Anche l’ulteriore censura mossa dal giudice lituano di prime cure in relazione all’asserita violazione dell’ordine pubblico *ex art. V*, paragrafo 2,

---

(24) *Ibid.*, par. 21.

(25) Si veda in tal senso l’art. VI, comma 3, della Convenzione Europea del 21 aprile 1961 sull’arbitrato commerciale internazionale “*Where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator’s jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary*”.

(26) L. A. MISTELIS, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, L. A. MISTELIS and S. L. BREKOUKAKIS (ed), Kluwer Law International, 2009, pp. 3-4: “[Arbitrability] involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration and whether specific classes of disputes are exempt from arbitration proceedings. While party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration, national laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration”.

(27) Sentenza della Corte suprema della Lituania del 23 ottobre 2015, nel caso n. 3K-7-458-701/2015, p. 11.

lettere (b) della CNY appare forzata. Il giudice lituano ha affermato che il lodo del 31 luglio 2012 aveva “*negato a [l giudice nazionale lituano] il potere, di cui dispone, di pronunciarsi sulla propria competenza*” (28). Un tribunale arbitrale è, e deve essere, libero di chiedere ad una parte di non proseguire un determinato procedimento in quanto ritiene di essere l’unico competente a decidere sulla materia del contendere oggetto di tale procedimento (29). La decisione con la quale il tribunale arbitrale ingiunge ad una parte di non perseguire l’azione intrapresa in altra sede, ai sensi dell’universale principio di *Kompetenz-Kompetenz*, non può essere censurata come lesiva della sovranità di uno stato per due diversi ordini di ragioni. *In primis*, il principio di *Kompetenz-Kompetenz* verrebbe vanificato se un tribunale arbitrale non avesse la possibilità di dichiarare la propria competenza a discapito di un giudice statale parallelamente adito. *In secundis*, permettere ad un tribunale arbitrale di decidere della propria competenza non equivale ad escludere il potere giurisdizionale dello stato, in quanto il giudice statale ha sempre l’ultima parola sulla competenza del tribunale arbitrale in fase di annullamento e/o riconoscimento ed esecuzione del lodo emesso da detto tribunale. Avendo quindi il giudice statale la possibilità di controllare, in sede di riconoscimento del lodo, la competenza del tribunale arbitrale, la decisione di quest’ultimo sulla propria competenza non può essere considerata come lesiva della sovranità nazionale dello stato, e quindi del suo ordine pubblico, ma eventualmente come una violazione dell’art. V, paragrafo 1, lettera (c), della CNY (30) e pertanto giudicata come non riconoscibile. In tal senso si è pronunciata anche la Corte Suprema della Lituania che, nel riconoscere il Lodo successivamente alla sentenza *Gazprom*, ha recentemente stabilito che non vi erano preclusioni al riconoscimento dello stesso *ex art. V*, paragrafo 2, lettera (b), della CNY visto che: “[m]easures applied by arbitration in this case only protect both the intentions expressed by the parties concerning methods of dispute resolution and the arbitration process itself” (31); and “if arbitration obliges one party, which conducts litigation in national courts, not to litigate, the possibility of the national court to resolve on its own motion regarding its jurisdiction (and once this is established, to look into the substance of the matter) is neither in any way affected nor restricted”

---

(28) Sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2015, C-536/13, par. 21.

(29) E. GAILLARD, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, ICCA Congress Series n. 13, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Kluwer Law International, 2007, p. 243.

(30) “[L]a sentenza concerne una controversia non contemplata nel compromesso o non prevista nella clausola compromissoria, oppure contiene delle decisioni che superano i limiti del compromesso o della clausola compromissoria; tuttavia, ove le disposizioni della sentenza concernenti questioni sottoposte all’arbitrato possano essere disgiunte da quelle concernenti questioni non sottoposte all’arbitrato, le prime possono essere riconosciute ed eseguite”.

(31) Sentenza della Corte Suprema della Lituania del 23 ottobre 2015, nel caso n. 3K-7-458-701/2015, p. 13.

visto che “[r]ecognition and enforcement of the arbitral award in the Republic of Lithuania, which orders not to litigate, has no effect on the right of national courts to resolve their own jurisdiction or to look into the substance of the matter”<sup>(32)</sup>.

Quanto poi alla possibilità da parte dei tribunali arbitrali di emettere ASI nei confronti di altri tribunali arbitrali si può concludere che la Sentenza *Gazprom* non precluda tali facoltà. In ragione dell’esclusione della materia arbitrale dall’ambito di applicazione del Regime Bruxelles; non essendo i tribunali arbitrali considerati come facenti parte delle istituzioni giudiziarie comunitarie e non essendo ogni loro decisione intrusiva nei confronti della giurisdizione dei giudici comunitari in quanto soggetta al controllo di questi ultimi; una ASI di un tribunale arbitrale *in re ipsa* non risulta in violazione del diritto comunitario.

Le suddette conclusioni (*i.e.* l’assenza di un divieto comunitario di emissione di ASI da parte di tribunali arbitrali nei confronti di parti di un processo statale, ovvero nei confronti di altri tribunali arbitrali) appaiono estendibili in via analogica anche al nuovo Regolamento (UE) 1215/2012<sup>(33)</sup> (di seguito “Reg. Bruxelles I-bis”) che, ribadendo l’esclusione dell’arbitrato dal suo ambito d’applicazione *ex art.* 1, comma 2, lettera (d) (esclusione che come vedremo è altresì rafforzata dal considerando n. 12 dello stesso), delega agli stati firmatari della CNY il riconoscimento o meno delle ASI emesse da tribunali arbitrali.

#### (ii) ASI emesse da giudici comunitari

La sentenza in esame è stata preceduta dalle conclusioni dell’avvocato generale Melchior Wathelet<sup>(34)</sup> (di seguito “AG”), il quale oltre a riaffermare la compatibilità delle ASI emesse dai tribunali arbitrali con il diritto comunitario (compatibilità confermata dalla Corte di Giustizia *ut supra* Sezione III(B)(ii)); ha altresì sostenuto che, *ex* considerando n. 12 del nuovo Reg. Bruxelles I-bis, anche i giudici comunitari possano emettere ASI nei confronti di una parte attuale o potenziale di un giudizio dinnanzi ad un altro giudice comunitario<sup>(35)</sup>.

Il considerando n. 12 del Reg. Bruxelles I-bis stabilisce che “[i]l presente regolamento non dovrebbe applicarsi alle cause o ai procedimenti accessori riguardanti, in particolare, la costituzione di un collegio arbitrale, i poteri degli arbitri, lo svolgimento di una procedura arbitrale o qualsiasi

---

<sup>(32)</sup> Sentenza della Corte Suprema della Lituania del 23 ottobre 2015, nel caso n. 3K-7-458-701/2015, p. 14.

<sup>(33)</sup> Regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

<sup>(34)</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Melchior Wathelet presentate il 4 dicembre 2014 nel caso C-536/13, “*Gazprom*” *OAO c. Lietuvos Respublika*.

<sup>(35)</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Melchior Wathelet sopra citate parr. 137-141.

altro aspetto di tale procedura, né alle cause o alle decisioni riguardanti l'annullamento, il riesame, l'impugnazione, il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale". Secondo l'AG, l'espressione del considerando "[i]l presente regolamento non dovrebbe applicarsi alle cause o ai procedimenti accessori [al procedimento arbitrale]", nell'escludere i procedimenti accessori al procedimento arbitrale dall'ambito d'applicazione del nuovo Reg. Bruxelles I-bis, avrebbe escluso anche le "[ASI] emesse dai giudici statali nella loro funzione di giudice di sostegno dell'arbitrato" <sup>(36)</sup>.

Pertanto, alla luce di questa esclusione, l'AG ha suggerito alla Corte di Giustizia che le ASI emesse da giudici comunitari nei confronti di una parte attuale o potenziale di un processo dinanzi ad un altro giudice comunitario volte a proteggere un arbitrato, in quanto procedimenti accessori allo stesso, dovessero essere dichiarate compatibili con il diritto comunitario. In altre parole, l'AG suggeriva che *ex* considerando n. 12 del nuovo Reg. Bruxelles I-bis il principio di *mutual trust* non dovesse trovare applicazione al di fuori del Regime Bruxelles.

La proposta dell'AG di interpretare il caso di specie alla luce del nuovo Reg. Bruxelles I-bis non appare possibile in quanto il caso *Gazprom* è soggetto *rationae temporis* al Reg. Bruxelles I. Dello stesso avviso sembra essere stata anche la Corte di Giustizia, che non si è solo limitata ad ignorare la proposta dell'AG in virtù dei suddetti limiti temporali d'applicazione del nuovo Reg. Bruxelles I-bis <sup>(37)</sup>, ma ha altresì espressamente richiamato il caso *West Tankers*, confermando il divieto per i giudici comunitari di emettere, in procedimenti soggetti *rationae temporis* al Reg. Bruxelles I, ASI nei confronti delle parti di un processo pendente dinanzi ad un altro giudice comunitario in quanto le stesse sarebbero lesive della capacità del giudice statale di statuire circa la propria giurisdizione ai sensi del succitato regolamento.

La Corte di Giustizia, nel ribadire questo concetto, ha altresì stabilito tre generiche condizioni affinché un giudice comunitario possa emettere ASI. Ciò sarebbe possibile, secondo la Corte di Giustizia, nel caso in cui: 1) la materia del contendere non rientri tra quelle oggetto dell'ambito di applicazione del Reg. Bruxelles I; 2) l'organo emittente la ASI non sia parte del sistema giudiziario di un paese europeo e 3) il provvedimento emesso non sia soggetto al successivo controllo da parte di un altro giudice comunitario.

La Corte di Giustizia non chiarisce espressamente se queste condizioni debbano sussistere in maniera cumulativa, ovvero alternativa. Dalla lettura complessiva della decisione della Corte di Giustizia sembrerebbe tuttavia potersi concludere che le succitate tre condizioni siano alternative

---

<sup>(36)</sup> *Ibid.*, par. 138.

<sup>(37)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2015, C-536/13, par. 3.

e non cumulative in quanto il giudice comunitario appare argomentare che dall'avveramento di una qualsiasi di queste tre condizioni consegue l'impossibilità per un giudice comunitario di emettere ASI, siano esse anche accessorie ad un procedimento arbitrale.

Se a ciò si aggiunge che il summenzionato considerando n. 12 del nuovo Reg. Bruxelles I-bis non è una disposizione vincolante <sup>(38)</sup> e che la lettera dello stesso è passibile di diverse interpretazioni <sup>(39)</sup>, appare possibile concludere che la decisione in esame ribadisce l'incompatibilità delle ASI emesse da giudici comunitari nei confronti delle parti di un giudizio pendente dinnanzi ad un altro giudice comunitario con il principio di *mutual trust* e quindi con il diritto comunitario indipendentemente da quale sia la *causa petendi* del giudizio e quindi anche al di fuori del Regime Bruxelles e del Reg. Bruxelles I-bis <sup>(40)</sup>.

Una diversa conclusione, permettendo l'ingerenza di un giudice di uno stato membro nell'attività di un giudice di un altro stato membro, determinerebbe senz'altro la violazione del principio di *mutual trust* che deve caratterizzare i rapporti tra i giudici dei diversi stati membri, così come espressamente stabilito dall'art. 81, comma 1, del TFUE. In ragione dell'espresso richiamo al riconoscimento reciproco alle decisioni extragiudiziali — tra le quali devono senz'altro considerarsi incluse le decisioni emesse dai tribunali arbitrali ovvero accessorie ai procedimenti arbitrali <sup>(41)</sup> — si può concludere che il legislatore comunitario ha ritenuto che il principio di *mutual trust* tra giudici comunitari debba estendersi anche alla materia arbitrale e quindi al di fuori del Regime Bruxelles.

Contro una siffatta conclusione si potrebbe argomentare che una ASI è diretta alle parti di un processo pendente dinnanzi ad un altro giudice comunitario e non ad un altro giudice comunitario e pertanto non viola il principio di *mutual trust*. La preminente dottrina ha giustamente osservato che *“l'argomento è palesemente formalistico”* in quanto l'ASI potrebbe

---

<sup>(38)</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 25 novembre 1998, C-308/97, *Giuseppe Manfredi c. Regione Puglia*, 1998 E.C.R. I-7685, par. 29-30; in tal senso anche T. KLIMAS e J. VAICIUKAITE, *The Law of Recitals in European Community Legislation*, ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 15, n. 1/2008, p. 25: *“Another rule of the law of recitals in EC legislation is that recitals have no independent operative effect. This is not so much a function of interpretation as it is of the nature of recitals; by definition, recitals are not operative provisions of themselves”*.

<sup>(39)</sup> Il considerando n. 12 recita: *“Il presente regolamento non dovrebbe applicarsi alle cause o ai procedimenti accessori... omissis...”*. Il termine *“non dovrebbe”* (traduzione inglese di *“should not”*) non preclude la possibilità di applicare un'interpretazione difforme come invece precluderebbe il termine *“non deve”* (*“shall not”* in inglese).

<sup>(40)</sup> Se così non fosse si potrebbe raggiungere il paradossale risultato che le ASI emesse da giudici comunitari nei confronti delle parti di un giudizio pendente dinnanzi ad un altro giudice comunitario siano ammissibili in tutte le materie escluse dal Regime Bruxelles e dal Reg. Bruxelles I-bis, quali ad esempio: stato e la capacità delle persone fisiche, diritto fallimentare, diritto di famiglia, diritto della sicurezza sociale e diritto successorio.

<sup>(41)</sup> B. HESS, *AEUV Art. 81 - Gegenseitige Anerkennung*, in GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, 48. EL 2012, Beck Verlag, par. 40.



influire sulle scelte processuali della parte che ne è colpita, impedendo *de facto* l'attività giurisdizionale di un altro giudice comunitario <sup>(42)</sup>. Inoltre, questo argomento è stato espressamente rigettato nel sopra richiamato caso *Turner* (*supra* Sezione 1) <sup>(43)</sup>.

Si potrebbe altresì obiettare che il principio di *mutual trust* cristallizzato all'art. 81, comma 1, del TFUE sia stato palesemente disatteso nella stesura del considerando n. 12 del nuovo Reg. Bruxelles I-*bis* e che pertanto qualsiasi decisione accessoria all'arbitrato, ivi inclusa una ASI, non sia soggetta e quindi incompatibile con il suddetto regolamento e quindi con il diritto comunitario. Quest'obiezione tuttavia omette di prendere in considerazione: 1) il già menzionato valore non vincolante del considerando n. 12 del nuovo Reg. Bruxelles I-*bis* <sup>(44)</sup>; 2) le tre condizioni stabilite con valore nomofilattico <sup>(45)</sup> dalla Corte di Giustizia nel caso *Gazprom* che devono ricorrere affinché un giudice comunitario possa emettere una ASI; 3) il valore preminente che il principio di *mutual trust* ricopre in materia di cooperazione giudiziaria civile e commerciale *ex* all'art. 81, comma 1, del TFUE.

Alla luce delle considerazioni che precedono, nonostante l'esclusione della materia arbitrale dal diritto comunitario sia stata indubbiamente rafforzata dal considerando 12 del Reg. Bruxelles I-*bis*, si può concludere che nel caso *Gazprom*, in virtù delle tre suindicate ragioni, la corte di Giustizia ha deciso di escludere *in toto* la possibilità da parte dei giudici comunitari di emettere ASI nei confronti delle parti di un processo pendente dinanzi ad un altro giudice comunitario, in quanto questo strumento risulta di per sé lesivo del principio di *mutual trust* che deve ispirare la cooperazione giudiziaria in materia civile.

Discorso diverso merita il caso in cui la ASI emessa da un giudice comunitario sia indirizzata ad una parte di un procedimento arbitrale, ovvero ad un tribunale arbitrale. In questo caso, anche se la decisione del giudice comunitario non rientra nell'ambito d'applicazione sia del Regime Bruxelles che del Reg. Bruxelles I-*bis*, si potrebbe argomentare che la stessa possa rappresentare un'ingerenza nei confronti del giudice comunitario della sede dell'arbitrato, in quanto, in linea di principio, spetterebbe a quest'ultimo controllare il procedimento arbitrale. Tuttavia, que-

---

<sup>(42)</sup> M. V. BENEDETTELLI, *Loc. cit.*

<sup>(43)</sup> "Orbene, il divieto del giudice ad una parte, sotto minaccia di sanzioni, di avviare o di continuare un'azione dinanzi ad un organo giurisdizionale straniero ha l'effetto di pregiudicare la competenza di quest'ultimo a risolvere la controversia. Infatti, dal momento che con un'inibitoria si vieta al richiedente di intentare una siffatta azione, è giocoforza constatare l'esistenza di un'ingerenza nella competenza del giudice straniero, incompatibile, come tale, con il sistema della Convenzione" Sentenza della Corte di Giustizia del 27 aprile 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA*, par. 27.

<sup>(44)</sup> *Op. cit.*, nota 27.

<sup>(45)</sup> Sul ruolo nomofilattico della Corte di Giustizia si veda l'art. 267 TFUE.

sta interpretazione estenderebbe oltremodo l'ambito di applicazione del principio di *mutual trust* data l'assoluta assenza di regolamentazione a livello comunitario del ruolo della materia arbitrale in generale e del ruolo giudice della sede dell'arbitrato in particolare. Inoltre, l'ingerenza nei confronti del giudice della sede dell'arbitrato sarebbe relativa in quanto lo stesso sarebbe comunque libero di potere svolgere il suo ruolo ai sensi della *lex arbitri* e della CNY senza dover tenere conto della ASI emessa da un altro giudice comunitario.

4. La sentenza in esame conferma ancora una volta la preminente importanza che la Corte di Giustizia conferisce al principio di *mutual trust* che i giudici comunitari devono rispettare fra di essi. Ciò implica che uno strumento intrusivo come le ASI sia visto come antitetico rispetto al suddetto principio e che pertanto il suo utilizzo sia severamente vietato tra giudici comunitari indipendentemente dall'applicazione, o meno, del Regime Bruxelles o del nuovo Reg. Bruxelles I-bis.

Tutt'altro discorso vale per le ASI emesse dai tribunali arbitrali, o nei confronti degli stessi, le quali non sono considerate in violazione del principio di *mutual trust* in quanto: (i) non sono emesse da, ovvero nei confronti di, un soggetto a cui tale principio è applicabile; (ii) non risultano essere intrusive della giurisdizione del giudice comunitario.

Lascia tuttavia perplessi che la Corte di Giustizia sia stata chiamata ancora una volta a dover imporre per via giurisprudenziale il rispetto del principio di *mutual trust* nonostante questo sia espressamente codificato ex art. 81 del TFUE. La scelta del legislatore comunitario di ignorare tale precetto in fase di redazione del Reg. Bruxelles I-bis è teoricamente paradossale in quanto, come si evince dal preambolo del Reg. Bruxelles I-bis, l'art. 81 del TFUE è la base giuridica dello stesso regolamento<sup>(46)</sup>. Tuttavia questa scelta non sembra essere casuale, bensì frutto della precisa volontà dei rappresentati degli stati membri in seno al parlamento europeo i quali hanno più volte respinto l'inclusione della materia arbitrale nel nuovo Reg. Bruxelles I-bis, nonché la possibilità di regolamentare la materia arbitrale a livello comunitario attraverso un altro regolamento, ovvero attraverso un altro strumento legislativo (*i.e.* una direttiva, ovvero un protocollo europeo della CNY).

Alla luce delle sovraespresse considerazioni, appare plausibile concludere che la Corte di Giustizia abbia preso atto della deliberata scelta degli stati membri di ignorare quanto previsto dall'art. 81 del TFUE relativamente alla materia arbitrale, ma allo stesso tempo abbia voluto chiarire, nel caso *Gazprom*, che il principio di *mutual trust* tra giudici comunitari ha

---

<sup>(46)</sup> “[V]isto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'articolo 67, paragrafo 4, e l'articolo 81, paragrafo 2, lettere a), c) ed e)”.

quale diretta conseguenza quella dell'incompatibilità con il diritto comunitario dell'utilizzo delle ASI da parte dei giudici comunitari nei confronti di parti di un procedimento dinnanzi ad un altro giudice comunitario anche laddove questo procedimento sia al di fuori dell'ambito di applicazione del Regime Bruxelles, ovvero del nuovo Reg. Bruxelles I-bis. Tale incompatibilità non vale invece per le ASI emesse nei confronti di parti di un procedimento arbitrale, ovvero nei confronti di tribunali arbitrali, i quali possono quindi utilizzare e/o essere destinatari delle stesse senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di *mutual trust* e quindi del diritto comunitario.

*This article analyses the application of the principle of mutual trust between European national courts and arbitral tribunals in light of the ruling of the European Court of Justice in C-536/13 dated 13 May 2015.*

*The author examines the scope of the principle of mutual trust and its general incompatibility with anti-suit injunctions. Mutual trust implies the prohibition for a judge to interfere with another judge's findings on its own competence. The European Court of Justice, in line with its previous jurisprudence, found that anti-suit injunctions issued by national courts are in violation of such principle.*

*However, the European Court of Justice ruled that the principle of mutual trust is not violated in the case of anti-suit injunctions issued by arbitral tribunals and it left open the question whether anti-suit injunctions issued by national courts against parties to an arbitration and/or against arbitral tribunals are compatible with the principle of mutual trust.*

## La sostituzione dell'arbitro successivamente all'intervento di un terzo

BEKA TAVARTKILADZE (\*)

1. Premessa. — 2. Gli effetti dell'intervento del terzo sulla convenzione arbitrale: l'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. — 2.1. (*segue*) l'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. — 3. L'applicazione della clausola binaria. — 3.1. (*segue*) l'intervento principale. — 3.2. (*segue*) l'intervento del litisconsorte necessario. — 4. La sostituzione dell'arbitro secondo un meccanismo diverso da quello stabilito nella convenzione. — 4.1. (*segue*) il potere delle parti di mutare le regole del procedimento arbitrale. — 4.2. (*segue*) la sostituzione dell'arbitro ad opera del terzo e la clausola di Andrioli. — 4.3. (*segue*) la designazione giudiziale dell'arbitro nel procedimento litisconsortile. — 5. Conclusione.

1. Si ponga il caso in cui, successivamente all'intervento di un terzo estraneo alla convenzione arbitrale, venga meno un arbitro e lo si debba quindi sostituire. Come noto la sostituzione dell'arbitro è disciplinata dall'art. 811 c.p.c., il quale tuttavia prende in considerazione solamente il giudizio tra due parti <sup>(1)</sup>. Sicché, per definire le modalità di sostituzione dell'arbitro venuto meno nell'ipotesi appena vista, occorre risolvere due questioni. In primo luogo, è necessario chiarire se le disposizioni di cui all'art. 811 c.p.c. si applichino, oltre che all'arbitrato con due parti, anche all'arbitrato plurilaterale. In secondo luogo, occorre stabilire se le medesime disposizioni si possano invocare, tanto qualora la pluralità di parti sia originaria, quanto nel caso in cui essa sia sopravvenuta.

---

(\*) Dottore di ricerca presso la Luiss-Guido Carli.

<sup>(1)</sup> Cfr. *Dell'arbitrato, Osservazioni di carattere generale*, Rel. Avv. Biamonti in *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile*, Vol. III, 1938, Roma, p. 613: « *Il progetto, come del resto anche il codice vigente, regola l'arbitrato tra due [corsivo in originale] parti, come si desume da tutta la sistemazione della relativa disciplina e particolarmente dall'art. 603 [confluito nell'art. 810 c.p.c.]. Ma nell'economia attuale i rapporti plurilaterali assumono un'importanza sempre crescente* ». Salvo che per la locuzione « *convenzione di arbitrato* », introdotta per mezzo del D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 (in supplemento ordinario n. 40 alla Gazzetta Ufficiale, 15 febbraio, n. 38) in luogo del binomio « *compromesso o clausola compromissoria* », l'attuale formulazione dell'art. 811 c.p.c. coincide con il testo originario di cui al codice di procedura civile approvato con R. D. L. 28 ottobre 1940, n. 1443 (in Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia n. 253 del 28 ottobre 1940).

Circa il primo punto, si può affermare che l'art. 811 c.p.c. poggia sul principio per cui il venir meno di uno o di tutti gli arbitri non incide sulla perdurante efficacia della convenzione arbitrale<sup>(2)</sup>. Ebbene non pare possano esserci dubbi sulla validità di questo principio sia rispetto all'arbitrato bilaterale che a quello plurilaterale. Se la convenzione di arbitrato sopravvive al venir meno degli arbitri, ciò deve accadere a prescindere dal numero delle parti.

Preso atto che il venire meno degli arbitri non toglie efficacia e validità alla convenzione, l'art. 811 c.p.c. prevede che per la sostituzione dell'arbitro si seguano le stesse modalità disposte per la nomina<sup>(3)</sup>. Sulla base di tale assunto, si potrebbe allora dire che, ogniqualevolta si postuli l'efficacia della medesima convenzione, tanto che si tratti di arbitrati originariamente bilaterali o plurilaterali, la sostituzione debba avvenire seguendo le stesse regole previste per la nomina.

---

(2) Satta S., *I procedimenti speciali*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Libro IV, parte II, Milano, 1971, p. 257: « la sostituzione degli arbitri è espressione della permanente volontà del compromesso, ed è possibile solo in quanto si considera come permanente questa volontà ». Il principio della perdurante efficacia della convenzione rispetto al venir meno di alcuno o di tutti gli arbitri — salvo il caso della designazione effettuata *intuitu personae* — è pacifico, v. Barbieri G., Bella E., *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 174; Briguglio A., *La sostituzione dell'arbitro*, in questa *Rivista*, 1993, fasc. 1, p. 193 e ss.; Id., *Sostituzione degli arbitri*, in Briguglio A., Fazzalari E., Marengo R., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 49; Di Mundo A., *Il mandato ad arbitrare*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di Alpa G. e Vigoriti V., Torino, 2013, p. 520, ivi ulteriori riferimenti *sub nota* n. 180; Giovannucci Orlandi C., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile, Artt. 806-840*, a cura di Carpi F., Bologna, 2007, p. 229; Ruffini G., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Benedetelli M.V., Consoletto C., Radicati di Brozolo L.G., Padova, 2010, p. 130, § 1.2. La sostituzione dell'arbitro venuto meno, di per sé, non rende nulli gli atti da questi compiuti, tra gli Autori citati così espressamente Ruffini G., *sub art. 811 c.p.c.*, *op. ult. cit.*, p. 131, § 4.1; Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, Vol. I, p. 585; Briguglio A., *La sostituzione dell'arbitro*, *op. cit.*, p. 203 e ss. Sul punto però, diversi regolamenti precostituiti prevedono che le parti o gli arbitri, ovvero l'Istituzione che amministra il procedimento, possano valutare la possibilità di rinnovare alcuni atti, per un'approfondita disamina di dette eventualità *cfr.* Bestagno F., *L'organo arbitrale*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 742 e ss. Viene infine evidenziato che vengono fatti salvi gli effetti (sostanziali) della domanda di arbitrato, testualmente Giovannucci Orlandi C., *ibidem*; Salvaneschi L., *Dell'arbitrato, Artt. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Chiarloni S., Bologna, 2014, p. 258. Non è invece possibile proseguire il procedimento arbitrale qualora il venir meno dell'arbitro sia dovuto alla irregolarità della relativa nomina, sul punto *cfr.* Ruffini G., *ibidem*, p. 130, § 1.2 ivi riferimento a Cass. Sez. I, 28 novembre 2003 n. 18194 — seppur in materia di arbitrato irrituale la massima pare applicabile anche all'arbitrato rituale; Giovannucci Orlandi C., *ibidem*, p. 229 *sub nota* n. 2.

(3) Libere però le parti di prevedere meccanismi di sostituzione diversi da quelli stabiliti per la nomina, v. Briguglio A., *La sostituzione dell'arbitro*, *op. cit.*, p. 193; Di Mundo A., *Il mandato ad arbitrare*, *op. cit.*, p. 519; Fabbri A., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio L.P., Consoletto C., Sassani B., Vaccarella R., Torino, 2014, Vol. IV, p. 196; Giovannucci Orlandi C., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Arbitrato, Titolo VIII libro IV del codice di procedura civile*, *op. cit.*, p. 229, 230; Ruffini G., *sub art. 811 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 130, § 2.2; *cfr.* Punzi C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, Vol. I, p. 584, 585, *nota* n. 344, sostiene che, visto il principio di uniformità stabilito dall'art. 811 c.p.c., non sia possibile deferire la sostituzione dell'arbitro venuto meno agli arbitri superstiti.

Diverso invece il caso in cui, tra la nomina ed il venir meno dell'arbitro, sia intervenuto un terzo estraneo alla convenzione. Qui infatti si deve preliminarmente capire come l'intervento di quest'ultimo influisca sulla originaria convenzione arbitrale. Ciò al fine di definire se, nonostante la complicazione soggettiva, sia possibile postulare la perdurante efficacia e validità della medesima convenzione arbitrale che ha dato origine al giudizio. Il primo passo allora è determinare se per effetto dell'intervento del terzo si venga a stipulare una nuova convenzione — ed eventualmente con quali modalità. Il secondo è definire se, data la perdurante validità dell'originaria convenzione ovvero la stipulazione di una nuova, la sostituzione possa avvenire secondo quanto originariamente stabilito.

2. Prendendo le mosse dall'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° è stato detto *apertis verbis* che, sebbene si parli di consenso all'intervento, « *per ragioni sistematiche l'oggetto della richiesta manifestazione di volontà non può essere solo, e non sarà dunque tanto, la mera accessione al procedimento, quasi fosse un atto di misteriosa ospitalità endoprocessuale. L'incontro della volontà manifestata dal terzo interveniente e della convergente volontà delle parti deve essere così idonea a determinare il sorgere di una nuova convenzione arbitrale [...]* » (4). Gli effetti e la natura di detta convenzione sono tuttavia oggetto di differenti vedute (5).

Alcuni autori ritengono che si tratti di una convenzione *sui generis*, di natura ibrida, il cui oggetto è dato dal deferimento in arbitri « di quella sola, specifica lite già portata alla cognizione di quel preciso collegio

---

(4) Cit. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 4, 2012, p. 843, il quale ritiene che si tratti tuttavia di una convenzione *sui generis*. Sostengono che la formazione dell'accordo attorno all'intervento del terzo porti alla stipulazione di una nuova convenzione anche ANDRIOLI V., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, 1964, Napoli, p. 833; CARNACINI T., *Arbitrato rituale*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. I, Torino, 1958, p. 896; GRADI M., *l'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2010, fasc. 2, p. 298; LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile, op. cit.*, p. 771; REDENTI E., *Compromesso*, *Nov. Dig. it.*, Vol. III, 1938, p. 485 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 756.

(5) L'affermazione per cui l'intervento del terzo passa attraverso la stipulazione di una nuova convenzione porta a ritenere, conformemente alla dottrina maggioritaria, che l'accordo delle parti e il consenso degli arbitri sia richiesto solamente qualora l'interveniente sia estraneo all'originaria convenzione arbitrale, cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 844; GRADI M., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato, op. cit.*, p. 219, 220 § 4.3 e § 4.4; LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., Vol. III, tomo II, Padova, 2009, p. 779, 780; LUISO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol II, *op. cit.*, p. 127; RICCI G.F., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Arbitrato, op. cit.*, p. 455; SALVANESCHI L., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., Padova, 2010, p. 259; Id., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, *Dell'arbitrato, op. cit.*, p. 499. *Contra* GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, fasc. 1, p. 295; NELA P.L., *sub art. 816 quinquies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI S., Vol. II, Bologna, 2007, p. 1751.

arbitrale *ed ora ampliata* » (6). Secondo un altro orientamento, si tratterebbe invece di una vera e propria nuova convenzione con tutti i crismi (7). È stata infine avanzata l'ipotesi che la prestazione del consenso all'intervento del terzo, anziché portare alla stipulazione di una nuova convenzione seppur *sui generis*, estenda i limiti soggettivi di quella originaria (8).

D'altro canto, si è invece negato che l'intervento del terzo implichi necessariamente l'estensione dei limiti soggettivi della clausola compromissoria (9). Difatti, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., la mancata o la tardiva proposizione dell'eccezione di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione rispetto al terzo non condurrebbe all'estensione dei relativi limiti soggettivi, bensì avrebbe un'efficacia meramente endoprocedimentale (10). In particolare, alle parti verrebbe semplicemente preclusa la facoltà di impugnare il lodo adducendo detti vizi della convenzione — salvo il caso delle controversie non arbitrabili; non sarebbe invece preclusa tale facoltà qualora lo stesso giudizio si concluda in rito; né le parti sarebbero successivamente obbligate a far decidere dagli arbitri la controversia rispetto al terzo intervenuto (11).

In verità, pur senza poter approfondire il tema, ai fini del presente studio è opportuna una precisazione. Occorre cioè scindere i due profili: il

---

(6) Le parole « di quella sola, specifica lite » e « di quel preciso collegio arbitrale » sono in corsivo nel testo di CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 843; in senso conforme SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, op. cit., p. 505, così anche LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, 2013, p. 162, 163.

(7) MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 99, la cui posizione appare in verità isolata.

(8) Cfr. SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, op. cit., p. 505 « attraverso lo scambio dei consensi si forma (...) un nuovo accordo compromissorio (...), ovvero si integra il patto compromissorio già in essere ». Sulla tematica della modificazione dei limiti soggettivi della convenzione e della configurazione di questa come contratto aperto v. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, op. cit., p. 183 e ss. e le ulteriori fonti ivi citate.

(9) RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, Padova, 1997, Vol. I, p. 682, il quale sostiene che la successiva realizzazione del litisconsorzio nel procedimento arbitrale non dipenda necessariamente dalla estensione soggettiva della convenzione arbitrale. L'A. imputa la contraria opinione alla errata identificazione dell'ambito di efficacia della convenzione arbitrale con quella del lodo tralasciando invece il meccanismo preclusivo di cui all'art. 817 c.p.c. V. anche PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, op. cit., p. 97 e ss.; RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 1995, fasc. 4, p. 647.

(10) PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, op. cit., p. 97 e ss.; REDENTI E., *sub* Compromesso, in *Nov. dig. it. III*, Torino, 1959, p. 800; RICCI G.F., *sub* art. 817 c.p.c. in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., op. cit., p. 330; RUFFINI G., *sub* art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., op. cit., p. 287 e ss., in particolare p. 289; ID., *sub* art. 817 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, op. cit., p. 258, § 5. *Contra* MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 99 e ss. Cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 850, il quale pur ritenendo che si venga a formare una convenzione *sui generis*, le attribuisce efficacia meramente endoprocedimentale. In maniera simile LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, 2013, p. 162, 163.

(11) Per una ricostruzione complessiva dei corollari v. MOTTO A., op. ult. cit., p. 102 e ss.

primo attiene alla modifica della convenzione per effetto della mancata proposizione dell'eccezione di cui all'art. 817 c.p.c. comma 2°; il secondo riguarda la sorte e l'efficacia di detta modifica. Che la mancata o tardiva proposizione dell'eccezione *de qua* conduca alla modificazione dei limiti della convenzione non pare sia revocabile in dubbio. Basti infatti considerare che, per effetto della mancata proposizione dell'eccezione, un terzo estraneo alla convenzione viene legittimato a partecipare al giudizio arbitrale che ne scaturisce. Né si può ritenere che un terzo possa partecipare al giudizio altrimenti se non divenendo parte della (nuova o modificata) convenzione <sup>(12)</sup> — pena una bizzarra « ospitalità endoprocedurale ». Una modifica della convenzione quindi c'è. Che tale modifica implichi la disposizione del diritto oggetto della controversia, ovvero abbia efficacia anche al di fuori del giudizio derivante dalla convenzione cui pertiene, è cosa diversa <sup>(13)</sup>. Nulla infatti pare escludere che detta modifica possa essere limitata al singolo giudizio con una efficacia meramente endoprocedimentale <sup>(14)</sup>.

In conclusione quindi, è dato ritenere che l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. comporti la modifica della originaria convenzione arbitrale. Ciò detto è però difficile definire gli istituti di diritto sostanziale per mezzo dei quali si realizza tale modifica. A seconda che si aderisca all'una o all'altra delle tesi sopra riportate, la transizione dalla lite tra due parti: a quella litisconsortile verrebbe spiegata con la sovrapposizione del nuovo compromesso *sui generis* alla originaria convenzione; oppure con una novazione *in parte qua* della originaria convenzione <sup>(15)</sup>; ovvero con la semplice modificazione dei limiti soggettivi di questa. Ai fini del presente studio basta però notare la sostanziale sopravvivenza del contenuto della originaria convenzione, rispettivamente, per quanto non espressamente disciplinato dalla nuova

---

<sup>(12)</sup> Oltre a nota n. 8, cfr. FAZZALARI E., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv.*, Vol. IV, Torino, 1987, p. 396; ID., *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 305 e ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, *op. cit.*, p. 843; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 162, 163; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, *op. cit.*, p. 505, la quale pur aderendo alla ricostruzione della convenzione *sui generis* ritiene che questa possa avere efficacia anche in caso di chiusura in rito dell'arbitrato. Esplicativa l'affermazione di SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 231, integralmente riportata da MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 1, p. 102 per cui « è la legge che amplia l'oggetto del contratto compromissorio, perché la preclusione dell'art. 817 c.p.c. si applica anche se non fosse stato nelle intenzioni delle parti ampliare l'oggetto del processo ».

<sup>(14)</sup> In questo senso pare orientato LUISO F.P., *op. ult. cit.*, p. 162, 163. Cfr. CONSOLO C., *I terzi ed il procedimento arbitrale*, *op. cit.*, p. 844, 846 secondo il quale, anche laddove le parti espressamente prestino il consenso all'intervento del terzo, l'efficacia di detto accordo sarebbe comunque limitata al singolo specifico giudizio.

<sup>(15)</sup> Così MOTTO A., *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, *op. cit.*, p. 102 in riferimento alla norma di cui all'art. 817 comma 2° c.p.c.



convenzione « *sui generis* » od oggetto di modifica. Il contenuto disciplinare della convenzione, avente ad oggetto le regole di svolgimento del procedimento, continuerà allora ad avere efficacia.

Pertanto, qualora successivamente all'intervento del terzo venga meno un arbitro, posta la continuità e la perdurante efficacia della originaria disciplina del procedimento contenuta nella convenzione, è possibile postulare che la sostituzione avvenga secondo quanto ivi disposto per la nomina. Laddove quindi, ad esempio, la convenzione contenga una clausola binaria, pur dopo l'intervento del terzo, la sostituzione dell'arbitro dovrà avvenire alla stregua di detto meccanismo. Prima però di elevare questa affermazione a regola generale, si consideri la seguente ipotesi.

Si pensi al caso di un procedimento arbitrale tra due imprese, le quali abbiano demandato ad un'associazione di categoria la nomina degli arbitri. Si immagini poi che nel procedimento così instaurato, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, intervenga un terzo alieno alla categoria di riferimento. In siffatta evenienza, alla luce dell'art. 832 comma 4° c.p.c. e della natura irrinunciabile della tutela ivi disposta<sup>(16)</sup>, si ritiene che la sostituzione dell'arbitro eventualmente venuto meno non possa avvenire in base a quanto previsto nella convenzione — *i.e.* demandando la nomina ad un'associazione rappresentativa di interessi di categoria cui il terzo sia estraneo.

Vero è che, in tal caso, l'intervento del terzo estraneo all'associazione di categoria difficilmente troverebbe d'accordo le parti originarie e gli arbitri. Tuttavia ciò non lo si può escludere. Inoltre, le questioni in oggetto potrebbero porsi anche in riferimento all'intervento del litisconsorte necessario, sempre ammesso ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 2°.

In sintesi, sopra si è vista una prima eccezione alla pretesa regola generale per cui, posta la sostanziale continuità tra la originaria convenzione arbitrale e quella *post* intervento del terzo, la sostituzione dell'arbitro venuto meno debba necessariamente avvenire secondo quanto previsto per la nomina.

---

<sup>(16)</sup> Pacificamente l'art. 832 comma 4° c.p.c. attiene all'imparzialità e all'indipendenza dell'arbitro, *ex multis* AZZALI S., *Arbitrato amministrato*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di BUONFRATE A. e GIOVANNUCCI ORLANDI C., Torino, 2006, p. 54; BOCCAGNA S., *sub* art. 832 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, p. 1941, § 7; OCCHIPINTI E., *sub* art. 832, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di CAPPONI B. e BRIGUGLIO A., *op. cit.*, p. 1073; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. III, *op. cit.*, p. 68. Per tale motivo si ritiene che la relativa disciplina sia irrinunciabile ad opera delle parti, significativamente in questo senso LUISSO F.P., *Il nuovo articolo 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, fasc. 3, p. 352: « [l'art. 832 comma 4°] ha la stessa ratio della ricasazione, perché la vicinanza del designante ad uno degli interessi in conflitto impedisce la formazione di un collegio imparziale. Poiché la disposizione attiene ad un profilo indisponibile dell'arbitrato, quale la terzietà del decidente, si deve ritenere che neppure l'eventuale accordo delle parti sia in grado di superare il divieto normativo ». Così anche ROVELLI L., *Società commerciali, clausola binaria e il nuovo testo dell'art. 809 c.p.c.*, in *La riforma dell'arbitrato*, [www.csm.it/quaderni/quad\\_92/qua\\_92\\_37.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_37.pdf), citato da RIGANTI F., *Clausola compromissoria binaria e arbitrato con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 2015, fasc. 2, p. 338 *sub* note n. 8 e 9.

2.1. È ora necessario passare all'analisi dell'intervento del terzo litisconsorte necessario pretermesso. Le ipotesi di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. non determinano il mutamento della controversia devoluta alla cognizione degli arbitri, o che avrebbe dovuto essere loro devoluta (17). Ciò posto, secondo la tesi che pare preferibile, l'ingresso del litisconsorte sarebbe assistito da una presunzione assoluta di consenso ad opera delle parti originarie della convenzione (18). Se infatti le parti hanno voluto devolvere agli arbitri una controversia ma questa non può essere decisa se non nel contraddittorio con un'altra parte, si presume che i paciscenti abbiano acconsentito alla partecipazione anche di questa (19). Tanto più che nel caso inverso, qualora il litisconsorte necessario non prenda parte al giudizio, quest'ultimo sarebbe improcedibile (20).

Si ritiene inoltre che anche l'intervento *ad adiuvandum* sia assistito da una presunzione assoluta di consenso alla partecipazione del terzo al procedimento. Il consenso però viene qui « ipostatizzato in chiave oggettiva »(21). Anche in questo frangente si ha riguardo alla volontà delle parti di devolvere agli arbitri la cognizione circa una determinata controversia, i cui limiti oggettivi, per definizione, non vengono a mutare in ragione

---

(17) L'assunto pare sia pacifico, ad ogni modo così espressamente LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile, op. cit.*, p. 788; LUISSO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in questa *Riv.*, 2013, fasc. 4, p. 894.

(18) CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 848 ss.; *Id.*, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale, op. cit.*, p. 1416, 1417; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato, Art. 806-840, op. cit.*, p. 482 e ss.; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., *op. cit.*, p. 248. Si ritiene poi che non sia richiesto il consenso degli arbitri in quanto intervento non innovativo del *thema decidendum* cfr. LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile, op. cit.*, p. 784; LUISSO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile, op. cit.*, p. 291, 292; RICCI G.F., *Intervento di terzi e successione nel diritto controverso, op. cit.*, p. 456.

(19) CONSOLO C., *ibidem*; in senso parzialmente conforme RUFFINI G., *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1991, fasc. 4, p. 551; *Id.*, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti, op. cit.*, 681, 682; *Id.*, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, fasc. 4, p. 649. Diversa la ricostruzione fornita da CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, fasc. 3, p. 593 e ss. In particolare l'A. ritiene che, in virtù del principio consensualistico ad essere sempre ammessi non possano che essere gli interventi *ex art. 102 c.p.c. e 105 c.p.c. comma 2°* di coloro che, terzi rispetto al procedimento, siano tuttavia parti della convenzione.

(20) Cfr. CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 843 e ss. In particolare a p. 849 l'A. cita la teoria del "contraente economicamente ragionevole" in SACCO R., *Il contratto invalido*, in *Il contratto*, vol. II, a cura di SACCO R., DE NOVA G., Torino, 2004, p. 546 e ss.

(21) CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 849; CONSOLO C., *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale, op. cit.*, p. 1414. *Contra* SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale, op. cit.*, p. 894, 895.

dell'intervento adesivo dipendente. Ciò pure se nel caso in questione la partecipazione del terzo non è una condizione necessaria per la procedibilità dell'arbitrato. (22).

Posto quanto sopra, è dato presumere *iuris et de iure* che le parti della originaria convenzione abbiano voluto — e vogliano ancora — devolvere agli arbitri una lite avente un determinato oggetto quando questo non muta.

Ricostruito il fenomeno dell'intervento del terzo ai sensi dell'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. nei termini che precedono, è possibile ritenere che gli intervenienti *ex art.* 102 e 105 comma 2° c.p.c. facciano ingresso nella medesima convenzione arbitrale dalla quale scaturisce il procedimento (23). Ciò posto, si è avuto modo di vedere che la continuità nel contenuto disciplinare della convenzione, *ante* e *post* intervento del terzo, non indica che la sostituzione dell'arbitro debba di per sé avvenire secondo quanto disposto per la nomina. Inoltre, nel caso del litisconsorte necessario pretermesso, diversamente dalle ipotesi di intervento di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c., posta comunque la permanenza della originaria convenzione arbitrale, si deve accertare che il contenuto disciplinare della stessa rimanga effettivamente inalterato.

Sul punto, occorre aprire una breve parentesi. Si afferma difatti che, in quanto volontari, l'intervento litisconsortile, principale e adesivo dipendente equivalgano ad accettazione della convenzione arbitrale predisposta dalle parti (24). Così come si afferma altresì che non vi sarebbe alcuna ragione per sottoporre l'intervento del litisconsorte necessario, pur sempre volontario, a sorte diversa rispetto alle altre ipotesi di intervento

---

(22) Cfr. CONSOLO C., *ibidem*, p. 849, il quale sostiene che così si prevengono « opposizioni di terzo e nuove liti, anche ordinarie, con il terzo stesso ». Vero è però che « per i terzi acquirenti, prima o in pendenza del processo, di una situazione giuridica sostanziale legata a quella oggetto della lite da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, l'alternativa tra la sottomissione ad arbitri alla cui nomina non abbiano partecipato e l'impotente attesa del risultato del giudizio arbitrale rischia di essere assai stretta » cit. RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, *op. cit.*, p. 669, 670, il quale ulteriormente distingue a seconda del caso in cui la nomina del collegio sia rimessa ad un terzo, ovvero risulti demandata alle parti. Cfr. FESTI F., *Litisconsorzio successivo e parzialità del tribunale arbitrale*, in questa *Rivista*, 2008, fasc. 4, p. 507 e ss. la quale ritiene possibile che il terzo intervenuto possa eventualmente impugnare il lodo ai sensi dell'art. 829 c.p.c. comma 1° n. 2, ovvero ai sensi del comma 3° del medesimo articolo per « *contrarietà all'ordine pubblico* » (processuale).

(23) Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, *op. cit.*, p. 183 e ss. già citata *sub nota* n. 8.

(24) CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, fasc. 3, p. 597; LIPARI G., *sub art.* 816 *quinquies* c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, 782; LUIO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; SALVANESCHI L., *sub Art.* 816 *quinquies* c.p.c., in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 260; *Id.*, *Dell'arbitrato*, *Art. 806-840*, *op. cit.*, p. 507, 508; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, *op. cit.*, p. 894. Critico verso questo approccio GRADI M., *sub art.* 816 *quinquies* c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, p. 1737, § 10, il quale cita altresì PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 129.

parimenti volontario<sup>(25)</sup>. Anche la parte necessaria pretermessa infatti avrebbe la possibilità di scegliere se intervenire, quindi implicitamente accettare i termini della convenzione, ovvero non intervenire affatto. Se così è, si dovrebbe concludere che, intervenuto il litisconsorte necessario, accettata la convenzione, il contenuto di questa rimanga inalterato. Il giudizio dovrebbe allora proseguire secondo quanto originariamente stabilito, pertanto la sostituzione dell'arbitro dovrebbe avvenire secondo già disposto per la nomina.

Simile linea di pensiero non pare condivisibile. Nello specifico non si può concordare con l'equiparazione dell'intervento della parte necessaria con le altre ipotesi di intervento, a motivo della natura volontaria tanto dell'una quanto delle altre. Infatti, il litisconsorte necessario avrebbe certamente, non solo potuto, ma anche dovuto sottoscrivere la convenzione di arbitrato sin dall'origine. In ciò la posizione di quest'ultimo differisce sostanzialmente da qualunque altro terzo la cui partecipazione è, non solo volontaria, bensì anche eventuale. Sicché, le due situazioni sono ben diverse. L'intervento del terzo parte eventuale equivale ad implicita accettazione degli atti legittimamente compiuti senza di lui. All'inverso, la legittimità degli atti compiuti è tutt'altro che scontata qualora sia stato pretermesso il litisconsorte necessario. Costui infatti, una volta intervenuto nel procedimento, diversamente dagli altri, ha la facoltà di far valere la violazione del contraddittorio<sup>(26)</sup> e la conseguente nullità degli atti compiuti senza la propria partecipazione. Da ciò consegue che l'intervento di quest'ultimo, diversamente da ogni altro terzo, non equivale ad accettazione degli atti compiuti.

Se quanto detto è corretto, se ne ricava che il litisconsorte necessario pretermesso, accettata la scelta della via arbitrale, possa tuttavia sindacare la composizione del collegio. In senso parzialmente conforme si è infatti recentemente affermato che « [il litisconsorte necessario], *in quanto avrebbe dovuto essere parte dell'arbitrato sin dalla sua origine, ha un diritto paritario alla nomina congiunta degli arbitri, esattamente come lo hanno i suoi consorti in lite* »<sup>(27)</sup>. Nell'estratto citato si postula così la necessità di garantire al litisconsorte necessario pari poteri rispetto a quelli spettanti alle parti originarie in base alla convenzione arbitrale. Ebbene, da un lato è pienamente condivisibile la *ratio* di equiparare la posizione del litisconsorte necessario a quella delle parti originarie — in quanto egli stesso, seppur illegittimamente pretermesso, avrebbe dovuto essere parte della

---

<sup>(25)</sup> In questo senso CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, op. cit., p. 858.

<sup>(26)</sup> Riguardo alla possibilità che il litisconsorte necessario pretermesso, intervenendo sani il vizio della violazione del contraddittorio v. Cass. Civ. Sez. II, 26 aprile 1993 n. 4883; Cass. Civ. Sez. I, sent. 16 settembre 1995, n. 9781; Cass. Civ. Sez. II, sent. 5 agosto 2005, n. 16504; MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, p. 692 sub nota n. 589.

<sup>(27)</sup> Cit. SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, op. cit., p. 475.

convenzione. D'altro canto non persuade che al litisconsorte necessario vadano riconosciuti i poteri — e solo quelli — spettanti alle parti in base alla convenzione. In altre parole, non si ritiene che le parti originarie possano opporre al litisconsorte necessario pretermesso, estraneo alla convenzione, le previsioni e le condizioni ivi pattuite. Come sopra affermato infatti, il litisconsorte non interviene *sic et simpliciter* nel giudizio, bensì interviene nella convenzione, sanando così l'incompleta manifestazione della volontà di devolvere agli arbitri la controversia di cui egli è parte *ex necesse* (28). All'accettazione della via arbitrale però non consegue, o almeno non automaticamente, anche l'accettazione del *quo modo*. Il litisconsorte necessario potrebbe infatti contestare, non l'opzione per la via arbitrale, bensì le modalità con cui si è disposto di decidere la controversia.

Alla luce di quanto detto è « *tutto da dimostrare* » (29) che, limitatamente al caso del litisconsorte necessario, l'intervento nella convenzione comporti, oltre alla scelta per la via arbitrale, anche l'accettazione tacita delle ulteriori condizioni ivi disposte. Si pensi al caso in cui il litisconsorte necessario abbia sì interesse a vedere risolta la controversia dagli arbitri, ma non a rimettere il giudizio all'equità di questi — come invece in ipotesi potrebbe essere disposto dalla convenzione.

Ne consegue allora che il litisconsorte necessario possa eccepire l'illegittimità del meccanismo di composizione del collegio prescelto dalle parti. Ciò anche nel caso in cui le parti abbiano demandato ad un terzo la costituzione del collegio (30). Anche in siffatta ipotesi infatti, pur ponendosi il litisconsorte pretermesso sullo stesso piano delle altre parti, cionondimeno, egli potrebbe lamentare un'illegittima obliterazione delle proprie facoltà per essere stato privato della possibilità di nominare l'arbitro. Privazione alla quale egli non avrebbe in alcun modo partecipato essendo estraneo alla convenzione (31).

---

(28) Diversamente SALVANESCHI L., *op. ult. cit.*, p. 485: « *il litisconsorte pretermesso che non sia parte del patto arbitrale, qualora decida di partecipare al procedimento, sanandone così un vizio genetico (...)* ». Sembra di capire che il vizio genetico sanato sia quello del procedimento. V. *infra sub nota* n. 33.

(29) Così ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, p. 96; in questo senso pare orientato anche PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, Vol. II, p. 130.

(30) *Contra* SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, *op. cit.*, p. 485: « *Così, qualora il litisconsorte non compromittente intervenga in arbitrato non vi saranno problemi di sorte quando la nomina dell'intero collegio sia demandata a un soggetto terzo* ».

(31) Configurato in questi termini, l'intervento del litisconsorte necessario pretermesso nella convenzione arbitrale potrebbe trovare una giustificazione sul piano civilistico, più che nel senso dell'adesione ad un contratto aperto, come integrazione soggettiva di una fattispecie in corso di formazione, ove ad eccezione della basilare scelta di deferire la lite agli arbitri, gli altri elementi della convenzione sarebbero passibili di revisione. Sul punto tuttavia non si può che rinviare alla approfondita analisi di ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, *op. cit.*, p. 171 e ss. nonché p. 733, la quale tuttavia configura l'intervento del

Tornando ai temi oggetto della presente analisi, nel caso di intervento del litisconsorte necessario pretermesso e di successiva necessità di sostituire l'arbitro venuto meno, l'applicazione del meccanismo di nomina originariamente previsto dalla convenzione dipende dalla scelta dell'interveniente. Qualora costui non eccepisca l'illegittimità del meccanismo di costituzione del collegio, la sostituzione dell'arbitro eventualmente venuto meno potrà avvenire alla stregua di quanto originariamente previsto<sup>(32)</sup>. Sollevata l'eccezione, si dovrà invece valutare la possibilità di procedere alla sostituzione secondo meccanismi diversi da quelli previsti in origine e, con essa, la possibilità di mutare litependente le regole di svolgimento del procedimento.

Rimane da chiarire che quanto detto per l'intervento del litisconsorte necessario non si applica all'interventore adesivo dipendente. A nulla rileva il fatto che entrambe le ipotesi di intervento siano assistite dalla presunzione assoluta di consenso di cui all'art. 816 *quinquies* comma 2° c.p.c. Diversamente dal caso appena esaminato, il litisconsorte adesivo dipendente non è una parte necessaria della convenzione arbitrale. Pertanto egli non può lamentare alcuna limitazione delle proprie facoltà per essere stato estromesso dalla stipulazione e dalla negoziazione dei termini della convenzione. In via consequenziale se ne ricava che, come per le ipotesi di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c., anche l'intervento del litisconsorte adesivo dipendente equivale ad implicita accettazione della convenzione arbitrale<sup>(33)</sup>.

3. In breve, sin ora si sono viste le conseguenze dell'intervento del terzo sulla convenzione arbitrale, tanto nelle ipotesi di cui all'art. 816 *quinquies* comma 1° c.p.c. che del capoverso. Si è altresì visto che, in alcuni casi, la sostituzione dell'arbitro venuto meno può avvenire alla stregua di quanto disposto nella convenzione per la nomina. In altri casi ciò non è invece possibile. Così infatti qualora il litisconsorte necessario eccepisca di essere stato illegittimamente pretermesso dalla definizione del meccanismo di costituzione del collegio; ovvero se l'applicazione dell'originario meccanismo di designazione dell'arbitro rispetto alla mutata fattispecie dovesse porsi in contrasto con norme imperative. Queste considerazioni portano quindi a negare valenza assoluta alla regola per cui, nel contesto

---

litisconsorte necessario pretermesso in termini di « adesione al contratto compromissorio, fattispecie già perfezionata, ma ancora in formazione per quanto riguarda la sua integrazione soggettiva ».

<sup>(32)</sup> Fatto salvo il caso in cui l'applicazione al mutato contesto delle regole originariamente stabilite si ponga in contrasto con norme imperative, v. *supra* art. 832 comma 4° c.p.c.

<sup>(33)</sup> SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato, Art. 806-840, op. cit.*, p. 513; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, p. 594; v. *infra* nota n. 35.

dell'arbitrato sorto come bilaterale e successivamente divenuto plurilaterale, la sostituzione dell'arbitro debba necessariamente avvenire secondo quanto disposto per la nomina.

Fatte tali premesse, si può ora trattare concretamente del caso in cui, successivamente all'intervento di un terzo, si debba procedere alla sostituzione dell'arbitro in attuazione della clausola binaria inserita nella convenzione tra le parti originarie.

Come noto, grazie alla dottrina dei centri di interesse, si è ritenuto validamente costituito il collegio designato per mezzo della clausola binaria, anche in riferimento ai procedimenti litisconsortili<sup>(34)</sup>. Il punto in questione però non è come procedere alla costituzione, bensì alla ricostituzione del collegio per mezzo della clausola binaria in riferimento al procedimento litisconsortile. Conviene allora prendere l'avvio chiarendo se, in attuazione della clausola binaria, il terzo intervenuto abbia, almeno in astratto, diritto di partecipare alla scelta del sostituto.

È bene precisare infatti che, spiegato l'intervento, grazie all'estensione dei limiti soggettivi della convenzione, anche l'interveniente ne è divenuto parte<sup>(35)</sup>. Come tale, egli ha diritto di partecipare alla sostituzione dell'arbitro a condizioni di parità con le altre parti. La tesi per cui l'interveniente volontario accetta il collegio già costituito non pertiene infatti al caso in esame<sup>(36)</sup>. Con essa ci si riferisce all'eventualità in cui la

---

<sup>(34)</sup> In maniera diffusa SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 163 e ss., si veda anche LIPARI G., *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 739 e ss.; LUISSO F.P., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 2001, fasc. 4., p. 609; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, *op. cit.*, p. 208 §1.6 e ss.; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1725 § 5; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 580; RICCI G.F., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 445; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 688 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 1997, fasc. 4, p. 745. In giurisprudenza il principio della validità della clausola binaria anche riguardo al procedimento litisconsortile viene affermato in Cass. Sez. I, 15 marzo 1983, sent. n. 1900; Cass. Sez. I, 30 maggio 1997, sent. n. 4831; Cass. Sez. III, 19 dicembre 2000, sent. n. 15941; Cass., Sez. I, 26 giugno 2007, sent. n. 14788.

<sup>(35)</sup> Ciò per lo meno ai fini dello specifico giudizio di riferimento, cfr. *supra* note n. 5 e ss. Discorso a parte merita l'intervento *ad adiuvandum*. Anch'egli intervenendo non può che subentrare nella convenzione di arbitrato. *Contra* SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 513; SASSANI B., *Modificazione della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, p. 894. Ciò posto, tuttavia, il litisconsorte adesivo dipendente non pare possa qualificarsi come parte "a tutti gli effetti" non deducendo egli in giudizio un proprio diritto. Sembra peraltro ragionevole limitare le facoltà spettanti all'interveniente *ad adiuvandum* alla mera approvazione o disapprovazione del sostituto nominato dalla parte originaria affiancata laddove, in caso di disapprovazione, in assenza di una domanda dedotta innanzi agli arbitri da parte dell'interveniente adesivo dipendente e per la conseguente impossibilità di scindere il procedimento nei di lui confronti, pare equo riconoscere allo stesso la facoltà di sortire dal procedimento. Per i problemi inerenti all'intervento *ad adiuvandum* e alla partecipazione di questi alla costituzione del collegio cfr. RUFFINI G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in questa *Rivista*, fasc. 4, 1995, p. 669, 670.

<sup>(36)</sup> Sostengono che l'intervento volontario del terzo nel procedimento arbitrale equivalga ad accettazione del collegio ivi nominato CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale*, *op.*

composizione del collegio rimane invariata, nessuno degli arbitri viene quindi meno, né si deve procedere alla loro sostituzione. Dunque, come è giusto che sia, né l'interveniente ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, né men che meno l'interveniente *ad adiuvandum*, può pretendere di mutare la composizione del collegio arbitrale già costituito. Diverso invece il caso in cui si debba riconoscere all'interveniente il diritto di concorrere alla ricostituzione del collegio. In questa evenienza non rileva in alcun modo il carattere facoltativo della partecipazione del terzo, né la volontarietà del suo intervento, né il principio di non regressione. Qui infatti non si regredisce, non si discute di quanto già fatto, bensì di quanto si andrà a fare: designare un arbitro in sostituzione. Si devono allora riconoscere all'interveniente le facoltà che gli spettano per essere divenuto parte della convenzione arbitrale<sup>(37)</sup>. Ciò tuttavia a condizione che, come di seguito chiarito, gli interessi di tutte le parti in causa siano equamente rappresentati in seno al collegio.

Passando dall'astratto al concreto, si consideri il caso in cui venga meno l'arbitro nominato dalla parte originaria, poi affiancata dall'interventore litisconsortile. L'attribuzione alla parte affiancata e all'interventore della facoltà di nominare un arbitro ciascuno porterebbe alla composizione di un collegio sbilanciato<sup>(38)</sup>. La qual cosa non dipende dalla costituzione o meno di un polo unitario di interessi. Si ponga infatti l'esempio del creditore che convenga in arbitri uno dei condebitori solidali chiedendone la condanna al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento e, successivamente, intervenga un altro condebitore solidale. I condebitori potrebbero contestare entrambi la pretesa dell'attore ma, in via subordinata, affermare che l'inadempimento sia da imputare rispettivamente all'altro. In questo caso, si avrebbe un litisconsorzio semplice, senza che si sia formato un polo unitario di interessi. Ebbene, attribuire ad entrambi i condebitori la facoltà di nominare un arbitro ciascuno porterebbe alla composizione di un collegio sbilanciato. L'interveniente e la parte originaria avranno quindi diritto ad essere rappresentati in seno al collegio arbitrale da un solo arbitro. Pertanto, ove sia venuto meno l'arbitro nominato dalla parte affiancata, dovendosi garantire all'interventore la possibilità di partecipare alla sostituzione in condizioni di parità, la designazione del nuovo decidente dovrà avvenire di concerto tra la parte originaria e l'interventore stesso.

---

cit., p. 844; LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, op. cit., 782; LUISSO F.P., SASSANI B., *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 291; SALVANESCHI L., *sub Art. 816 quinquies c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, op. cit., p. 260.

<sup>(37)</sup> Nuovamente, lo si ripete, discorso a parte merita il caso dell'interveniente adesivo dipendente, *cf. supra* nota n. 35.

<sup>(38)</sup> LICCI P., *La pluralità di parti nel procedimento: le soluzioni del passato, i problemi del presente*, in questa *Rivista*, 2009, fasc. 2, p. 388; POLINARI J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni di arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 3, p. 538, nota a Coll. arb. 17 maggio 2006; ID., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, op. cit., p. 210, § 11, 215 § 17.



Ovviamente, se a venir meno fosse l'arbitro nominato, non dalla parte affiancata, bensì dalla controparte, il terzo interveniente in via adesiva autonoma non avrebbe alcun titolo per partecipare alla sostituzione di questi.

Ulteriore evenienza è che venga meno l'arbitro nominato congiuntamente dalle parti. Anche qui occorrere riconoscere al terzo interveniente la facoltà di partecipare alla designazione del sostituto. Costui andrà quindi scelto con l'accordo unanime delle parti, incluso il terzo. Qualora invece venga meno l'arbitro designato dai componenti superstiti del collegio, la sostituzione potrà avvenire allo stesso modo.

Posto quanto sopra, ben può accadere che la parte originaria ed il terzo non riescano a raggiungere l'accordo circa la scelta del sostituto. Le ragioni possono essere due: o non si è formato un polo unitario di interessi; oppure, d'accordo in astratto sulla nomina congiunta, le parti sono semplicemente inerti. Nel primo caso, escluso il ricorso alla sostituzione giudiziale dell'arbitro, si deve valutare la possibilità di procedere alla designazione del sostituto secondo un meccanismo diverso da quello previsto nella convenzione <sup>(39)</sup>. Nel secondo, a date condizioni, pare possibile procedere alla sostituzione dell'arbitro in via giudiziale ovvero, in difetto, secondo un metodo diverso da quello previsto per la nomina <sup>(40)</sup>.

3.1. Merita ora un'attenta analisi la possibilità di procedere alla sostituzione dell'arbitro in applicazione della clausola binaria successivamente all'intervento principale del terzo. In particolare, occorre chiarire se l'interventore principale possa partecipare alla designazione del sostituto pur proponendo egli una domanda *ad infringendum iura utriusque competitoris*.

Alla luce dell'insegnamento tradizionale si dovrebbe negare la possibilità che il litisconsorte principale, congiuntamente alla parte originaria cui spetta, partecipi alla designazione del sostituto arbitro. Ciò in quanto la reciproca contrapposizione degli interessi delle parti di una controversia stellare escluderebbe radicalmente la possibilità dell'accordo in ordine alla designazione congiunta dell'arbitro <sup>(41)</sup>.

In verità non pare possibile negare *a priori* che due parti, pur se attestate su posizioni contrapposte, abbiano interesse a nominare congiuntamente un arbitro. Si pensi al caso in cui, fuori dagli schemi del "gioco delle parti", siano stati nominati degli arbitri "neutri" <sup>(42)</sup>. Se così è, non

---

<sup>(39)</sup> V. *infra* § 4.3.

<sup>(40)</sup> V. *infra* § 4.2.

<sup>(41)</sup> RUFFINI G., *op. ult. cit.*, p. 690; concorde POLINARI J., sub *art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 210, § 13. Contra SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 322, 326 e ss.; ID., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 466, 467.

<sup>(42)</sup> Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 746 e ss.

si vede per quale motivo si debba negare al litisconsorte principale la facoltà di partecipare alla sostituzione di un arbitro “neutro”. Pertanto, anche se improbabile, appare assolutamente lecito che due litiganti, reciprocamente contrapposti si mettano d'accordo circa la designazione congiunta del sostituto. Sarebbe invece illecita la sostituzione unilaterale per mano della parte originaria. Così, privando l'interveniente principale della facoltà di partecipare alla sostituzione dell'arbitro, si avrebbe un collegio non egualmente rappresentativo degli interessi delle parti. Pertanto, intervenuto un terzo in via principale, esclusa la possibilità di una sostituzione unilaterale, l'unica alternativa pare la designazione del sostituto con l'accordo della parte originaria e del terzo. Come è facile immaginare però, data la contrapposizione reciproca degli interessi, all'infuori dei rari episodi di nomina “neutra”, le parti difficilmente troveranno un accordo. In tale caso, esclusa la sostituzione giudiziale dell'arbitro, rimane da valutare la possibilità di procedere alla ricostituzione del collegio per altra via<sup>(43)</sup>.

Qualora invece venga meno un arbitro nominato concordemente dalle parti ovvero dagli stessi arbitri, nulla impedisce che la sostituzione avvenga secondo quanto disposto per la nomina. Pertanto, qualora l'arbitro venuto meno sia stato nominato congiuntamente dalle parti, la sostituzione dovrà avvenire con il consenso unanime delle parti — interveniente principale incluso. Ove l'arbitro venuto meno sia stato designato dagli arbitri rimasti in carica, posta comunque la neutralità della nomina, anche la sostituzione potrà avvenire secondo la stessa modalità.

3.2. Si sono viste sopra le ragioni che inducono a ritenere che l'intervento della parte necessaria, illegittimamente pretermessa, sia del tutto peculiare rispetto alle altre ipotesi di intervento volontario. Con ciò si è detto che la parte intervenuta ad integrazione del contraddittorio ha modo di sindacare la validità delle disposizioni pattizie contenute nella convenzione *sub specie* di lesione del diritto al contraddittorio. Se ne desume che il litisconsorte necessario intervenuto possa, tanto accettare il meccanismo di costituzione del collegio e con esso gli arbitri nominati, quanto opporvisi. In quest'ultimo caso, eccetta l'illegittimità della pretermissione del litisconsorte e l'invalidità dei meccanismi di costituzione del collegio, a logica dovrebbe ritenersi nulla la nomina di ciascun arbitro. Si dovrebbe così procedere alla ricostituzione dell'intero collegio, di ciò tuttavia in seguito. Nel primo caso invece, posta la validità del metodo di costituzione del collegio prevista nella convenzione, la sostituzione dell'arbitro eventualmente venuto meno dovrebbe avvenire secondo quanto

---

<sup>(43)</sup> *Infra* §. 4.3.

ivi previsto. Sicché, alla stregua della clausola binaria, si deve valutare la possibilità di procedere alla sostituzione congiunta ad opera del litisconsorte necessario e della parte che ha nominato l'arbitro venuto meno.

Occorre però fare i conti con la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale nega la possibilità di procedere alla nomina congiunta dell'arbitro ogniqualvolta « *la collocazione spontanea dei litisconsorti in due soli gruppi contrapposti risulta incompatibile con lo schema legale dell'azione dedotta in giudizio, rispetto alla quale la molteplicità (e non la mera dualità) degli interessi in gioco è stata postulata inderogabilmente dalla legge* »<sup>(44)</sup>. Laddove poi per avventura. « *nel proprium peculiare della singola lite* » » due parti si trovino a condividere gli stessi interessi, seppur *in mens legis* questi debbano essere contrastanti, al giudice spetterebbe il potere di dissociare il polo così formatosi<sup>(45)</sup>.

La tesi esposta è stata criticata sotto un duplice punto di vista. Si è infatti negato che il litisconsorzio necessario postuli necessariamente la trilateralità della lite<sup>(46)</sup>. Così, ad esempio la necessità del litisconsorzio potrebbe essere dovuta alla contitolarietà della situazione dedotta in giudizio<sup>(47)</sup>. In tali casi la coincidenza degli interessi di due delle parti di un litisconsorzio necessario non sarebbe un mero accidente. Inoltre, quantanche la necessità del litisconsorzio sia invece da ricercare nella struttura dell'azione, comunque l'astratta divergenza delle posizioni delle parti non impedisce che nel concreto queste possano condividere i medesimi interessi<sup>(48)</sup>. Si pensi infatti all'azione di responsabilità introdotta contro l'amministratore, del quale tuttavia la società voglia difendere l'operato. In consimili casi, a voler ragionare in termini meramente astratti, negando alla società e all'amministratore la possibilità di nominare congiuntamente un arbitro, il giudice si sostituirebbe alle parti scomponendo in maniera

---

<sup>(44)</sup> Cass. Sez. I, 15 marzo 1983, sent. n. 1900; Cass. Sez. I, 15 aprile 1988, sent. n. 2983; *contra* LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 740, 741; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1726 § 8; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 209, § 7 e § 8; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 691 i quali contestano che al litisconsorzio necessario corrisponda sempre la trilateralità della controversia; SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 178 ss.; *Id.*, *Dell'arbitrato, Art. 806-840*, *op. cit.*, p. 460.

<sup>(45)</sup> V. *supra* nota n. 44.

<sup>(46)</sup> LIPARI G., *sub Art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 740; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, *op. cit.*, p. 582, 583; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1725, § 8; *Id.*, *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 209, § 7 e 8; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 691; più diffusamente sul rapporto tra la necessità della pluralità di parti e i diritti dedotti in giudizio v. COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 251 e ss.; MENCHINI S., *Il processo litisconsortile, struttura e poteri delle parti*, *op. cit.*, p. 79 e 96.

<sup>(47)</sup> Cfr. autori *sub* nota n. 46.

<sup>(48)</sup> LIPARI G., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 741.

forzosa il polo spontaneamente sorto. È chiara la disarmonia con l'affermazione per cui al giudice non spetta il potere di sovrapporsi alle parti per creare artificiosamente un polo unitario <sup>(49)</sup>.

Posto ciò, deve ammettersi la compatibilità della clausola binaria con il giudizio necessariamente litisconsortile e, con essa, la possibilità che il litisconsorte necessario e la parte originaria nominino congiuntamente il sostituto arbitro.

4. Sopra si sono visti i casi di impossibilità *de iure* o *de facto* di procedere alla designazione del sostituto per mezzo del meccanismo originariamente previsto dalla convenzione. Ci si interroga ora sulla possibilità di procedervi secondo un metodo diverso da quello originariamente stabilito.

Sotto questo profilo non pone problemi di per sé la possibilità di prevedere *ab origine* che la sostituzione si attui secondo meccanismi diversi dalla nomina <sup>(50)</sup>. Ciò che invece va accertato è se le parti possano procedere a tanto in corso di arbitrato; vale a dire se, pendente il procedimento, le parti possono accordarsi e prevedere appositamente che la sostituzione avvenga secondo un meccanismo di nuovo conio <sup>(51)</sup>.

AmMESSO però che le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale possano prima dettare un determinato regolamento e poi modificarlo, si potrebbe obiettare che simile potere sarebbe però limitato nel tempo.

4.1. Circa il primo punto, pare si debba ammettere la possibilità di mutare nel corso del procedimento il meccanismo di sostituzione dell'arbitro. Se si ritiene che l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1° poggi sulla stipulazione di una nuova convenzione, giocoforza si deve ammettere che, estesi i limiti soggettivi ed oggettivi della convenzione, le parti possano altresì modificarne il contenuto disciplinare. Ciò perché il più implica il meno. La possibilità di modificare il contenuto necessario della convenzione — ovvero il diritto controverso e con esso le parti — implica necessariamente anche il potere di modificarne il contenuto eventuale — *id est* le modalità di nomina e sostituzione degli arbitri <sup>(52)</sup>. Alla medesima conclusione si deve giungere anche rispetto al

---

<sup>(49)</sup> Cfr. *supra* nota n. 34.

<sup>(50)</sup> Cfr. *supra* nota n. 3.

<sup>(51)</sup> Ammettono che le parti possano deferire ad un terzo la costituzione del collegio successivamente alla stipulazione della convenzione POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1728, § 18; ID., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 213, § 5; LIPARI G., *sub Art. 816 quater c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 749.

<sup>(52)</sup> A seguito della riforma introdotta con il d.lgs. 40/2006 sembra pacifico che le previsioni sul numero degli arbitri e sulle modalità di costituzione del collegio rientrino nel

litisconsorte necessario. Se si ammette che costui, intervenuto nella convenzione arbitrale, abbia titolo per eccepire l'illegittimità delle determinazioni pattuite senza la propria partecipazione, pare necessario riconoscere alle parti la possibilità di rideterminare *in parte qua* la disciplina del procedimento<sup>(53)</sup>.

Il secondo punto involge considerazioni di ordine temporale. Si potrebbe infatti rilevare che le parti possano sì regolare e modificare il procedimento, purché lo facciano anteriormente all'inizio del giudizio arbitrale (arg. *ex art.* 816 *bis* c.p.c.). Orbene, nel caso di specie, la modifica del meccanismo di sostituzione dell'arbitro avverrebbe a giudizio già iniziato. Pertanto, la modificazione delle regole di svolgimento del procedimento e di quelle concernenti la sostituzione degli arbitri sarebbe preclusa.

A tutto voler concedere, alla stregua di un simile ragionamento, ad essere limitata dall'inizio del giudizio arbitrale sarebbe la facoltà di dettare « *le norme* [e solo quelle — *adde*] *che gli arbitri debbono osservare (...)* » (art. 816 *bis* c.p.c.). Non subirebbe invece tale preclusione la facoltà di dettare le norme cui gli arbitri non sono vincolati, quali ad esempio le regole sulla loro nomina. Ragionando per tal verso, l'unico caso di limitazione del potere delle parti di procedere alla ridefinizione dei meccanismi di sostituzione sarebbe quello in cui, venuto meno un arbitro nominato dalle stesse parti ovvero da un terzo, ci si accordi affinché il sostituto venga designato dagli arbitri superstiti. Solamente in tale circostanza infatti la modifica delle regole di designazione del sostituto riguarderebbe « *le norme che gli arbitri debbono osservare* ».

In vero però, è da ritenere che le parti possano determinare successivamente alla costituzione del collegio anche le regole cui gli arbitri sono tenuti a dare attuazione. Il solo effetto conseguente alla tardività è infatti quello di consentire agli arbitri di rinunciare al mandato per giusta causa<sup>(54)</sup>. Né vale replicare che, per tal via, l'inciso « *purché anteriormente*

---

contenuto eventuale della convenzione. L'eventuale mancanza di tali disposizioni non porta infatti alla nullità della convenzione arbitrale. Per tutti v. CECHELLA C., *sub art.* 809-813, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., *op. cit.*, p. 122; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *op. cit.*, Vol. I, p. 385; GRADI M., RUFFINI G., *sub art.* 809 c.p.c., in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1627, § 19; RUFFINI G., *sub art.* 809 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 116 § 4; ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art.* 809 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 205.

<sup>(53)</sup> Per più ampie considerazioni circa il "senso" della rimessione in termini del litisconsorte necessario pretermesso cfr. COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, *op. cit.*, in particolare p. 202 e ss.

<sup>(54)</sup> LUISSO F.P., *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 346; VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, *op. cit.*, p. 503. CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, *op. ult. cit.*, § II, p. 1771 riconosce alle parti la facoltà di "modifica della disciplina processuale anche dopo l'inizio del giudizio. In tal caso gli arbitri non possono disattendere tali regole, ma possono addurre la tardiva modifica della disciplina processuale come giusto motivo per rinunciare all'incarico".

*all'inizio del giudizio arbitrale* » verrebbe privato di significato<sup>(55)</sup>. Significato invece che andrebbe ricercato nella salvaguardia dell'affidamento degli arbitri e nella natura processuale dell'arbitrato<sup>(56)</sup>, il che a sua volta implicherebbe la « *inviolabilità della difesa che ciascuna delle parti deve ovviamente poter predisporre sulla base di una procedura predeterminata* »<sup>(57)</sup>.

Pur ragionando nel senso della rigorosa predeterminazione delle regole di rito, tuttavia, un'applicazione eccessivamente drastica del principio condannerebbe l'arbitrato all'impraticabilità<sup>(58)</sup>. Tant'è che si ammette comunemente la possibilità di dettare le regole di rito nel corso del giudizio — anche se non ad opera delle parti, bensì degli arbitri<sup>(59)</sup>.

A ben vedere però, occorre analizzare le stesse fondamenta della tesi della necessaria predeterminazione delle regole di rito. Non si vede difatti come la modifica consensuale « *a gioco iniziato* »<sup>(60)</sup> determini una violazione del principio del contraddittorio, ovvero violi in altro modo l'ordine pubblico. Consentire alle parti, unanimemente, di mutare le regole del procedimento non equivale ad alcuna violazione del diritto al contraddittorio. Le parti infatti semplicemente mutano di comune accordo le regole attraverso le quali scelgono di attuare il contraddittorio — *id est* le regole del rito. Non viene quindi leso in alcun modo il diritto di dire e contraddire su un piede di parità; se ne muta consensualmente solo il modo.

Alla luce di quanto sopra, si sostiene che le regole di rito possano essere modificate anche successivamente all'inizio del giudizio arbitrale.

---

<sup>(55)</sup> Così GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI S., *op. cit.*, p. 196.

<sup>(56)</sup> GHIRGA M.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, *ibidem*; per la salvaguardia della posizione degli arbitri v. anche RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, *op. cit.*, p. 400 ivi ulteriori riferimenti *sub nota* n. 117.

<sup>(57)</sup> CECHELLA C., *Le regole dettate dall'autonomia delle parti e degli arbitri*, in *L'arbitrato*, *op. cit.*, p. 147, 148; ID., *Disciplina del processo dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, fasc. 2, p. 215 citato testualmente da Cass. Sez. I, 31 gennaio 2007, sent. n. 2201; FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, in questa *Rivista*, 2004, fasc. 4, p. 665; GRASSO E., *Arbitrato e formalismo del processo*, in questa *Rivista*, 1993, fasc. 1, p. 9, 10: « *L'organizzazione della difesa non può infatti prescindere dalla previsione certa del ritmo del processo e dei possibili interventi officiosi degli arbitri* »; TOTA G., *sub art. 816 bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO A., CAPPONI B., *op. cit.*, p. 692. In questo senso sembra essere anche RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in *Arbitrato*, *op. cit.*, p. 393 e ss.

<sup>(58)</sup> BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, in questa *Rivista*, 2013, fasc. 4, p. 890.

<sup>(59)</sup> Cfr. RUFFINI G., TRIPALDI V., *sub art. 816 bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 191, § 14; CECHELLA C., *op. ult. cit.*, p. 213; RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 393 e ss.; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *op. cit.*, p. 18 e ss.

<sup>(60)</sup> Cit. CECHELLA C., *op. ult. cit.*, *ibidem*. Sulla necessaria flessibilità dell'arbitrato invece cfr. BRIGUGLIO A., *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione della regola applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla non contestazione)*, *op. cit.*, p. 889, 890.

Posto ciò, si è però affermato che per l'integrazione delle regole del procedimento occorrerebbe il consenso degli arbitri<sup>(61)</sup>. Il motivo è duplice: da un lato, le parti non potrebbero « *apportare liberamente alterazioni al contenuto del mandato all'arbitro* »<sup>(62)</sup>; dall'altro, costituito il collegio, la direzione del procedimento spetterebbe agli arbitri.

Sul primo punto, si ritiene che « *anche nelle ipotesi in cui sia stato predeterminato il programma gestorio, il mandante può ben imporre varianti, subordinando ad esse il puntuale assolvimento dell'incarico* »<sup>(63)</sup>. Si spiega infatti che « *tutte le obbligazioni « di fare » hanno un contenuto generico (...)* »<sup>(64)</sup>, individuato prevalentemente attraverso l'indicazione del risultato, « *giacché la tensione al risultato ha bisogno di una determinazione continua e costante, protratta nel tempo* »<sup>(65)</sup>.

Sul secondo punto si condivide quanto detto oltremarica circa l'inopportunità di concedere « *al tribunale arbitrale l'ultima parola sulle questioni procedurali* »<sup>(66)</sup>. Una simile soluzione infatti « *violerebbe il principio basilare dell'autonomia delle parti, ignorerebbe inoltre il fatto che le parti possono, d'accordo in ogni fase, licenziare il tribunale arbitrale e cominciare un nuovo arbitrato — ovvero risolvere la loro controversia in un modo totalmente diverso (...)* »<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665, quando ammette la possibilità dell'integrazione delle regole di rito richiede il consenso degli arbitri; CONCORDI RUFFINI G., TRIPALDI V., sub art. 816 quinquies, op. ult. cit., p. 190, § 12, 13.

<sup>(62)</sup> FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del procedimento*, op. ult. cit., p. 665; CONCORDI RUFFINI G., TRIPALDI V., sub art. 816 quinquies, op. ult. cit., p. 190, § 12, 13.

<sup>(63)</sup> SANTAGATA C., *Del mandato, disposizioni generali, Art. 1703-18709*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Bologna, 1985, p. 512; LUMINOSO A., *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 2007, Vol. 12.2, p. 498; MINERVINI G., *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1957, p. 49 et seq., in particolare p. 55.

<sup>(64)</sup> Cit. LUMINOSO A., *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, op. cit., p. 498; v. PANUCCIO V., *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, p. 91 et seq.

<sup>(65)</sup> Cit. LUMINOSO A., *ibidem*; v. PANUCCIO V., *ibidem*.

<sup>(66)</sup> Traduzione da HUNTER M., *The Procedural Powers of Arbitrators under the English 1996 Act*, in *Arbitration International*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 346, 347.

<sup>(67)</sup> HUNTER M., *ibidem*; similmente PARTASIDES C., *Sections 33 and 34 of the English Arbitration Act 1996: a Potential Conflict*, in *Arb. Int.*, 1997, Vol. 13, Issue n. 4, p. 418, ivi riferimenti al Departmental Advisory Opinion on Arbitration Law; così anche UNCITRAL Model Law, Art. 19(1), *Fifth Working Group*, A/CN.9/246, § 63, in HOLTZMAN H., NEUHAUS J., *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1995, p. 556, 557. Amplius PRYLES M.C., *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24, fasc. 3, p. 330 e ss. ove si riportano anche le tesi averse. Suggestiva la circostanza che MORTARA L., in *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1922, Milano, p. 115, seppur in un contesto e in un periodo storico ben diversi, si esprimesse in termini sostanzialmente omogenei: « (...) le parti possono far cessare d'accordo il patto compromissorio; e lo possono anche dopo la nomina degli arbitri [corsivo in originale]. L'importanza di quest'ultima dichiarazione è solo quella di escludere il dubbio che il mandato conferito agli arbitri crei a favore di questi un diritto sottratto all'imperio della volontà delle parti ».

In conclusione si ritiene che le parti possano modificare le regole del procedimento arbitrale anche successivamente all'inizio del giudizio<sup>(68)</sup>. Ciò anche senza il consenso degli arbitri. Questi ultimi potrebbero però legittimamente rinunciare al mandato qualora le modifiche apportate dalle parti mutino il contenuto della prestazione, rendendone più gravoso l'adempimento.

4.2. Detto quanto sopra, per vedere in quale senso le parti possano mutare l'originario meccanismo di designazione degli arbitri, occorre ricapitolare alcune considerazioni. Si è visto infatti come, con l'intervento adesivo autonomo e con l'intervento del litisconsorte necessario, si possa formare un polo unitario di interessi tra l'interveniente ed una delle parti originarie. Cionondimeno le parti potrebbero, si formare un polo unitario, ma non addivenire comunque alla designazione congiunta dell'arbitro — magari perché incerte sulla persona da designare in concreto. In questo caso, per quanto raro, le parti potrebbero accordarsi e deferire ad un terzo la nomina dell'arbitro e con ciò modificare l'originaria modalità di costituzione del collegio stabilita nella convenzione.

Diverso invece il caso in cui le parti non formino un polo unitario e perciò non procedano alla designazione in comune dell'arbitro. Qui non ha senso dire che le parti possono demandare ad un terzo la scelta del sostituto. La parte originaria e l'interveniente, non formando un centro unitario di interessi, non avranno alcun agio nel demandare ad altri la nomina congiunta di un arbitro. Ciò per la basilare ragione per cui ognuno avrà interesse ad essere rappresentato in seno al collegio da un arbitro "di parte". In simili circostanze, tanto che il terzo intervenga in via adesiva autonoma che in veste di parte necessaria, ovvero ancora in via principale, le parti potrebbero unanimemente mutare il meccanismo di composizione del collegio e prevedere l'applicazione della cd. "clausola di Andrioli"<sup>(69)</sup>. Sicché, se venisse meno un arbitro nominato da una delle parti originarie, si potrebbe procedere alla ricostituzione del collegio attribuendo alla parte ed al terzo la facoltà di procedere alla designazione di un arbitro ciascuno, con l'ulteriore previsione della nomina di un arbitro "neutro" aggiuntivo. Tale arbitro potrebbe essere nominato con l'accordo delle

---

<sup>(68)</sup> CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, op. cit., p. 1771; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, Vol. V, op. cit. p. 174, 175; VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, op. cit., p. 503.

<sup>(69)</sup> ANDRIOLI V., sub art. 809, in *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. IV, 1964, p. 794 e ss. Cfr. RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, op. cit., p. 690, sostiene la possibilità di applicare la clausola in questione alla costituzione del collegio nel contesto di una lite stellare; v. SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, op. cit., p. 324. Si ritiene che l'applicazione anche ai casi di litisconsorzio semplice di detta modalità di composizione del collegio sia resa possibile dalla presenza di due arbitri "neutri", tali da consentire al collegio di deliberare in posizione di autonomia, cfr. SALVANESCHI L., op. ult. cit., p. 171, 181 e ss.



parti, ovvero da un terzo. Il problema sorge invece qualora le parti non riescano a nominare l'ulteriore arbitro "neutro" e si tratti di adire l'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 809 comma 3° c.p.c. Rimandando al prosieguo la disamina di detto punto, è sin d'ora possibile rilevare come l'applicazione della "clausola di Andrioli" porterebbe alla costituzione di un collegio equilibrato ed equidistante rispetto alle parti. Ciò sia nel caso di lite stellare, con la contrapposizione di tutte le parti, sia nel caso di litisconsorzio semplice — data comunque la presenza di due arbitri di nomina neutra, l'arbitro neutro aggiunto e il presidente del collegio.

Qualora invece si tratti di sostituire non l'arbitro "di parte", bensì l'arbitro di nomina neutra, si è visto come la sostituzione possa avvenire alla stregua dell'originario meccanismo previsto nella convenzione <sup>(70)</sup>. Se il sostituto arbitro dovesse essere stato nominato con l'accordo delle parti, la designazione dovrà avvenire all'unanimità. Qualora invece l'arbitro venuto meno dovesse essere stato nominato dagli arbitri superstiti, la sostituzione verrà loro affidata secondo lo stesso schema.

Rimane da vedere l'ipotesi in cui il litisconsorte necessario intervenga ed eccepisca l'invalidità del meccanismo di costituzione del collegio prescelto dalle parti originarie. Qualora ciò avvenga, verrebbe meno l'intero collegio nominato in esecuzione del meccanismo contestato, qualunque esso sia <sup>(71)</sup>. Pertanto si dovrà procedere alla ricostituzione dell'intero collegio.

Ebbene, azzerato il collegio arbitrale se ne deve definire il meccanismo di ricostituzione. Se si ritiene che, nel contesto delle liti con pluralità di parti, i meccanismi di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. siano gli unici a garantire il principio di paritaria partecipazione delle parti nella composizione del collegio <sup>(72)</sup>, la risposta è agevole. Nel disciplinare *ex novo* i meccanismi di costituzione del collegio arbitrale, le parti dovranno necessariamente attenersi all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Pertanto, qualora successivamente all'intervento del terzo sia necessario procedere alla ricostituzione del collegio, indipendentemente da quanto originariamente pattuito nella convenzione arbitrale, le parti potranno (dovranno) optare per i metodi previsti dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°.

#### 4.3. In più occasioni si è accennato alla eventuale possibilità di

---

<sup>(70)</sup> Cfr. *supra* § 3.1.

<sup>(71)</sup> Cfr. *supra* § 2.2.

<sup>(72)</sup> LIPARI G., *sub art. 816 quater, op. cit.*, p. 748; NELA P.L., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 1743, 1746; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c.*, *op. cit.*, p. 1729, § 19; RICCI G.F., *sub art. 816 quater c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 447, 449; *contra* MARENGO R., *La procedura arbitrale*, in *questa Rivista*, 2005, fasc. 4, p. 802. Risponde tuttavia persuasivamente LIPARI G., *op. ult. cit.*: « *Sorge il dubbio che la disciplina dell'art. 816 quater comma 1 c.p.c. sia inderogabile non solo o (ma non sembra) non tanto per la sua formulazione, ma anche perché probabilmente non residuano altri possibili meccanismi di nomina cui far ricordo nella pratica* ».

procedere alla sostituzione dell'arbitro in via giudiziale. Così si è visto che, qualora le parti abbiano costituito un centro unitario di interessi ma in concreto risultino inerti nella designazione del sostituto, la scelta potrà essere demandata ad un terzo, ovvero potrà avvenire *ope iudicis*. Si è inoltre fatto cenno all'ipotesi in cui, attribuendo ad ogni parte il potere di nominare un arbitro, si debba poi procedere alla designazione di quello ulteriore. In simile fattispecie, in attuazione del principio di necessaria disparità del collegio, a guisa dell'art. 809 c.p.c., si è accennato al fatto che la nomina dell'ulteriore arbitro possa avvenire giudizialmente. Occorre ora vedere più da vicino le questioni sottese a dette vicende.

La possibilità di procedere alla designazione giudiziale dell'arbitro nell'alveo dei procedimenti con pluralità di parti viene tradizionalmente negata<sup>(73)</sup>. Ciò in ragione della natura non contenziosa del procedimento di cui all'art. 810 c.p.c. e della sommarietà dell'indagine ivi compiuta<sup>(74)</sup>. Non essendo inoltre possibile che il giudice si sovrapponga alle parti creando una bipolarità fittizia<sup>(75)</sup>, qualora queste si rifiutino di procedere alla nomina congiunta dell'arbitro, non sarebbe possibile surrogare il mancato accordo per mezzo del procedimento *ex art. 810 c.p.c.*

Si potrebbe allora argomentare che, essendo inammissibile la nomina giudiziale dell'arbitro nel procedimento litisconsortile, dovrebbe essere inammissibile anche la sostituzione. Simile equiparazione, tuttavia, non terrebbe nella debita considerazione che, un conto è la nomina dell'arbitro in fase di avvio, cosa diversa è la sostituzione a giudizio già instaurato. In fase di avvio del procedimento arbitrale non si può valutare l'avvenuta formazione del polo di interessi, essendo ciò possibile solamente *ex post* — sulla base dei *petita* delle parti<sup>(76)</sup>. Diverso invece il caso in cui, pendente il giudizio arbitrale, formulati i rispettivi *petita*, le parti si siano polarizzate attorno a due centri unitari di interessi. In questa circostanza, il giudice adito ai sensi dell'art. 810 c.p.c. avrebbe ben modo di valutare *ex post*, sulla

---

<sup>(73)</sup> Cfr. POLINARI J., *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 3, p. 541; ID., sub art. 816 quater c.p.c., in *Codice di procedura civile*, a cura di CONSOLO C., *op. cit.*, 2013, p. 1731, § 27; SALVANESCHI L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 187 e ss.; ID., *Dell'arbitrato*, Art. 806-840, *op. cit.*, p. 469; RUFFINI G., *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, *op. cit.*, p. 691.

<sup>(74)</sup> Sui limiti della cognizione del giudice ai sensi dell'art. 810 c.p.c., *ex plurimis*, BRIGUGLIO A., *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2005, fasc. 4, p. 706, 707; GIOVANNUCCI ORLANDI C., sub art. 810 c.p.c., in *Arbitrato*, a cura di CARPI F., *op. cit.*, p. 223 e ss.; NELA P.L., sub art. 810 c.p.c., *op. ult. cit.*, p. 1667; RUFFINI G., sub art. 810 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, *op. cit.*, p. 126, § 3; SALVANESCHI L., *Dell'arbitrato*, *op. cit.*, p. 226 e ss., la quale cita altresì Cass. Sez. I, 21 luglio 2010, sent. n. 17114.

<sup>(75)</sup> V. *supra* § 3.2.

<sup>(76)</sup> Cfr. nota 44. Fa eccezione il caso in cui sia manifesta *ab origine* la bipolarità della lite, si pensi al caso dei comproprietari del fondo convenuti nell'*actio servitutis*, nuovamente sul punto RUFFINI G., *ibidem*, p. 691, specialmente sub nota n. 102; POLINARI J., sub art. 816 quater c.p.c., *op. ult. cit.*, p. 1732, § 32. Dello stesso avviso pare anche LIPARI G., sub art. 816 quater c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, *op. cit.*, p. 755.

base del contegno concretamente assunto dalle parti e disponendo *si opus* la loro audizione <sup>(77)</sup>, l'avvenuta formazione di un polo unitario. Come il giudice adito è chiamato a valutare *inter alia* la non manifesta inesistenza della convenzione arbitrale, allo stesso modo gli può essere demandato il vaglio sulla manifesta esistenza di un polo unitario. Se così è, nonostante i limiti strutturali del procedimento di cui all'art. 810 c.p.c., si deve consentire la sostituzione giudiziale dell'arbitro venuto meno a fronte dell'eventuale inerzia delle parti costituenti il polo.

Qualora poi si ammetta che le parti consorziate, pur condividendo il medesimo nucleo di interessi, possano in buona fede rifiutarsi di nominare congiuntamente l'arbitro <sup>(78)</sup>, la possibilità di procedere alla sostituzione giudiziale dipenderebbe dall'estensione dei poteri del giudice. Affinché si possa avere la sostituzione giudiziale dell'arbitro, occorrerebbe demandare al giudice, oltre a quanto già visto, anche il vaglio sulla manifesta pretestuosità del rifiuto alla designazione congiunta opposto dalle parti consorziate.

In funzione diversa si è sopra fatta menzione della possibilità di procedere alla designazione giudiziale, non del sostituto in caso di inerzia delle parti, bensì dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 c.p.c. comma 3°. Tale possibilità viene tuttavia negata da chi sostiene che, in assenza di una specifica indicazione tesa alla nomina di un ulteriore arbitro, dovrebbero trovare applicazione le norme di cui all'art. 816 *quater* commi 2° e 3° c.p.c. con la conseguente improcedibilità dell'arbitrato litisconsortile <sup>(79)</sup>. Le disposizioni di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. commi 2° e 3° sarebbero difatti speciali e troverebbero quindi applicazione in luogo dell'art. 809 comma 3°

---

<sup>(77)</sup> Sulla facoltà del giudice di disporre l'audizione delle parti, tra gli altri, cfr. BERGAMINI L., *sub art. 810 c.p.c., op. cit.*, p. 596; GIOVANNUCCI ORLANDI C., *sub art. 810 c.p.c., in L'arbitrato, op. cit.*, p. 222; NELA P.L., *sub art. 810 c.p.c., in Le recenti riforme del processo civile op. cit.*, Vol. II, p. 1666; RUFFINI G., *sub art. 810 c.p.c., Commentario breve al diritto dell'arbitrato, op. cit.*, p. 128, § 16.

<sup>(78)</sup> Si veda, *mutatis mutandis*, la questione circa la legittimità del rifiuto della parte originaria di « condividere » con il litisconsorte necessario pretermesso l'arbitro già nominato. Sul punto, Tribunale arb. Milano, lodo 7 febbraio 2011, Pres. ALPA - Arbitri INZITARI, DE NOVA (diss.), in *Riv. dir. proc.*, 2011, fasc. 5, p. 941 con nota di SASSANI B., *Sull'esclusione del litisconsorte necessario dal giudizio arbitrale*; BRIGUGLIO A., *Amleto, la pluralità di parti sopravvenuta e la nomina dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, fasc. 6, p. 1533; GRADI M., *Adesione del litisconsorte necessario pretermesso al collegio arbitrale già costituito e dissenso di uno dei litisconsorti originari: uno "strano caso" di improcedibilità dell'arbitrato*, in *Gius. Civ.*, 2012, fasc. 11-12, p. 2863; GRAZIOSI A., *Consenso delle parti ed intervento del litisconsorte necessario pretermesso in arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, fasc. 1, p. 293; CONSOLO C., *I terzi e il procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 841; CORSINI F., *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale, op. cit.*, p. 589 e ss.

<sup>(79)</sup> PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato, op. cit.* Vol. I, p. 582, 583; POLINARI J., *sub art. 816 quater c.p.c., op. ult. cit.*, p. 1729, § 21; Id., *sub art. 816 quater c.p.c., in Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale, op. cit.*, p. 211, § 13; SALVANESCHI L., *sub art. 816 quater, in La nuova disciplina dell'arbitrato, op. cit.*, p. 250; Id., *Dell'arbitrato, Art. 806-840, op. cit.*, p. 487.

c.p.c. — che si riferirebbe al diverso caso in cui una convenzione espressamente preveda che il collegio arbitrale sia costituito da un numero pari di arbitri <sup>(80)</sup>.

Sul punto occorre nuovamente distinguere la necessità di nominare un ulteriore arbitro in fase di avvio del giudizio dalla sostituzione di questi a procedimento già avviato. Se nel primo caso è lecito dubitare della volontà delle parti di procedere col giudizio litisconsortile, nel secondo invece vi sarebbe una chiara manifestazione in tal senso. Difatti, ai sensi dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. comma 1°, le parti hanno espressamente acconsentito all'intervento del terzo; nei casi di cui al capoverso dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. il consenso delle parti è invece oggetto di presunzione assoluta. Nessun dubbio quindi che la volontà tanto del terzo quanto delle parti sia quella di instaurare un procedimento litisconsortile.

Occorre poi valutare un altro profilo: la possibilità di procedere alla designazione dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 c.p.c. comma 3° alla luce della tassatività dei metodi di costituzione del collegio posti dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°. Ebbene, non si ritiene che la nomina dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 c.p.c. comma 3° sia in contrasto con detta tassatività. Le ipotesi sono due. Le parti possono nominare un arbitro ciascuno e d'accordo rimettere la designazione dell'ulteriore arbitro al giudice. Si rientra allora nel caso in cui il collegio è espressione dell'accordo di tutte le parti. Oppure, nominato un arbitro ciascuno, le parti non trovano però l'accordo circa il deferimento ad un terzo ovvero al giudice della nomina dell'ulteriore arbitro. In questo caso il collegio risulterebbe composto da quattro componenti. Neanche così però si avrebbe un contrasto con quanto disposto dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°, né si uscirebbe dalle ipotesi ivi previste <sup>(81)</sup>. Ad essere violato sarebbe invece l'art. 809 c.p.c. e con esso il principio di disparità del collegio. Per tale violazione allora lo stesso articolo prevede, in difetto di una diversa pattuizione, la designazione dell'ulteriore arbitro per via giudiziale. Pertanto, semmai si vuol intravedere una violazione dell'art. 816 *quater* c.p.c., essa non è data dalla nomina di un arbitro ciascuno ad opera delle parti e di quello ulteriore in via giudiziale, bensì solamente da quest'ultima. Sicché, il quesito allora è se la designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro violi l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° — ovvero si ponga come modalità di designazione estranea a quelle ivi indicate. Al quesito pare si debba rispondere negativamente perché: né il ricorso al giudice rappresenta un *vulnus* ai principi di terzietà, imparzialità ed equidistanza degli arbitri cui sottende l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°; né esso ricorso

---

<sup>(80)</sup> Cfr. *supra* nota n. 79.

<sup>(81)</sup> Su questo presupposto si fonda invece la tesi della prevalenza delle disposizioni di cui all'art. 816 *quater* c.p.c. comma 2° e comma 3° in luogo dell'art. 809 comma 3°, cfr. *supra* nota n. 79.

costituisce un meccanismo a sé, ulteriore e pertanto inammissibile. L'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° non distingue in alcun modo i casi in cui, dopo che l'attore abbia nominato il proprio arbitro e le altre parti abbiano provveduto a nominare un egual numero di arbitri, il collegio risulti composto da un numero pari o dispari di arbitri. Ciò a ragione, in quanto il principio di disparità del collegio viene invece posto dall'art. 809 c.p.c. In questo senso si può quindi ritenere che l'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1° implicitamente rimandi proprio all'art. 809 c.p.c. e, con esso, alla previsione che, qualora la convenzione porti alla costituzione di un collegio composto da un numero pari di componenti, le parti possano adire il giudice al fine di nominare l'ulteriore arbitro. Si può allora ritenere che la designazione giudiziale dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 comma 3° c.p.c., lungi dall'essere un metodo di costituzione alieno all'elencazione fatta dall'art. 816 *quater* c.p.c. comma 1°, ne costituisca invece una naturale appendice.

Alla luce di quanto esposto nel presente paragrafo, si ritiene allora possibile procedere alla designazione giudiziale del sostituto arbitro in due occasioni: qualora le parti, d'accordo sulla nomina congiunta dell'arbitro, rimangano tuttavia inerti; ovvero laddove, nei termini sopra esposti, si debba procedere alla nomina dell'ulteriore arbitro ai sensi dell'art. 809 comma 3° c.p.c.

5. A conclusione del presente scritto si possono svolgere delle considerazioni di ordine generale sulla sostituzione dell'arbitro venuto meno successivamente all'intervento di un terzo.

Si ritiene così che la sostituzione dell'arbitro nel contesto della lite con pluralità di parti, in particolare nel procedimento sorto come bilaterale e poi divenuto litisconsortile, risponda a regole proprie — non direttamente riferibili a quanto previsto dall'art. 811 c.p.c. Da un lato è ben vero che il principio della sopravvivenza della convenzione al venire meno degli arbitri trova applicazione tanto nel caso del procedimento bilaterale che litisconsortile. D'altro canto però, altri principî di cui all'art. 811 c.p.c. non sono direttamente applicabili alla sostituzione dell'arbitro nel procedimento che sia sorto bilaterale e poi sia divenuto litisconsortile. Si è visto difatti che non sempre è possibile procedere alla sostituzione dell'arbitro venuto meno secondo quanto previsto nella convenzione per la nomina. Si sono poi viste le difficoltà ed i limiti insiti nella sostituzione giudiziale nel contesto dell'arbitrato litisconsortile.

L'analisi è stata condotta sulla base della considerazione che un'impostazione formale del tema non avrebbe portato a risultati soddisfacenti. Non è dicendo che l'intervento del terzo lascia inalterato il contenuto della convenzione che si può definire se la sostituzione dell'arbitro debba avvenire secondo quanto originariamente stabilito. Il problema anzi è

quello di vedere come le originarie previsioni delle parti possano trovare applicazione in relazione ad un contesto che, a causa dell'intervento di un terzo, è venuto a mutare. Si è così creduto di trovare la soluzione al problema mediante la valorizzazione del potere dispositivo delle parti, consentendo loro di modificare l'iter delle regole di svolgimento del procedimento arbitrale. Solamente per tale via, a fronte dell'intervento di un terzo e della conseguente alterazione dell'originario bilanciamento di interessi, le parti potranno definire nuovamente un valido sistema di *checks and balances* in grado di condurre all'emanazione di un lodo giusto e percepito come tale.

*The author analyses the problems arising in connection with the replacement of the arbitrator in multiparty proceedings. In this perspective, some of the rules provided by Art. 811 of the Italian Code of Civil Procedure, concerning the replacement of arbitrators in bilateral disputes, seem to be applicable also to multiparty procedures. This is the case of the principle of the continuous validity of the arbitration agreement irrespective of the death, resignation or challenge of the single arbitrator. However, the application to multilateral proceedings of the rule that the replacement of the arbitrator shall take place according to the original nominating process is open to uncertainty. This is true particularly whenever, after the joinder of a third party, the appointing method set by the arbitration agreement may not be suitable to the replacement of an arbitrator in a multilateral context. Furthermore, the same procedure for the judicial replacement of an arbitrator set by Art. 811 C.C.P. is subject to specific limits if applied in respect of multiparty arbitrations. In light of the above, party autonomy in the determination of the arbitration regime, including the nomination and the replacement of arbitrators, plays a crucial role: it bridges the gap between the legal framework and parties' necessities.*



## Una sentenza arbitrale cinquecentesca fra Comunità delle *terrae ecclesiae*

FLAVIA IACOVELLA (\*)

1. La *Sentenza ossia instrumento di Concordia che stabilisce i Confini e diritti del Lago fra Genzano e Nemi*. — 2. Le evoluzioni dell'istituto arbitrale tra disciplina romanistica ed età intermedia. — 3. Le declinazioni dell'arbitrato nella realtà giuridica post-Irneriana. — 4. L'arbitrato necessario. — 5. Il documento cinquecentesco e la sua struttura. — 6. La natura contrattuale della *Sentenza di concordia*. — 7. L'accettazione ed approvazione assembleare. — 8. Il disposto dell'arbitro. — 9. Profili di attualità del documento cinquecentesco.

1. La sentenza arbitrale con cui nel febbraio del 1565 si tentò di porre fine all'“antica faida” tra le comunità di Nemi e Genzano <sup>(1)</sup> costituisce un'interessante attestazione dell'importanza rivestita dall'arbitrato nell'età di diritto comune. Com'è noto tale lungo periodo (secoli XII-XVIII) è caratterizzato dal particolarismo e dalla pluralità delle fonti normative, nonché dai diffusissimi procedimenti speciali che si ponevano l'obiettivo di semplificare, snellire, accelerare il processo ordinario romano-canonico <sup>(2)</sup>, tramite istituti consuetudinari e statutari <sup>(3)</sup>. Sebbene totalmente diverso sia l'ordine giuridico di riferimento, caratterizzandosi il sistema pre-moderno per la debolezza dei poteri centrali e la vitalità delle autonomie locali <sup>(4)</sup>, non ci si può esimere, in questa sede, dal rilevare le sorprendenti similitudini ed i parallelismi tra le soluzioni stragiudiziali elaborate nel sistema di diritto comune e gli odierni strumenti di conciliazione che, con schemi tutt'altro che nuovi, incentivano il ricorso ad un bonario componimento della lite per le medesime motivazioni di un tempo <sup>(5)</sup>.

---

(\*) Dottore in giurisprudenza.

<sup>(1)</sup> Due piccoli paesi siti l'uno di fronte all'altro sulla sommità del cratere vulcanico al cui interno è incastonato il Lago di Nemi, in provincia di Roma.

<sup>(2)</sup> A. DANI, *Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa (secoli XVI-XVIII)*, Bologna, 2006, p. 137.

<sup>(3)</sup> *Ibidem* p. 20.

<sup>(4)</sup> C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 77.

<sup>(5)</sup> Le lungaggini processuali nonché gli elevati costi del procedimento ordinario.



La *Sentenza di concordia* <sup>(6)</sup>, qui oggetto di approfondimento, si configura come una transazione, una volontaria rinuncia da parte dei Signori <sup>(7)</sup> (poi approvata e convalidata dalle rispettive comunità) alla giustizia ordinaria, in favore di quanto stabilito, con riferimento ai confini dei territori tra Genzano e Nemi ed ogni altro aspetto concernente il lago ed i diritti sullo stesso esercitabili, da Remolo Valenti, “arbitrum, arbitratorem et amicabilem compositorem” <sup>(8)</sup>. Questi due piccoli *castra*, difatti, da diversi secoli <sup>(9)</sup> si contendevano il diritto di esercitare sulle sponde del Lago di Nemi le attività tipiche delle comunità rurali <sup>(10)</sup>, nonché l’esercizio dei diffusissimi usi civici <sup>(11)</sup>, espressione della proprietà in senso collettivo spettante alla comunità per il godimento di determinate risorse naturali <sup>(12)</sup>. Va ulteriormente specificato che la situazione giuridica del lago di Nemi si caratterizzava per una pluralità di diritti e di godimenti, coesistendo o alternandosi forme di fruizione libera e di uso civico, con la concessione in affitto a privati. Questa compresenza di diritti, tra l’altro, è

---

<sup>(6)</sup> Custodita presso l’Archivio storico del Comune di Genzano di Roma.

<sup>(7)</sup> Giuliano Cesarini per Genzano, e Silverio de Silveri de Piccolomini per Nemi.

<sup>(8)</sup> L’utilizzo nonché il significato della formula *arbiter, arbitrator seu amicabilem compositor* nelle sentenze arbitrali di diritto comune sarà meglio approfondito nelle pagine seguenti.

<sup>(9)</sup> Il Regesto del monastero di S. Anastasio, in cui sono contenuti due interessanti documenti, entrambi risalenti al 31 maggio 1357: i “Capitoli di pace tra il Comune di Nemi e il Comune di Genzano” e l’“Atto di vassallaggio dei Comuni di Nemi e di Genzano al monastero di S. Anastasio” (così come pervenuti nella trascrizione del Regesto del monastero di S. Anastasio ad Aquas Salvias, pubblicato da I. GIORGI, *Regesto del Monastero di S. Anastasio ad Aquas Salvias*, in “Archivio della Società Romana di Storia Patria”, I, Roma, 1878, pp. 69 ss.), testimonia, chiaramente, l’origine assai risalente dei conflitti tra la comunità nemorense e la genzanese. Appare infatti evidente che, contrariamente a quanto affermato da N. RATTI, nella sua *Storia di Genzano* (Roma, 1797) prima di quella data i due Comuni erano stati in lotta fra loro, ed avevano rifiutato obbedienza al monastero. Ulteriormente, dall’analisi di questi due documenti emerge l’influenza, nella campagna romana, di un’organizzazione di particolare interesse, la *Felix Societas Balistariorum et Pavesatorum Urbis*, l’unica *societas* popolare mai attestata a Roma per tutta la fase comunale. Per approfondimenti sull’argomento si vedano J-C. MAIRE VIGUEUR, *La felice Società dei balestrieri e dei pavesati a Roma: una società popolare e i suoi ufficiali*, in *Scritti per Isa. Raccolta di studi offerti a Isa Lori Sanfilippo*, a cura di A. MAZZON, Roma, 2008; nonché A. NATALE, *La Felice Società dei Balestrieri e dei Pavesati a Roma e il governo dei Banderesi dal 1358 al 1408*, in “Archivio della Società Romana di Storia Patria”, 62, 1939.

<sup>(10)</sup> Come ad esempio lo sfruttamento delle acque del lago per alimentare la macina del paese, o l’utilizzo della battigia per macerare il lino.

<sup>(11)</sup> L’espressione usi civici è in realtà seicentesca, quindi successiva alla fonte genzanese, ma comunque ampiamente utilizzata dalla dottrina odierna per descrivere l’*utilitas* o l’*usus*, che i membri delle comunità medievali e di età moderna potevano esercitare sulle risorse naturali (beni comuni) offerte dal loro territorio, come ad esempio boschi e pascoli. Si tratta peraltro di una categoria ampia e fluida che condivide con l’epoca in cui si affermò il particolarismo e la poliedricità, nel senso che comprende varie e diverse situazioni reali, come anche di usi e diritti di godimento in *re aliena*. Cfr. A. DANI, *Il concetto giuridico di “beni comuni” tra passato e presente*, in “Historia et ius”, 6/2014 - paper 7.

<sup>(12)</sup> Tra cui la facoltà di raccogliere e rivendere i frutti caduti al suolo, o la pesca nel lago, quest’ultima così dettagliatamente regolata nella *Sentenza di concordia*, da far presumere che la stessa dovesse assolvere, probabilmente, ad una funzione di sostentamento per le comunità. Tale aspetto, conseguentemente, non può che attribuire ancor più valore all’istituto arbitrale, in quanto utilizzato per dirimere i conflitti riguardanti un profilo di vitale importanza per i due *castra*.

tipica di molti laghi nel periodo medievale e moderno, come mostrano recenti studi, in riferimento allo sfruttamento delle risorse ittiche di acque dolci del territorio senese <sup>(13)</sup>.

*Rebus sic stantibus*, appare incontrovertibile il valore che all'epoca doveva attribuirsi all'arbitrato, soprattutto, nel caso di specie, data la scelta di Giuliano Cesarini, Signore di Genzano di ricorrervi ancor prima di predisporre la revisione della già esistente fonte statutaria <sup>(14)</sup> (emanata alcuni mesi dopo la sentenza arbitrale) che proprio all'arbitrato espressamente rinvia per la regolamentazione dei confini e del diritto di pesca.

2. Prima di proseguire nell'analisi del documento genzanese, una precisazione di carattere generale merita la qualificazione di Remolo Valenti come "arbitrum, arbitratoem et amicabilem compositorem": difatti, sebbene sia impossibile fornire una definizione unitaria dell'istituto arbitrale, date le diverse caratteristiche assunte nelle varie epoche <sup>(15)</sup>, non si può comunque prescindere da un'indispensabile ricostruzione storica delle due figure di arbitro e arbitratore, "le cui note di discriminazione — è stato recentemente osservato — proprio perché legate alla realtà della prassi, non apparvero sempre costanti, ben identificabili e, soprattutto, a dire il vero, suscettibili di essere ipostatizzate" <sup>(16)</sup>.

Il ricorso all'arbitrato, infatti, seppur con configurazioni diverse, è sempre stato previsto, dal diritto romano al diritto moderno, passando per il diritto canonico <sup>(17)</sup>, il diritto germanico medievale, così come nel diritto comune e nel diritto statutario <sup>(18)</sup> e, sebbene non possa individuarsi una categoria unitaria di arbitrato, neanche in riferimento al solo periodo medievale, è risultato piuttosto evidente <sup>(19)</sup> come, nelle fonti statutarie, e nei generi letterari medievali, permangano i "caratteri privatistici di derivazione romanistica" <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> A. DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea*, Bologna, 2003, pp. 316-323.

<sup>(14)</sup> Archivio di Stato di Roma, *Statuti*, 28: *Statuta oppidi Cynthiani, Albanensis diocesis*. Lo Statuto del castello di Genzano del 1565 ci è pervenuto grazie ad una copia manoscritta del 1637 conservata presso l'Archivio di Stato di Roma. Lo Statuto emanato il 19 agosto 1565 altro non è che la revisione di una versione preesistente, debitamente rettificata per adeguarla ai tempi, e pubblicata da Giuliano Cesarini circa un anno dopo aver acquistato il *castrum* nel 1564.

<sup>(15)</sup> Si veda in proposito L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età di diritto comune*, Napoli, 1984, p. 20.

<sup>(16)</sup> G. FERRI, *La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro nell'età moderna*, in "Historia et Ius", 2/2012 - paper 11, p. 8.

<sup>(17)</sup> È proprio in riferimento all'attribuzione ai vescovi, nell'ambito dell'*episcopalibus audentia*, del potere di "dirimere e comporre le liti tra privati al fine di realizzare la pace" che è possibile riscontrare i primi riferimenti ad una bonaria risoluzione del conflitto, "cioè un *amicabilem conventum* che diventerà nell'Authentica medievale quell'*amicabilis compositio* destinata ad accompagnare l'arbitrato nel trascorrere dei secoli fino ad essere trasfusa nei codici dell'ottocento". Cfr. C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., p. 70.

<sup>(18)</sup> V. PIANO MORTARI, voce *Arbitrato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 895.

<sup>(19)</sup> L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit.

<sup>(20)</sup> G. FERRI, *L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica nell'età moderna: Una nuova species nel genus, dall'ancien Régime all'Italia del Novecento*, Roma, 2012, p. 24.

Analizzando la disciplina romanistica dell'istituto arbitrale, si evince che alcune differenze erano riscontrabili già tra il diritto romano classico<sup>(21)</sup> e quello giustiniano (22), tuttavia è proprio dalla configurazione giustiniana dell'arbitrato, come *pactum legitimum*, che i Glossatori presero le mosse.

Nel timore di un'eccessiva frammentazione di quell'unità normativa che così ardentemente ricercavano nel *Corpus Iuris Civilis*, con il solo obiettivo di superare definitivamente il particolarismo delle esperienze giuridiche vigenti durante i regni romano-barbarici<sup>(23)</sup>, i *Glossatori* indirizzarono tutti i loro sforzi ad evidenziare, fugando ogni possibile commistione tra arbitrato e *iudicium*, la diversità di effetti tra le due attività decisorie: al lodo arbitrale, diversamente dalle sentenze giudiziali, non era riconosciuta alcuna forza esecutiva e pertanto l'arbitro, a differenza del giudice, doveva orientare la propria opera al raggiungimento di una

---

(21) L'istituto più risalente era il risultato di due diversi negozi, il *compromissum*: ovvero una "convenzione mediante la quale le parti deferivano la decisione sulla lite all'*arbitrator*" (L. MARTONE, *Arbitrator-Arbitrator*, cit. p. 26) ed il *receptum arbitri* "atto con il quale l'*arbitrator* accettava la propria funzione". Il primo eleggeva l'arbitro e stabiliva i limiti che le parti sceglievano di porre all'attività dello stesso, mentre il secondo negozio svolgeva una funzione strumentale facendo nascere in capo all'arbitro il dovere di pronunciarsi. La figura dell'*arbitrator ex compromisso*, ossia dell'arbitro che traeva i suoi poteri dal *compromissum*, posto in essere attraverso la doppia *stipulatio*, mediante la quale le parti, oltre ad attribuire il potere al terzo di decidere il conflitto d'interessi tra loro insorto, ne stabilivano anche le modalità e i limiti, si caratterizzava, quindi, per la natura negoziale dell'obbligo gravante sull'arbitro di risolvere la controversia (G. FERRI, *L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica*, cit., pp. 24-25.). Ulteriormente, l'obbligatorietà della *sententia* pronunciata dall'arbitro nasceva dalla volontà contrattuale delle parti di vincolarsi a quanto dall'arbitro stabilito, perché questo era totalmente privo di qualsivoglia potere autoritativo. Quindi, al fine di garantire alla *sententia* dell'*arbitrator* esecutività, dal momento che questa non costituiva giudicato, le parti stesse si vincolavano rispettivamente ad una pena: *stipulatio poenae*. Da questa *stipulatio* derivava l'obbligo, per le parti, di attenersi alla decisione dell'arbitro ed in caso di inadempimento, la parte adempiente poteva esercitare l'*actio ex stipulatu* per l'ipotesi di mancata accettazione del lodo arbitrale. (L. MARTONE, *Arbitrator-Arbitrator*, cit., p. 27).

(22) La compilazione giustiniana configurava, invece, il compromesso come un unico patto (veniva meno la scissione dell'istituto in più negozi *compromissum*, *receptum arbitri* e *stipulatio poenae*; il compromesso era frutto di un unico *pactum legitimum*) tra le parti prevedendo per l'ipotesi di inadempimento l'*actio iudicati*, la quale traeva la sua efficacia giuridica direttamente dal patto di arbitrato nella sua interezza. Risulta piuttosto evidente come, sebbene tra la struttura dell'arbitrato classico ed il modello consolidatosi in età tardo-imperiale le differenze non siano rilevanti, considerevolmente mutata era però la "situazione politica, economica e giuridica dello Stato romano, ormai avviato verso una crisi irreversibile: sarà proprio il vuoto conseguente al definitivo disfacimento dell'impero la ragione prima del diffondersi e del confondersi dei due istituti nell'alto medioevo" C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., p. 69.

(23) È necessario sin d'ora specificare che un significativo contributo all'evoluzione dell'arbitrato nella sua funzione di risoluzione bonaria dei conflitti, fu certamente fornito dalle tradizioni germaniche, per le quali tale forma di giudizio era essenzialmente volta ad evitare le vendette private più che ad individuare una corretta qualificazione e risoluzione giuridica della controversia, ed inoltre, durante le dominazioni longobarda e franca, l'arbitrato fornì un utile strumento per assicurare il mantenimento di quelle tradizioni, consuetudini e leggi che le popolazioni barbariche affidavano quasi esclusivamente alla tradizione orale. C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., p. 71.

soluzione accettabile per entrambi le parti, di modo che le stesse, spontaneamente si adeguassero a quanto stabilito dal lodo. Ulteriormente l'arbitro era totalmente libero di dirimere la controversia basando il suo giudizio su valutazioni di diritto e/o equitative. Questo inedito potere creativo, di cui l'arbitro disponeva, sfuggì tuttavia all'attenzione dei Glossatori che con solerzia si dedicarono, quasi esclusivamente, ad indagare i profili formali dell'arbitrato, quali la nomina dell'arbitro e le controversie a questo sottoponibili (24).

3. Con il mutare delle dinamiche economiche, come conseguenza dell'intensificarsi delle attività commerciali, gli schemi dottrinari fissati dai Glossatori mutarono. La scienza giuridica medievale post-Irneriana, infatti, finì per affiancare alla figura dell'*arbiter*, legato agli schemi del procedimento ordinario, quella dell'*arbitrator* (25), la cui attività andava invece ricompresa nell'ambito contrattuale (26), determinandosi, così, la coesistenza di due diverse tipologie di arbitrato. Alla contrapposizione *arbiter/iudex* veniva quindi a sostituirsi quella *arbiter/arbitrator*: il primo doveva fondare la propria attività decisoria su di un *iter* processuale, mentre il secondo su elementi *de facto* che consentissero la rapida risoluzione più che di liti, di “uno o più elementi giuridici controversi” (27).

La figura dell'*arbitrator* nella prassi non arriverà mai ad assumere quei contorni netti che la dottrina tentava ostinatamente di attribuirgli, tanto che “nei documenti arbitrati a noi pervenuti compare con sempre maggiore frequenza accanto al sostantivo *arbiter*, di certo mutuato dal diritto romano, l'espressione *seu amicabile compositor* (28), che inevitabilmente evoca insieme all'idea del giudicare un'esigenza di conciliazione, di concordia, di armonia” (29).

La natura contrattuale del lodo (30) giustificava il divieto d'impugnativa del disposto arbitrale, previsto fino a tutta la prima metà del XIII secolo. Era difatti riconosciuta a ciascuna parte la libertà di scegliere tra

---

(24) Al di fuori delle questioni penali, la competenza dell'*arbiter* era pressoché illimitata.

(25) Nella glossa *Recepisse* a Dig. 48.13 fa la sua comparsa il termine *arbitratorem*; probabilmente è una delle prime volte in cui questa definizione compare in un testo dottrinario oltre che nei documenti arbitrati, come osserva C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., p. 83.

(26) G. FERRI, *La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro nell'età moderna*, in “*Historia et Ius*”, 2/2012 - paper 11, pp. 8-9.

(27) L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., p. 100.

(28) Questa formula verrà così sovente riproposta dai notai nei loro formulari (per intrinseca natura volti a dar risposta alle reali esigenze della società) da divenire parte integrante del lessico giuridico giungendo sino all'epoca delle codificazioni. C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., pp. 85-86.

(29) C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, cit., p. 74.

(30) Profilo privatistico che i Glossatori sensibilmente contribuirono ad esaltare nella “contrapposizione dialettica tra tale tipo di giudizio e quello proprio del giudice ordinario”. C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., p. 80.

rispettare la decisione dell'arbitro o disattenderla (pagando però la penale pattuita). Qualora la parte soccombente avesse ritenuto iniqua la decisione dell'arbitro poteva limitarsi ad eluderla, non essendo l'arbitro dotato di alcun potere autoritativo<sup>(31)</sup>. È proprio, però, nell'inoppugnabilità, così come nella celerità del procedimento, che vanno individuati i fattori che determinarono la capillare diffusione del fenomeno arbitrale, più efficace e veloce della giustizia ufficiale nel raggiungimento dell'"armonica sintesi" al particolarismo ed alle diverse identità giuridiche che, come detto, caratterizzano questo periodo storico<sup>(32)</sup>.

Nel corso del XIV secolo, tuttavia, fu sempre più sentita l'esigenza di transazioni che rapidamente ponessero fine ai conflitti e, dal momento che non poteva essere rinnegata la dottrina giuridica che aveva fossilizzato la figura dell'*arbiter* nel meccanismo processuale di diritto comune, si estese invece la competenza dell'*arbitrator* (che non era mai stato vincolato alle regole processuali) dai singoli elementi contrattuali della controversia all'intera lite<sup>(33)</sup>. "È la diversa ritualità — nota Martone — che caratterizza le due figure e rende immediatamente intelleggibili i criteri che informavano la decisione: norma legale o logica equitativa [...], alla rigidità dell'*arbitrium* corrispondeva ormai la libertà dell'*arbitramentum*"<sup>(34)</sup>.

Coerentemente con la libertà di forme e contenuti che i Commentatori attribuivano all'*arbitramentum*, molti sforzi si indirizzarono al superamento del divieto di appello. Difatti configurandosi l'*arbitramentum* come una forma irrituale di *arbitrium* basata su presupposti equitativi, si ponevano le basi per un'impostazione della questione che consentisse un riesame della decisione arbitrale, delineato però sotto il profilo di "un'azione rescissoria"<sup>(35)</sup> basata su una più dettagliata analisi degli elementi, anziché su di un appello vero e proprio.

Con il finire del XIV secolo vennero abbandonate tutte le impostazioni e le classificazioni prima giustinianee e poi bolognesi, giungendo ad equiparare l'*arbitramentum* ad una transazione, basata sulla rispettiva rinuncia delle parti al diritto sostanziale. La transazione era irrevocabile, in quanto le parti regolavano, in relazione a liti sorte o che potevano sorgere, i loro interessi in maniera definitiva, con conseguente abbandono presente e futuro della lite. La cristallizzazione dei risultati raggiunti giustificava quindi la preclusione dell'impugnativa nella configurazione

---

<sup>(31)</sup> C. TENELLA SILLANI, cit., p. 60.

<sup>(32)</sup> C. TENELLA SILLANI, cit., p. 76.

<sup>(33)</sup> G. FERRI, *L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica*, cit., p. 25.

<sup>(34)</sup> L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., pp. 114 e ss.

<sup>(35)</sup> La fonte normativa romanistica da cui venne tratto questo modello di impugnativa va probabilmente individuato in un passo di Proculo (D.17.2.76) tratto dal libro quinto delle *epistulae*, interpretabile in modo tale da rendere ammissibile l'impugnativa della decisione dell'*arbitrator* o *bonus vir* in caso di iniquità della stessa mascherandola come *reductio ad arbitrium boni viri*. C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., pp. 91-92.

transattiva dell'arbitrato. Sebbene di due secoli posteriore, è proprio questa la struttura fissata nella nostra *Sentenza di concordia*, compresa l'esclusione di qualsivoglia forma di contestazione, nonostante la prassi dell'epoca avesse disatteso, già nel corso del XIV secolo stesso, il principio dell'inoppugnabilità. Il divieto di impugnativa, infatti, non fu applicato in maniera categorica alla configurazione dell'*arbitramentum* come transazione, e proprio sull'appellabilità dei lodi, per lesione, si concentrarono gli sforzi dottrinari del secolo successivo<sup>(36)</sup>. Profonda influenza, sugli indirizzi di questi giuristi, ebbe anche l'introduzione di un nuovo istituto di provenienza statutaria, l'arbitrato necessario.

4. L'arbitrato necessario<sup>(37)</sup>, previsto da molti Statuti, compreso quello di Genzano, per le liti tra parenti<sup>(38)</sup> garantiva certezza giuridica laddove invece la società civile viveva profonde instabilità, salvaguardando i diritti dei cittadini e controbilanciando la perdita di libertà che questi subirono con l'instaurarsi delle Signorie. Ulteriormente, in un recente studio<sup>(39)</sup>, si sottolinea come, ancorando un interesse privato ad una "dimensione pubblicistica", quella statutaria per l'appunto, si garantiva ai nuclei familiari aristocratici esclusi dal potere certezza giuridica, evitando che le comunità familiari divenissero causa di "forti instabilità".

Gli Statuti, con l'arbitrato necessario, conferivano agli arbitri la competenza equitativa tipica degli *arbitratores* e non dell'*arbiter*, spesse volte, inoltre, richiamavano quelle espressioni che, nella bolla clementina *Saepe* di Papa Clemente V, qualificavano il rito sommario<sup>(40)</sup> e, di frequente, gli Statuti comunali richiedevano indifferentemente agli arbitri ed agli arbitratori di risolvere le questioni *de jure et de facto*, giungendo a confondere tutti i risultati dogmatici raggiunti.

Va ulteriormente sottolineato come gli Statuti cittadini tendessero ad

---

<sup>(36)</sup> L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., pp. 104-130.

<sup>(37)</sup> La *ratio* di quest'istituto è di proteggere l'integrità patrimoniale, evitando le divisioni ereditarie ed incentivando la solidarietà familiare, ed inoltre, nel generale processo di affermazione della competenza del giudice ordinario in tutte le materie riguardanti i cittadini ed i loro beni, si riconosceva la forza e l'importanza dei gruppi familiari nelle nuove istituzioni, consentendogli così una "espressione della propria autonomia privata attraverso un'articolazione pubblicistica". Nonostante la denominazione di questa tipologia di arbitrato possa suggerire un'obbligatorietà dello stesso, in realtà questo era comunque frutto di un'eccezione d'incompetenza del giudice ordinario, che una delle parti doveva far valere: l'arbitrato necessario non poteva essere imposto dall'autorità. Non vigevano imposizioni, nell'arbitrato necessario, circa la designazione dell'arbitro, in quanto permanevano quelle libertà vigenti nell'arbitrato volontario. L'arbitro esercitava comunque un potere che gli veniva conferito dalle parti che lo avevano nominato, il potere non derivava dalla legge, e quindi l'obbligo "a risolvere la controversia rimaneva di natura contrattuale anche se si manifestava nell'ambito di un'articolazione pubblicistica". L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., p. 156.

<sup>(38)</sup> *Statuta oppidi Cynthiani, Albanensis diocesis*, Cap. XXII, *Delli compromessi*.

<sup>(39)</sup> C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, cit., pp. 105 e ss.

<sup>(40)</sup> Come ad esempio il giudicare *de plano, de bono et aequo et omni tempore, sine strepitu et figura iudicii*.

escludere l'appellabilità delle sentenze arbitrali pronunciate sulla base di valutazioni equitative e con l'impiego di procedure sommarie. Con il passare del tempo, tuttavia, la giurisprudenza con l'obiettivo di conferire maggiori tutele alla parte inadempiente del lodo, modificò fortemente gli elementi normativi dell'arbitrato necessario, compresa l'appellabilità giudiziale dello stesso.

Probabilmente alla necessità di sottoporre l'arbitrato necessario ad un controllo giurisdizionale, contribuì anche la volontà dei poteri centrali di porre un freno ad uno strumento attraverso il quale i cittadini potevano sottrarsi a quella giustizia ordinaria che altro non è che l'attributo tipico dell'autorità dello Stato; e fu probabilmente questo il motivo per il quale a partire dal XVI secolo, "la legislazione degli Stati italiani non fu affatto favorevole all'arbitrato" (41).

5. Giungendo infine all'analisi della *Sentenza di concordia*, si può ben comprendere dal tenore letterale della stessa (42) come la scelta di negare qualsivoglia tipologia di impugnazione non solo in riferimento alla giustizia ordinaria, ma anche ad ulteriori giudizi equitativi per mezzo della *reductio*, fosse prevalentemente volta alla definitiva restaurazione della pace tra le due comunità, nel timore che la facoltà di contestare quanto stabilito dall'arbitro tenesse in vita i contrasti ed i rancori esistenti, certezza che, per lo più, il processo ordinario non era in grado di garantire.

Il documento, di sedici pagine, redatto dal notaio Ottavio Gracco, risulta ripartito in quattro parti, la prima datata al 20 di febbraio 1565, in cui i due Signori di Nemi e di Genzano rimettono tutte le divergenze, controversie e liti tra loro intercorrenti "super confinibus d(ictarum) Terrarum

---

(41) V. PIANO MORTARI, voce *Arbitrato*, cit., p. 899.

(42) "Praesens sententia fuit lata, lecta, et publicata per me infrascriptu(m) Notariu(m) alta, et intellegibili voce, et p.(raesentes) Menicu(m) Magnasorbe, Petru(m) Matthia(m), et Domenicu(m) Cicconu(m) Massarios Terrae Genzani, et Jacobu(m) Pedonu(m), Terentiu(m) de Aloysio Massarios Terrae Nemi acceptata, aprobata, et omologata in omnibus, et per omnia gratias agentes de bene administrata justitia: Necnon ad perpetua(m) robur, firmitatem, et validitatem dicta Sententia tanqua(m) homines eoru(m) Universitates representantes jurejurando sese obligaverunt praedictis omnibus nullo unqua(m) tempore contradicere, aut contravenire sive contrafacere sub poena amissionis omniu(m) juriu(m) eoru(m) seipsos pro observatione praemissoru(m), ac eoru(m) Universitates et Com(uni)tates praedictas, eorumque bona omnia mobilia et immobilia praesentia et futura, ubique locoru(m) existentia, et per se moventia, jura, res, actiones, rationes, ac nemina debitoru(m) in ampliori, et districtiori forma Camera Apostolica cu(m) submission(um), ratihibition(um), relevation(um), et alijs clausulis in similibus poni solitis, et consuetis ubi, quando, et quotiens opus fuerit latissime extenden(tes) ac desuper necessarijs, et opportunis obligaverunt, et hypotecaverunt, et quilibet ipsorum respective ut supra obligavit et hypotecavit; Et tactis per eosde(m) et eoru(m) quemlibet Sacrosanctis scripturis ad Sancta Dei Evangelia in manibus, et ad delatione(m) Mei ejusde(m) Notarij juraverunt, et quilibet ipsoru(m) juravit, sub eujus juramenti vinculo praedicta omnia, et singula observare promiserunt juxta forma(m) praesentis Instrumenti". *Sentenza ossia instrumento di Concordia che stabilisce i Confini e diritti del Lago fra Genzano e Nemi*, pp. 15-16, custodita presso l'Archivio storico del Comune di Genzano di Roma.

Genzani, et Nemoris, ac facultade piscandi in Laco Terrae Nemoris, & alijs rebus dictarum Confinia, & Lacum concernen(tes)”<sup>(43)</sup> alla cognizione di Remolo Valenti, “arbitrum, arbitratorem et amicabilem compositorem”. La seconda e la terza sono attinenti alle assemblee cittadine e alla loro approvazione del compromesso stipulato tra i due Signori, datate rispettivamente al 12 marzo per Nemi ed al 13 marzo<sup>(44)</sup> per Genzano. La quarta parte, ovverosia la sentenza dell’arbitro, risale al 14 marzo 1565.

Il documento, che intervalla il latino al volgare seguendo l’alternanza di formule rituali a profili sostanziali<sup>(45)</sup>, altro non è che un compromesso, una transazione, che ha lo scopo specifico di ristabilire la pace sociale tra due comunità regolando i rispettivi interessi in via definitiva, ed attribuendo all’arbitro designato la competenza per le future controversie aventi il medesimo oggetto.

6. Verosimilmente lo scopo principale nel ricorrere ad un compromesso, di cui è fuor di dubbio la valenza contrattuale, era evitare le lungaggini processuali che ben avrebbero potuto esacerbare le tensioni esistenti. Fin dalle prime righe, infatti, viene messa in evidenza la volontà delle parti di rimettere la soluzione della controversia presente, ed eventuali conflitti futuri che potessero sorgere nel medesimo ambito, a Remolo Valenti che è *arbiter*, per la totale libertà che gli viene conferita, di decidere la controversia basando il giudizio su elementi di fatto e/o di diritto (non esclusivamente equitativi), è *arbitrator* in quanto la sua decisione è totalmente avulsa da qualsivoglia formalità processuale, ed è anche *amicabilem compositorem* dato il suo obiettivo di raggiungere una soluzione non solo giusta ma, soprattutto, accettabile per entrambi le parti, nonché per la conoscenza diretta dei luoghi, delle comunità e della controversia tra queste sorta, essendo stato antecedentemente auditore di Marcantonio Colonna, precedente *dominus* di Genzano.

Come visto, caratteristica di un arbitrato volontario è la designazione dell’arbitro da parte dei contraenti, e difatti sono Giuliano Cesarini e Silverio dei Piccolomini, a conferire a Remolo Valenti<sup>(46)</sup> l’autorità per “decidere, terminare, sentenziare, e diffinire tutte e singole differenze che sono tra l’Omini di Genzano e Neme sopra li Confini del territorio delle pred(ette) Com(uni)tà e differenze del Lago”<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> *Ibidem* p. 1.

<sup>(44)</sup> È interessante sottolineare come l’assemblea nemorense specifichi la sospensione del proprio giuramento all’accettazione e ratificazione dell’assemblea genzanese delle medesime condizioni sottoscritte dai nemesi, e della scelta di Remolo Valenti come arbitro.

<sup>(45)</sup> Da rendere comprensibili alla cittadinanza tutta in quanto effettivamente volti a regolare i confini ed a disciplinare i diritti delle due comunità.

<sup>(46)</sup> “Auditore dell’Ill. et Ecc.<sup>mo</sup> Sig. Marcantonio Colonna”, così recita la Sentenza di concordia.

<sup>(47)</sup> *Sentenza ossia instrumento di Concordia*, cit., p. 12.



7. Altri elementi di sicuro interesse si rinvengono nella seconda e nella terza parte, ovvero sia le rispettive approvazioni ed accettazioni da parte delle assemblee cittadine della decisione dei loro Signori di demandare all'arbitrio del Valenti il regolamento dei confini e dei diritti sul lago.

Evidente risulta la rilevanza attribuita all'elemento assembleare, che invece poco emerge dalla lettura dello Statuto di Genzano. Dall'analisi della *Sentenza di concordia*, inoltre, si palesa una divergenza dell'organizzazione assembleare nemese, rispetto alla genzanese: il notaio, infatti, subito dopo aver elencato gli uomini presenti all'assemblea nemonense<sup>(48)</sup>, e aver indicato il giorno in cui l'assemblea ha avuto luogo<sup>(49)</sup> specifica che: "congregati, et coadunati tutto il Popolo et Omini sopradetti del Castello di Nemi nel Palazzo, dove si soleno fare, e congregare per fare Consigli, chiamati per Bolognino publico Mandatario, siccome ha referito a me infrascritto Notario: li quali tutti ad una voce, e niuno discrepante hanno confermato il Compromesso dall'III. Sig. Silverio, et l'III. Sig. Giuliano sopra la differenza che verte tra dette Com(uni)tà di Neme, et di Genzano". L'espressione "tutti ad una voce, e niuno discrepante", altro non è che una formula volta a garantire il *consensus omnium*<sup>(50)</sup> su quanto deciso dall'assemblea.

Il principio del *consensus omnium*<sup>(51)</sup>, riferito alla gestione di beni di utilizzo collettivo, confermerebbe che la comunità percepiva questi beni come propri, al di là della mediazione dell'istituzione comunale<sup>(52)</sup>.

L'approvazione degli uomini presenti all'assemblea vincola tutta la comunità a quanto disposto dall'arbitro. Sembrerebbe quasi configurarsi una valenza giuridica del comune-comunità, inteso come insieme dei cittadini, a fianco del comune-persona giuridica/istituzione (inteso cioè come ente amministrativo). Proprio in forza di questa dualità sembra sottintendersi un'appartenenza dei beni alla comunità, dalla cui approvazione non si poteva prescindere per attribuire efficacia a quanto dedotto dall'arbitro. Tanto che lo stesso arbitro afferma: "Noi Remolo Valenti

---

<sup>(48)</sup> La cui elencazione gli viene fornita dal notaio Marco Emilio del Sorone della diocesi Prenestina, presente al Consiglio.

<sup>(49)</sup> Il 12 marzo 1565.

<sup>(50)</sup> Sulle origini normative del principio del *consensus omnium* (*quod omnes tangit ab omnibus debet adprobari*) cfr. A. DANI, *Tra « pubblico » e « privato »*, cit., p. 611, secondo cui: "alla base del principio del *Quod omnes tangit* applicato ai beni comuni troviamo dunque una lontana disposizione giustiniana riguardante tutt'altra materia, e poi una regola di portata generale del diritto canonico" e ancora "appare verosimile che il principio del *quod omnes tangit* applicato alla gestione dei beni comuni sia da leggere come un avallo autorevole a prassi diffuse presso le popolazioni rurali e cittadine che, in realtà, non avevano molto a che vedere con il diritto romano o con il diritto canonico, che pure aveva elevato il principio del *quod omnes tangit* alla dignità di *regula iuris* (la XXIX del Liber Sextus di Bonifacio VIII)". A. DANI, *Il concetto giuridico di "beni comuni"*, cit., pp. 20-21.

<sup>(51)</sup> Ovverosia il principio secondo cui le decisioni riguardanti la collettività necessitano del consenso unanime.

<sup>(52)</sup> A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni*, cit., p. 21.

arbitre et arbitratore et amicabile Compositore de comune consenso et deputato dell'Ill.mi Sig. Giuliano Cesarino e Silverio Piccolomini a decidere, terminare, sentenziare, e definire tutte e singole differenze che sono tra l'Omini di Genzano e Neme sopra li Confini del territorio delle pred(ette). Com(uni)tà e differenze del Lago avendo visto l'autorità dataci dalli p(resen)ti Ill.mi Signori per vigore del compromesso delle loro Signorie fatto in noi e confermato, aprobatò e ratificato dall'Omini et università di Genzano e Neme" (53).

Risulta però chiaro come non fosse semplice, al di fuori delle comunità rurali o comunque di piccole dimensioni, applicare il principio del consenso unanime. Questa problematica viene ben evidenziata dalla *Sentenza di concordia*, laddove per la comunità genzanese (sicuramente più popolosa di Nemi) il notaio specifica che gli uomini presenti sono superiori ai due terzi della totalità e quindi rappresentanti l'universalità.

8. L'arbitro prosegue poi dichiarando: "avendo visto oculatamente più volte tutti li luoghi di d(ette) differenze tanto del Territorio, quanto del Lago, et à essi più volte conferitoci presentialmente, avendo anche esaminati, et intesi molti, e varj Omini antichi dell'una, e l'altra parte, et avendo visto, e considerato tutto quello, che opportunamente c'è occorso di vedere, e considerare, repetito in questo, e sempre il S(antissimo) Nome di Cristo, dicemo, e sentenziamo, determiniamo, e terminiamo, e comandiamo sia terminato, et observato nello infra(scri)tto modo, et forma" (54). L'arbitro procede poi indicando i luoghi in cui sono state posizionate le colonne (55) volte a segnalare i confini, di modo che in futuro questi non possano essere, nuovamente, oggetto di discussioni (56).

Remolo Valenti statuisce inoltre che i terreni inclusi nei confini individuati restino attribuiti ai medesimi proprietari e che gli stessi si registrino nei catasti dei rispettivi *castra*, cui dovranno pagarsi i tributi dovuti. Con riferimento alle questioni riguardanti il dominio ed i diritti sul lago, l'arbitro dispone che il dominio universale appartenga, come sempre è appartenuto, alla Corte di Nemi, che quindi ha l'autorità di affittarlo e disporne a suo piacimento, di macerarvi lino, pescare. ecc. Tuttavia, Remolo Valenti afferma anche: "che la forma dell'exito delle acque del detto Laco serva siccome serve per uso della Mola di Genzano, alla quale per continuo flusso di acqua di molto tempo ha partorito servitù talmen-

---

(53) *Sentenza ossia instramento di Concordia*, cit., p. 12.

(54) *Ibidem*.

(55) Le quali si specifica: "in prima li Confini, nelli quali si averanno da piantare le Colonnelle, le quali acciò non si possano per alcun tempo negare vogliamo siano tutte di pietra trivertina fatte nella medesima forma se ben variassero nella grandezza" cfr. *Sentenza ossia instramento di Concordia*, cit., p. 12.

(56) "E questi siano li Confini e Termini tra dette Com(uni)tà, li quali volemo che perpetuamente siano custoditi, et observati". *Ibidem*.

tecche gli uomini di Neme non possano impedire d(ett)a Forma in pregiudizio di detto Molino di Genzano excepto che non occorresse per bisogno della Pesca del Laco, e questo in caso che il Molinaro non ne patisse interesse” (57). Egli dichiara, pertanto, che gli uomini di Nemi non possano impedire che le acque del lago servano la macina di Genzano, la quale, essendone stata da lungo tempo servita vi ha maturato una servitù, ma a questa statuizione fa eccezione l’ipotesi in cui le acque servano per la pesca degli affittuari, ed al proprietario del mulino non ne derivino pregiudizi.

Agli uomini di Genzano viene inoltre concesso di abbeverare liberamente gli animali nelle acque del lago, di macerarvi i loro lini (58) e di pescarvi (59), ma soltanto a condizione che il lago non sia affittato, perché in questo caso, il loro diritto di pesca viene sospeso. Tutte queste attività però i genzanesi possono svolgerle unicamente nella porzione di lago loro attribuita dai confini precedentemente stabiliti dall’arbitro stesso, attraverso l’apposizione di colonnine in marmo. Remolo Valenti sottolinea che, essendo agli uomini di Genzano negata la facoltà di pescare al di fuori dei territori loro assegnati, si fa divieto agli uomini di Nemi di pescare a piedi dalle sponde assegnate ai genzanesi (60). Gli abitanti di Nemi conservano, ad ogni modo, il diritto di passaggio sui territori di Genzano, senza però potervi pescare.

Val la pena di sottolineare come la rendita della concessione in affitto a privati del diritto di pesca nel lago dovesse risultare significativa e particolarmente remunerativa per la Corte di Nemi, data l’attenzione con la quale l’arbitro ha disciplinato la sospensione degli altri diritti nel periodo di affitto.

Conclusasi la parte della sentenza recante le disposizioni dell’arbitro (61), redatta in lingua volgare, si torna ai profili formali, e quindi al latino.

Il notaio informa che lui stesso ha dato lettura e pubblicazione della sentenza dell’arbitro, con voce alta ed intellegibile, alla presenza di tre Massari (62) di Genzano e due Massari di Nemi, i quali l’hanno accettata,

---

(57) *Sentenza ossia instrumento di Concordia*, cit., p. 14.

(58) La precisazione sulla proprietà dei lini si rende necessaria, perché viene fatto divieto ai Genzanesi di “quartariare lini forastieri” macerati all’interno del loro territorio. *Sentenza ossia instrumento di Concordia*, cit., p. 14.

(59) “A piede solamente e non in altro modo”. *Sentenza ossia instrumento di Concordia* cit., p. 14.

(60) Viene ad ogni modo fatto salvo l’esercizio della pesca compiuto con gli affittuari, ed in questa ipotesi si consente ai nemorensi sia la pesca a piedi che da imbarcazione.

(61) Stando a quanto redatto dal notaio, le disposizioni di Remolo Valenti, sarebbero state rese in data 14 marzo 1565, un giorno dopo l’assemblea dei genzanesi volta ad approvare e convalidare l’autorità conferita all’arbitro dai Signori delle due comunità.

(62) Magistratura espressione della collettività, cui lo Statuto di Genzano espressamente attribuiva varie funzioni. L’elezione dei Massari, che aveva luogo il primo giorno dell’anno,

approvata ed omologata, in ogni sua parte, come rappresentanti delle loro comunità. Vietando che della forza, fermezza e validità della sentenza e di tutto quanto in essa contenuto, si possa, nel tempo, contraddire o contravvenire senza incorrere nella pena previste per le comunità e universalità, che ne risponderanno con tutti i loro beni mobili e immobili presenti e futuri, in quanto così statuito dalla sentenza stessa e derogando, quindi, ad eventuali pene più gravi o più lievi previste in casi simili dalla Camera Apostolica per il distretto.

La redazione del documento avvenne in casa del genzanese Francesco Simione, alla presenza di: Troiano Tozi di Norcia residente in Civita<sup>(63)</sup>, Fabrizio de Cola de Jizzo di Velletri<sup>(64)</sup> e Antonio Christofori Patriarca di Civita, i quali, non appartenendo né alla comunità nemorense, né alla genzanese, erano idonei a rivestire la qualifica di testimoni locali della volontà negoziale dei due Signori e delle rispettive assemblee cittadine, nonché sul contenuto delle disposizioni arbitrali.

9. Sebbene vastissimo sia il panorama dell'istituto arbitrale e impossibile ne sia la riduzione in una struttura onnicomprensiva, capace di ricomprendere tutte le variazioni ed evoluzioni succedutesi ed alternatisi nel corso dei secoli, risultano comunque utili, ai fini della comprensione e della ricostruzione delle sue declinazioni pratiche, gli esempi offerti dalle realtà minori, come quella appena esaminata, per la loro capacità di rappresentare, non meno dei grandi centri urbani, l'utilizzo concreto dell'istituto arbitrale nell'età di diritto comune.

Ulteriormente, per quanto riguarda questo documento nello specifico, un profilo di particolare interesse è rappresentato dall'attualità del disposto arbitrale rispetto all'odierna disciplina dell'uso civico di pesca nel Lago di Nemi: ad oggi, difatti, quantomeno per i "naturali" nemorensi permane la facoltà di esercitare il diritto di pesca a piedi sulla sponda orientale del Lago di Nemi, con modalità del tutto analoghe a quelle previste dalla *Sentenza di concordia* del 1565.

Il diritto di uso civico per la pesca a piedi venne riconosciuto in favore della cittadinanza con la sentenza, del 22 febbraio 1938, emessa dal Regio Tribunale per la liquidazione degli usi civici di Roma, poi confermata dalla Regia Corte sezione speciale usi civici di Roma con sentenza 9-30 giugno 1939.

In tempi più o meno recenti, l'esercizio del diritto di uso civico per la

---

seguiva un meccanismo del tutto particolare: Tre dei nuovi Massari venivano indicati da quelli precedentemente in carica, mentre gli altri tre venivano direttamente indicati dal Signore; tra i tre Massari nominati direttamente dal Signore, costui ne sceglieva uno cui attribuire le funzioni di Camerlengo.

<sup>(63)</sup> Civita Lavinia, attualmente nota come Lanuvio è un altro dei castelli romani. Il *castrum*, limitrofo a Genzano, apparteneva anch'esso a Giuliano Cesarini.

<sup>(64)</sup> Anche Velletri, confinante con Genzano, fa parte dei castelli romani.

pesca a piedi nel Lago di Nemi, tutt'altro che desueto, è stato ancora oggetto di interesse nel 1999, quando la Giunta Comunale deliberò, in data 23 novembre, di fornire una precisa definizione di "naturali" (qualificando come tali tutti coloro i quali fossero nati a Nemi, o che vi risiedessero da almeno dieci anni, o che seppure nati altrove fossero figli di residenti a Nemi da almeno dieci anni, o che per almeno dieci anni vi avessero avuto la residenza) salvo poi ritirare la suddetta deliberazione al fine di raggiungere un'intesa con il titolare di concessione per l'esercizio esclusivo della pesca nel Lago di Nemi. Quest'ultimo aveva, infatti, impugnato la deliberazione del 23-11-1999 presso il T.A.R. per il Lazio, chiedendone l'annullamento.

Risulta quindi evidente come gli usi civici rivestano primaria importanza ancora oggi e come, nella realtà nemorense, l'uso civico di pesca si svolga tuttora in maniera affine a quanto disposto con l'arbitrato del 1565. L'uso civico, inoltre, convive ancora con il diritto esclusivo appartenente ad oggi ad un privato, che lo esercita in forme accomunabili a quelle riservate alla Signoria nel XVI secolo.

Per concludere, pare opportuno porre l'accento sull'importanza del disposto arbitrale del 1565, anche alla luce della sua parziale adattabilità alla realtà odierna. Se poco meno di vent'anni fa la comunità era ancora così interessata alla questione, al punto da determinare la Giunta Comunale a deliberare al riguardo, ben si comprende come nel XVI secolo l'esercizio di questo diritto costituisse una forma di sostentamento per la popolazione e di conseguenza quale efficacia fosse riconosciuta allo strumento arbitrale, data la scelta di ricorrervi anziché adire il giudice ordinario.

*This paper, which takes origin from the analysis of an arbitration decision about the civic uses, disputed between two local communities in the State of the Church during the XVI century, focuses on the qualifications and practical applications of arbitration institute, starting from the basics of Roman law to reach the late Middle Ages.*

*The award of the sixteenth century clearly shows the importance covered by the alternative dispute resolution mechanisms in the Middle Ages and gives rise to examine and illustrate the powers conferred to the arbitrator as well as to deepen the competence attributed to these in different historical moments.*

## D) ITALIANA

### Sentenze annotate

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civile, sentenza 10 aprile 2015, n. 7176; BERRUTI Pres.; LANZILLO Est.

**Contratto di assicurazione - Quantificazione del danno - Perizia contrattuale preventiva al giudizio - Squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto - Giudizio di abusività della clausola - Sussistenza.**

*In materia di assicurazione contro gli infortuni, la clausola contrattuale che subordini il diritto dell'assicurato di agire in giudizio al previo esperimento di una perizia contrattuale arbitrare sulla quantificazione dei danni, laddove sia formulata in guisa da comportare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto, deve ritenersi vessatoria ai sensi degli artt. 1469 bis e ss. c.c. (ratione temporis vigenti) e pertanto giustifica l'addebito di abusività, con la conseguente sanzione di nullità-inefficacia.*

CENNI DI FATTO. — A seguito di lesioni subite per un infortunio, un soggetto conviene in giudizio la società di assicurazione con la quale aveva stipulato una polizza contro gli infortuni, chiedendone la condanna al pagamento di una somma di denaro. La società convenuta propone, tra le altre, un'eccezione di improponibilità della domanda per non avere la parte attrice previamente esperito la procedura arbitrale prevista nel contratto. Il Tribunale dichiara la domanda improponibile e di conseguenza condanna l'istante alla refusione delle spese.

L'attore esperisce allora appello avverso la sentenza di *prime cure*, rilevando, oltre alla mancanza di un vero disaccordo circa la quantificazione del danno subito (presupposto per l'attivazione della procedura arbitrale), l'inefficacia della clausola arbitrale ai sensi degli artt. 1341 e 1369 *bis* c.c.

La Corte d'appello respinge il gravame e conferma la prima sentenza, condannando così l'attore al pagamento delle spese processuali anche per il giudizio di secondo grado. L'assicurato ricorre per Cassazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — 1. La Corte di appello — premesso che la clausola n. 20 della polizza infortuni oggetto di controversia non prevede un arbitrato, bensì una perizia contrattuale, cioè l'accertamento da parte

di un collegio di medici nominato dalle parti della natura e dell'entità dei danni derivati dall'infortunio di cui l'assicurato chiede l'indennizzo — ha dichiarato improponibile la domanda, prima di un tale accertamento, escludendo che la clausola rientri fra quelle c.d. vessatorie perché derogative della competenza giurisdizionale, richiamando i principi enunciati dalla giurisprudenza formatasi sull'art. 1341, 2 comma, c.c.

2. Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione dell'art. 1469 *bis*, 3 comma n. 18 e 1 comma, c.c., nonché omessa motivazione su di un punto decisivo della controversia, poiché la Corte di appello ha ommesso di esaminare la sua eccezione di nullità-inefficacia della clausola ai sensi delle citate disposizioni, trattandosi di clausola abusiva contenuta in un contratto intercorso fra un professionista ed un consumatore, interamente predisposto dal professionista.

3. Il motivo è fondato.

3.1. Va premesso che l'art. 1469 *bis* è applicabile al caso in esame, perché il sinistro in relazione al quale il ricorrente ha chiesto il pagamento dell'indennizzo si è verificato il 9.6.1999, in costanza del rapporto contrattuale, essendo stato il contratto di assicurazione concluso il 21.5.1992 e tacitamente rinnovato di anno in anno fino al 1999. (*Omissis*).

La Corte di appello, pertanto, avrebbe dovuto prendere in esame la questione sollevata dall'appellante circa il carattere abusivo della clausola che ha subordinato il diritto dell'assicurato di agire in giudizio al previo esperimento di una perizia contrattuale arbitrale sulla quantificazione dei danni.

Manca invece nella sentenza impugnata ogni motivazione sul punto, avendo la Corte di appello limitato il suo esame e la sua decisione all'inapplicabilità degli art. 1341-42 c.c., che attengono a problemi parzialmente diversi.

3.2 (*Omissis*). La normativa introdotta dalla legge di recepimento della Direttiva (art. 25 legge 6 febbraio 1996 n. 52), cioè gli art. 1469 *bis* e seg. c.c. (oggi artt. 33-38 d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206-Codice del *consumo*) non solo ha ampliato le fattispecie di clausole abusive rispetto a quelle di cui all'art. 1341 ed ha aggravato le relative sanzioni, disponendo comunque la nullità-inefficacia delle clausole abusive in danno del consumatore, nullità rilevabile dal giudice anche d'ufficio ed indipendentemente da ogni specifica dichiarazione di accettazione; ma inevitabilmente ha imposto diversi e più ampi criteri interpretativi delle fattispecie da ritenere abusive, in relazione alle finalità perseguite dalla Direttiva comunitaria.

Ragion per cui non è detto che i termini usati dal legislatore siano sempre suscettibili di identica interpretazione, nelle fattispecie di cui agli art. 1341-42 ed in quelle di cui agli art. 1469 *bis* e seg. c.c.; né che i principi giurisprudenziali formati sulle prime possano essere sempre automaticamente trasposti all'interpretazione delle altre.

3.3. La clausola 20 del contratto di assicurazione in oggetto — che il ricorrente ha riprodotto nel ricorso (pag. 40) — dopo avere premesso che le parti contraenti debbono procedere alla valutazione del danno trovando un accordo direttamente fra loro o tramite due periti nominati l'uno dall'assicurato e l'altro dalla società assicuratrice, dispone che “*in caso di disaccordo, le divergenze sono demandate ad un terzo perito, nominato dai due precedenti o, in difetto, dal Segretario del Consiglio dell'Ordine dei medici.....[del luogo di stipulazione della polizza].. Le decisioni sono prese a maggioranza di voto e sono obbligatorie per*

*entrambe le parti. Ciascuna delle parti sopporta le spese del proprio perito e per la metà quelle del terzo perito. È data facoltà al Collegio medico di rinviare, ove ne riscontri l'opportunità, l'accertamento definitivo ad epoca da definirsi dal Collegio stesso, che può nel frattempo concedere un anticipo sull'indennizzo con criteri di equità”.*

Trattasi indubbiamente della pattuizione di una c.d. perizia contrattuale, in quanto si richiede agli arbitri — scelti in considerazione della loro specifica competenza tecnica — di dare il loro giudizio sulla base delle norme e dei criteri tecnico-scientifici propri della materia (Cass. civ. Sez. III, 30 giugno 2005 n. 13954): pattuizione che la giurisprudenza ha escluso rientrare fra le clausole vessatorie di cui all'art. 1341, 2° comma c.c. (cfr. fra le tante, Cass. civ. 2 febbraio 2006 n. 2277; 11 maggio 2011 n. 10332 ed altre). Va peraltro rilevato in primo luogo che diverso è il contesto letterale in cui si inserisce la clausola in oggetto, in quanto l'art. 1469 *bis*, 3 comma n. 18, c.c. (oggi art. 33 lett. *t*) cod. consumo), include le deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria fra le clausole che sanciscono a carico del consumatore “decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, limitazioni all'adduzione di prove”, inducendo a pensare non a questioni di competenza, quanto piuttosto ai casi in cui sia sottratto al giudice il potere di decidere in determinate materie.

La clausola che obbliga l'assicurato ad accettare la decisione a maggioranza del collegio dei periti preclude definitivamente all'utente di servizi assicurativi il potere di sottoporre al controllo dell'autorità giudiziaria — che offre le massime garanzie di legalità e di imparzialità del giudizio — la questione della valutazione dei danni, quindi della misura dell'indennizzo che gli spetta, nel caso di assicurazione contro gli infortuni, cioè una questione di primaria importanza quanto all'interesse all'adempimento.

Qualora poi si ritenga di aderire al principio per cui “nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito” (così Cass. civ. Sez. III, 30 giugno 2005 n. 13954 cit.), la clausola comporterebbe anche il venir meno di ogni possibilità di impugnazione della decisione, quindi di ogni possibilità di controllo del giudice sulla decisione degli arbitri privati.

Nell'interpretazione dell'art. 1341 la vessatorietà delle clausole che prevedevano una perizia contrattuale poteva essere giustificata con il principio di tassatività dell'elencazione di cui al secondo comma della citata norma, talvolta esteso ad imporle anche l'interpretazione restrittiva.

Gli art. 1469 *bis* e seg., per contro, non giustificano un tale rigore, se interpretati in linea con i principi contenuti nella Direttiva 13/93 CEE che — nell'elencaire le fattispecie di clausole abusive — vi include quelle che abbiano lo scopo di “sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche” (cfr. Allegato alla Direttiva contenente l'elencazione delle clausole abusive, lett. *q*): precisazione che si attaglia perfettamente al caso di specie.



3.4. Ma soprattutto, la clausola contenente l'obbligo di procedere a perizia contrattuale per la valutazione dei danni — così come formulata nel caso in esame — configura gli estremi della clausola abusiva, se i principi di cui al comma 3 n. 18 vengono interpretati alla luce del principio di cui al primo comma dello stesso art. 1469 *bis*, secondo cui sono abusive le clausole che comportino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Vero è che la disposizione si riferisce allo squilibrio giuridico nel trattamento delle parti contraenti, cioè ai casi in cui vengano attribuiti alle parti diritti diversi con riguardo ad uguali situazioni, quali la diversa disciplina del diritto di recesso, dell'inadempimento, della clausola penale, ecc; non invece ai meri squilibri di carattere economico. (*Omissis*).

Nella specie, la dilazione immotivata della decisione arbitrale per non meglio definite ragioni di opportunità è più onerosa per il creditore che per il debitore; i costi dell'arbitrato — economici e non — sono diversi e meno gravi per l'impresa assicuratrice, la quale si trova quotidianamente a gestire una molteplicità di controversie dello stesso genere, con le conseguenti economie di scala e con l'implicito vantaggio inerente alla conoscenza dell'ambiente, del personale e dei potenziali arbitri, di quanto oggettivamente non risultino per il singolo consumatore isolato, privo di ogni influenza e senza alcuna esperienza.

Conseguentemente la clausola arbitrale peritale la quale preveda che gli arbitri debbano decidere all'unanimità; che il procedimento arbitrale sia completamente gratuito per l'assicurato e che debba essere concluso in tempi rapidi e certi, ben potrebbe sottrarsi al giudizio di abusività.

Ove per contro sia disposto — come nel caso in esame — che la decisione arbitrale è presa a maggioranza ed è definitivamente vincolante per tutti; che grava in ogni caso sull'assicurato l'onere di pagare per intero le spese del proprio arbitro e per il 50% quelle del presidente del collegio, pur se il lodo confermi in toto la congruità della sua richiesta (sì che l'indennizzo assicurativo verrà comunque decurtato degli oneri e delle spese della procedura); che il Collegio medico ha la facoltà di rinviare la sua decisione ad epoca da definirsi “ove ne riscontri l'opportunità”, con il potere — ma non l'obbligo — di concedere all'assicurato un anticipo sull'indennizzo, senza che sia disposto alcun limite ai tempi e alle ragioni del rinvio e senza che sia previsto alcun minimo all'importo dell'anticipo, la clausola arbitrale peritale — interpretata alla luce del principio per cui debbono essere evitati trattamenti che realizzino un significativo squilibrio in danno degli interessi del consumatore — giustifica l'addebito di abusività, con la conseguente sanzione di nullità-inefficacia.

Tanto più quando si consideri che manca nella clausola che è qui oggetto di esame ogni specificazione circa tempi e modi in cui doveva essere attivata la procedura arbitrale; tanto che l'assicurato ha messo in dubbio che fosse prospettabile il “disaccordo”, costituente il presupposto per ricorrervi, a fronte del comportamento ambiguo della compagnia assicuratrice, che non ha mai opposto il rifiuto — ma solo il silenzio — alle sue richieste di pagamento.

Gli obblighi di chiarezza e di completezza che, in base alla normativa in vigore ed alle specifiche indicazioni della Direttiva comunitaria, debbono presiedere alla formulazione delle clausole contrattuali predisposte dal professionista, così come il dovere di buona fede di cui all'art. 1469 *bis*, comma 1 (art. 33 cod. consumo), avrebbero richiesto quanto meno la specificazione dei tempi e delle

modalità con cui procedere all'arbitrato; l'espresso avvertimento dell'improcedibilità dell'azione giudiziaria in mancanza del previo esperimento della perizia contrattuale, e soprattutto un comportamento più lineare e inequivoco da parte della compagnia nel manifestare all'assicurato il rifiuto di qualunque accordo sulla definizione dell'entità dell'indennizzo, in mancanza del giudizio arbitrale. (*Omissis*).

### **La perizia contrattuale nel sistema dell'arbitrato e delle clausole vessatorie.**

1. La sentenza in commento si occupa del problema dell'abusività, in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore (nella specie, un contratto di assicurazione), della clausola contenente la previsione di una c.d. perizia contrattuale. Si tratta di quel fenomeno, invero molto frequente nell'ambito dei rapporti assicurativi (polizze danni e assicurazioni contro gli infortuni, per lo più), in base al 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 vincolante <sup>(1)</sup>.

La premessa da cui la Suprema Corte muove il proprio ragionamento è che, nel caso di specie, deve ritenersi applicabile, *ratione temporis*, la disciplina di cui agli artt. 1469 *bis* c.c., dal 2005 “trasferita” nel c.d. codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), donde la fondatezza della censura avanzata dal ricorrente avverso la sentenza di secondo grado, la quale non aveva preso in esame la questione circa il carattere abusivo della clausola contenente la rimessione ai periti dell'accertamento vincolante in ordine all'entità dei danni lamentati dall'assicurato.

2. La pronuncia suscita particolare interesse perché, tra l'altro, offre una elaborata riflessione anche per ciò che attiene al rapporto tra la disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. e quella a tutela dei consumatori.

Invero, prima di analizzare tali stimolanti passaggi, pare opportuno dar conto del panorama — normativo e, soprattutto, giurisprudenziale (e

---

<sup>(1)</sup> La casistica è invero più ampia a va al di là delle vicende relative ai contratti di assicurazioni; si pensi, ad esempio, ai c.d. arbitrati sulle qualità. Per una più completa panoramica in tal senso, cfr. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2002; e, se vuoi, CAMPIONE, *La perizia contrattuale*, in questa *Rivista*, 2014, 55 ss.

dottrinale) — intorno al problema della vessatorietà della clausola per perizia contrattuale (e, più in generale, delle clausole compromissorie).

Com'è noto, la materia delle clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori ha una matrice comunitaria. Si tratta della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, che è stata poi recepita nel nostro ordinamento con l'art. 25 della l. 6 febbraio 1996, n. 52. Tale ultima legge ha introdotto nel codice civile gli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies*. Come si è accennato, tali disposizioni sono state sostanzialmente trasferite nel codice del consumo; più precisamente, il D.lgs. n. 206/2005 ha abrogato gli artt. da 1469-*ter* a 1469-*sexies* c.c., mentre ha sostituito l'art. 1469-*bis*, il quale si limita a disporre che “le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”.

Il codice del consumo, 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*) <sup>(2)</sup>.

Per una cospicua parte della giurisprudenza di merito <sup>(3)</sup> la clausola per perizia contrattuale è vessatoria poiché deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, ma non intesa in senso tecnico <sup>(4)</sup>, bensì come mera possibilità di chiedere la tutela dei diritti — derivanti da un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore — dinanzi al giudice statale. In tale ordine d'idee, la disciplina a tutela del consumatore deve essere interpretata alla luce degli scopi prefissati dalla normativa comunitaria di riferimento <sup>(5)</sup>, la quale assicura al soggetto debole del mercato la possibilità di chiedere giustizia agli organi statuali, senza che possa

---

<sup>(2)</sup> Per l'arbitrato irrituale è stata anche data rilevanza alla lett. *b*), laddove è vessatoria — peraltro anche se oggetto di trattativa — la clausola che ha per oggetto o per effetto di “escludere o limitare le azioni (...) del consumatore (...)”. Cfr. sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 53.

<sup>(3)</sup> Nell'ambito della quale analoga impostazione è stata presentata anche con riguardo alla clausola per arbitrato irrituale. Cfr., *ex multis*, Trib. Mantova 24 settembre 2010, in *www.ilcaso.it*; cfr. anche Trib. Torino, 27 novembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, I, 694; ma nello stesso senso Trib. Roma, 5 ottobre 2000.

<sup>(4)</sup> Tale, invece, sarebbe l'accezione di competenza per i rapporti tra giurisdizione statale e arbitrato rituale, sulla base dell'art. 819-*ter* c.p.c. 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, però, v. *amplius*, con tutti i problemi sistematici relativi al rapporto tra arbitri e giudici, per tutti, RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 364 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2015, 187 ss.

<sup>(5)</sup> Si veda, ad esempio, il punto 1, lett. *q*), dell'allegato alla citata direttiva comunitaria.

vedersi imposto il ricorso a una giurisdizione di arbitrato non regolato da disposizioni giuridiche (tale essendo considerato l'arbitrato irrituale, di cui la perizia contrattuale altro non sarebbe che una *species*). Peraltro, la dichiarazione di nullità della clausola è evitabile laddove venga dimostrata la specifica trattativa tra le parti (6).

Passando alla disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., per quanto qui interessa, le due norme, ciascuna al proprio comma 2, e 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, a nostro avviso occorre considerare che la Cassazione, a suo tempo (7), ha riconosciuto la natura di merito dell'*exceptio compromissi* rituale, ricostruendo l'arbitrato codicistico come fenomeno negoziale al pari dell'arbitrato libero; onde sarebbe logico desumere 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 (8) (e men che meno all'arbitrato libero).

Senonché, di recente, ha 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 2000 (9). Invero, nel corso del 2013, sia la Corte costituzionale (10), sia la Cassazione (11), hanno avuto modo di (ri)affermare la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, considerando tale strumento idoneo al raggiun-

---

(6) Cfr. in questi termini, tra le altre, Trib. Mantova 24 settembre 2010, cit. 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.

(7) 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 del 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 questa *Rivista*, 2000, 704 ss., con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*. Ma si consideri adesso l'attuale formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., come riformato dal D.lgs. n. 40 del 2006. Per riferimenti si rimanda alla nota 5.

(8) Si v. ad esempio Cass. 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, 1992, I, 3298 ss.

(9) Sull'orientamento precedente la pronuncia delle Sezioni Unite cfr., per tutti, RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, cit., 368.

(10) 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.

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

gimento di un “risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale” (12).

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 irrituale (13), anche se, almeno prima della riforma del 2006, la giurisprudenza optava costantemente per la non soggezione della clausola arbitrale irrituale alla disposizione di cui all’art. 1341, comma 2, c.c. (14).

In settori della giurisprudenza (di merito) si ritiene sottoposta allo stesso regime anche la clausola per perizia contrattuale, essendo questo istituto considerato assimilabile, ancorché diverso nei contenuti, all’arbitrato libero (15).

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. (16).

3. Più o meno nello stesso periodo in cui è stata pubblicata la sentenza oggetto del presente commento, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di tornare a esprimersi sulla questione, *lato sensu*, della vessatorietà della clausola peritale.

Così, un primo arresto d’inizio 2015 (17) ha ribadito la natura abusiva di una clausola per perizia contrattuale, a sua volta riconducibile all’arbitrato irrituale, dovendo la competenza, per come contemplata dal codice

---

(12) Tale interpretazione, a ben vedere, se si optasse per l’idea che il codice del consumo richiama la (deroga alla) competenza in senso tecnico, dovrebbe necessariamente condurre a ritenere comunque vessatoria la clausola compromissoria per arbitrato rituale. Ma su questo punto v. *infra* nel testo.

(13) Cfr. SASSANI, Sub art. 808 ter, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, VII, Torino, 2014, 129; BIAVATI, Sub art. 808 ter, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, 171; BOVE, Sub art. 808 ter, in *La nuova disciplina dell’arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 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 due modalità, “si dovrebbe semmai ravvisare nella scelta dell’arbitrato libero quella più « pericolosa » e quindi più bisognosa di cautele normative (...)”.

(14) V. ad esempio Cass., 28 giugno 2000, n. 8788, in *Guida al dir.*, 2000, 40, 49; cfr. per rilievi critici e per ulteriori richiami anche SASSANI, Sub art. 808 ter, cit., 129, nota 5.

(15) Trib. Nola 2 febbraio 2010, in *www.iussit.eu*

(16) 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 questa *Rivista*, 2010, 4, 687, con nota di BOVE; Cass. 28 agosto 1995, n. 9032, in questa *Rivista*, 1996, 303, con nota di BOVE.

(17) Trib. Frosinone 8 gennaio 2015, in *Mass. redaz.* 2015.

del consumo, essere intesa non già in senso tecnico, bensì alla luce degli scopi perseguiti dalla normativa comunitaria.

Una pronuncia di qualche mese successiva<sup>(18)</sup>, al contrario, ha escluso la vessatorietà della clausola con la quale è rimesso a un terzo esperto un apprezzamento tecnico vincolante, poiché essa non costituisce una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitando solo temporaneamente il diritto di adire il giudice statale; essa non demanda al terzo la soluzione definitiva della controversia giuridica (come accade nell'arbitrato irrituale), che è invece ciò che la direttiva comunitaria intende evitare<sup>(19)</sup>. Tale pronuncia si è occupata anche del problema della specifica sottoscrizione della clausola per perizia contrattuale, allineandosi alla giurisprudenza prevalente ostile all'applicabilità degli artt. 1341 e 1342 c.c., in ragione del suo carattere non compromissorio ovvero derogatorio della competenza del giudice ordinario.

Insomma, sul carattere vessatorio della clausola peritale e, più nello specifico, circa l'applicazione ad essa della disciplina a tutela dei consumatori e di quella ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., il panorama ermeneutico appare tutt'altro che univoco.

4. Come si è accennato nel paragrafo di apertura, nel caso di specie il giudice d'appello aveva ommesso di esaminare il profilo della nullità-inefficacia della clausola peritale ai sensi degli artt. 1469-*bis* ss. c.c., limitandosi a valutare la "tenuta" della clausola rispetto agli artt. 1341 e 1342 c.c., peraltro *in parte qua* allineandosi all'indirizzo giurisprudenziale dominante.

La Cassazione, nello stigmatizzare tale operato, ha rilevato che, rispetto alla normativa a tutela dei consumatori, le due disposizioni codicistiche testé citate attengono a problemi parzialmente diversi.

Così, come ricostruisce la Suprema Corte, la normativa del 1942 sulle condizioni generali di contratto aveva fondamentalmente lo scopo di razionalizzare modalità e costi delle operazioni negoziali coinvolgenti le imprese, nell'ambito delle contrattazioni con la massa dei destinatari delle loro attività, donde l'utilità di una disciplina uniforme per tutti i rapporti. In siffatto contesto, le disposizioni relative all'inefficacia delle clausole di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., servivano da limite al sacrificio sofferto dall'autonomia contrattuale della controparte (sia che fosse imprenditore, sia che fosse consumatore). La direttiva europea del 1993, invece, ha inteso accentuare sensibilmente la tutela di una specifica categoria di

---

<sup>(18)</sup> Trib. Bari 9 aprile 2015, in *Mass. Redaz.* 2015 e in [www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=1985](http://www.overlex.com/leggisentenza.asp?id=1985).

<sup>(19)</sup> Il Tribunale barese richiama un precedente arresto del Tribunale di Firenze (16 febbraio 2006) che già aveva contrapposto, in punto di vessatorietà della relativa clausola, la perizia contrattuale all'arbitrato (rituale e irrituale).

soggetti, e cioè gli utenti e i consumatori, nei loro rapporti con i c.d. professionisti, ossia con le figure professionali ovvero le imprese che utilizzano il contratto nell'esercizio della loro attività; l'esigenza di protezione del contraente "debole" discende dalla disparità dei rapporti di forza e dalla mancata partecipazione alle trattative.

La normativa interna di recepimento della Direttiva ha ampliato, rispetto all'art. 1341 c.c., il novero delle clausole abusive e ha aggravato le sanzioni e il regime consequenziali alla relativa violazione<sup>(20)</sup>; ha inoltre messo a disposizione dell'interprete più ampi criteri ermeneutici delle fattispecie da ritenere vessatorie. Onde — conclude la Cassazione — non è detto che i termini utilizzati dal legislatore siano suscettibili di identica interpretazione nelle ipotesi di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. e in quelle *ex* artt. 1469-*bis* ss. c.c.; né che le soluzioni giurisprudenziali raggiunte sulle prime possano essere automaticamente utilizzate per l'interpretazione delle seconde.

A questo punto la Suprema Corte analizza concretamente, al fine di saggiarne il carattere abusivo, la specifica clausola peritale inserita nel contratto assicurativo oggetto della vicenda analizzata.

Tale clausola premette che le parti devono procedere alla valutazione del danno di comune accordo ovvero tramite due periti nominati ciascuna per proprio conto. Prevede poi che:

— in caso di disaccordo, le divergenze sono rimesse ad un terzo perito, nominato dai due già designati dalle parti ovvero, in difetto, dal Segretario del Consiglio dell'Ordine di medici del luogo di stipulazione della polizza;

— le decisioni sono prese a maggioranza e sono obbligatorie per entrambe le parti;

— ciascuna parte sopporta le spese relative al proprio perito e per metà quelle relative al terzo;

— è data facoltà al collegio di esperti di rinviare l'accertamento definitivo, ove lo ritenga opportuno, a epoca da definirsi dal collegio stesso, il quale può nel frattempo concedere un anticipo sull'indennizzo con criteri di equità.

La Cassazione ricorda che, per un verso, generalmente la clausola per perizia contrattuale è esclusa dal novero di quelle contemplate dall'art. 1341, comma 2, c.c.; per altro verso, letteralmente, il richiamo alle "deroghe alla competenza", contenuto nell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 18, c.c., non va inteso in senso tecnico, ma va riferito ai casi in cui sia sottratto al giudice il potere di decidere in determinate materie. Osserva poi che le norme a tutela dei consumatori non giustificano il rigore ermeneutico

---

<sup>(20)</sup> Per recenti spunti sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto, anche con riferimento alle c.d. nullità di protezione, cfr. Cass. sez. un. 12 dicembre 2014 n. 26242 e 26243, in *Giur. it.*, 2015, 1, 70 ss., con nota di PAGNI.

dovuto alla tassatività dell'elenco di clausole contenuto nel comma 2 dell'art. 1341 c.c., laddove siano interpretate in sintonia con quanto disposto dal punto 1 lett. q) dell'allegato alla Direttiva del 1993. Infine, la Suprema Corte ravvisa l'abusività della clausola — per come formulata nel caso di specie — interpretando quanto disposto dall'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 18, c.c., alla luce del principio di cui al comma 1 dello stesso articolo (oggi art. 33, comma 1, cod. consumo), per il quale sono da considerarsi abusive le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali. Sicché può andare esente da giudizio di abusività la clausola peritale che preveda “*che gli arbitri debbano decidere all'unanimità; che il procedimento arbitrale sia completamente gratuito per l'assicurato e che debba essere concluso in tempi rapidi e certi (..)*”. Caratteri non rintracciabili nella clausola oggetto di controversia.

5. Giunti a questo punto, la sentenza in commento stimola alcune riflessioni di carattere generale, rivolte non solo alla perizia contrattuale *tout court*, ma in chiave sistematica all'area complessiva dell'arbitrato. Innanzitutto, nelle note che precedono, soprattutto allorché si sono brevemente analizzati gli orientamenti in punto di abusività delle clausole compromissorie, si è mostrata, senza oltremodo approfondire, la tendenza (soprattutto) della giurisprudenza ad accostare la perizia contrattuale all'arbitrato irrituale. Questo, invero, è un passaggio fondamentale, che merita ora di essere sviluppato. In tema di perizia contrattuale, il profilo forse più problematico concerne proprio l'inquadramento sistematico dell'istituto; d'altro canto, nella sentenza in commento, la Suprema Corte non offre sulla questione molti spunti.

In breve, storicamente, il fenomeno peritale, mai dotato di una propria dimensione normativa<sup>(21)</sup>, è stato spiegato vuoi facendo ricorso alla fattispecie dell'arbitraggio *ex art.* 1349 c.c., vuoi secondo la logica dell'arbitrato, vuoi come istituto, per così dire, duplice, e cioè arbitraggio ovvero arbitrato a seconda che fosse utilizzato per integrare un contratto oppure per risolvere una controversia (in via negoziale)<sup>(22)</sup>. Non sono mancate voci a favore di una configurazione autonoma del fenomeno, evidenziando in particolare che, a differenza dell'arbitraggio e dell'arbitrato libero — ai quali esso è comunque vicino, attesa la vincolatività del responso del terzo esperto —, nella perizia il “prodotto” finale è un

---

<sup>(21)</sup> In realtà si è evidenziato che un caso di riconoscimento giuridico della perizia 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.

<sup>(22)</sup> Per una più completa illustrazioni delle tesi cfr., se vuoi, CAMPIONE, *La perizia*, cit., 58 ss. e note.



accertamento tecnico privo di una determinazione volitiva e discrezionale, presente invece in sede di arbitraggio e arbitrato <sup>(23)</sup>.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, un'impostazione minoritaria ha avvicinato notevolmente la perizia contrattuale all'arbitraggio, riscontrando però l'essenza della prima nella natura squisitamente tecnica dell'accertamento valido ai fini delle determinazioni dell'elemento contrattuale. Ciò si rifletterebbe in termini di disciplina applicabile, restando fuori gioco l'art. 1349 c.c. anche in punto d'impugnativa del responso del terzo <sup>(24)</sup>.

Invero, come si è accennato, sulla base dell'orientamento (tendenzialmente) costante della giurisprudenza, la perizia contrattuale è mezzo (negoziale) 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 risiede nell'oggetto dell'accertamento richiesto ai periti, posto che in tal caso il contrasto si riferisce ad una questione di fatto di elevata pregnanza tecnica e rilevante nell'ambito di un rapporto (che si assume come) preesistente. In questo ordine d'idee, 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) <sup>(25)</sup>.

Dottrina autorevole ha osservato che la perizia contrattuale è un fenomeno arbitrale, finalizzato alla soluzione di una questione di pregnanza tecnica, rilevante nella fattispecie di un diritto controverso, pregiudicato l'accertamento definitivo circa l'attuale esistenza del diritto stesso <sup>(26)</sup>.

A nostro sommo avviso, come si è avuto modo di osservare in altra sede <sup>(27)</sup>, tale soluzione è da accogliere. L'istituto denominato perizia contrattuale, almeno per come si è sviluppato nel nostro sistema e nella prassi dei traffici giuridici, e per come è stato anche recepito a livello di clausole contemplate nei regolamenti delle camere di commercio e nei contratti assicurativi, costituisce un mezzo "privato" di soluzione di un

---

<sup>(23)</sup> Per riferimenti v. ancora, se vuoi, CAMPIONE, *La perizia*, cit., 60, note 28 e 29.

<sup>(24)</sup> Cfr. Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, 2, I, 482.

<sup>(25)</sup> 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.

<sup>(26)</sup> Questa è l'idea, ad esempio, di BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., poi confermata in *La perizia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, il quale nel lavoro monografico citato ha, non a caso, preferito usare l'aggettivo "arbitrale" in luogo del più diffuso "contrattuale"; cfr. anche LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1996, 670 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005. Tali autori segnalano che l'attività del perito può essere indirizzata alla soluzione di una questione giuridica, oltre che di fatto.

<sup>(27)</sup> Ci sia concesso, ancora una volta, rinviare a CAMPIONE, *La perizia*, cit., 61 ss. e note.

contrasto tecnico circa un elemento rilevante nella fattispecie di un diritto o di un rapporto.

6. Con la riforma del 2006 (D.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40) è stato introdotto nel codice di rito l'art. 808-ter, dedicato espressamente all'arbitrato irrituale. Ad onta di tale inserimento, il dibattito intorno alla c.d. natura dell'arbitrato, tra i più vivaci storicamente in seno (soprattutto) alla dottrina italiana, non si è affatto sopito<sup>(28)</sup>.

Invero, dopo la riforma, *in parte qua*, sono stati espressi indirizzi molteplici. In breve, volendo cogliere solo i tratti essenziali di un panorama notevolmente eterogeneo e auspicando che ci sia concessa qualche "forzatura" dovuta alle esigenze di sintesi, rileviamo che, secondo una prima ricostruzione, l'art. 808-ter introduce espressamente un mezzo eteronomo di risoluzione delle controversie evidentemente processualizzato e teso alla decisione della lite. Il lodo contrattuale apparirebbe dunque come un atto decisorio<sup>(29)</sup>.

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 riportare il lodo rituale nell'alveo della giurisdizione, mantenendo il lodo irrituale sul piano negoziale. In tale prospettiva — pur non negandosi la processualità dell'arbitrato *ex art. 808-ter* che emergerebbe dall'elencazione dei motivi d'impugnazione del lodo — è stata riproposta la riconducibilità strutturale dell'arbitrato libero alla fattispecie contemplata dall'art. 1349 c.c.<sup>(30)</sup>. 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 tra le parti e un terzo finalizzata, nell'ottica del superamento della controversia, alla formazione di un nuovo rapporto giuridico.

Tra i due estremi ermeneutici testé ricordati, si pongono altre tesi. Così, in continuità con la teoria c.d. unitaria, una parte della dottrina<sup>(31)</sup> ha letto l'art. 824-bis c.p.c. nel senso che per "effetti della sentenza

---

<sup>(28)</sup> Non è ovviamente questa la sede per ripercorrerlo; per una ricostruzione v. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688 ss.; sull'arbitrato irrituale cfr. anche il fondamentale lavoro di MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, *passim*.

<sup>(29)</sup> Cfr. SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in questa *Rivista*, 2007, 25 ss., e, più di recente, in *Sub art. 808-ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, VII, Torino, 2014, 106 ss.

<sup>(30)</sup> BOVE, *Sub art. 808 ter, cit.*, 68 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 571 ss.

<sup>(31)</sup> PUNZI, *Efficacia di sentenza del lodo*, in questa *Rivista*, 2005, 819 ss.

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 <sup>(32)</sup>.

Da segnalare anche l'opinione 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 processo <sup>(33)</sup>.

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 litiganti; la scelta per l'arbitrato libero comporta l'inapplicabilità delle norme previste per l'arbitrato rituale <sup>(34)</sup>.

A sommosso avviso di chi scrive, la riforma del 2006 — peraltro sovvertendo la regola ermeneutica secondo cui *in dubio pro* arbitrato ... irrituale <sup>(35)</sup> — ha inteso sancire che quest'ultimo, al pari del modello rituale, è strumento che si conclude con un atto che espleta una funzione decisoria <sup>(36)</sup>, onde il suo contenuto minimo corrisponde ad un accertamento <sup>(37)</sup>; tale atto degli arbitri determina le regole di condotta vincolanti

---

<sup>(32)</sup> La determinazione di cui all'art. 808-ter, infatti, non può acquisire effetti esecutivi 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.

<sup>(33)</sup> BIAVATI, Sub art. 808 ter, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, 164 ss., il quale peraltro denuncia una certa sproporzione tra metodo e risultato.

<sup>(34)</sup> Cass. 13 maggio 2014, n. 10300, in *Mass. giust. civ.*, 2014; Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158, in *Mass. giust. civ.* 2013; mentre, come già si è osservato (cfr. note 10 e 11), con riferimento all'arbitrato rituale, superando l'orientamento espresso nel 2000, la Suprema Corte, tra l'altro in sintonia con il Giudice delle leggi, ne ha (ri)affermando la natura giurisdizionale.

<sup>(35)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 24 gennaio 2005, n. 1398; Cass. 15 maggio 2003, n. 7516, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2363.

<sup>(36)</sup> Cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2011, 101, il quale rileva che la funzione dell'arbitrato è unica e consiste nella decisione della controversia.

<sup>(37)</sup> 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". Del resto l'accertamento è ritenuto ammissibile dall'opinione prevalente anche nella sua forma negoziale, la quale ovviamente esula dalla logica delle reciproche concessioni tipica della transazione. Per riferimenti sul negozio di accertamento, considerata la mole dei contributi scientifici ad esso dedicati, peraltro con l'avvertenza che in ordine ai plurimi profili le posizioni degli autori variano anche significativamente, ci limitiamo a richiamare GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1988, 228 ss.; FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss.; NICOLÒ, *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, 65 ss.; 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*;

tra le parti in lite in ordine ad un rapporto o ad una situazione giuridica soggettiva. Ciò si ricava anche dall'evidente struttura processuale che emerge dal congegno normativo delineato dall'art. 808-ter, con particolare riguardo ai motivi di annullamento del lodo-contratto.

Invero, l'arbitrato rituale è stato concepito e regolato come una sorta di primo grado di giudizio sostitutivo — per libera scelta espressa nella convenzione di arbitrato — del giudizio statale, con la conseguenziale ed eventuale prospettiva dell'impugnazione del lodo, indipendentemente dal deposito, dinanzi alla Corte d'appello; l'atto decisorio, una volta emesso, è recepito dall'ordinamento come un equipollente della sentenza del giudice. 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 ordinarie, posto che l'atto decisorio rimane confinato alla sfera privata delle parti e, pertanto, emerge nell'ordinamento come atto *lato sensu* negoziale <sup>(38)</sup>.

In tale contesto, non appare contraddittorio rimarcare che la prospettiva dell'esecuzione forzata si pone, non già come discrimine ontologico 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 esecutivi <sup>(39)</sup> —, 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

---

DAMBROSIO, *La "determinazione contrattuale" ex art. 808-ter c.p.c. quale espressione di potere dispositivo ex lege*, in questa *Rivista* 2014, 458 ss.; per una panoramica approfondita su tutti i profili relativi al negozio di accertamento, anche con copiosi richiami giurisprudenziali, v. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1997, 1 ss.; per un'illustrazione più compita del dibattito e per una interessante e originale ricostruzione della figura dell'accertamento, con ampia analisi del negozio, e per una recente indagine dedicata anche al rapporto tra le varie forme di accertamento v. FORNACIARI, *Lineamenti per una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002; ID., *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005, 3 ss.; ID., *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negoziale oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2015, 247 ss. Pare opportuno richiamare anche un'autorevole voce contraria all'ammissibilità del negozio di accertamento, e cioè 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.

<sup>(38)</sup> Rilievi 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 vogliono un atto risolutivo che conservi i propri effetti nell'ambito dell'autonomia privata, sono proposti da CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 10-11.

<sup>(39)</sup> CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 8.

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 <sup>(40)</sup>.

In tale ordine d'idee, appare evidente la differenza con l'arbitraggio, che è un dato ormai pacifico <sup>(41)</sup>, posto che esso è uno strumento, tipicamente negoziale, di determinazione di un elemento mancante di un contratto, mentre l'arbitrato libero è mezzo di soluzione delle controversie, che interviene riguardo a rapporti completi e perfetti ma litigiosi. Ciò è confermato anche dalla dottrina che ha fornito gli studi più approfonditi in materia di arbitraggio <sup>(42)</sup>.

Insomma, a nulla rileva il fatto che l'atto decisorio dell'arbitro 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 contraddittorio <sup>(43)</sup>.

L'arbitrato irrituale si mostra allora 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

---

<sup>(40)</sup> La brillante riflessione è di LUIISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 177-178, con ulteriori spunti; sul punto si veda anche, dello stesso Autore, *L'art. 824 bis*, in questa *Rivista*, 2010, ove si cerca di dimostrare, *quoad effectum*, l'equiparazione lodo-sentenza-contratto (risolutivo di una controversia), quanto al contenuto di tali atti, in ordine alla tenuta rispetto allo *ius superveniens*, in ordine ai rapporti pregiudiziali o dipendenti da quello oggetto di decisione e nei confronti dei terzi. Semmai il discorso può essere spostato sul piano della "forza" delle varie forme di accertamento; cfr. su quest'ultimo punto FONACIARI, *Gli effetti*, cit., 247 ss.

<sup>(41)</sup> La Suprema Corte lo ha messo in evidenza già diversi anni or sono. Cfr., per tutte, Cass. 25 giugno 1983, n. 4364, in *Mass. giust. civ.* 1983, fasc. 6, 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".

<sup>(42)</sup> ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 210 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1996; GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005, 1152 ss.

<sup>(43)</sup> 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.

seconda sono le parti a superare la lite, pur rimettendo all'arbitratore il completamento del contenuto della transazione <sup>(44)</sup>.

7. I rilievi appena tracciati devono, a nostro avviso, essere confermati anche per la perizia contrattuale: quest'ultima è fenomeno arbitrale, dunque differisce dalla fattispecie *ex art. 1349 c.c.*

Peraltro pare necessario descrivere in maniera più compiuta l'inquadramento della perizia nell'area dell'arbitrato. Se quest'ultimo è il modello strutturale di riferimento, occorre riconoscere che il contenuto dell'attività del perito è un accertamento <sup>(45)</sup>.

Invero, secondo l'opinione che pare preferibile, il negozio di accertamento — ovviamente nell'ambito dei diritti disponibili — può limitarsi anche alla fissazione di fatti o questioni. 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 indirettamente <sup>(46)</sup>. 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 sommamente che, affermare che pure in caso di fissazione di fatti l'oggetto (ancorché, per così dire, indiretto) dell'accertamento è il rapporto, stia semplicemente ad indicare che l'accertamento del fatto integra una modalità dell'accertamento del rapporto.

Ora, un punto fondamentale da chiarire è che, quando entra in gioco un'attività di fissazione non già di rapporti o diritti, ma di singole questioni o elementi di fatto, l'attività posta in essere — dalle parti direttamente o dall'arbitro — non può essere innovativa rispetto al rapporto preesistente <sup>(47)</sup>. Del resto, si è efficacemente osservato che, in sede di accertamento negoziale *tout court*, la volontà espressa è proprio di tipo accerta-

---

<sup>(44)</sup> ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 210 ss., in linea con la prevalente dottrina processualistica; LUISSO, *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.

<sup>(45)</sup> Cfr. FORNACIARI, *Lineamenti*, cit., 336, secondo cui tanto la perizia quanto l'arbitrato costituiscono una forma di accertamento operato da un terzo, differenziandosi solo per l'oggetto di esso.

<sup>(46)</sup> Cfr. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, 65-68, ripreso da PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., 76 ss.

<sup>(47)</sup> Mentre la giurisprudenza appare 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).

tivo, ossia finalizzata alla fissazione delle regole e del rapporto senza apportare modifiche innovative rispetto alla realtà giuridica preesistente; tale scenario è dunque configurabile, non solo in caso di arbitrato rituale, ma anche di arbitrato irrituale e, se l'accertamento ha ad oggetto questioni tecniche o comunque elementi di fatto, di perizia contrattuale (48).

8. Per inquadrare definitivamente il fenomeno peritale nel sistema dell'arbitrato manca però ancora un tassello. In effetti, fin qui si è assunta come valida la tesi della riconducibilità della perizia contrattuale all'arbitrato senza però interrogarsi sulla possibilità, per il processo arbitrale, di avere un oggetto ristretto rispetto alla minima unità oggettiva del processo dinanzi all'autorità giudiziaria, che consiste, salvo casi eccezionali (49), nella richiesta di tutela di almeno un situazione giuridica soggettiva, e non soltanto di fatti o questioni (benché rilevanti all'interno della fattispecie del diritto).

Tale limite, in seno alla giurisdizione pubblica, si spiega con la logica dell'economia processuale. Non si tratta, dunque, di una restrizione che colpisce qualunque forma di accertamento.

Se, allora, le ragioni, che comportano che la domanda giudiziale abbia 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 giuridica (50).

---

(48) Semmai si tratta di valutare se sussista una differente "forza" tra le varie modalità di accertamento poste in essere. Non è ovviamente questa la sede per affrontare lo spinoso problema del contenuto e, soprattutto, degli effetti dell'accertamento. Si rimanda, per una completa disamina sul punto e per l'approfondimento dell'impostazione seguita nel testo, a FORNACIARI, *Il negozio*, cit., *passim*, e Id., *Gli effetti*, cit., 247 ss. Ci permettiamo qui soltanto di segnalare che 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.; 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 questa *Rivista* 2014, 458 ss.; dell'autore da ultimo citato, per una riflessione intorno alla natura del lodo irrituale ex art. 808 *ter*, cfr. anche *Il lodo irrituale come negozio unilaterale e non contratto*", in *Nuova giur. civ. comm.*, 11/2015, 699 ss.

(49) Si pensi alla querela di falso e all'istanza di verifica di scrittura privata.

(50) 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. *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; contrari anche MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 147 ss., con argomentazioni sistematiche e normative. Contrario alla frazionabilità oggettiva del processo

In effetti, ragionando astrattamente, ci sembra senz'altro compatibile con 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 diritto<sup>(51)</sup>), rilevante ai fini dell'esistenza di una situazione giuridica soggettiva.

Tuttavia, nell'ambiente normativo dell'arbitrato rituale, occorre fare i conti con le regole sul regime del lodo, tra cui spicca l'art. 827, comma 3, c.p.c., a tenore del quale il lodo non definitivo — quale è anche il lodo che decide soltanto su una questione relativa ad un elemento della fattispecie, senza statuire sull'attuale esistenza del diritto — è impugnabile unitamente al lodo definitivo. Onde, per quanto riguarda il modello rituale, il codice sembra consentire l'impugnazione per nullità solo al lodo che abbia deciso su diritti (e non soltanto su questioni); pare cioè che il congegno normativo sia concepito per un arbitrato indirizzato necessariamente verso la decisione sul diritto o sul rapporto, a immagine del processo statale<sup>(52)</sup>. Le parti potrebbero, in teoria, optare per un arbitrato limitato all'accertamento di una questione tecnica secondo la modalità rituale, salvo poi trovarsi nell'impossibilità d'impugnare in via principale il responso per contestarne, ad esempio, la validità, residuando eventualmente la prospettiva di una contestazione in via incidentale.

La compatibilità tra una domanda ad oggetto "ristretto" e la via arbitrale pare più evidente in caso di arbitrato irrituale. Per tale via, si giungerebbe all'emissione di un responso sulla questione oggetto di domanda di arbitrato che resterebbe confinato nella sfera di autonomia delle parti.

Per concludere sul punto, una domanda di arbitrato rituale limitata

---

arbitrale anche DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 357 ss., il quale peraltro sembra agganciare il limite al giudizio arbitrale rituale. Cfr. sul punto anche MONTESANO, *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 621 ss.

<sup>(51)</sup> 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).

<sup>(52)</sup> 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 LUISSO, *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. D'altro canto, per tale Autore, quando il lodo decide solo una delle questioni, 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.



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, in assenza di specifiche qualificazioni nel senso della ritualità, appare meglio ricostruibile come una peculiare istanza di arbitrato irrituale<sup>(53)</sup>, con la conseguenziale sottoposizione del responso del terzo — vincolante, giacché in tal senso le parti si accordano all'atto della scelta della via peritale — al regime del lodo libero, con possibilità dunque d'impugnazione secondo le regole ordinarie per far valere anche in via principale l'invalidità del lodo<sup>(54)</sup>.

9. Il motivo delle riflessioni sin qui articolate in ordine all'inquadramento sistematico della perizia contrattuale risiede nella sentenza in commento: è ben vero che la Cassazione era chiamata a decidere sullo specifico profilo della vessatorietà della clausola peritale, tuttavia, a nostro sommo avviso, ha perso un'occasione per dare un significativo contributo verso la configurazione di un istituto non ancora ben definito, soprattutto in punto di disciplina applicabile.

Oltretutto, nell'argomentare nel segno dell'abusività della clausola, la Suprema Corte ha fatto leva anche sulla (presunta) inoppugnabilità del responso dei periti, richiamando un arresto<sup>(55)</sup> secondo il quale, nel caso di perizia contrattuale, “va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito”. Così facendo, la S. C. non solo ha tratto spunto da una corrente assolutamente minoritaria, ma ha altresì trascurato il costante indirizzo, anche di legittimità, secondo il quale la

---

<sup>(53)</sup> Un arbitrato irrituale limitato all'accertamento di un elemento di fatto o alla soluzione di una questione tecnica.

<sup>(54)</sup> Magari la via peritale esprime tutta la sua utilità quando il contrasto involge 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. Inoltre, dall'impostazione suggerita 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.

<sup>(55)</sup> Da noi citato alla nota 24.

“vicinanza” tra perizia contrattuale e arbitrato libero si rintraccia anche sul piano dell’impugnazione del lodo<sup>(56)</sup>. Senza contare che in altri passaggi della motivazione ha comunque fatto riferimento all’arbitrato al fine d’inquadrare la perizia nella prospettiva dell’abusività della clausola.

Peraltro, non solo, a ben vedere, la giurisprudenza ha sempre ammesso la possibilità d’impugnare la perizia secondo le regole concepite per il lodo libero, ma, sulla scorta della riforma del 2006, a nostro avviso adesso occorre guardare al regime per come delineato espressamente dall’art. 808-ter, con la necessità, ovviamente, di adattare i motivi d’impugnativa *ivi* elencati alle peculiarità oggettive e strutturali del fenomeno peritale.

Quanto al problema direttamente affrontato dalla pronuncia in commento, l’insegnamento che la Corte tenta di trasmettere è che, in buona sostanza, la clausola arbitrale-peritale va valutata in concreto, alla luce del principio generale per cui si ritengono vessatorie le clausole che determinano a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. L’approccio si rivela interessante e idealmente apprezzabile; senonché, a nostro modo di vedere, nel momento in cui la perizia contrattuale viene collocata nell’ambiente dell’arbitrato, il ragionamento in punto di vessatorietà della clausola peritale deve in qualche modo ispirarsi alle riflessioni espresse in ordine all’abusività clausola compromissoria *tout court*.

In tale prospettiva, se si decide d’interpretare il richiamo alla (deroga alla) competenza di cui all’art. 33, comma 2, lett. *t*) cod. consumo non in senso tecnico, pare che debba essere considerata abusiva ogni clausola compromissoria, rituale o irrituale<sup>(57)</sup>, sempre che il patto non sia frutto di trattativa privata; è anche vero, tuttavia, come si è segnalato nei primi paragrafi, che per la normativa comunitaria sono da considerarsi abusivi gli arbitrati non regolati dalla legge.

In sede di giurisprudenza comunitaria<sup>(58)</sup> si è affermato che, allorché una clausola è considerata vessatoria nel paese di attuazione, la nullità può essere rilevata dal consumatore (o anche d’ufficio) in ogni momento, anche in deroga, ad esempio, a quanto disposto dall’art. 817 c.p.c.

Ad ogni modo, a nostro avviso, il problema della vessatorietà della

---

<sup>(56)</sup> Cfr. per una breve rassegna CAMPIONE, *La perizia*, cit., 76 ss.; in giurisprudenza v., da ultimo, Trib. Padova 22 gennaio 2015, in *Mass. Redaz.* 2015, secondo cui nella perizia contrattuale, la decisione è impugnabile, analogamente a quanto previsto per l’arbitrato irrituale, soltanto attraverso le tipiche azioni di annullamento e di risoluzione per inadempimento dei contratti.

<sup>(57)</sup> Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808*, cit., 53; MARENCO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in questa *Rivista*, 2006, 57 ss.

<sup>(58)</sup> Corte di Giustizia Ce, 26 ottobre 2006, C 168-05. Cfr. SALOMONE, *La Corte di giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull’ordine pubblico comunitario e sull’impugnazione dei lodi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 701 ss.

clausola per perizia contrattuale dev'essere affrontato nel contesto concettuale appena tracciato. Se si considera poi che tale fenomeno è meglio inquadrabile come arbitrato non regolato dalla legge, sembra logico concludere nel senso che la relativa clausola è da considerarsi vessatoria, salvo che sia frutto di trattativa tra le parti<sup>(59)</sup>. E ciò, a ben vedere, prescinde da un'analisi in concreto del contenuto della clausola, posto che essa, in ogni caso, sottrae al giudice dello Stato un pezzo della controversia, talora di estrema importanza per la parte "debole", come la quantificazione del danno lamentato.

Per quanto riguarda la doppia sottoscrizione ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., pure qua il destino della perizia deve seguire quello dell'arbitrato. In tal senso, appare chiaro il dettato del comma 2 dell'art. 1341: invero, se la perizia contrattuale è fenomeno arbitrale, allora il patto contrattuale che la contempla è una clausola compromissoria. È ben vero che con siffatto accordo al giudice è sottratto il potere cognitivo solo su uno o più elementi della fattispecie, ma è anche vero che tali elementi sono comunque rilevanti ai fini dell'esistenza del diritto controverso, dunque della tutela giuridica.

10. A parere di chi scrive, la sentenza in commento presenta più ombre che luci. Queste ultime sembrerebbero illuminare solo la parte argomentativa, a dire il vero di rilevanza prevalente sostanzialistica, in cui è stato approfondito e chiarito il rapporto tra la disciplina a tutela del consumatore e quella *ex* artt. 1341 e 1342 c.c.

Per il resto, prevalgono le perplessità, dovute probabilmente alla circostanza che la Corte ha ommesso, pregiudizialmente, di collocare con precisione e chiarezza il fenomeno peritale, mostrando di rimanere legata a orientamenti (passati e minoritari) a scarsa tenuta sistematica. E ciò, in qualche maniera, si è riflettuto anche sulla bontà della concreta soluzione accolta in tema di abusività della correlativa clausola.

FRANCESCO CAMPIONE

---

<sup>(59)</sup> Se male non s'intende, BOVE, *Sub art. 808-ter*, cit., 82, propende per l'equiparazione, in punto di vessatorietà, tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, sottolineando altresì che quest'ultimo, alla luce dei parametri comunitari, appare in un certo senso più "pericoloso" rispetto al primo.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civile, sentenza 30 giugno 2015, n. 13312; Russo Pres.; PELLECCIA Est.; La Concordia S.r.l. (avv.ti Torre e Veneri) c. HDi Ass.ni S.p.a.

**Clausola per perizia contrattuale - Condizioni generali di contratto - Onorario degli arbitri non proporzionato al valore della causa - Imputazione delle spese a prescindere dalla soccombenza - Vessatoria.**

*La clausola compromissoria inserita nelle condizioni generali di un contratto di assicurazione che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario degli arbitri (correlato al valore della causa, ma non in misura proporzionale) indipendente dall'esito della controversia, nel senso che ciascuna parte è tenuta al pagamento del compenso dell'arbitro da essa nominato e di metà di quello dovuto al terzo, a prescindere dalla circostanza che risulti vittoriosa o soccombente, è da considerarsi vessatoria, avuto riguardo alla causa e alle finalità del suddetto contratto, quando risulti limitativa del diritto dell'assicurato ad essere sollevato dalle conseguenze pregiudizievoli del sinistro, esponendolo (soprattutto nelle controversie di modesto valore) all'esborso di rilevanti somme per gli onorari degli arbitri, non proporzionate a quelle riconosciutegli a titolo di risarcimento dei danni dedotti, e dissuadendo quindi dal ricorrere all'arbitrato, con conseguente favore per i comportamenti dilatori dell'assicuratore e pregiudizio per il diritto di difesa dell'assicurato.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — 4.1. Con il primo motivo, la ricorrente deduce la “violazione dell’art. 360 c.p.c., n. 4, in relazione agli artt. 99 e 112 c.p.c.”.

La sentenza è errata laddove rileva che la società deduce la nullità della clausola che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario degli arbitri indipendentemente dall'esito della controversia, solo in appello. Pertanto secondo i giudici del merito, la deduzione di tale ipotesi di nullità della clausola è inammissibile perché tardiva.

Secondo la società, invece, tale censura era già stata esposta nella comparsa conclusionale di primo grado e nella memoria *ex art.* 183 c.p.c., laddove si chiedeva “accertata l'operatività della polizza”. Quindi il *thema decidendum* della causa era quello di “accertare l'operatività della polizza e la fondatezza della giurisdizione del giudice ordinario atteso che la clausola 11 compromissoria non poteva e non doveva essere tenuta in alcun conto”.

4.2. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce “la violazione dell’art. 360 c.p.c., nn. 4 e 5, in relazione agli artt. 99 e 112 c.p.c., e art. 1421 c.c.”.

Secondo la società, l'affermazione della Corte di Appello è errata dove afferma che non è compito del giudice accertare d'ufficio la nullità di un contratto o di una clausola in base all'art. 1421 c.c., ove tale operazione venisse a porsi in contrasto con il principio della domanda fissata dagli artt. 99 e 112 c.p.c. Secondo la Concordia la domanda che sempre è stata proposta è quella relativa alla “declaratoria di inibizione della clausola 11 delle condizioni generali di polizza in quanto da ritenersi nulla”.

I due motivi, per la loro connessione, possono essere esaminati insieme e sono entrambi infondati.

È vero che la nullità del contratto o di singole clausole di esso può essere rilevata anche d'ufficio.

Tuttavia tale principio va coordinato con le regole processuali concernenti gli oneri di allegazione dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni, di cui agli artt. 163 e 167 c.p.c. Tale coordinamento comporta che anche le eccezioni rilevabili d'ufficio (cosiddette eccezioni in senso lato) sono rilevabili d'ufficio a condizione che il fatto costitutivo di esse sia stato debitamente allegato nei termini e con le modalità prescritti dalle regole processuali.

Pertanto una eccezione in senso lato, come tale rilevabile *ex officio*, quando anche teoricamente sollevabile dalla parte anche dopo la scadenza del termine per costituirsi, non può comunque essere accolta se il fatto su cui si fonda non sia stato ritualmente allegato e provato in giudizio. Ciò in quanto il potere del giudice di rilevare il fatto modificativo, impeditivo od estintivo della pretesa attorea "attiene solo al riconoscimento degli affetti giuridici di fatti che siano stati pur sempre allegati dalla parte.

Sicché il potere di allegazione rimane riservato esclusivamente alla parte anche rispetto ai fatti costitutivi di eccezioni rilevabili d'ufficio, perché il giudice può surrogare la parte nella postulazione degli effetti giuridici dei fatti allegati, ma non può surrogarla nell'onere di allegazione, che, risolvendosi nella formulazione delle ipotesi di ricostruzione dei fatti funzionali alle pretese da far valere in giudizio, non può non essere riservato in via esclusiva a chi di quel diritto assuma di essere titolare" (Cass. n. 5952/2014; Cass., n. 15142/2003; Cass. n. 6943/2004).

La rituale allegazione del fatto costitutivo dell'eccezione, ovviamente, deve avvenire entro il limite temporale previsto dall'art. 167 c.p.c., "posto che ipotizzare l'allegabilità di fatti nuovi anche oltre tale termine per la sola ragione che la rilevanza dei loro effetti non si iscrive nel novero delle eccezioni riservate alla parte, significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni sul quale quel rito si fonda, ed in particolare la sua funzione di affidare alla fase degli atti introduttivi del giudizio la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie". Questi principi sono stati ripetutamente affermati anche da questa sezione, in particolare con la decisione pronunciata da Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2007, n. 14581, secondo cui le eccezioni rilevabili anche d'ufficio relative ad un diritto di carattere sostanziale (come appunto la nullità d'un contratto) hanno una rilevanza condizionata al rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio. Ne consegue che è vietato al giudice porre alla base della propria decisione fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, il che è quanto dire che il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte: allegazione che deve ovviamente essere anche tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il *thema decidendum* ed il *thema probandum*, ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice *ex art. 183 c.p.c.*

Nel caso di specie, non risulta da alcun atto, né è mai stato allegato dal ricorrente, che i fatti costitutivi dell'eccezione di nullità siano stati debitamente allegati vuoi con la comparsa di risposta, vuoi con le memorie di cui all'art. 183 c.p.c.

4.3. Con il terzo motivo, la Concordia S.p.A. deduce la “violazione dell’art. 360 c.p.c., nn. 4 e 5, in relazione agli artt. 1341, 1342 e 1469 *bis* c.c.”.

Sostiene la ricorrente che non è condivisibile la sentenza dei giudici della Corte territoriale là dove sostengono che la clausola numero 11 della polizza deve qualificarsi come perizia contrattuale in quanto si rimette ai periti la sola valutazione dell’ammontare del danno. Da ciò discende che non rientra tra quelle che per la loro efficacia devono essere approvate per iscritto.

Il motivo è fondato.

Tale affermazione è condivisibile perché deve considerarsi come vessatoria ogni clausola limitativa di un diritto, come quella prevista al n. 11 del contratto di assicurazione. Pertanto come tale doveva essere specificatamente sottoscritta.

La clausola compromissoria inserita nelle condizioni generali di un contratto di assicurazione che prevede un meccanismo di corresponsione dell’onorario degli arbitri (correlato al valore della causa, ma non in misura proporzionale) indipendente dall’esito della controversia, nel senso che ciascuna parte è tenuta al pagamento del compenso dell’arbitro da essa nominato e di metà di quello dovuto al terzo, a prescindere dalla circostanza che risulti vittoriosa o soccombente, è da considerarsi vessatoria, avuto riguardo alla causa e alle finalità del suddetto contratto, quando risulti limitativa del diritto dell’assicurato ad essere sollevato dalle conseguenze pregiudizievoli del sinistro, esponendolo (soprattutto nelle controversie di modesto valore) all’esborso di rilevanti somme per gli onorari degli arbitri, non proporzionate a quelle riconosciutegli a titolo di risarcimento dei danni dedotti, e dissuadendo quindi dal ricorrere all’arbitrato, con conseguente favore per i comportamenti dilatori dell’assicuratore e pregiudizio per il diritto di difesa dell’assicurato.

Del resto tale clausola viola anche l’art. 3 del Codice delle assicurazioni, quale norma generale sulla vigilanza del mercato assicurativo, a tutela della effettività dei diritti degli assicurati, in relazione all’art. 1882 c.c., che reca la causa del contratto di assicurazione, ossia la funzione indennitaria. Funzione che nel caso di specie, viene limitata o scoraggiata.

7. Il ricorso è fondato e deve essere accolto. Pertanto la Corte cassa e rinvia alla Corte di Appello di Venezia in diversa composizione.

### **Vessatorietà della clausola che prevede un meccanismo di corresponsione dell’onorario dei periti-arbitri indipendente dall’esito della controversia.**

1. La decisione oggetto della presente annotazione affronta il tema della vessatorietà della clausola inserita in condizioni generali di contratto che, oltre a deferire ad un collegio di esperti la determinazione del danno, contenga un meccanismo di corresponsione dell’onorario dei periti-arbitri, non solo, seppur correlato al valore della causa, a questo non proporzionale, ma anche tale da imputare, a prescindere dalla soccombenza, in

maniera paritaria ad entrambi i compromittenti le spese del procedimento <sup>(1)</sup>.

Al fine di una trattazione chiara ed esaustiva non può prescindersi dalla previa ricostruzione, ancorché per sommi capi, della vicenda giudiziale. Più in particolare, nel luglio del 2003 una società cooperativa conveniva in giudizio la propria compagnia di assicurazione per ottenere l'indennizzo del danno subito all'autovettura condotta in *leasing* a seguito di un violento nubifragio con intensa grandine, evento quest'ultimo oggetto di polizza intercorsa tra le parti.

Costituitasi in giudizio, la compagnia assicuratrice opponeva l'eccezione di patto per perizia contrattuale in virtù di clausola che, apposta alle condizioni generali del contratto di assicurazione, devolveva la determinazione del danno alla valutazione di un collegio di esperti.

L'eccezione, accolta dal giudice di prime cure, veniva confermata in grado di appello, sul presupposto che tale clausola, essendo una clausola per perizia contrattuale non rientrasse tra quelle che per la loro efficacia devono essere oggetto, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., di specifica approvazione per iscritto.

La Cassazione, investita della questione, puntando l'attenzione su di un diverso profilo, ribaltava la decisione dei giudici di merito, rilevando, invece, come la clausola contrattuale in parola dovesse essere annoverata tra le c.d. clausole vessatorie perché di fatto « *limitativa di un diritto* ». Ciò, in quanto trattasi di clausola non già mirante a devolvere ad un collegio di esperti la quantificazione del danno, bensì contenente un particolare « *meccanismo di corresponsione dell'onorario degli arbitri (correlato al valore della causa, ma non in misura proporzionale) indipendente dall'esito della controversia, nel senso che ciascuna parte è tenuta al pagamento del compenso dell'arbitro da essa nominato e di metà di quello dovuto al terzo, a prescindere dalla circostanza che risulti vittoriosa o soccombente* » <sup>(2)</sup>.

2. Sebbene non espressamente affrontato la S.C. appare anche nella decisione annotata confermare l'orientamento pressoché unanime in giu-

---

<sup>(1)</sup> In proposito si riscontra come unico precedente la recente sentenza di Cass., 10 aprile 2015, n. 7176, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, la quale — in ordine alla clausola contrattuale che poneva sull'assicurato, anche ove il lodo avesse confermato in pieno la congruità della sua richiesta, le spese relative al proprio arbitro ed il cinquanta per cento di quelle del Presidente del Collegio — ha statuito: « *in materia di assicurazione contro gli infortuni, la clausola contrattuale che subordini il diritto dell'assicurato di agire in giudizio al previo esperimento di una perizia contrattuale arbitrale sulla quantificazione dei danni, allorché comporti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto, deve ritenersi abusiva ai sensi degli artt. 1469-bis e ss. c.c. ("ratione temporis" vigenti)* ».

<sup>(2)</sup> Quelle tra virgolette sono parole della S.C. nella decisione annotata.

risprudenza in ordine alla mancata vessatorietà della clausola per perizia contrattuale <sup>(3)</sup>.

Senza in questa sede entrare nel vivo della questione relativa alla *natura* di tale istituto <sup>(4)</sup>, occorre non di meno sottolineare come il patto mediante il quale le parti di un contratto di assicurazione affidino ad un terzo l'incarico di esprimere un apprezzamento tecnico sull'entità delle conseguenze di un evento al quale è collegata la prestazione di un indennizzo <sup>(5)</sup>, impegnandosi a considerare tale apprezzamento come reciprocamente vincolante, sostanzialmente un qualcosa di diverso rispetto all'arbitrato nella sua forma tanto rituale che libera <sup>(6)</sup>.

Questo, pur appartenendo, infatti, alla giustizia privata, non mira alla risoluzione di una controversia giuridica, avendo, « *più limitatamente, lo scopo di giungere ad un accertamento di fatto vincolante per le parti e relativo ad un rapporto giuridico che si assume come preesistente* » <sup>(7)</sup>.

In altre e più precise parole, a differenza dell'arbitrato <sup>(8)</sup>, istituto con cui le parti mirano ad ottenere la risoluzione della lite nel suo complesso,

---

<sup>(3)</sup> In tal senso v.: Cass., 11 maggio 2011, n. 10332, in *Dir. Economia Assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2011, 3, 1167; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25643; Cass., 22 maggio 2007, in 11876, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 11, 2438; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2277, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., 18 dicembre 1999, n. 14302, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 2577. *Cfr.*, inoltre, nella giurisprudenza di merito: Trib. Trento, 16 maggio 2011, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 11, 2364; Trib. Isernia, 20 gennaio 2010, in *Giur. Merito*, 2010, 9, 2147; Trib. Rimini, 31 marzo 2004, in *Nuovo Dir.*, 2004, 517 con nt. URBINATI; Trib. Venezia, 19 febbraio 1992, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 1188, con nt. NARDELLI; Trib. Roma, 26 maggio 1987, in *Riv. Giur. Circol. Trasp.*, 1987, 845 e in *Assicurazioni*, 1988, II, 41, nonché in *Arch. Giur. Circol. e Sinistri*, 1988, 838, App. Palermo, 11 marzo 1983, in *Riv. Giur. Circol. Trasp.*, 1984, 258.

<sup>(4)</sup> La questione è affrontata in maniera analitica da BOVE, *La perizia contrattuale*, Torino, 2000, *passim*, nonché in Id., *La perizia contrattuale*, in GABRIELLI-LUIISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino, 2005, II, 1219 ss., a cui si rinvia.

<sup>(5)</sup> Tale è la fattispecie che ha dato origine alla decisione in commento.

<sup>(6)</sup> In tal senso v. la giurisprudenza citata in nota *supra*, nonché Cass., 22 ottobre 2002, n. 14909, in *Mass. Giust. Civ.*, 2002, 1836, secondo cui « *in tema di assicurazione contro i danni, qualora le parti affidino ad un terzo l'incarico di esprimere un apprezzamento tecnico sull'entità delle conseguenze di un evento al quale è collegata la prestazione dell'indennizzo, impegnandosi a considerare tale apprezzamento come reciprocamente vincolante ma escludendo — esplicitamente od implicitamente — dai poteri di detto terzo la soluzione delle questioni attinenti alla validità ed operatività della garanzia assicurativa, il relativo patto esula dall'ambito dell'arbitrato, rituale od irrituale, e configura un'ipotesi di c.d. "perizia contrattuale", che non interferisce sull'azione giudiziaria rivolta alla definizione delle indicate questioni* ». Altro è, poi, che, al fine di regolamentarne la disciplina, la dottrina sia solita ricondurre l'istituto all'arbitrato rituale, libero ovvero ad un arbitraggio ecc. In ordine alla qualificazione giuridica della perizia contrattuale v. per tutti BOVE, *La perizia contrattuale*, in GABRIELLI-LUIISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, cit., 1219 ss.

<sup>(7)</sup> Sono parole di BOVE, *La perizia contrattuale*, in GABRIELLI-LUIISO (a cura di), cit., 1220, il quale in nota riporta la massima di Cass., 21 maggio 1999, n. 4954, in *Foro Pad.*, 2001, I, 136, secondo cui la perizia contrattuale si sostanzierebbe, non già nella risoluzione di una controversia giuridica, quanto piuttosto nella formazione di un accertamento tecnico che le parti s'impegnano preventivamente ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva.

<sup>(8)</sup> Così è, sebbene trattasi di istituti completamente differenti quanto ad effetti che natura, tanto nel caso dell'arbitrato rituale che in quello dell'arbitrato libero.



con il ricorso alla perizia contrattuale i compromittenti non vogliono una statuizione vincolante sull'intero rapporto giuridico, ma solamente su di una questione di carattere tecnico a questo relativa <sup>(9)</sup>, con la conseguenza che l'oggetto dell'accertamento del terzo, lungi dal coincidere con la situazione giuridica soggettiva, è piuttosto limitato alla risoluzione di una mera questione.

È, pertanto, dall'oggetto di accertamento dei periti-arbitri che la giurisprudenza giunge ad affermare il principio per cui l'attività loro demandata non si pone in alternativa alla tutela giurisdizionale <sup>(10)</sup>: a differenza della convenzione di arbitrato <sup>(11)</sup>, tali clausole non potrebbero

---

<sup>(9)</sup> Nel caso della perizia contrattuale i criteri di valutazione utilizzati non sono criteri giuridici, bensì tecnici o pre-giuridici, ovvero, massime di esperienza che appartengono al patrimonio non giuridico e che, proprio per la loro particolare tecnicità, sono meglio conosciute da esperti di un determinato settore.

<sup>(10)</sup> Nonostante questa non sia la sede per approfondire l'antichissimo istituto della perizia contrattuale, occorre, tuttavia, evidenziare come la fattispecie oggetto della decisione annotata ne costituisca solo una delle diverse ipotesi. Alla perizia contrattuale si è, infatti, soliti riportare ben quattro casi tipici. Il primo attiene all'ipotesi in cui le parti di un contratto a prestazioni corrispettive demandino ad un terzo il compito di accertare se una certa prestazione, posta in essere da una delle medesime parti, sia o meno conforme a quella pattuita e ciò a prescindere dalle conseguenze giuridiche che ne derivino. Si pensi, ad esempio, al caso in cui nel contratto di compravendita di una data merce i contraenti abbiano demandato ad un terzo il compito di stabilire se la merce abbia o meno qualità corrispondenti a quelle pattuite (c.d. *arbitrato di qualità*). La seconda fattispecie è, invece, riscontrabile ove, come nel caso di specie, le parti attribuiscono ad un terzo il compito di accertare l'ammontare del danno causato da un dato evento o il nesso causale intercorrente tra un certo comportamento ed un fatto dannoso. La terza ipotesi si verifica quando al terzo venga affidato il compito di accertare se un dato comportamento costituisca o meno la violazione di una legge come, ad esempio, il caso in cui una certa attività sia o meno qualificabile come concorrenza sleale. Infine, il quarto caso di perizia contrattuale è riconducibile alle c.d. *clausole di adeguamento* proprie dei rapporti contrattuali di durata. La fattispecie è quella del contratto a prestazioni corrispettive di durata quando si verifichi un mutamento delle circostanze tale da alterare in modo significativo l'equilibrio tra le prestazioni. In tal caso, onde evitare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., si affida ad un terzo il compito sia di accertare le circostanze che di trovare il nuovo punto di equilibrio tra le prestazioni corrispettive.

<sup>(11)</sup> Invero, più specificamente, se — a detta della giurisprudenza — nulle sarebbero le clausole arbitrali rituali che, inserite in un modulo a stampa, manchino della specifica approvazione per iscritto, tale principio non sarebbe, invece, riferibile anche alle clausole per arbitrato irrituale, per la cui validità non occorrerebbe, invece, la doppia sottoscrizione (così, tra più, Cass., 4 novembre 2004, n. 21139, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 1, secondo cui: « deve [...] escludersi la necessità della specifica approvazione per iscritto ove [...] la clausola compromissoria sia istitutiva di arbitrato irrituale, difettando in tale caso il carattere compromissorio o comunque derogabile della competenza dell'autorità giurisdizionale »). Tale distinzione, offerta dalla giurisprudenza, ha incontrato, però, non poche resistenze nella dottrina (V. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 209; RUFFINI, *Clausola compromissoria irrituale che riservi ad organi di giustizia interna la composizione in via definitiva delle controversie sorte all'interno di un gruppo associativo e tutela ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. Merito*, 1986, 16; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2013, 243 e s.) che ha, invece, optato per l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. anche alla clausola compromissoria per arbitrato libero. Ciò non solo perché in tal senso militerebbe il generico dato testuale di cui all'art. 1341 c.c., riferibile a qualsiasi forma di arbitrato, ma anche il combinato disposto dell'art. 3 e dell'allegato q) della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 che, sebbene non riprodotto né nell'ormai abrogato art. 1469-bis c.c. che nel nuovo art. 33 del Cod. Consumo (D.Lgs. n. 206/2005), opera un meccanismo di presunzione di abusività per le sole clausole che impongono al consumatore

essere annoverate tra le « *clausole compromissorie o di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria* » per la cui validità l'art. 1341, comma 2, c.c. richiede apposita sottoscrizione <sup>(12)</sup>.

Sebbene i giudici di legittimità non ritengano di per sé vessatoria la clausola per perizia contrattuale, tale valutano, invece, l'ulteriore previsione in questa contenuta relativa alla ripartizione delle spese del procedimento, che — come indicato — prevede, invece, un meccanismo di corresponsione dell'onorario dei periti-arbitri, non solo non proporzionale al valore della controversia, ma anche tale da imputare, a prescindere dalla soccombenza, in maniera paritaria ad entrambe le parti i costi del procedimento <sup>(13)</sup>.

Invero, prima di valutare la bontà della ricostruzione offerta dalla S.C. occorre, più in generale, considerare la questione relativa all'imputazione delle spese necessarie al funzionamento del procedimento arbitrale. E, infatti, le soluzioni all'uopo proposte dalla prassi applicativa non potranno che trovare attuazione anche nel caso di specie <sup>(14)</sup>.

---

di rivolgersi a « *una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche* », ovvero ad un arbitrato di tipo irrituale. Tale è, infatti, l'interpretazione maggiormente seguita in giurisprudenza (cfr.: Trib. Roma, 8 maggio 1998, in *Giur. It.*, 1999, I, 265 ss., con nt. D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria e arbitrato irrituale e azione inibitoria nei confronti dei consumatori*; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, 441 s., con nt. SCARPELLO, *Clausole abusive nei contratti di assicurazione del consumatore*, e in *Giur. It.*, 2001, 743 ss., con nt. ZUCCARO, *Riflessioni in tema di tutela del consumatore e clausole abusive*). Sul significato da attribuire all'espressione « *giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche* » v.: GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 555, spec. 560; PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli 1992, 136. A tali Autori è, invero, sembrato che la nuova dizione legislativa invertisse i termini della questione già posti dall'art. 1341 c.c. nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza: la clausola compromissoria rituale, obbligando ad una procedura espressamente disciplinata dalla legge, sarebbe efficace senza la necessità di provarne la specifica contrattazione, mentre la clausola compromissoria libera, introducendo un procedimento non disciplinato da disposizioni giuridiche, sarebbe, fino a prova contraria, vessatoria.

<sup>(12)</sup> Più in particolare, in relazione alle clausole arbitrali rituali, considerate vessatorie in ragione della deroga, in esse disposta, rispetto alla competenza del giudice ordinario v., per tutti, Cass., 15 febbraio 1995, n. 1606, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 343 secondo cui « *la mancanza della specifica approvazione per iscritto di una clausola compromissoria, richiesta dall'art. 1341, comma 2, c.c., determina la nullità assoluta della clausola stessa, che è rilevabile d'ufficio e può essere fatta valere anche dal predisponente* ».

<sup>(13)</sup> Non essendo tale clausola stata oggetto di specifica approvazione scritta, la Cassazione nell'annotata decisione ne dichiara la nullità per il vizio di forma di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.

<sup>(14)</sup> Come indicato, infatti, ancorché la perizia contrattuale a causa del particolare oggetto del suo accertamento si differenzi dall'arbitrato in senso tecnico, chiaro appare come a questa, essendo una forma di giustizia privata, comunque non possano — almeno per quel che in questa sede rileva — che trovare applicazione i principi propri del processo arbitrale. Se, infatti, la possibilità di applicare anche alla perizia contrattuale le norme del codice di rito, dipende dalla qualificazione dell'istituto in termini di arbitrato rituale (cfr. l'ampia disquisizione della dottrina in BOVE, *La perizia contrattuale*, cit., 1227 ss.), tuttavia, la questione relativa alla ripartizione delle spese del procedimento ha una valenza di carattere generale e trova applicazione ad ogni forma di giustizia privata.

3. Innanzitutto sembra a chi scrive particolarmente importante evidenziare come nel processo arbitrale — a differenza del giudizio statale — manchi una disposizione generale relativa alla ripartizione delle spese del procedimento.

Nel processo instaurato di fronte al giudice statale vige, invero, il principio contenuto nell'art. 91, comma 1, c.p.c. secondo cui « *il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari della difesa* ».

Tale norma, da collocarsi nel più ampio quadro della garanzia costituzionale del diritto di azione, prevedendo la condanna del soccombente alle spese processuali <sup>(15)</sup>, trova il suo fondamento non già nel principio del *neminem laedere* <sup>(16)</sup>, quanto piuttosto in quello secondo cui il processo non deve recare danno alla parte che ha ragione <sup>(17)</sup>, nel particolare senso che tanto chi ha dovuto ricorrere alla tutela giurisdizionale che chi si è dovuto difendere in giudizio non deve essere gravato dalle spese necessarie al suo funzionamento, spese tra cui devono, indubbiamente, essere compresi anche i costi della difesa tecnica <sup>(18)</sup>.

Peraltro, un tale diritto della parte vincitrice è accessorio ad ogni domanda giudiziale: su di esso il giudice decide — salvo il caso di rinuncia — anche in assenza di espressa richiesta di parte <sup>(19)</sup>. Conseguentemente, là dove il giudice ometta di pronunciarsi sulle spese del processo, l'interessato, al fine di evitare che si formi un giudizio negativo sul diritto al

---

<sup>(15)</sup> Salva la possibilità che il giudice, ex art. 92, comma 2, c.p.c., disponga, in presenza di giusti motivi « *esplicitamente indicati nella motivazione* », la compensazione, parziale o totale, tra le parti delle spese di giustizia.

<sup>(16)</sup> In tal senso LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2013, 430 ss.

<sup>(17)</sup> In altre e più precise parole, il principio secondo cui le spese del processo devono gravare sulla parte soccombente è un principio cardine del processo civile a cui corrisponde il diritto della parte vincitrice di non subire alcun nocumento dal processo e, conseguentemente, il diritto di essere esonerata dal carico di ogni spesa occasionata dal processo e ritenuta necessaria dal giudice. Il giudice, nel determinare l'ammontare delle spese e dell'onorario, liquiderà solo le spese di difesa sostenute della parte vincitrice che ritiene necessarie e congrue, escludendo, ex art. 92 c.p.c., la ripetizione di quelle che ritiene « *eccessive o superflue* ».

<sup>(18)</sup> Salvo controversie instaurate di fronte al giudice di pace di valore non superiore ad € 516,46 (art. 82, comma 1, c.p.c.) nonché quelle proposte innanzi al Tribunale in funzione di giudice del lavoro di valore non eccede la somma di € 129,11 (art. 417, comma 1, c.p.c.), nel processo ordinario si ha l'obbligatorietà delle difese tecniche.

<sup>(19)</sup> Cass., 29 settembre 2006, n. 21244, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 9, secondo cui « *la condanna al pagamento delle spese del giudizio, in quanto consequenziale ed accessoria, può essere legittimamente emessa dal giudice a carico del soccombente anche d'ufficio, in mancanza di una esplicita richiesta dalla parte che risulti vittoriosa, sempre che la stessa non abbia manifestato espressa volontà contraria, e financo quando il giudice debba dichiarare cessata la materia del contendere, dovendosi in tal caso delibare il fondamento della domanda per decidere sulle spese, secondo il principio della soccombenza virtuale* ». Conformi: Cass., 10 giugno 1997, n. 5174, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 953; Cass., 6 novembre 1993, n. 10994, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, fasc. 11.

rimborso, dovrà lamentarne in sede d'impugnazione l'omissione di pronuncia<sup>(20)</sup>.

Una regolamentazione in tal senso manca invece nel procedimento arbitrale. Ciò nonostante l'assenza di un'astratta incompatibilità, dal momento che ordinamenti diversi dal nostro predispongono, anche in relazione a tale procedimento, una regolamentazione normativa analoga all'art. 91, comma 1, c.p.c. Il riferimento è, in particolare, al codice di rito tedesco che al primo comma del § 1057 della ZPO elimina ogni dubbio in merito al potere degli arbitri di decidere sulla ripartizione delle spese del giudizio, prevedendo espressamente che ove « *le parti non hanno disposto diversamente, il collegio arbitrale deve decidere nel lodo in quale proporzione le spese del procedimento, incluse le spese legali sostenute dai compromittenti e ritenute necessarie, devono essere ripartite. A tal fine il collegio decide discrezionalmente considerando le circostanze del singolo caso e in particolare l'esito della lite* »<sup>(21)</sup>.

4. L'assenza nel nostro ordinamento di un'espressa disposizione di legge in tal senso ha consentito, pertanto, il formarsi di opposte soluzioni per il caso in cui le parti nulla in proposito abbiano previsto. Ove siano, infatti, i compromittenti ad attribuire espressamente<sup>(22)</sup> agli arbitri il compito di determinare il carico delle spese del procedimento, ivi compresi i costi per la difesa tecnica, non sorgono problemi di sorta: gli arbitri, chiamati a statuire sul diritto al rimborso della parte vincitrice di tutte le spese, indubbiamente vi provvederanno nel lodo<sup>(23)</sup>.

Ma cosa accade, invece, se le parti nulla dispongano in ordine all'im-

---

<sup>(20)</sup> In tal senso Cass., 13 giugno 1994, n. 5720, in *Rass. Locaz. Condom.*, 1995, 24, con nt. MIRENDA.

<sup>(21)</sup> La norma intitolata *Entscheidung über die Kosten (decisione sui costi)* dispone: « (1) *ISofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, hat das Schiedsgericht in einem Schiedsspruch darüber zu entscheiden, zu welchem Anteil die Parteien die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens einschließlich der den Parteien erwachsenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu tragen haben. 2Hierbei entscheidet das Schiedsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Ausgangs des Verfahrens.* (2) *ISoweit die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens feststehen, hat das Schiedsgericht auch darüber zu entscheiden, in welcher Höhe die Parteien diese zu tragen haben. 2Ist die Festsetzung der Kosten unterblieben oder erst nach Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens möglich, wird hierüber in einem gesonderten Schiedsspruch entschieden* ».

<sup>(22)</sup> Le parti possono conferire il potere in parola nello stesso patto compromissorio espressamente ovvero implicitamente attraverso il rinvio alle norme del codice di rito o di un Regolamento camerale. È, inoltre, possibile che il conferimento agli arbitri del potere di decidere sulla ripartizione delle spese avvenga in un secondo momento in seguito all'ampliamento dell'oggetto del processo che si verifica, in corso di causa, per comportamenti concludenti, qualora, a fronte della domanda dell'attore di ottenere il rimborso delle spese, il convenuto, non solo non si opponga, ma, a sua volta, domandi la condanna alle spese della controparte.

<sup>(23)</sup> Secondo Cass., 20 febbraio 2004, n. 3383, in *Dir. e Giur.*, 2004, 21, anche al processo arbitrale si applicherebbero i principi offerti dalla giurisprudenza in tema di regolamento delle

putazione delle spese? Quale, in tal caso, deve essere il comportamento degli arbitri? Questi devono, alla stregua del giudice ordinario — nonostante l'assenza di un'espressa richiesta — decidere, unitamente al merito della controversia anche la ripartizione dei costi del procedimento? O, viceversa, così facendo, pronunciano un lodo viziato da *ultra petitione*? (24)

Secondo una certa dottrina (25), anche in assenza di un qualsivoglia accordo delle parti, gli arbitri sarebbero, comunque, tenuti a liquidare le spese dell'arbitrato. Ciò sarebbe possibile in virtù dell'operatività anche nel procedimento arbitrale dei « *principi sanciti negli artt. 91 e ss. c.p.c.* ». In altri termini, secondo tale impostazione l'art. 91 c.p.c. avrebbe una portata precettiva generale, riferibile anche al procedimento arbitrale, in quanto norma inserita nel libro primo del codice di procedura civile. Insomma, da detta norma si potrebbe ricavare il principio generale, legato a ragioni di carattere processuale, secondo cui l'imputazione delle spese deve seguire, anche nel processo instaurato di fronte ai giudici privati, la soccombenza, con la conseguenza che ad attribuire agli arbitri, in relazione alla ripartizione delle spese del procedimento, il potere di decidere sarebbero argomenti di carattere esegetico (26).

Nell'esperienza pratica si è, tuttavia, affermata — come dimostra anche la clausola oggetto della presente annotazione che la recepisce *in toto* — una diversa prassi (27) che, partendo dall'idea secondo cui al giudizio arbitrale non possano trovare applicazione i principi del processo statale, non serba alcuna tutela al diritto del vincitore a rimanere esonerato dalle spese processuali. Tale prassi prevede, infatti, in mancanza di accordo, che ciascun compromittente debba farsi carico dei propri costi e

---

spese nel processo ordinario ogniqualevolta le parti abbiano concordato per l'applicazione delle regole processuali civili.

(24) Il dubbio essenzialmente nasce in relazione agli arbitrati *ad hoc*, dal momento che per quelli amministrati la ripartizione delle spese del procedimento è per lo più prevista nei Regolamenti camerati.

(25) ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1964, 817 e s.

(26) L'idea fin qui prospettata è sostenibile tanto in relazione alla ripartizione, tra le parti, dei costi necessari al funzionamento dell'arbitrato che in relazione alle spese per la difesa tecnica. Se, infatti, nel processo privato, a differenza del giudizio statale, l'art. 816-bis, comma 1, parte 3, c.p.c. consente alle parti di scegliere se farsi difendere, o meno, da un avvocato, nella maggior parte dei casi, però, la scelta della difesa tecnica è necessaria per il buon esito della causa. Non riconoscere, pertanto, anche in tale caso alla parte vincitrice il diritto di rimanere esonerata dal pagamento degli onorari del suo difensore contrasterebbe con il principio di effettività della garanzia costituzionale del diritto di azione. Semmai, qui, all'arbitro, come al giudice ordinario, dovrà riconoscersi il potere di non liquidare, alla parte vincitrice, le spese che, nel caso concreto, siano ritenute eccessive e/o superflue.

(27) Questa trova fondamento nell'art. 1298 c.c. che, nel regolare i rapporti interni tra condebitori e concrittori solidali, espressamente, dispone che « *nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi. Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente* ».

della metà di quelli relativi al funzionamento dell'arbitrato, ovvero, della metà dei costi da sostenere per il pagamento di compensi e spese di arbitri, segretari e consulenti tecnici <sup>(28)</sup>.

5. È per l'appunto una tale previsione ad essere al centro dell'annotata decisione.

Segnatamente, nel caso di specie, la S.C. dichiara la vessatorietà della clausola per perizia contrattuale contenente una tale previsione in ordine alla ripartizione delle spese del procedimento in quanto, avuto riguardo alla causa e alle finalità dello stesso contratto, di fatto, limitativa del « *diritto dell'assicurato ad essere sollevato dalle conseguenze pregiudizievoli del sinistro, esponendolo (soprattutto nelle controversie di modesto valore) all'esborso di rilevanti somme per gli onorari degli arbitri, non proporzionate a quelle riconosciutegli a titolo di risarcimento dei danni dedotti* » <sup>(29)</sup>. In altri e più precisi termini, a detta della Cassazione, una tale previsione si concretizzerebbe in un vero e proprio impedimento del diritto di azione tale da decretare in mancanza del requisito formale richiesto all'art. 1341, comma 2, c.c. <sup>(30)</sup> l'invalidità della stessa clausola per perizia contrattuale.

Invero, più in generale, se la ripartizione, a prescindere dalla soccombenza, delle spese del giudizio arbitrale non sembra di per sé capace di creare, in ogni caso, una situazione tale da limitare o, comunque, squilibrare significativamente i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto, tuttavia tale situazione può, di fatto, verificarsi in casi, quali quello in esame, in cui la previsione del pagamento di ingenti spese procedurali da sostenere, anche in presenza di un lieve danno, sostanziano un ostacolo, se non un vero e proprio impedimento, alla domanda d'indennizzo.

Tuttavia, sebbene l'inclusione tra le clausole vessatorie avrebbe reso, garantendone lo stesso diritto di azione, l'utente del servizio assicurativo maggiormente attento all'importanza di una tale disposizione contrattuale, chi scrive è dell'idea che la soluzione offerta dalla Cassazione non possa, nel caso in esame, essere accolta: questa è osteggiata dall'ormai consolidato principio di tassatività dell'elencazione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c.

---

<sup>(28)</sup> Secondo Cass., 3 dicembre 1984, n. 6293, in *Giur. it. Mass.*, 1984, dunque, la mancata statuizione in merito all'imputazione delle spese del giudizio arbitrale non incide in alcun modo sulla validità del lodo ai sensi dell'art. 829, n. 4, c.p.c.

<sup>(29)</sup> La Corte di Cassazione nella decisione in commento continua sostenendo che ciò avrebbe l'effetto di dissuadere dal ricorrere all'arbitrato « *con conseguente favore per i comportamenti dilatori dell'assicuratore e pregiudizio per il diritto di difesa dell'assicurato* ».

<sup>(30)</sup> Segnatamente nell'annotata decisione si legge: « *del resto tale clausola viola anche l'art. 3 del Codice delle assicurazioni, quale norma generale sulla vigilanza del mercato assicurativo, a tutela della effettività dei diritti degli assicurati, in relazione all'art. 1882 c.c. che reca la causa del contratto di assicurazione, ossia la funzione indennitaria. Funzione che nel caso di specie, viene limitata o scoraggiata* ».

Ma cerchiamo di spiegare meglio. Se il rigore con cui la legge garantisce l'effettiva sussistenza di una volontà contrattuale in chi accede a condizioni generali di contratto, a moduli o formulari unilateralmente predisposti, che si estrinseca nell'aver preteso, per la validità delle clausole vessatorie, la specifica approvazione scritta<sup>(31)</sup> ha il principale scopo di convogliare l'attenzione dell'aderente sull'importanza della disposizione contrattuale, tuttavia il carattere tassativo dell'art. 1341, comma 2, c.c. — ormai unanimemente accolto dalla giurisprudenza — ne limita l'applicazione alle ipotesi esplicitamente previste dalla legge alle quali appare, però, indubbiamente estraneo il caso in esame<sup>(32)</sup>.

Il discorso sarebbe, invece, completamente diverso e la soluzione offerta dalla Cassazione apprezzabile per coerenza e garanzia ove parte del contratto fosse, non già un professionista-imprenditore, quanto piuttosto un *consumatore*, soggetto in relazione a cui gli artt. 1341 e s. c.c. non trovano applicazione.

6. Grazie alla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 è, infatti, riscontrabile nel nostro ordinamento un doppio regime a seconda che si tratti di contratti che abbiano come parte un consumatore o, viceversa, imprese e professionisti. Mentre, in tale ultima ipotesi la disciplina delle clausole contenute in condizioni generali di contratto, moduli o formulari offre la garanzia di tipo formale di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.<sup>(33)</sup>, nel primo caso, viceversa, tanto gli ormai abrogati artt. 1469-*bis* e ss. c.c. che i nuovi artt. 33 e ss. del Cod. Consumo (D.Lgs. n. 206/2005) predispongono una ben più pregnante ed incisiva tutela di tipo sostanziale attraverso l'inopponibilità al consumatore delle c.d. clausole abusive. Non è né sufficiente né necessaria per la validità delle clausole abusive contenute nei contratti di cui è parte un consumatore la specifica sottoscrizione, occorrendo la prova — rigorosamente a carico del professionista — che le singole clausole siano non solo oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4 del citato codice) ma anche, ogni caso, tali da escludere « *un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* ».

Inoltre, a differenza dell'elencazione tassativa e d'impossibile estensione analogica di cui all'art. 1341 c.c., come l'inclusione di una clausola

---

<sup>(31)</sup> *Contra*, BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, cit., 428-429, secondo cui la specifica approvazione della clausola rappresenterebbe solamente un indice della volontà di compromettere in arbitri, surrogabile, nel caso concreto, dalla prova di una specifica trattativa.

<sup>(32)</sup> Cfr. a titolo esemplificativo: Cass., 29 maggio 2014, n. 12044, in *Diritto & Giustizia*, 2014 (30 maggio), con nt. VILLA; Cass., 26 aprile 2006, n. 2646, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006, 10, 843; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, 186; Cass., 9 luglio 2009, n. 16124, in *Guida al Diritto*, 2009, 37, 31.

<sup>(33)</sup> Come indicato la disciplina in parola continua a prevedere quale requisito di validità, a prescindere da ogni valutazione in merito all'effettività nel caso concreto di uno squilibrio contrattuale delle parti, la doppia sottoscrizione.

nell'elenco di cui all'art. 33 Cod. Consumo non comporta di per sé l'automatica abusività, essendo sempre ammessa prova contraria<sup>(34)</sup>, ugualmente questo non è tassativo. È, infatti, possibile, nel caso concreto, decretare l'abusività di clausole in esso non inserite che, di fatto, producano un effettivo e significativo « *squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* ».

Più in particolare, la clausola contenente l'obbligo di procedere a perizia contrattuale per la quantificazione di un indennizzo così come formulata nel caso in esame, ove inserita in un contratto di cui è parte un consumatore si ritiene avrebbe potuto configurare una clausola abusiva<sup>(35)</sup>.

Sebbene l'art. 33, comma 1, Cod. Consumo sembri, infatti, riferirsi al solo squilibrio di carattere giuridico<sup>(36)</sup> tra i contraenti, — come recentemente affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità<sup>(37)</sup> — ove l'unico oggetto della controversia sia la quantificazione di un danno, anche l'ingiustificata attribuzione all'aderente ad un contratto di assicurazione di aggiuntivi oneri appare integrare una disparità di trattamento rilevante sul piano giuridico, rivestendo un peso oggettivamente diverso per l'assicurato-creditore e l'assicurazione-debitore<sup>(38)</sup>. I costi della perizia contrattuale sono, invero, indubbiamente meno gravosi per l'impresa assicuratrice, « *la quale si trova quotidianamente a gestire una molteplicità di controversie dello stesso genere, con le conseguenti economie di scala e con l'implicito vantaggio inerente alla conoscenza dell'ambiente, del personale e dei potenziali arbitri* »<sup>(39)</sup>, di quanto non lo siano per il singolo assicurato, privo non solo di ogni influenza, ma anche di specifica esperienza sul campo.

Se è, dunque, sottratta al giudizio di abusività la clausola arbitrale peritale che preveda un procedimento completamente gratuito per l'assicurato vittorioso, viceversa, quando contenga, anche in presenza di un lodo che confermi *in toto* la congruità della sua richiesta, la concorrenza dell'assicurato-consumatore al cinquanta per cento alle spese del procedimento, la stessa non potrebbe che apparire abusiva, dal momento che anche nel caso di vittoria l'indennizzo assicurativo sarebbe decurtato degli

---

<sup>(34)</sup> Ciò salvo quanto disposto dall'art. 36, comma 2, Cod. Consumo in cui sono contenute le clausole c.d. assolutamente vessatorie ovvero nulle anche se oggetto di trattativa individuale.

<sup>(35)</sup> In tal caso, infatti, i principi di cui al comma 2, lett. *t*) potrebbero essere interpretati alla luce del principio dello stesso art. 33, comma 1, Cod. Consumo, in quanto clausola da cui deriva « *un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* ».

<sup>(36)</sup> In altre parole, in quest'ambito non rientrerebbe il possibile squilibrio di carattere economico tra i contraenti.

<sup>(37)</sup> Cfr. Cass., 10 aprile 2015, n. 7176, cit.

<sup>(38)</sup> In tal senso v. Cass., 10 aprile 2015, n. 7176, cit.

<sup>(39)</sup> Sono parola di Cass., 10 aprile 2015, n. 7176, cit.



oneri e delle spese della procedura, creando « *un significativo squilibrio in danno agli interessi del consumatore* ».

7. Infine, a prescindere dalla questione affrontata nella presente nota, prima di concludere ci siano ancora concessi alcuni brevi rilievi circa la possibilità di applicare anche alla liquidazione dei costi della perizia contrattuale il principio della globalità del giudizio sulle spese, secondo cui l'imputazione dei costi del procedimento deve avvenire con riferimento all'esito finale della lite, indipendentemente dalla sorte dei vari gradi di giudizio e delle fasi incidentali eventualmente apertesi nel suo corso.

Più nel dettaglio, il principio della globalità del giudizio sulle spese comporta che, ai fini della loro imputazione, il criterio d'individuazione della soccombenza deve essere unitario e globale e riferirsi all'intero processo e all'esito finale della lite, non anche alle singole fasi del procedimento, in relazione a cui l'eventuale liquidazione delle spese di procedura sembra assumere carattere meramente provvisorio <sup>(40)</sup>.

La questione avente portata generale sembra a chi scrive, in effetti, porsi anche per la perizia contrattuale che, risolvendo solo una questione di carattere tecnico, non statuisce in via definitiva sull'intera situazione giuridica sostanziale di competenza, invece, del giudice statale <sup>(41)</sup>. E,

---

<sup>(40)</sup> In altre parole l'unitarietà e la globalità del giudizio sulle spese del procedimento comporta che, in relazione all'esito finale della lite, il giudice deve individuare quale sia la parte soccombente e quella, per converso, vincitrice. Cfr. Cass., 23 agosto 2011, n. 17523, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, 1244; Cass., 16 giugno 2008, n. 15483, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 6, 922; Cass., 16 maggio 2006, n. 11491, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 5; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1082, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 1. In dottrina, sul principio di globalità del giudizio sulle spese v. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., 433 e s.

<sup>(41)</sup> Il principio in parola trova piena applicazione nel procedimento cautelare e, in particolare, nel rapporto venutosi a creare, successivamente alla novella del codice di rito del 2006, tra la liquidazione delle spese effettuata in sede di provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare anticipatoria proposta *ante causam* e la liquidazione definitiva delle spese del giudizio nell'eventuale sede di merito. Se, infatti, anteriormente al 2006, il rigetto dell'istanza cautelare, *ex* l'art. 669-*septies*, comma 2, c.p.c., imponeva la definitiva statuizione sulle spese della relativa fase, ciò — stante la rigida strumentalità del procedimento cautelare alla tutela dichiarativa — non avveniva, invece, per il caso di un suo accoglimento. La situazione cambia, tuttavia, con la riforma del procedimento cautelare uniforme (anche se la relativa disposizione, ovvero l'art. 669-*octies*, comma 8, c.p.c., viene introdotta solo in un secondo momento con la successiva novella al codice di rito del 2009), che, incidendo profondamente, allentandola, sulla strumentalità del procedimento cautelare anticipatorio rispetto alla tutela di merito, impone la necessità di liquidare, già all'esito del procedimento cautelare *ante causam*, le spese della relativa fase di giudizio. In altre parole, se l'idea di fondo resta sempre quella della strumentalità, diretta a garantirne l'effettività, della tutela cautelare al processo dichiarativo, tuttavia, a fronte di un'ordinanza cautelare a contenuto anticipatorio l'ordinamento non impone più, a pena d'inefficacia, l'instaurazione del processo di merito, ammettendo che il provvedimento cautelare, pur carente del requisito della definitività, resti in vita da sé. Dall'allentamento della strumentalità ovvero dalla possibilità che alla fase cautelare non segua quella di merito — per quel che in questa sede rileva — consegue la necessaria liquidazione delle spese del procedimento cautelare anticipatorio instaurato *ante causam* (art. 669-*octies*, comma 8, c.p.c.). Se l'attenuazione del carattere della strumentalità comporta, dunque, la possibile indipendenza della tutela cautelare anticipatoria dalla tutela cognitiva, tuttavia, questa, ove al processo di

infatti, se normalmente la risoluzione della questione oggetto della perizia contrattuale pone fine alla materia del contendere, può, però, anche accadere che le parti adiscano il giudice ordinario per ottenere la definitiva statuizione sull'intera situazione giuridica soggettiva. È in questa sede che a chi scrive sembra che il giudice debba applicare il principio della globalità del giudizio sulle spese.

Insomma, tale principio riferito alla perizia contrattuale comporta che, se a questa non segue alcuna controversia di fronte al giudice statale, la statuizione sulle spese effettuata in tale sede diventerà definitiva. Viceversa, ove alla perizia segua un processo ordinario avente ad oggetto la situazione giuridica sostanziale considerata nel suo complesso, è all'esito di questo che le spese dell'intero procedimento, di cui la perizia contrattuale rappresenta solo una fase, dovranno essere liquidate. Versandosi questa volta nell'ambito del processo statale, la liquidazione verrà indubbiamente effettuata ai sensi dell'art. 91 c.p.c. con la conseguenza che le spese dell'intero procedimento dovranno essere poste a carico della parte che in relazione al diritto sostanziale sia rimasta soccombente.

La diversa soluzione che vedesse la condanna alle spese della perizia, anche nel caso in cui a questa segua il processo di merito, come definitiva, oltre a contrastare con il principio di globalità del giudizio sulle spese, porterebbe, infatti, anche all'assurda conclusione di rendere la soccombenza sul diritto soggettivo di per sé inidonea a caducare la condanna alle spese del procedimento per perizia contrattuale <sup>(42)</sup>.

FRANCESCA TIZI

---

merito sia dato corso, si riassumerà necessariamente in quella. Conseguentemente in tale sede il giudice del merito in considerazione dell'unitarietà del giudizio e della soccombenza potrà procedere ad una liquidazione globale delle spese dell'intero procedimento.

<sup>(42)</sup> In tal senso anche se in riferimento al rapporto tra la liquidazione cautelare e di merito delle spese v. LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2013, 218.



CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza 16 novembre 2015, n. 23402; FORTE Pres.; GENOVESE Est.; Artcoop s.c.a.r.l. c. M.E. ed F.

**Arbitrato - Principio del contraddittorio - Chiusura della trattazione senza discussione o fissazione di termine per comparse conclusionali - Nullità - Esclusione.**

*In tema di contraddittorio nell'ambito del giudizio arbitrale, va affermato il principio secondo cui, in mancanza di determinazione delle regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, con l'unico limite di garantirne la funzionalità e assicurare il rispetto del principio del contraddittorio che, per quanto si riferisca essenzialmente al momento della chiusura della trattazione del giudizio, può essere derogato ove in tal senso sia concorde la volontà successiva delle parti (principio affermato in relazione ad un caso in cui le parti avevano concordato con l'arbitro l'andamento della procedura, la quale: a) si era snodata per più udienze istruttorie; b) aveva visto le parti depositare anche le memorie, senza che le stesse avessero formulato una richiesta di discussione o di fissazione di un termine per il deposito delle conclusionali, accettando che il procedimento "passasse in decisione" nell'udienza in cui era stato fissato (e venne effettivamente svolto) il sopralluogo, alla presenza dei difensori tecnici di ciascuna parte).*

CENNI DI FATTO. — 1. La Corte d'Appello di Venezia respinge l'impugnazione di nullità del lodo arbitrale, proposta avverso il lodo pronunciato, in materia di appalto, da arbitro unico nominato: a) riguardo alla violazione del principio del contraddittorio, in quanto avendo le parti concordato l'andamento della procedura, snodate per più udienze istruttorie e, non avendo formulato richieste di discussione o di termine per memorie conclusionali, esse avrebbero accettato la conclusione del procedimento con l'udienza nella quale, presenti i difensori tecnici delle parti, venne svolto il sopralluogo; b) in riferimento alla asserita contraddittorietà della motivazione, relativa alla percentuale di lavori eseguiti ed alla corrispondente somma riconosciuta rispetto al valore di tutte le opere, atteso che la percentuale di quanto realizzato costituirebbe solo una inconfidente notazione, al massimo approssimativa. Avverso tale pronuncia è proposto ricorso per cassazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con il primo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione degli artt. 816 e 829, 1 co., n. 9, c.p.c., nella parte in cui impongono all'arbitro di garantire il rispetto del principio del contraddittorio, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.) la ricorrente denuncia il fatto che la Corte territoriale avrebbe deciso la questione di diritto in modo difforme dalla giurisprudenza della SC, come espressa, ad es., nella sentenza n. 20828 del 2004, riguardante un caso analogo di "mancata concessione di un termine, dopo l'istruttoria, per formulare le conclusioni o per la discussione".

2. Con il secondo (violazione e falsa applicazione dell'art. 829, 1 co., n. 4, c.p.c., nella parte in cui non ha ravvisato "disposizione contraddittorie" nel lodo impugnato, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.) la ricorrente lamenta la contraddit-

torietà esistente nella motivazione del lodo, tra l'entità dei lavori effettuati dalla Cooperativa, come stimati dall'arbitro (65% del valore complessivo dell'opera, pari a Euro 700.000,00), e quanto poi riconosciuto come valore delle opere realizzate (pari ad Euro 308.900,00 che non corrisponderebbero al 65% sopra menzionato).

3. I resistenti hanno eccepito l'inammissibilità dei due mezzi.

4. Il primo mezzo è inammissibile.

4.1. Infatti, il motivo non coglie affatto la *ratio decidendi* contenuta nella sentenza della Corte territoriale, che ha respinto la doglianza con riferimento al fatto che le parti avevano concordato con l'arbitro l'andamento della procedura, che: *a*) si era snodata per più udienze istruttorie; *b*) aveva visto le parti depositare anche le memorie, senza che le stesse avessero formulato una richiesta di discussione o di fissazione di un termine per il deposito delle conclusioni, accettando che il procedimento "passasse in decisione" nell'udienza in cui era stato fissato (e venne effettivamente svolto) il sopralluogo, alla presenza dei difensori tecnici di ciascuna parte.

4.2. Il mezzo di cassazione, invece, si limita a segnalare — in astratto — il contrasto tra tale decisione ed il principio di diritto posto dalla richiamata sentenza di questa Corte, senza avvedersi che la peculiarità del caso in esame avrebbe richiesto di affrontare ben altro problema e cioè quello del rispetto in concreto del principio del contraddittorio, nell'ambito dell'attività negoziata e concordata tra le parti contendenti e in relazione all'accordo tra di loro raggiunto.

4.3. Infatti, questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 1608 del 2000) ha già chiarito, con principio condiviso dal Collegio e a cui in questa sede viene data continuità, che non può ritenersi violato il principio del contraddittorio allorché, in assenza di regole previamente concordate tra le parti compromittenti, gli arbitri, i quali hanno la facoltà di regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno, non concedano — ad esempio — eventuali repliche, dopo aver consentito alle parti il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni (anche dopo la chiusura dell'istruttoria), non vigendo per il giudizio arbitrale le preclusioni previste dal codice di rito (nella specie, gli arbitri, dopo aver invitato entrambe le parti a dedurre successivamente al deposito delle note conclusionali, non avevano concesso al ricorrente un ulteriore termine per la replica).

4.4. Del resto, ai sensi dell'art. 829, 2 co., c.p.c., "la parte che (abbia) dato causa a un motivo di nullità, o vi (abbia) rinunciato, o che non (abbia) eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo".

4.4.1. E, a tale proposito, questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 9761 del 2011) ha già chiarito che, l'accordo delle parti sulle norme da osservare nel procedimento arbitrale, che deve essere concluso prima dell'inizio dello stesso, può intervenire anche dopo tale inizio, purché ricorra, in tal caso, anche l'assenso degli arbitri; invero, la norma (che pone il limite temporale nel loro interesse, affinché possano conoscere, prima di accettare l'incarico, le regole procedurali che saranno chiamati ad applicare) ha carattere dispositivo e derogabile con il consenso degli interessati.

4.5. Con particolare riferimento, poi, alla doglianza di cui al mezzo di cassazione, va ribadito quanto a suo tempo enunciato da Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1988 del 2005, secondo cui, nel giudizio arbitrale, l'omessa fissazione della udienza

di discussione e di precisazione delle conclusioni non è causa di nullità del lodo di per se stessa, ma solo se tale omissione abbia effettivamente inciso, limitandolo, sul diritto di difesa delle parti, o anche di una sola di esse. La relativa valutazione va effettuata riportandosi alla situazione processuale antecedente alla pronuncia.

4.6. In sostanza, in tema di contraddittorio nell'ambito del giudizio arbitrale, va affermato il principio secondo cui:

in mancanza di determinazione delle regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, con l'unico limite di garantirne la funzionalità e assicurare il rispetto del principio del contraddittorio che, per quanto si riferisca essenzialmente al momento della chiusura della trattazione del giudizio, può essere derogato ove in tal senso sia concorde la volontà successiva delle parti.

5. Il secondo mezzo di cassazione è infondato.

5.1. Con esso si lamenta la contraddittorietà esistente nella motivazione del lodo, tra l'entità dei lavori effettuati dalla Cooperativa, come stimati dall'arbitro (65% del valore complessivo dell'opera, pari a Euro 700.000,00), e quanto poi riconosciuto come valore delle opere realizzate (pari ad Euro 308.900,00 che non corrisponderebbero al 65% sopra menzionato, ma al 45% del totale).

6. Interpretando correttamente la motivazione della sentenza, tuttavia, si ha modo di verificare che il ragionamento giudiziale si è incentrato non tanto su quel valore percentuale (espresso erroneamente) ma sul fatto che le opere realizzate fossero pari ad Euro 308.900,00 e che i committenti avessero corrisposto la somma di Euro 259.000,00, con un danno patito da questi ultimi, per il mancato realizzo del surplus, pari a Euro 65.000,00.

6.1. In tale ambito motivazionale, come si vede, l'erronea indicazione della percentuale dei lavori è del tutto irrilevante, essendo necessari, nell'economia della decisione, quei dati fattuali che sono, invece, incontestati e ben presenti nel corpo del ragionamento e che, pertanto, consentono di pervenire alla conclusione cui gli arbitri sono giunti.

7. Il ricorso, complessivamente infondato, deve essere respinto, con la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, liquidate — in favore dei controricorrenti, in solido — come da dispositivo.

### **Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale.**

1. La decisione in esame trae origine dal ricorso per cassazione avverso una sentenza della Corte d'Appello di Venezia, la quale aveva respinto l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale enunciando che non vi era alcuna violazione del principio del contraddittorio per aver le parti accettato la conclusione del procedimento con l'udienza nella quale, presenti i difensori tecnici delle parti, venne svolto un sopralluogo sui luoghi di causa, senza che fossero effettuati né l'udienza di discussione, né il deposito di comparse conclusionali. La Corte di merito, altresì, aveva

rigettato ogni doglianza in punto di presunta contraddittorietà della motivazione del lodo in relazione alla percentuale di lavori eseguiti indicati nella pronuncia arbitrale ed alla somma in concreto riconosciuta in proporzione al valore complessivo di tutte le opere.

Il ricorso si fondava su due motivi, volti a censurare i due menzionati profili, rispettivamente per violazione degli artt. 816-829, co. 1, n. 9 c.p.c. ed 829, co. 1, n. 4, c.p.c.

La S.C., investita del gravame in sede di legittimità, ha confermato la decisione resa dai giudici veneziani, ritenendo che non si fosse verificata alcuna lesione del contraddittorio per il fatto che la fase di trattazione si fosse conclusa con la modalità anzidetta, poiché in mancanza di determinazione delle regole processuali da adottare gli arbitri sono liberi di decidere la struttura e l'articolazione del giudizio, con l'unico limite di garantirne la funzionalità e assicurare il rispetto del principio del contraddittorio che, per quanto si riferisca essenzialmente al momento della chiusura della trattazione del giudizio, può essere derogato ove in tal senso sia concorde la volontà successiva delle parti.

Quanto al secondo motivo di gravame, i giudici di legittimità reputavano altresì non sussistere alcuna contraddittorietà della motivazione poiché in presenza di un mero errore materiale nell'indicazione della percentuale dei lavori svolti, a fronte di una corretta e ben individuata, oltre che non contestata, ricognizione nel corpo del ragionamento dei dati fattuali posti alla base della decisione.

Come emerge chiaramente dall'impianto decisorio della sentenza, che è prevalentemente incentrato sul primo motivo di ricorso, mentre il dedotto vizio di contraddittorietà della motivazione viene esaminato e liquidato in poche righe, il punto nevralgico su cui è necessario soffermare l'attenzione è legato al primo aspetto oggetto della pronuncia in commento <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Per completezza, in questa sede, va comunque ricordato che — per quanto concerne il dedotto vizio di contraddittorietà della motivazione della pronuncia arbitrale — la decisione in esame ha espresso principi già invalsi nella consolidata giurisprudenza e che meritano piena adesione: v. ad es. Cass. 18 dicembre 2013, n. 28218, la quale ha chiarito che sussiste un vizio del lodo solo quando la motivazione manchi del tutto o sia talmente carente da non consentire di comprendere l'iter logico che ha determinato la decisione arbitrale o contenga contraddizioni inconciliabili nel corpo della motivazione o del dispositivo tali da rendere incomprensibile la *ratio* della decisione; in termini anche la più recente Cass. 28 maggio 2014, n. 11895, la quale ha precisato che la nozione di contraddittorietà della motivazione che rileva ai fini dell'art. 829, n. 4, c.p.c., deve emergere tra le diverse componenti del dispositivo, ovvero tra la motivazione ed il dispositivo, mentre la contraddittorietà interna tra le diverse parti della motivazione, non espressamente prevista tra i vizi che comportano la nullità del lodo, può assumere rilevanza quale vizio del lodo soltanto in quanto determini l'impossibilità assoluta di ricostruire l'iter logico e giuridico sottostante alla decisione per totale assenza di una motivazione riconducibile al suo modello funzionale. Nel caso oggetto della decisione in commento, si era al cospetto di un mero errore materiale nell'indicazione, sotto forma di percentuale, della porzione di lavori svolti; l'iter logico argomentativo seguito per determinare il *quantum* dovuto, peraltro, era perfettamente comprensibile e desumibile dall'impianto motivazionale e, sotto tale profilo, non

Ed, invero, sebbene nel caso di specie le parti per il tramite dei loro “difensori tecnici” fossero presenti all’ultimo incontro, così come le regole di procedura fossero state preventivamente condivise, la decisione in commento offre lo spunto per rispondere ad un quesito più generale volto a capire fino a che punto si spinge per gli arbitri <sup>(2)</sup> l’esigenza di assicurare il rispetto del principio del contraddittorio: ossia se esista un dovere di collaborazione tra parti ed arbitri che imponga ai primi di evidenziare alle seconde in modo esplicito i passaggi più delicati del procedimento, onde attuare in concreto il diritto alla difesa ed al contraddittorio ed assicurare, così, la certezza che la scelta di operare rinunci a determinati snodi procedurali sia ponderata ed effettivamente frutto di una precisa scelta strategica delle parti, di talché esse in futuro non possano dolersene.

2. Il principio del contraddittorio assume da sempre importanza centrale nel nostro ordinamento anche da prima che la Carta costituzionale lo cristallizzasse nell’art. 24 Cost. quale indefettibile corollario del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento e lo enfatizzasse ancor di più con il novellato art. 111 Cost.

Senza giungere a scomodare troppo la storia del diritto italiano, che sin dal Medioevo ha posto il principio *audiatur et altera pars* — brocardo che tradizionalmente ne riassume la nozione <sup>(3)</sup> — al centro dell’*ordo iudicarius* <sup>(4)</sup> e limitandosi ad una rapida ricognizione della materia dalle codificazioni post unitarie in avanti, il principio del contraddittorio è stato sempre considerato un precetto che affonda le proprie radici addirittura nel diritto naturale <sup>(5)</sup>, ed avente un duplice fondamento, teorico e pratico: vale a dire, precisamente, la finalità (logica, appunto) di assicurare anche nello svolgimento effettivo del procedimento quella bilateralità (o pluralità) che deriva dall’azionare un diritto nei confronti di un altro (o altri) soggetto(i); nonché l’obiettivo (di natura pratica) di attribuire al giudicante una visione più completa e tale da portare ad una decisione più “giusta”, correggendo gli effetti della naturale inclinazione delle parti ad

---

era neppure stato fatto oggetto di censura, come si evince dalla pronuncia in commento, che parla di mancata contestazione dei dati fattuali.

<sup>(2)</sup> Per uniformità di stile nel corpo del commento si parlerà di arbitri; ovviamente, le medesime considerazioni valgono per il caso che l’arbitrato sia presieduto da un arbitro unico.

<sup>(3)</sup> Principio definito come elemento di civiltà giuridica anche dalla giurisprudenza costituzionale: cfr. Corte cost. 29 novembre 1982, n. 204.

<sup>(4)</sup> GIULIANI - PICARDI (a cura di), *Modelli storici della procedura continentale*, II, “Dall’*ordo iudicarius*’ al codice di procedura civile”, in *L’educazione giuridica*, VI, 2, Napoli, 1994, 3 ss.; cfr. anche PICARDI, *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 3 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. PICARDI, “*Audiatur et altera pars*”. *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 674; più recentemente, v. anche ALVAZZI - DEL FRATE, *Le droit naturel de la procédure et le “procès équitable”: une perspective historique*, in *Cahiers poitevins d’histoire du droit*, III, Parigi, 2011, 59 ss.; PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 360 ss.



evidenziare solo i fatti e le argomentazioni giuridiche a sé favorevoli, tacendo invece quelli sfavorevoli. <sup>(6)</sup>

Con riguardo al diritto dell'arbitrato, per quanto qui di interesse, la riforma apportata dal d. lgs. 40/2006 ha previsto in particolare la novella degli artt. 816 ed 829 c.p.c., con la quale è stata ribadita la stretta correlazione che intercorre tra rispetto del principio del contraddittorio ed eventuale nullità del lodo e con cui, contestualmente, pur a fronte di una definizione di portata più generale, si è in realtà chiarito meglio in cosa debba constare in concreto l'attuazione del contraddittorio, passando da una norma che prescriveva agli arbitri di "assegnare in ogni caso alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche" (vecchio testo dell'art. 816 c.p.c.) ad una formula differente, inclusa ora nell'art. 816 *bis* c.p.c. <sup>(7)</sup>, secondo la quale gli arbitri devono "in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa" <sup>(8)</sup>.

Il portato di tale innovazione è di non poco momento e si comprende molto bene se si tiene presente come la pregressa normativa avesse indotto la giurisprudenza e la dottrina ad indulgiare su di una nozione di contraddittorio nell'arbitrato dal sapore più formale che sostanziale. E, così, nello stesso momento in cui si andava enunciando che in arbitrato libertà di forme non significa assenza di regole, e che pertanto esistono alcuni capisaldi che devono essere sempre rispettati, quali le norme di

---

<sup>(6)</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 87 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, II, 154 ss.

<sup>(7)</sup> Applicabile a tutti i procedimenti arbitrali per cui la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente al 2 marzo 2006. Su tale nuova disposizione si veda la seguente panoramica generale, senza ovviamente pretesa di completezza: CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc.*, 2006, 9 ss.; MANDRIOLI, *Le ultime riforme del processo civile*, Torino, 2006, 409 ss.; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2007, 427 ss.; PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 418 ss.; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino, 2008, 196 ss.; LAUDISA, *L'arbitrato e il principio del contraddittorio*, in questa *Rivista*, 2007, 373 ss.; FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 456 ss.

<sup>(8)</sup> A completamento della disciplina relativa alla tutela del principio del contraddittorio nell'arbitrato è poi stata prevista dalla riforma del 2006 anche una specifica disciplina per il caso di morte, estinzione o perdita di capacità della parte: cfr. art. 816 *sexies* c.p.c., che ha così superato in modo decisamente più efficace ed analitico la laconica previsione dell'art. 820, co. 3., c.p.c., il quale si limitava a prescrivere che in caso di morte di una delle parti gli arbitri avessero una proroga di trenta gg. per la pronunzia del lodo, senza nulla dire circa l'applicabilità dell'istituto dell'interruzione al procedimento arbitrale, comunemente ritenuta ante riforma del 2006 non applicabile a tale rito. Cfr. in argomento PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 573; G.F. RICCI, *Svolgimento del procedimento*, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 324; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 126. Riteneva invece trasponibile nell'arbitrato la disciplina ordinaria dell'interruzione anche prima della menzionata riforma, proprio in ossequio all'esigenza di fare salvo il principio del contraddittorio MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1997, 312; ID., *Processo arbitrale, ibidem*, 2005, 807.

ordine pubblico e la garanzia del contraddittorio, la mera concessione di termini per memorie difensive dopo la chiusura della fase di trattazione ed istruzione era ritenuta condizione necessaria e sufficiente per reputare adempiuto e soddisfatto tale ultimo precetto, mentre il passaggio alla fase decisoria senza assegnazione di alcun termine portava quale conseguenza automatica la nullità del lodo <sup>(9)</sup>.

In altre parole, se era diffusa — correttamente, a parere della scrivente — l'idea che la libertà degli arbitri di regolare lo svolgimento del procedimento fosse limitata dalla necessità di rispettare le regole del contraddittorio, allora cristallizzate dall'art. 816 c.p.c. *ratione temporis* vigente, si finiva però con l'accontentarsi di una verifica dell'ottemperanza a tale principio puramente apparente ed unicamente rivolta ad accertare che fossero stati concessi termini per memorie difensive finali <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Così in particolare App. Genova, 26 novembre 1949, n. 49, in *Rep. Giur. it.* V. anche Cass. 6 giugno 1951, n. 1444, in *Mass. Foro it.*, 1951, 348, la quale ha enunciato che “gli arbitri, qualora le parti non abbiano fissato le norme da osservare nel procedimento, possono regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, anche per quanto riguarda l'assunzione delle prove, con il solo obbligo di assegnare alle parti termini per le loro difese dopo la chiusura dell'istruttoria”; ed, ancora, Cass. 29 marzo 1956, n. 919, in *Mass. giur. it.*, 1956, 201, secondo la quale l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio nel processo arbitrale deve essere soddisfatto nei limiti dell'art. 816 c.p.c. — allora vigente — che impone che siano in ogni caso assegnati alle parti i termini per presentare documenti e memorie e per esporre le loro repliche. Conf. Cass. 22 dicembre 1951, n. 2878, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Arbitramento*, n. 71; Cass. 14 marzo 1953, n. 611, in *Giust. civ.*, 1953, 581 e *Giur. it.*, 1953, I, 1, 880; Cass. 11 agosto 1954, n. 2940, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, n. 87; Cass. 5 luglio 1957, n. 2638, in *Mass. giur. it.*, 1957, 586; Cass. 17 marzo 1960, n. 540, in *Rep. Giur. it.*, 1960, n. 92. In dottrina, sempre a favore di questa visione formalistica del contraddittorio nell'arbitrato, per cui la concessione di termini per memorie dopo la fase istruttoria è condizione necessaria e sufficiente per aversi il rispetto del contraddittorio, cfr. VECCHIONE, *Violazione del principio del contraddittorio e nullità del lodo per mancata escussione di tutti i testi* (nota ad App. Milano 10 aprile 1953), in *Foro pad.*, 1953, I, 1209 (ora in *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959, 291 ss.); ID., *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954 n. 3732), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, I, 178 (ora in *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, cit., 297 ss.) oppure *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 523 ss.; FURNO, *Limiti di applicazione e tutela del principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954, n. 3732), in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 267; CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nss. D. I.*, I, 2, Torino 1964, 887; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., IV, Napoli 1964, 828. *Contra*, già allora, v. però GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 261 ss., più incline a leggere l'art. 816 c.p.c. in modo più ampio (v. *infra*, nt. 10).

<sup>(10)</sup> Cfr. ad es. Cass. 29 marzo 1956, n. 919, in *Mass. Giur. it.*, 1956, 201, secondo la quale l'obbligo di rispettare il contraddittorio nel giudizio arbitrale doveva essere inteso nei limiti prescritti dall'art. 816, co. 3, c.p.c. allora in vigore, che appunto imponeva solo che alle parti fossero in ogni caso concessi termini per depositare documenti e memorie contenenti le loro repliche. In punto, è interessante notare anche come tale attività processuale, più che volta a tutelare l'integrità del contraddittorio quale valore in sé e per sé considerato, venisse posta in relazione con la necessità di consentire alle parti di contestare tempestivamente l'eventuale esorbitanza delle conclusioni avversarie dai limiti del patto compromissorio: così App. Roma, 7 ottobre 1946, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, 248, con nota critica di GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., in cui l'A. enuncia che il legislatore *minus dixit quam voluit* quando, stabilendo che anche ove le parti non prevedano alcunché circa lo svolgimento della procedura, ha però imposto che gli arbitri debbano concedere alle parti un

La formulazione attuale dell'art. 816 *bis* c.p.c., invece, muta completamente la prospettiva ed introduce nel tessuto normativo una nuova idea di rispetto del contraddittorio nel procedimento arbitrale permeata da un'esigenza di effettività, caratterizzata cioè dall'esigenza di attuazione in concreto del contraddittorio, a prescindere da meccanismi formali rigidi e predeterminati per legge.

Tale nuova visione ha certamente potuto farsi strada nell'ordinamento anche grazie all'evoluzione interpretativa che si è avuta in seguito all'introduzione della Carta costituzionale, alla cui luce devono essere oramai lette tutte le fonti normative di rango inferiore <sup>(11)</sup>.

La novella in questione rappresenta in ogni caso solo il punto d'arrivo di un lungo ed articolato percorso, che ha condotto all'emersione di tale più ampia ed effettiva nozione di contraddittorio <sup>(12)</sup> e che ha indotto a precisare, molto condivisibilmente e già ben prima dell'avvento del d. lgs. 40/2006, come il rispetto del contraddittorio debba essere verificato in concreto, avuto riguardo al tipo di attività difensiva svolta effettivamente dalle parti e con conseguente possibilità di reputare perfettamente valido un lodo anche nell'ipotesi in cui le stesse siano state poste in grado di difendersi, pur in difetto di assegnazione di termini *ad hoc* <sup>(13)</sup>.

Dette conclusioni sono condivisibili a maggior ragione oggi, giusta il novellato art. 816 *bis* c.p.c., che concentra l'attenzione sull'equivalenza e sull'effettività delle *chances* di difesa offerte alle parti, nozione il cui rispetto da parte degli arbitri va senza dubbio salvaguardato *ex ante* — ossia in relazione alla possibilità date alle parti — e non verificato *ex post* alla luce del contenuto del lodo, al solo e più limitato fine di mettersi al riparo da possibili impugnazioni del lodo. Ed, invero, solo in questo modo

---

termine per il deposito di memorie e repliche: con la conclusione che questo avviene in quanto tale disposizione, agli occhi del legislatore, aveva un'importanza maggiore di quanto potesse *prima facie* apparire.

<sup>(11)</sup> In argomento v. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano 1974, 117; Id., *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.

<sup>(12)</sup> CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2002, 1 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 2005, 196 ss.; Id., *L'arbitrato*, Torino 1991, 134 ss.; *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1995, 224 ss.); G.F. RICCI, sub art. 816 c.p.c., in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna 2001, 278; ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 829 c.p.c., *ibidem*, 641 ss.; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2000, 235. In giurisprudenza, iniziano a farsi portatrici dell'idea che la concessione di termini non è la sola modalità con cui può essere attuato e rispettato il principio del contraddittorio nell'arbitrato Cass. 22 ottobre 1970, n. 2095, in *Foro it.*, 1970, I, 1, 2683; Cass. 23 novembre 1973, n. 3171, in *Giust. civ.*, 1974, 437; Cass. 22 novembre 1974, n. 3760, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato e compromesso*, n. 26; Cass. 18 marzo 1981, n. 1595, in *Arch. Giur.*, 1981, II, 102.

<sup>(13)</sup> *Contra*, però, alcune tesi più conservatrici, quale ad es. quella di CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 137, secondo il quale il dettato tassativo dell'art 816 c.p.c. avrebbe imposto di assicurare il rispetto del contraddittorio non solo nella sostanza, ma anche sotto l'aspetto meramente formale, prescrivendo detta norma la forma e la modalità inderogabile con cui questo avrebbe dovuto essere garantito, senza possibilità di ricorrere ad equipollenti.

si garantisce alle parti di poter contraddire su ogni aspetto, in modo da poter offrire agli arbitri un quadro completo di tutti gli elementi, in fatto ed in diritto, da prendere in esame in vista della pronuncia del lodo<sup>(14)</sup>.

In tale prospettiva, è sicuramente da assecondare anche la lettura che vede nell'applicazione di tale *modus procedendi* una vera e propria regola di ordine pubblico processuale, come tale inderogabile<sup>(15)</sup>.

La lettura qui suggerita circa il principio del contraddittorio nell'arbitrato, oltre a confermare come esso sia un precetto immanente al corretto funzionamento e svolgimento dell'arbitrato, mostra anche come esso debba essere inteso come una garanzia posta nell'interesse di tutte le parti oltre che, come testé ricordato, funzionale alla "giustizia" del lodo. Pertanto, esso deve essere assicurato sempre e non soltanto nel caso in cui determinate regole procedurali, magari relative allo scambio delle memorie ed all'articolazione del procedimento, siano state espressamente previste dalle parti<sup>(16)</sup>, con la conseguenza che non si può — a parere di chi scrive — applicare in questo ambito la disciplina prescritta per le nullità formali, le quali se non sono rilevate tempestivamente nella prima difesa successiva dal soggetto nel cui interesse esse operano, non possono più essere fatte valere<sup>(17)</sup>.

### 3. Dopo tali necessarie e fondamentali premesse, si deve tornare al

---

<sup>(14)</sup> La tesi, pur essendo stata elaborata prima del d.lgs. 40/2006 — v. CECHELLA, *op. loc. ult. cit.* —, ci appare a maggior ragione attuale oggi, in ragione del nuovo testo dell'art. 816 *bis* c.p.c., disposizione che consente di ritenere superato anche quell'orientamento di legittimità secondo il quale, invece, si poteva ritenere valido il lodo qualora le parti avessero avuto la possibilità di interloquire per lo meno sulle questioni di fatto e di diritto utilizzate dagli arbitri nella loro decisione, pur se su altre questioni non fosse stato assicurato il contraddittorio: v. ad. es. Cass. 9 dicembre 1974, n. 4114, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 28; Cass. 8 settembre 2004, n. 18049.

<sup>(15)</sup> Così Cass. 23 giugno 2000, n. 8540.

<sup>(16)</sup> Cfr. il vecchio art. 829, co. 7, c.p.c., per il quale le forme previste a pena di nullità per il giudizio potevano essere causa di nullità del lodo qualora le parti ne avessero stabilito l'osservanza e la stessa non fosse stata sanata. V. CECHELLA, *Mancata formulazione della domanda e violazione del contraddittorio nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1991, 848, per un caso relativo alla formulazione della domanda arbitrale, ma con considerazioni che, nel senso indicato nel presente commento, possono essere estesi ad un discorso più generale ed ampio intorno al principio del contraddittorio nell'arbitrato.

<sup>(17)</sup> Nell'arbitrato, infatti, l'*error in procedendo* costituisce motivo di impugnazione soltanto in due ipotesi: inosservanza di regole di forma prescritte sotto pena di nullità, allorché le parti ne abbiano imposto l'osservanza e la nullità non sia stata sanata (art. 829, co. 1, n. 7 c.p.c.), e violazione del principio del contraddittorio (art. 829 co. 1, n. 9). Il contraddittorio, quindi, rappresenta il limite invalicabile che informa la libertà delle parti e degli arbitri di determinare le regole del procedimento: ne segue che tale fondamentale principio, lungi dal costituire solo un mero richiamo pleonastico ai valori classici del nostro ordinamento giuridico processuale, nell'arbitrato assume a vero e proprio precetto cardine che deve essere rispettato al fine di attuare in concreto la garanzia di tutte le parti di poter agire e resistere in giudizio dinanzi ad un organo giudicante terzo e imparziale, in posizione paritaria e con gli stessi poteri: cfr. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1994, 1 ss.; BUGLIANI, *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, *ibidem*, 2008, 552.

quesito da cui la presente indagine era partita, ossia al problema del rispetto del contraddittorio specialmente nel caso in cui, come nella fattispecie che ha originato il presente commento, lo svolgimento del procedimento si caratterizzi per il prodursi di qualche vistosa deroga rispetto alle regole tradizionalmente seguite nella prassi arbitrale, le quali si caratterizzano per il fatto che, all'esito della trattazione e dell'istruzione, di norma c'è sempre un momento finale di sintesi delle rispettive difese prima che il lodo sia trattenuto in decisione: orale, mediante discussione, o per scritto, con il deposito di memorie o comparse conclusionali e repliche.

Sicché, fermi tutti i principi generali dianzi rammentati, occorre domandarsi se gli arbitri, allorché ci si avveda che le parti stanno rinunciando a tale peculiare snodo procedurale, abbiano l'onere di chiedere in modo espresso — ed opportunamente documentato a verbale <sup>(18)</sup> — se veramente intendono rinunciare all'udienza di discussione o alle memorie conclusive.

L'interrogativo sorge perché sembra in effetti possibile tracciare un parallelismo tra quello che avviene nel processo ordinario, in cui il principio/dovere di collaborazione tra giudice e parti è stato elaborato soprattutto in relazione all'esigenza di evitare le c.d. sentenze della terza via, ossia a sorpresa <sup>(19)</sup>, precetto poi ulteriormente enfatizzato dal novellato art. 101 c.p.c., dedicato proprio al contraddittorio <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> La giurisprudenza in tema di rispetto del principio del contraddittorio ha più volte esaminato il problema della necessità di una corretta e puntuale attività di verbalizzazione di quanto avvenuto nel corso dell'arbitrato, con risultati per vero deludenti e, salvo qualche rara eccezione, non ha mostrato di comprendere l'importanza di tale adempimento per verificare in concreto il rispetto del contraddittorio. Per un esempio di giurisprudenza "illuminata" sul punto, cfr. App. Firenze 16 gennaio 1958, in *Rep. Foro it.*, voce *Arbitrato*, n. 41, la quale ha enunciato che « la mancata o incompleta verbalizzazione dell'attività istruttoria svolta nell'arbitrato incide sostanzialmente sui presupposti di un valido contraddittorio ». *Contra*, cfr. Cass. 8 settembre 2004, n. 18049, cit., la quale ha respinto il ricorso con il quale una delle parti si doleva della mancata redazione di un verbale delle operazioni e della mancata comunicazione delle attività compiute, prima dell'emissione della decisione finale. Tale sentenza sostiene anche l'orientamento, a cui si ritiene di non aderire come precisato *supra*, par. 2, secondo il quale il contraddittorio va inteso e seguito solo in rapporto agli elementi utilizzati dall'arbitro per la sua pronuncia. Sul tema della corretta e completa verbalizzazione e del suo rilievo per verificare il rispetto della garanzia del contraddittorio, v. pure *infra*, par. 5.

<sup>(19)</sup> Cfr. i classici studi di ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli 1957, 81 ss.; LEONE, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Bari-Città di Castello, 1942, 39 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano 1962, I, 70, nt. 31; MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, 484; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss., spec. 231; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1969, 144 ss.; PROTO PISANI, *Principio del contraddittorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 2, Torino 1973, 1088; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 388, 450 s., 637 ss., 682; TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1572 ss.; TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 653 ss.; VERDE, voce *Domanda (principio della)*, I) *Diritto processuale civile*,

Ci si domanda infatti, ed ovviamente con i dovuti aggiustamenti in ragione delle peculiarità del rito, se un'analogia esigenza non sorga anche in relazione all'arbitrato, onde evitare che la rinuncia ad un momento finale di confronto e difesa privi l'arbitro o le parti di qualcosa di importante, tenuto conto del regime ben più limitato delle impugnazioni dei lodi rispetto alle sentenze <sup>(21)</sup>.

Dal punto di vista dell'arbitro, infatti, come sopra ricordato, l'assenza di una sintesi difensiva conclusiva delle parti, potrebbe risolversi nella perdita di qualche argomentazione o difesa meglio messa a punto all'esito della fase di trattazione ed istruzione, che potrebbe essere importante per orientare la decisione.

Nella prospettiva delle parti, invece, deve essere tenuto presente che in arbitrato di norma non esistono preclusioni ed è dunque possibile modificare domande ed eccezioni sino al momento in cui la causa non viene trattenuta in decisione <sup>(22)</sup>. Pertanto, una domanda espressa degli

---

in *Enc. Giur.*, XII, Roma 1989, 8; MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, III, 42.

<sup>(20)</sup> Su cui v. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, 878; PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, IV, 224 s.; MANDRIOLI, *Le modifiche al primo libro del codice*, in MANDRIOLI - CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009, 31 ss.; BOVE, *La riforma della procedura*, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 40 ss.; CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano 2009, 60 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 21 ss.; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 263; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 771 ss.; FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, IV, 264 ss.; ID., *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere giur.*, 2009, 1164 ss.; BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399-415, spec. 400; COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, *ibidem*, 2010, 1012 ss.; GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, *ibidem*, 2010, 826 ss.; GIORDANO, *Principio del contraddittorio e rilievo d'ufficio delle questioni*, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma 2009, 151 ss.; LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 65 ss.

<sup>(21)</sup> Tale lettura, in effetti, appare in linea con l'evoluzione interpretativa che si è avuta proprio in tema di rapporto tra sentenze della c.d. terza via e contraddittorio e che lega l'esigenza di sollevare il dibattito su determinati profili e snodi procedurali proprio al fine di evitare qualsiasi forma di "solipsismo processuale" del giudicante in ossequio al principio del contraddittorio, oggi enfatizzato anche dall'art. 111 Cost., ma ricavabile anche in precedenza dall'art. 24 Cost.: cfr. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, XLIX-L, 1980-81, spec. 121 ss.; L.P. COMOGGIO, voce *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, VIII, *Aggiornamento*, 1997, 17 ss.; BOVE, *Articolo 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 502.

<sup>(22)</sup> Ed, invero, per la modifica ammissibile della domanda, nel rito arbitrale non si è costretti a muoversi entro i rigidi confini tracciati dall'art. 183 c.p.c. e dal principio delle preclusioni, tipico del rito ordinario. L'arbitrato ha un oggetto sostanzialmente variabile sino alla precisazione delle conclusioni, fatto salvo il caso di eventuali diverse regole di procedura imposte dalle parti, dagli arbitri, dalla convenzione di arbitrato, o dal regolamento in caso di arbitrato amministrato. In arbitrato, infatti, l'unico vero limite è costituito dall'ipotesi di domande esorbitanti rispetto ai confini tracciati da patto compromissorio; ed anche in tal caso, comunque, se la controparte non solleva eccezione ex art. 817 c.p.c., la domanda nuova è

arbitri volta a sondare se le parti intendano rinunciare all'udienza di discussione o alle memorie difensive finali avrebbe l'effetto di indurre queste ultime a meditare bene se le stesse abbiano o meno qualcosa da contraddire rispetto all'*emendatio libelli* o financo *mutatio libelli* avversaria, magari compiuta appena prima che la causa sia trattenuta in decisione.

Ecco perché le parti, prima di consegnare la decisione nelle mani degli arbitri, a parere di chi scrive devono essere sempre messe in condizione di poter veramente essere certe di aver effettivamente svolto tutte le difese di cui potevano giovare; e, se rinunciano all'ultimo snodo procedurale della discussione o delle comparse conclusionali, si deve avere l'evidenza che ciò sia avvenuto *cum grano salis* e per precisa scelta difensiva<sup>(23)</sup>.

Nel rinnovato quadro costituzionale e volto ad enfatizzare i precetti del giusto processo, l'enucleazione di un principio/dovere di collaborazione tra arbitri e parti appare conforme anche ai più recenti approdi teorici raggiunti in materia e che affermano la piena operatività dei menzionati precetti anche nell'arbitrato. La necessità di assicurare "equivalenti possibilità di difesa", che si ottiene anche per il tramite della verifica qui suggerita in caso di rinuncia alle difese conclusive, richiama infatti la nozione di parità delle armi che si desume dall'art. 111 Cost.<sup>(24)</sup>.

4. Infine, per completezza, deve essere ricordato che il principio/dovere di collaborazione tra giudice e parti è importante anche e soprat-

---

ammissibile (con il solo, invalicabile, limite della natura disponibile del diritto, altrimenti significa che la materia non è compromettibile in arbitri). Cfr. Cass. 7 febbraio 2007, n. 2717, la quale ha enunciato che nell'arbitrato rituale, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice di rito, è consentito alle medesime di modificare ed ampliare le iniziali domande, senza che trovino applicazione le preclusioni di cui all'art. 183 cod. proc. civ., salvo il rispetto del principio del contraddittorio. Conf. anche Cass. 8 aprile 2004, n. 6950; Cass. 3 maggio 2004, n. 8320; nella giurisprudenza arbitrale v. pure Coll. arb. Roma, 10 aprile 2006, n. in *Arch. Giur.*, 2005, 799.

<sup>(23)</sup> La tesi suggerita nel testo vuol proprio evitare che le parti rinuncino al momento difensivo finale senza aver ben ponderato la scelta anche in relazione al tema delle modifiche tardive della domanda o delle eccezioni avvenute dopo il deposito degli atti introduttiva. Ma, certamente, una volta eventualmente optato in modo consapevole per la discussione orale o per il deposito di memorie difensive finali, rimane comunque fermo che sono ovviamente lesive del contraddittorio eventuali domande nuove svolte quando le parti non hanno più alcun modo di poter prendere posizione: ad es. in comparsa conclusionale (cfr. Cass. 21 maggio 2007, n. 11788) o in una "nota illustrativa" depositata dopo che la causa sia stata trattenuta in decisione (v. Cass. 17 dicembre 1993, n. 12517). Questo fa infatti parte dell'ordinaria applicazione del principio del contraddittorio all'arbitrato. Quello che si vuole prevenire, con la tesi sostenuta nel testo, sono invece le rinunce alle difese conclusive effettuate in modo superficiale dalle parti, che ci sembra possano e debbano essere prevenute attraverso un principio/dovere di collaborazione tra gli arbitri e le parti.

<sup>(24)</sup> Cfr. in punto G.F. RICCI, sub art. 816 bis c.p.c., in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, cit., 380. Sul rapporto tra giusto processo ed arbitrato, v. anche CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6 §1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.; RECCHIA, *Arbitrato e convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)*, in questa *Rivista*, 1993, 381 ss.; più recentemente v. anche GHIRGA, sub art. 816 bis c.p.c., in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 198.

tutto nel caso limite di assenza di una parte <sup>(25)</sup>, fenomeno non espressamente disciplinato dal Codice di rito e che pone non pochi interrogativi, specialmente tenuto conto che in ogni procedimento, ivi compreso l'arbitrato, il problema della partecipazione — o almeno della possibilità della stessa — degli interessati all'esito del procedimento è centrale, in quanto soggetti destinatari degli effetti dell'atto finale <sup>(26)</sup>.

L'impossibilità di trasporre *sic et simpliciter* la disciplina dell'istituto della contumacia nell'arbitrato preclude, *prima facie*, l'applicazione delle disposizioni relative al processo contumaciale prescritte dal Codice di rito agli artt. 290 ss. c.p.c. <sup>(27)</sup>.

Il difetto di una regolamentazione espressa del caso dell'assenza della parte <sup>(28)</sup>, peraltro, non significa che il fenomeno dell'inerzia della parte sia privo di rilievo nell'arbitrato, essendo piuttosto vero il contrario, visto

---

<sup>(25)</sup> Termine con cui si suole designare quella situazione che nel processo civile si denomina contumacia, espressione che nel caso dell'arbitrato non si può utilizzare in quanto non è ivi prevista una vera e propria costituzione in giudizio della parte: cfr. il classico studio di FRANCHI, *Sulla contumacia arbitrale e il riesame nel merito della sentenza straniera*, in *Giur. it.*, 1978, I, I, 1008; v. anche CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da Proto Pisani, Torino, 1991, 102, 135 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Contumacia nel giudizio arbitrale e riesame nel merito del lodo straniero*, in questa *Rivista*, 1993, 443; LA CHINA, *Perché nell'arbitrato non si ha contumacia?*, in *Dir. maritt.*, 1985, 302 ss.; SATTA, *Commentario*, IV, 2, Padova, 1971, 273, secondo cui in arbitrato non si potrebbe addirittura, proprio per la menzionata ragione, verificare un'ipotesi di contumacia in senso tecnico. Nella giurisprudenza arbitrale, v. anche Coll. Arb. 16 febbraio 1995, in questa *Rivista*, 1997, 139 e ss., in cui il collegio ha enunciato che la contumacia presuppone la tempestiva costituzione della parte e richiede, pertanto, l'omissione di un'attività che non trova riscontro nel giudizio arbitrale e che è totalmente incompatibile con il giudizio medesimo. Per il Collegio, ciò accade in quanto, rappresentando la costituzione il primo contatto della parte con il giudice come conseguenza dell'atto di citazione, tanto la citazione quanto la costituzione hanno come presupposto imprescindibile la preesistenza del giudice: questo, nell'arbitrato, è invece un elemento assolutamente escluso, posto che sono le parti a "creare" il giudice. La decisione riprende pedissequamente le tesi, tradizionali e risalenti nel tempo, di CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, 882.

<sup>(26)</sup> Così FAZZALARI, in *Processo di arbitrato libero*, nota di commento a Cass. 18 gennaio 1992, n. 595 e Cass. 5 marzo 1992, n. 2650, in questa *Rivista*, 1993, 52: l'A. affronta il tema del rispetto del contraddittorio nel procedimento arbitrale vedendo in esso un caposaldo dell'intera disciplina, sia per l'arbitrato rituale, sia per quello irrituale, criticando in particolare la pronuncia di Cass. 5 marzo 1992, n. 2650, la quale aveva inquadrato la violazione del principio del contraddittorio nell'arbitrato libero come mero abuso del mandato e non come violazione del procedimento.

<sup>(27)</sup> PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, II, 146.

<sup>(28)</sup> Termine più ampio della mera nozione di contumacia, non richiamabile nell'arbitrato giusta i rilievi tecnici esposti nella nota 25 che precede, e con cui si designa più in generale il comportamento della parte che si disinteressa del procedimento, quale che sia la fase in cui tale eventualità ha luogo: quindi, non solo in sede di primo contatto ufficiale con l'arbitro insediatosi, come avverrebbe volendo tentare di mantenere una forzata corrispondenza con la classica nozione di costituzione in giudizio, ma anche in altre fasi specifiche, proprie solo dell'arbitrato. In argomento v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 147; CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 320 ss.; più recentemente, v. FERRARI, *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio - Consolo - Sassani - Vaccarella, Torino, 2012, tomo II, 400 ss.



che tali situazioni, se non correttamente gestite, pongono un grave problema di rispetto del contraddittorio.

Spetta perciò agli arbitri prestare particolare attenzione alla tutela di detto profilo e verificare che ogni avvenimento in grado di incidere sull'esito del giudizio sia comunicato agli assenti in modo da metterli, almeno formalmente, in condizione di intervenire anche in un momento successivo e far sì che la loro inerzia, eventualmente, continui a rimanere una scelta consapevole e volontaria pur alla luce dei nuovi sviluppi processuali che maturano via via che il procedimento arbitrale progredisce<sup>(29)</sup>.

In caso di assenza della parte, pertanto, il dovere principio di collaborazione tra arbitri e parti si esplica innanzi tutto nella necessità da parte dei primi di rispettare appieno il contraddittorio e si traduce nell'esigenza che tutti gli atti siano comunicati alle parti e che la comunicazione sia sempre effettiva e non semplicemente presunta, a prescindere dal richiamo degli artt. 292 ss. c.p.c. e piuttosto quale diretta applicazione del disposto dell'art. 816 *bis* c.p.c.<sup>(30)</sup>.

5. La decisione in commento è certamente condivisibile nella parte in cui fa propria una nozione ampia di contraddittorio ed enuncia il principio secondo il quale, ove difetti una previa determinazione delle regole processuali, gli arbitri sono liberi di decidere come articolare lo svolgimento del procedimento, fatta naturalmente salva l'esigenza di garantire la corretta esplicazione del diritto al contraddittorio delle parti; in tal senso, in via generale, appare corretto anche il corollario che la S.C. trae da questo ragionamento, ossia che, con riguardo alla chiusura della

---

<sup>(29)</sup> V. BUGLIANI, *Un caso di arbitrato apparente nella contrattazione collettiva*, cit., 303 ss. In tal senso, si deve concludere per l'applicazione in via analogica quanto meno dell'art. 292 c.p.c., norma che impone la notifica di taluni atti processuali particolarmente significativi: ossia, in particolare, quelli contenenti domande nuove, in relazione ai quali il silenzio della parte potrebbe delineare, con riferimento all'arbitrato, persino una mancata eccezione d'incompetenza, idonea a fondare il potere degli arbitri di decidere anche tali ulteriori domande, senza che il lodo possa essere poi impugnato per tale motivo (art. 817 c.p.c.). Cfr. FRANCHI, *op. cit.*, 1008; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 149 ss. La comunicazione degli atti processuali all'assente in applicazione analogica dell'art. 292 c.p.c. è particolarmente importante e trova giustificazione specialmente laddove le parti abbiano fissato le regole di procedura, fissando consensualmente forme di costituzione in giudizio, ma la conclusione è condivisibile anche qualora siano gli arbitri a dettare le regole del procedimento: CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 135; PUNZI, voce *Arbitrato*, I, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 28.

<sup>(30)</sup> Così PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, loc. ult. cit., il quale enuncia che, fatta eccezione per gli atti compiuti in udienza direttamente alla presenza delle parti, tutti gli altri atti devono essere comunicati alle parti: sia a quelle attivamente intervenute nel procedimento, sia a quelle che, pur avendo titolo per fare altrettanto, siano rimaste inerti o inattive. La soluzione così prospettata, di fatto, solleva dal problema di rinvenire una disciplina *ad hoc* per l'assenza nell'arbitrato. Per queste ed altre considerazioni, anche in riferimento ad altre ipotesi generate dal caso di assenza della parte, come ad es. in caso di chiamata o intervento del terzo o di litisconsorzio, si consenta per brevità di rinviare a LOCATELLI, *Contumacia e assenza nell'arbitrato*, in AA.VV., *La giustizia sostenibile. Scritti vari*, IV, Roma, 2013, 99 ss.

fase di trattazione ed istruzione, se vi sia l'accordo delle parti è possibile anche derogare alle forme tradizionali di sintesi conclusiva delle difese sopprimendo sia l'udienza di discussione, sia le comparse conclusionali e le correlate repliche.

Nondimeno, la pronuncia in esame, quanto meno in relazione al caso specifico che è possibile desumere dalla stessa, solleva qualche perplessità.

La decisione, sul punto, enuncia che il mezzo di cassazione ad essa sottoposta si limita a segnalare in astratto il contrasto con i principi di diritto enunciati dai giudici di legittimità in materia, senza avvedersi che la peculiarità del caso avrebbe richiesto di affrontare il tema del rispetto in concreto del principio del contraddittorio nell'ambito dell'attività negoziata e concordata tra le parti contendenti ed in relazione all'accordo tra di loro raggiunto, per poi concludere che, appunto, il motivo di gravame non può essere accolto in quanto la S.C. ritiene di dover dare continuità al proprio orientamento <sup>(31)</sup> secondo il quale non è violato il principio del contraddittorio allorché, in assenza di regole previamente concordate tra le parti compromittenti, gli arbitri, i quali hanno la facoltà di regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno, non concedano eventuali repliche, dopo aver consentito alle parti il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni (anche dopo la chiusura dell'istruttoria); la S.C. continua e conclude il proprio ragionamento adducendo anche che l'accordo delle parti sulle norme del procedimento può intervenire perfino dopo il principio dello stesso, con l'assenso delle prime e degli arbitri — con ciò implicitamente ritenendo corretta anche un'eventuale modifica delle stesse in corso di causa, secondo quanto pare di capire —, posto che il limite temporale della fissazione delle regole procedurali prima dell'inizio dell'arbitrato sarebbe derogabile con il consenso degli interessati <sup>(32)</sup>, con la conseguenza che l'omessa fissazione della udienza di discussione e di precisazione delle conclusioni non è causa di nullità del lodo di per se stessa, ma solo se tale omissione abbia effettivamente inciso, limitandolo, sul diritto di difesa delle parti, o anche di una sola di esse <sup>(33)</sup>.

Argomentazioni, queste, in astratto ineccepibili. Eppure, proprio sulla scorta del rilievo che nel caso sottoposto alla S.C. si sarebbe dovuto verificare il rispetto in concreto del contraddittorio, la soluzione non convince.

Ed, invero, dalla ricostruzione dello svolgimento del processo si apprende che le cose sarebbero andate un poco diversamente. Precisamente, le parti avevano in un primo momento concordato l'"andamento" (*sic!*) della procedura, snodatasi in più udienze istruttorie; quindi, al-

---

<sup>(31)</sup> Cass. 14 febbraio 2000, n. 1608.

<sup>(32)</sup> Cass. 4 maggio 2011, n. 9761, peraltro relativo ad un caso in cui si faceva applicazione dell'art. 816 c.p.c. ante novella del 2006.

<sup>(33)</sup> Cass. 1 febbraio 2005, n. 1988, sempre relativa a normativa ante d. lgs. 40/2006.

l'udienza nella quale si tenne un sopralluogo per verificare i lavori oggetto dell'appalto, presenti i “difensori tecnici” — che non è dato capire se fossero i legali delle parti o piuttosto eventuali consulenti tecnici di parte, visto che si parla di una sorta di ispezione dei luoghi di causa — le parti, non avendo formulato richieste di discussione o di concessione di un termine per memorie conclusionali, avrebbero accettato la conclusione del procedimento e, dunque, il fatto che la causa fosse trattenuta in decisione, con siffatta modalità.

Si deduce quindi che nella fattispecie non si verteva, anzitutto, in un caso di assenza di previa regolamentazione del procedimento ad opera delle parti, ma in un'ipotesi di preventiva disciplina del medesimo, poi oggetto di una deroga verificatasi in seguito; inoltre, colpisce la curiosa scelta del termine assolutamente atecnico di “andamento” del procedimento per designare le regole di procedura, in quanto locuzione che tradisce una certa superficialità nella fattispecie in esame nel gestire — e forse financo comprenderne la portata — un elemento assai importante per il corretto svolgimento dell'arbitrato: il quale, si badi bene, è un “procedimento”, ossia una serie concatenata di atti finalizzati alla produzione di un risultato finale capace di produrre effetti giuridici<sup>(34)</sup>, in cui le regole di procedura scopoliscono i poteri e le facoltà processuali per le parti. Non di mero “andamento” del procedimento arbitrale si può quindi certo parlare, ma di vere e proprie regole di procedura che ne disciplinano il corretto svolgimento e che assicurano il rispetto di determinati canoni fondamentali, tra cui *in primis* la garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa (la cui violazione è uno dei principali motivi di impugnazione per nullità del lodo, nell'economia di mezzo di impugnazione a critica vincolata che emerge dall'art. 829 c.p.c.<sup>(35)</sup>).

In un simile contesto, che suscita più di un dubbio, il silenzio delle parti — *rectius*: dei loro “difensori tecnici” — che non hanno formulato alcuna richiesta di concessione di termine per le difese conclusive o quanto meno di un'udienza di discussione, pur avendo in principio fissato le regole di procedimento, assume dunque contorni preoccupanti.

E, così, seppure si può convenire che se le parti rinuncino scientemente a tale snodo procedurale conclusivo il contraddittorio possa essere considerato salvo, giusta le criticità del caso specifico testé sottolineate

---

<sup>(34)</sup> Per tutti cfr. DENTI, voce *Processo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, consultabile all'indirizzo [www.treccani.it/enciclopedia/processo\\_\(Enciclopedia\\_delle\\_sienze\\_sociali\)/1997](http://www.treccani.it/enciclopedia/processo_(Enciclopedia_delle_sienze_sociali)/1997), spec. § 3; FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss.

<sup>(35)</sup> Cfr. Cass. 14 marzo 2006, n. 5466; Cass. 3 ottobre 2002, n. 14182. In dottrina, per tutti e per un ampio rinvio bibliografico in argomento, cfr. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, 2 e spec. nt. 1. Sulle prospettive di riforma dell'impugnazione del lodo, cfr. invece SALVANESCHI, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in questa *Rivista*, 2015, 233 ss.

sarebbe stato auspicabile che l'arbitro, in ossequio ad un principio/dovere di collaborazione con le parti qui teorizzato avesse indotto le parti a riflettere bene su tale rinuncia, interrogandole per lo meno in modo espresso circa la loro volontà al riguardo (e sarebbe stato sufficiente un rapido cenno a verbale, in cui dar conto che le parti espressamente accettavano tale rinuncia). In questo modo, anche le parti meno avvedute sarebbero state indotte a ponderare meglio il significato di una simile opzione, la quale può essere considerata correttamente scelta solo a fronte di una reale consapevolezza della sua portata. Soltanto in tal caso, infatti, si ha una garanzia effettiva di rispetto del contraddittorio, tale per cui vi è la certezza che le parti in seguito non possano dolersene ai sensi dell'art. 829, n. 9, c.p.c.

La S.C., quindi, pure nei limiti della natura di pura legittimità del proprio vaglio, dopo aver colto condivisibilmente l'esigenza di verificare in concreto il rispetto di tale principio, avrebbe dovuto controllare — anche solo sulla scorta di quanto emergeva dal ricorso, secondo il noto principio di autosufficienza — se nella fattispecie il canone del contraddittorio veramente avesse potuto dirsi salvo e concludere che, giusta una serie di allarmanti indici *ictu oculi* evidenti senza necessità di alcun riesame nel merito, nel caso di specie forse qualche lesione della suddetta regola si era compiuta.

FRANCESCA LOCATELLI



## La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico (\*)

FERRUCCIO AULETTA

1. *L'onere della prova come regola formale di giudizio e il suo ruolo nel giudizio pubblico: il divergente impiego della c.t.u. in arbitrato.*

L'onere della prova (*odp*) muove lungo due versanti: uno, *soggettivo*, che concerne le parti e i rispettivi carichi probatori, che infine risultano modulabili e relativamente disponibili nei limiti dell'art. 2698 c.c. (*Patti relativi all'odp*); l'altro, *oggettivo*, che ne fa una regola di giudizio formale e inderogabile per divieto di *non liquet*, sul modello concettuale che è (adesso) nell'art. 530, c. 2, c.p.p.: “*Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*”.

Ora, in arbitrato è — al vertice — ancora disputato se sia davvero intangibile l'*odp* quale regola di giudizio <sup>(1)</sup>.

Invece, rimane condiviso nella giurisprudenza statale e arbitrale — quanto alla distribuzione tra le parti dell'*odp*, e avendo specifico riguardo al ruolo che vi può giocare la consulenza tecnica d'ufficio (c.t.u.) — che “*la richiesta di consulenza tecnica non può essere sostitutiva dell'onere probatorio*

---

(\*) Questo saggio raccoglie le idee espone nel corso del convegno, promosso da Università degli studi di Roma Tre, Unidroit e Camera Arbitrale di Milano, su “*La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: il caso del danno da inadempimento contrattuale*”, tenutosi a Roma il 17 aprile 2015.

(1) BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 995, sostiene: “Anche per gli arbitri vale il divieto del *non liquet*, assumendo essi un obbligo contrattuale di pronunciare il lodo entro un certo termine. Ma, affermare la sussistenza di un simile obbligo, non significa anche dire che esso debba trovare attuazione per mezzo dell'applicazione di quella stessa regola di giudizio che la legge detta per il giudice statale. Per giungere ad una simile conclusione si dovrebbe affermare o che essa rientri nella categoria dell'ordine pubblico o che non siano prospettabili alternative logiche”. Secondo l'A. la prima ipotesi è da escludere, e la seconda pure poiché “il caso dell'insufficienza della prova dei fatti costitutivi del diritto azionato” potrebbe essere risolto sulla base della “verosimiglianza delle allegazioni effettuate” quale criterio processuale alternativo a quello dettato dall'art. 2697 c.c.

ricadente sulle parti”<sup>(2)</sup>, ovvero che “anche nel giudizio arbitrale, la consulenza tecnica ... non è destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell’onere della prova posti dall’art. 2697 c.c.”<sup>(3)</sup>.

Questo non toglie che nei diversi giudizi, pubblico o privato, la c.t.u. svolga funzioni tendenzialmente distinte: poiché (almeno) nel giudizio statale la regola formale di giudizio dev’essere l’*extrema ratio* (è, invero, evidente che il grado di accettabilità sociale della decisione dipende dalla consistenza delle prove che ne costituiscono il fondamento, ed è maggiore quanto più la prova assume le fattezze del tipo storico positivo), la consulenza tecnica e la relativa disponibilità d’ufficio costituiscono prevalentemente modi attraverso i quali quella regola formale può essere evitata. E ciò accade perché la serie dei fatti secondari selezionabili dal consulente consente, stabilmente, di affermare la coincidenza o l’incompatibilità col *factum probandum*, quindi di offrire comunque una prova presuntiva, diretta o contraria. Insomma, la c.t.u. appare rilevante in ogni caso, cioè concludente. Quando non la prova diretta, riesce a indurre una prova (presuntiva) contraria, ed è giustamente detta — anche in questo senso — “*medio de prueba bilateral*”<sup>(4)</sup>.

Del resto, la regola formale di giudizio basata sull’*odp* si presenta finanche eticamente incompatibile con la soluzione di alcune controversie, come quelle su diritti indisponibili o *status*, che sono infatti prerogativa assoluta del giudice statale. E non per caso, nel più naturale monopolio della giurisdizione pubblica che è dato dal processo penale (pur quando conformato al modello accusatorio) sovviene un presidio omologo, e finanche più generale, che sta nel potere del giudice di cui all’art. 507 c.p.p.: “*Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove*”.

Dunque, per le sentenze che devono essere rese “*in nome del popolo*” (art. 101, 1° c., Cost.) la c.t.u. appare anzitutto stabilita in funzione del superamento della regola formale di giudizio e per aumentare la base razionale e il consenso sociale della decisione. Di qui viene la radicale differenza dell’istituto presso gli agenti *in nome* del popolo (i giudici) ovvero coloro (gli arbitri) che, pur sempre in funzione di giudizio, tuttavia agiscono esclusivamente *per conto* delle parti.

## 2. La prevalente funzione (c.d. percipiente) della c.t.u. in arbitrato: onere di allegazione e istanza di parte per il suo svolgimento.

Si spiega così la ragione per cui, in arbitrato, la funzione della c.t.u. è per

---

(2) Trib. sup. acque, 7 marzo 2012, n. 39.

(3) Arb. Roma, 30 gennaio 2012, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2012, 936.

(4) FONT SERRA, *La Ley*, 4 aprile 1995, n. 3751, 2.

lo più ridotta a quella di mezzo di assistenza della parte nell'assolvimento dell'*odp* soggettivo: la c.d. funzione *percipiente*. Infatti, “è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione « *percipiente* », quando essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare, per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone” (5).

Sennonché, l'onere dell'allegazione è esso stesso modulato sull'*odp*, anche se lo precede logicamente. E se — dunque — l'*odp* può essere soddisfatto, fermo il previo assolvimento dell'onere di allegazione, mediante istanza di nomina del consulente tecnico, il punto cruciale arretra e finisce per essere individuato in (o coincidere con) quello relativo — appunto — all'onere di allegazione.

Allora, “*benché le parti non possano sottrarsi all'onere probatorio a loro carico invocando, per l'accertamento dei propri diritti, una consulenza tecnica di ufficio ..., è tuttavia consentito al giudice fare ricorso a quest'ultima per acquisire dati la cui valutazione sia poi rimessa allo stesso ausiliario (c.d. consulenza percipiente) purché la parte, entro i termini di decadenza propri dell'istruzione probatoria, abbia allegato i corrispondenti fatti, ponendoli a fondamento della sua domanda, ed il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche*” (6).

Tuttavia, “*anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti, nell'insufficienza dei quali, quindi, non può procedersi all'espletamento di c.t.u.*” (7). E conseguenza dell'infrazione di quest'ultimo divieto sarebbe la “*viol[azione de] il principio della domanda, che anche in arbitrato è posto a presidio della terzietà del giudice*” (8).

Tanto ciò è vero che, all'estremo, come nota Verde (9), (fin-)anche il *notorio* deve essere affermato; difatti, soltanto facendo a meno della prova, e non anche dell'allegazione (“*senza bisogno di prova*”), il giudice può liberamente disporre mettendo appunto il *notorio* a base della decisione.

Insomma, l'allegazione o *posizione* del fatto è sempre compito riservato alle parti, che devono inalienabilmente realizzare una (seppure) minima affermazione linguistica al suo riguardo, assistita da compiutezza e munita di segno, positivo o negativo.

Di contro, una (seppure) massima esasperazione dell'onere di *posizione* del fatto non potrebbe mai tradursi nell'esigere dalla parte di enunciare completamente e analiticamente tutte le circostanze, anche quando queste siano integrate da fatti secondari igno(ra)ti, per la loro natura intima, (d)alla collettività in generale.

---

(5) Cass., sez. II, 22 gennaio 2015, n. 1190.

(6) Cass., sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695.

(7) Cass., [ord.], sez. VI, 7 ottobre 2013, n. 22824.

(8) Bove, *op. cit.*, 997, nt. 89.

(9) *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2015, 100.



Mentre tutti i fatti principali o secondari di ordinaria esperienza possono costituire senz'altro l'oggetto di oneri di allegazione e prova esigibili, all'inverso il fatto secondario non accessibile indiscriminatamente (siccome di natura tecnica o scientifica) non può farsi oggetto di adduzione *ex parte* necessariamente analitica. Pertanto, l'esonero — secondo logica — della parte interessata all'allegazione di tal genere di fatti secondari, sotto pena di compromissione della tutela giurisdizionale effettiva dei conseguenti diritti, non può implicare altro da ciò: che già l'*allegazione*, sebbene in modo *virtuale*, di questi fatti avvenga legittimamente anche mediante sola istanza di nomina del consulente tecnico.

3. *Rapporto di proporzionalità inversa tra gli oneri di allegazione e di istanza di nomina del consulente tecnico: la consulenza (c.d. deducente) in assenza di ogni onere di istanza.*

In questo modo, la selezione stessa dei fatti rimane invariabilmente e per intero ricondotta alla parte, che in misura totalmente auto-responsabile determina così l'acquisizione dei fatti destinati a integrare la materia della prova fondativa della decisione. Sì, perché, in casi siffatti, la regola formale di giudizio è destinata a rimanere comunque preclusa considerando, come insegna chiaramente la Corte di cassazione, che, “*quando la consulenza tecnica sia richiesta da una parte al fine di accertare fatti essenziali per la decisione, rispetto ai quali si presenta come strumento tecnicamente più funzionale ed efficace di indagine, il giudice del merito non può negarla senza confutare con adeguata motivazione le ragioni addotte dalla parte e non può rigettare la pretesa sostanziale osservando che, con quella richiesta, non si è adempiuto all'onere della prova*”<sup>(10)</sup>.

Certo, secondo il modello costituzionale vigente — che rimane assolutamente neutrale al riguardo —, la raccolta della prova potrebbe essere *tecnicamente* gestita in modo diversificato, fino a conferire al giudice ogni *metodo acquisitivo* della prova, ma l'onere dell'allegazione ne rappresenterebbe comunque un *prius* insopprimibile: del che, in effetti, consiste quel minimo coefficiente dispositivo di ogni processo civile per cui, quando trattasi di fatti secondari percettibili solo per il tramite del consulente tecnico, la *posizione* del fatto può *in tanto* avvenire direttamente ed effettivamente per opera di quest'ultimo, ma *in quanto* previamente legittimato dall'istanza di nomina della parte interessata.

Si può riconoscere, in definitiva, un rapporto di proporzionalità inverso: quanto più diminuisce l'onere di allegazione verso la *minima* unità fattuale, tanto più aumenta l'onere di domandare l'ingresso del consulente tecnico (con funzione di ausilio della parte onerata della prova del fatto specifico, cui

---

<sup>(10)</sup> Cass., 30 gennaio 1985, n. 622.

ragionevolmente segue la possibilità di accollo anche integrale delle spese da anticipare, ma — corrispondentemente — anche l'incremento progressivo dei rischi di un esito probatorio contrario agli auspici dell'istante).

Viceversa, a fronte della *massima* unità fattuale esigibile quale allegazione di parte, l'istanza di nomina del consulente tecnico non costituisce più un onere indeclinabile, e rimane spazio soltanto per l'ulteriore iniziativa officiosa. E soprattutto in casi del genere, “*non dovendosi ... accertare l'esistenza o l'entità di determinati elementi o fatti di causa*” ma semplicemente valutarli “*attraverso l'utilizzo di metodi scientifici, fisici, o tecnici, i quali, come tali, non sono surrogabili in base alle comuni conoscenze*” si parla diffusamente di “consulenza deducente” (11).

#### 4. *La nomina del consulente tecnico interamente officiosa e le sue applicazioni in arbitrato.*

La nomina interamente officiosa del consulente tecnico muove, in realtà, dalla mera *sup-posizione* del fatto, cioè dall'enunciazione in forma ipotetica e per finalità di accertamento del suo *modo* di essere: ciò che rimane altro dalla *posizione* del fatto in senso stretto (12), questa riguardando piuttosto l'*essere* o *non-essere* del fatto stesso e riesce sempre monopolio delle parti, benché eventualmente esercitabile mediante (ovvero: possa rimontare alla) istanza di nomina del consulente tecnico *tout court*.

È la “formula[zio]ne de]i quesiti” (art. 191, 1° c., c.p.c.), poi, a rappresentare la ineludibile quanto essenziale sede di esplicazione della tecnica della *supposizione* giudiziale di cui si è appena detto.

Ora, entro i confini propri dell'arbitrato, l'iniziativa d'ufficio sembra incontrare applicazioni da tenere distinte, in sintesi, in base alla circostanza che trattasi di:

- giudizi su diritti disponibili;
- rilievo di (o pronuncia su) situazioni altrimenti inderogabili.

Nell'ambito dei diritti disponibili (e quindi propriamente elettivi dell'arbitrato) la funzione della nomina tutta officiosa del consulente tecnico sta — ove si creda che l'equipollenza tra lodo e sentenza *ex art. 824-bis c.p.c.* implichi anche un necessario e incompressibile fondamento razionale di ogni decisione, pubblica o privata — nel pervenire, all'esito delle iniziative istruttorie degli antagonisti e non mai anteriormente (13), a una prova (almeno) critica (e però di esistenza o inesistenza senz'altro) del *factum probandum*, comunque escludendo quest'ultimo dal raggio di applicazione della regola formale di giudizio

---

(11) C. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2223.

(12) Cfr. SCANDIANI, *Patologia della posizione nel fatto nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, II, 174: “*la supposizione non è posizione del fatto*”. In tema, *si vis*, v. anche AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 291 ss.

(13) Cfr. PICO' I JUNOY, *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, a cura di Lorca Navarrete, II, Valladolid, 2000, 1883, che precisa: “*y no con anterioridad*”.

(cioè: impedendo che il giudizio si arresti al rilievo dell'insufficienza di prova del fatto c., ovvero del fatto i.m.e., ovvero dell'insufficienza di prova dell'uno e degli altri).

Diversamente, l'istanza di parte a fondamento del procedimento di istruzione mediante consulente tecnico diventa regolarmente necessaria, salvo che il giudice non debba disporlo *motu proprio* per (poter) rilevare o dichiarare un effetto giudico sostanziale là dove la legge, siccome *inderogabile* anche in arbitrato, esoneri la parte dal farne domanda (com'è, per es., in caso di nullità).

In arbitrato queste applicazioni di principio rientrano, per molte ragioni di fondo, in uno spettro più articolato di ipotesi, più articolato intendo di quanto possa darsi avanti all'A.G.O.: si va, infatti, dalle allegazioni virtuali di (serie di) fatti operate dalle parti già per (e con) la sola scelta degli arbitri, come accade quando questi sono espressione proprio della comunità tecnico-scientifica da cui muovono quelli a contenuto generale o normativo utilizzabili in causa, e fino all'attribuzione dei massimi poteri officiosi che fosse stata convenzionalmente operata a favore degli arbitri per l'acquisizione diretta di tutti quanti i fatti (secondari).

Già nel *Digesto* Tito Carnacini commenta una risalente indicazione giurisprudenziale in base alla quale le parti hanno il potere di “*dispensare preventivamente gli arbitri dal valersi dell'opera di periti, autorizzandoli a risolvere la controversia valendosi delle proprie cognizioni tecniche*” (14). Su quest'opinione si registrano, peraltro, convergenze recenti, di dottrina e giurisprudenza (15).

Qui, allora, va appena aggiunto che, in tal guisa: *a*) ciascuna delle parti rinuncia ad avvalersi dell'ausilio necessario all'allegazione dei fatti secondari d'interesse (la cui selezione si renderebbe possibile soltanto con l'occhiale del consulente tecnico); *b*) ciascuna delle parti accetta l'incremento dei fatti di causa per il tramite dei fatti secondari generali *aliunde* noti agli arbitri.

Ciononostante, una volta condiviso quanto sopra, dovrebbe comunque ammettersi uno spazio residuo per l'iniziativa officiosa: quello dell'affidamento a un esperto dell'indagine che risulti funzionale all'accertamento di fatti costitutivi di effetti predicabili per diritto oggettivo e svincolati da iniziative di parte. Del tutto logicamente: se le parti non possono sottrarsi all'imperio della norma cogente altresì in arbitrato, nemmeno debbono poter disporre *ex ante* dello strumentario che la legge preordina alla sua migliore applicazione possibile.

---

(14) CARNACINI - VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo Dig. It.*, I, Torino, 1937, 648.

(15) C.M. BARONE, in *Foro it.*, 1992, I, 1385 scrive che “gli arbitri possono esimersi dal disporre la nomina di un c.t.u. quando siano in possesso delle cognizioni necessarie per decidere la causa in base alle prove già raccolte ed anche alle sole risultanze processuali emergenti dagli atti di parte (Cass. 13 febbraio 1969, n. 493)”.

## La consulenza tecnica in arbitrato tra *soft law* e questioni irrisolte ma risolvibili (\*)

ANTONIO BRIGUGLIO

1. È doveroso ringraziare anzitutto gli organizzatori per questo incontro di grande e multiforme interesse. È quasi inutile invece porgere i complimenti al Protocollo (*rectius*: “Note”) sulla Consulenza tecnica nell’ambito di arbitrati amministrati dalla Camera Arbitrale milanese, predisposto dalla medesima e di cui più volte oggi si è parlato.

Il Protocollo è estremamente accurato e ragionevole, e certo in materia di consulenza tecnica in arbitrato un Protocollo orientativo, elastico e non cogente è proprio quello che ci vuole. Mi appresto però a segnalare che alcune soluzioni “da Protocollo” sulla consulenza tecnica in arbitrato e cioè — come si usa dire con espressione che mi è antipaticissima — da *soft law*, meriterebbero una “promozione”; meriterebbero cioè di essere trasferite a livello regolamentare e perciò di divenire cogenti sia pure per il tramite della volontà compromissoria che richiami il regolamento di arbitrato amministrato, contribuendo più efficacemente a risolvere qualche difficoltà, e ponendosi così in quello snodo di fondamentale importanza in cui l’autonomia privata, vincolando se medesima, riempie gli spazi lasciati vuoti dalle norme di legge ed appiana i dubbi che a quegli spazi corrispondono.

2. Ad esempio, un problema “piccolo” ma notissimo è questo: chi paga il C.T.U. scelto dagli arbitri? Il dubbio che debbano pagarlo gli arbitri serpeggia sempre. Ed a monte del “chi lo paga?": qual è il rapporto contrattuale — e fra chi — che si stabilisce quando gli arbitri nominano un consulente? Su questo problema i civilisti, ma anche i cultori di diritto dell’arbitrato

---

(\*) È il testo dell’Intervento alla Tavola Rotonda conclusiva del Convegno su “*La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: il caso del danno da inadempimento contrattuale*” organizzato da Università di Roma III, Unidroit e Camera Arbitrale di Milano e svoltosi a Roma il 17 aprile 2015. Le “*Note sulla consulenza tecnica nell’ambito di arbitrati amministrati della Camera Arbitrale di Milano*”, cui l’Intervento si riferisce, sono pubblicate in questo fascicolo nella rubrica “Documenti e notizie”.

non hanno ancora sufficientemente riflettuto. Bisognerebbe mettersi tutti d'accordo. Io temo che le alternative praticabili, in assenza di specifica volontà delle parti, siano soltanto tre.

Una prima è quella che i consulenti tecnici, quando gli arbitri li nominano, sono “spese dell'arbitrato”. Sono, in pratica, consulenti privati degli arbitri. Questi ultimi sono chiamati a compensarli e poi a ribaltare l'onere, come spesa del collegio, sulle parti. La congruità dell'onorario del consulente, che l'arbitro ha per intanto corrisposto, sarebbe poi verificata, nei rapporti fra arbitri e parti, in sede di procedimento *ex art. 814 c.p.c.*, o, nell'arbitrato amministrato, da parte della camera arbitrale. Questa soluzione francamente la scarterei, perché assolutamente incongrua rispetto alla dimensione e alla dignità della consulenza tecnica in arbitrato, che non è un affare privato degli arbitri, ma è un affare del procedimento e delle parti.

La seconda possibilità — quella più agevole di tutte teoricamente — è che quando gli arbitri nominano il consulente essi sono mandatari senza rappresentanza delle parti. Il contratto con il consulente lo stipulano dunque e pur sempre gli arbitri su mandato delle parti. Le conseguenze pratiche in ordine al “chi lo paga?” non sono ovviamente diverse da quelle che discendono dalla prima soluzione (essendo oltretutto ricavabile pacificamente anche per quella, *ex art. 816 septies c.p.c.*, la garanzia del diritto all'anticipo, che, se si accoglie la seconda soluzione, discende direttamente dall'art. 1719 c.c.). Altrettanto ovviamente possono esser diverse le conseguenze pratiche sotto altri profili.

La terza possibilità — che a me piace molto, pur essendo un tantino ardita — è che siccome l'eventuale contratto fra parti e C.T.U. è una banalissima locazione d'opera che non richiede nessuna forma scritta, anche la relativa procura non richiede forma scritta. Non pare dunque irragionevole ritenere che tutte le volte che le parti danno mandato agli arbitri, conferiscono loro implicitamente anche la procura — mandato con rappresentanza dunque — a nominare ove occorra il C.T.U.. Quando l'arbitro nomina un consulente sta costituendo un rapporto contrattuale — se volete per fatti concludenti e grazie a procura conferita implicitamente — tra il consulente e le parti. Il consulente perciò fattura direttamente alle parti e verso di lui le parti sono solidalmente e direttamente obbligate, e l'unico problema resta quello della determinazione del compenso al consulente. Quando — come di solito avviene al di là di qualsiasi inquadramento teorico della vicenda contrattuale a monte — il consulente sottopone, anche per doveroso controllo, la fattura all'arbitro e l'arbitro la trasmette alle parti, l'arbitro sta soltanto trasmettendo alle parti una proposta di compenso che le parti potrebbero non accettare. Sarà un contratto — quello che si è costituito tra parti e C.T.U. attraverso l'arbitro quale mandatario con rappresentanza — ad oggetto non compiutamente determinato quanto all'onorario, ma determinabile secondo i principi di diritto comune. Se la vedranno, se del caso davanti al giudice, parti e consulente. A meno che non si spinga l'ardimento oltre l'ostacolo e non si dica

che gli arbitri possono liquidare nel lodo le spettanze dovute dalle parti al C.T.U. per lo meno alla stregua di arbitratori, e perciò con effetto vincolante per le parti discendente non dall'art. 823 c.p.c. bensì dall'art. 1349 c.c. Si tratterebbe insomma di ipotizzare anche un implicito riferimento all'arbitraggio degli arbitri, vuoi nella proposta di incarico che attraverso essi perviene dalle parti, vuoi nell'accettazione della proposta da parte del C.T.U..

Inutile dire che questa "appendice" è compatibile solo con la terza soluzione, e non con le prime due, alla stregua delle quali gli arbitri risulterebbero inammissibilmente arbitratori *in rem propriam* e cioè relativamente a contratto con il C.T.U. da essi stessi stipulato (e del resto nessuno ha mai pensato che gli arbitri possano liquidare nel lodo, con effetto vincolante per le parti, foss'anche le semplici "spese" del collegio, quali sarebbero, nella logica delle prime due soluzioni, i compensi da essi versati al C.T.U.).

Questa ultima soluzione è — ripeto — quella che a me piace di più, e già ora, ed anche in un arbitrato *ad hoc*, ha ormai un supporto normativo non indifferente nel codice di rito. Con la riforma del 2006 è stata scritta una norma che sembra inutile: l'art. 816 *ter*, c. V, c.p.c. ov'è detto che gli arbitri possono nominare consulenti tecnici. Parrebbe una banalità: qualcuno ha mai dubitato del contrario? Ebbene, questa norma, se deve avere un senso ed una portata, forse dà supporto alla tesi secondo cui, quando le parti stipulano con gli arbitri il contratto di arbitrato, conferiscono loro anche, in via più o meno implicita, il mandato con rappresentanza a nominare, se del caso, un consulente, costituendo un ulteriore rapporto contrattuale diretto tra quest'ultimo e le parti.

In tutta questa incertezza, un arbitrato amministrato può semplificare le cose, chiarendo alcuni aspetti e rendendo cogenti alcuni esiti pratici. In questo senso tuttavia tanto varrebbe superare i semplici protocolli orientativi o linee guida, ed introdurre nuove norme di Regolamento: un "pezzo" dell'attuale Protocollo trasferito nel Regolamento e perciò richiamato poi nell'accordo compromissorio, e fatto proprio altresì dagli arbitri e dall'eventuale C.T.U. nell'accettare i rispettivi incarichi.

Va da sé che tutte queste riflessioni e le predette alternative ricostruttive non si attagliano solo alla tradizionale C.T.U. in arbitrato. In quest'ultimo ambito i consulenti tecnici di parte sono officati, "posti sotto contratto" e remunerati ciascuno ed esclusivamente dalla rispettiva parte. Ma non è detto che essi tali resterebbero, sul piano civilistico e negoziale, anche ove — come in alcuni casi sarebbe davvero auspicabile — prendesse piede nella nostra prassi l'attitudine di altri lidi che vede il collegio arbitrale interloquire, da *peritus peritorum* ed a tutto tondo, in assenza di una vera e propria consulenza d'ufficio, con i soli consulenti di parte o *expert witnesses* indicati da ciascuna parte ma circconfusi da doveri deontologici o perfino giuridici di ben maggiore indipendenza rispetto ai nostri tradizionali C.T.P. Ed il ruolo di costoro meriterebbe dunque, di conserva con tale aura di indipendenza, un inquadramento negoziale e civilistico non diverso da quello che si ritenga idoneo per il tradizionale CTU.

3. Dove invece il Protocollo merita di restare tale, cioè semplice insieme di *Guidelines*, è con riguardo allo svolgimento della consulenza tecnica ed in particolare al contraddittorio nella consulenza tecnica. Quello del contraddittorio è veramente un profilo inadatto a norme cogenti, perché il contraddittorio in arbitrato non può essere sclerotizzato, ci mancherebbe!

Il codice di rito quanto alla vicenda della consulenza tecnica è, in generale, estremamente libero e aperto, anche riguardo alle modalità di rispetto del contraddittorio, salvo che le prassi giudiziarie sono routinarie e sclerotiche: sclerosi dunque ma solo per prassi, non perché il giudice vi sia costretto. Non si è mai visto un collegio giudicante chiamare i consulenti in camera di consiglio, pur se potrebbe farlo.

Gli arbitri lo dovrebbero fare all'occorrenza e perfino spesso, invece. La osmosi continua tra arbitri e consulente è sana non solo nella formulazione del quesito, ma anche dopo il quesito e dopo la risposta al quesito. *“Caro consulente aziendalista forse c'è un chiarimento da renderci (è una autentica richiesta di chiarimento non una critica). Ci siamo accorti che hai applicato, per la quantificazione del danno, il criterio del margine contributivo, che non è affatto un criterio da scartare; però sai, noi che siamo giuristi, ci rendiamo conto che si perviene a risultati in fondo sperequati, che possono tuttavia essere ridimensionati applicando il 1227 c.c., ma per applicare il 1227 abbiamo bisogno che tu ci chiarisca una certa cosa”*. Se poi il chiarimento avviene nel contraddittorio piuttosto che semplicemente in camera di consiglio è naturalmente molto meglio. In questo modo non è che non si finisca mai; ad un certo punto si finisce, però si ha un lavoro di qualità migliore.

E se la cura maggiore che arbitri avveduti e coscienziosi possono dedicare alla trattazione della controversia, rispetto a ciò che può fare il pur volenteroso giudice ordinario sommerso di cause e di *routine*, consenta all'occorrenza la *cross-examination* del C.T.U. o dei C.T.P. davanti al collegio arbitrale, ben venga perfino questa salutare e per ora, da noi, inconsueta modalità di reale approfondimento del giudizio di fatto nella dialettica del contraddittorio.

Tutto questo non può essere ingessato, può essere solo “guidato” dal Protocollo. Il Protocollo, nella versione attuale, è molto saggio, perché dice semplicemente: come modello base utilizziamo quello che oggi è consacrato per il rito ordinario, e cioè il consulente prepara la relazione, la sottopone prima alle parti, le parti rendono le loro osservazioni, il consulente tiene conto delle osservazioni e poi rimette la relazione agli arbitri. Dice però giustamente che non sono escluse altre modalità. E ben inteso le altre modalità possono essere anche più semplificatorie.

4. Quanto al problema della CTU c.d. “percipiente” purché rispettosa del contraddittorio, anche qui il Protocollo prende una strada ragionevole. È una strada che non è praticabile solo perché lo dice il Protocollo o solo nella

misura in cui in futuro un “pezzo” di Protocollo, trasformato in Regolamento arbitrale, sia richiamato *per relationem* nell'accordo compromissorio. È praticabile ovunque, pur se bene fa il Protocollo a indicarla.

Gli arbitri hanno o non hanno un potere di acquisizione di prove d'ufficio maggiore di quello che ha il giudice? Io penso di sì e non solo nell'arbitrato internazionale. Molto spesso gli arbitri lo dimenticano, però questo potere lo hanno. Allora, se gli arbitri autorizzano il consulente a svolgere una consulenza percipiente a tutto tondo, il consulente la faccia. Certo, con la cooperazione dei C.T.P. e nel rispetto del contraddittorio.

Il Protocollo, poi, all'articolo 10.3 dice una cosa molto raffinata, e però con un linguaggio semplice, da *guidelines* di camera arbitrale, non con linguaggio da processualista. Se traduciamo in quest'ultimo linguaggio ne viene fuori: a parte l'acquisizione dei documenti, che, se gli arbitri autorizzano, può andare al di là di quello che hanno prodotto le parti, il consulente, quando chiede informazioni alle parti o a terzi, deve stare attento ad acquisire attraverso queste informazioni solo fatti costitutivi secondari, non fatti costitutivi principali, perché questi devono essere portati dentro al giudizio esclusivamente dalle parti. Ecco: questo dovrebbe restare tendenzialmente fermo. Però anche di ciò non è facilissimo fare un dogma assoluto in arbitrato. Penso ancora a consulenze complesse sulla valutazione dell'azienda o sulla valutazione dei danni contrattuali nei contratti di durata ed alla dialettica auspicabilmente continua, secondo cui non è che l'arbitro chiede, il consulente risponde, poi l'arbitro decide; no, l'arbitro chiede, il consulente risponde, emerge qualche aggiustamento del tiro possibile anche sul piano dell'impostazione giuridica della soluzione della controversia, allora l'arbitro torna a chiedere, il consulente torna a rispondere etc.. In questa situazione insomma qualche fatto costitutivo principale che le parti non abbiano allegato e che viene fuori da una indagine peritale doverosamente articolata a misura che la controversia sia complessa, potrà esservi. Cosa facciamo da arbitri? Fidiamoci del fatto che il lodo è in larga misura e comunque inattaccabile in sede impugnatoria; se giustizia sostanziale lo vuole, e se naturalmente abbiamo sottoposto il tutto al contraddittorio, forse anche il dogma predetto lo possiamo elasticizzare.

5. Un'ultima cosa. Tutto questo lavoro — parlo di indagini peritali complesse, importanti come quelle di cui abbiamo sentito discorrere oggi — può portare a tempi anche più lunghi di una consulenza nel giudizio ordinario. Ma finiamola di pensare — e del resto lo sappiamo tutti — che l'arbitrato si scelga soprattutto o addirittura solo per la celerità dei tempi, altrimenti in Svizzera non farebbero arbitrati: un giudice svizzero ci mette quattro mesi a decidere una causa.

Questo lavoro dovrebbe portare a una “qualità” maggiore, con un dispendio temporale proprio perciò accettabile (se non si esagera).

E qualità maggiore rispetto al giudizio ordinario significa essenzialmente



— per come la vedo io — un giudice che fa davvero il *peritus peritorum*, e che cioè dialoga continuamente con il C.T.U. e con i C.T.P. (o perfino solo con questi ultimi nella ipotesi particolare cui accennavo in precedenza) sforzandosi di capire sul serio i profili tecnici della vicenda piuttosto che soltanto di recepire, con una qualche tranquillità sulla loro plausibilità *ab extrinseco*, i risultati delle indagini tecniche.

## **La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di *standard* condivisi nel risarcimento del danno contrattuale (\*)**

ANDREA ZOPPINI

### *1. Il problema della consulenza tecnica nel giudizio arbitrale.*

In un corso di lezioni, destinate alla formazione degli arbitri internazionali che ho atteso ormai anni or sono a Parigi presso la Corte Internazionale di Arbitrato, Serge Lazareff — allora decano degli arbitri internazionali — propose, non senza destare una certa sorpresa nell'uditorio, un catalogo di regole di comportamento, talora di buon senso talora controintuitive, cui l'arbitro si deve attenere; al vertice ha posto il principio che — oggi posso anche io dire — deve sempre conformare il comportamento dell'arbitro: il tribunale arbitrale non deve mai *sorprendere* le parti, deve al contrario imporsi di essere *prevedibile*, sia nelle scelte e decisioni interinali, sia nel lodo.

Quest'insegnamento ritengo sia particolarmente fruttuoso nella materia della consulenza tecnica (d'ora in poi anche per brevità 'CT') nell'arbitrato.

Ciò a maggior ragione se si considera che la (mi pare) crescente centralità della consulenza tecnica nel giudizio arbitrale <sup>(1)</sup> deriva dal fatto che l'opzione di devolvere ad arbitri la soluzione d'una controversia rappresenta una scelta ragionevole ed efficiente, e poi frequentemente praticata, proprio nei settori nei quali la componente tecnica del giudizio è predominante su quella giuridica (ovverosia in quegli stessi casi ove, se affidati al giudice togato, l'istruzione probatoria rappresenta costantemente un punto problematico, atteso che giusrealisticamente la scelta prevalente si orienta verso singoli professionisti, legati a rapporti di conoscenza e fiducia diretta con il giudice, ma non sempre adatti a risolvere problemi complessi).

---

(\*) È il testo della Relazione svolta al Convegno “*La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: il caso del danno da inadempimento contrattuale*”, organizzato da Università di Roma III, Unidroit e Camera Arbitrale di Milano e svoltosi a Roma il 17 aprile 2015.

(1) In questo senso già P. BERNARDINI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 616; V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in questa *Rivista*, 1993, p. 185. Recentemente, G.F. RICCI, *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, *ivi*, 2013, p. 622.

Forse (anche) per questo, nell'esperienza del giudizio arbitrale, segnatamente in quello domestico, la consulenza tecnica configura sempre più spesso un epicentro problematico.

Questo accade anche per due ulteriori concorrenti ragioni.

A) Le norme sulla liquidazione del danno contrattuale hanno un valore precettivo debole, propongono regole aperte, appaiono incapaci d'orientare in maniera univoca la scelta del giudice e/o di consegnare al consulente tecnico una direttrice d'azione <sup>(2)</sup>.

Gli è che sussiste un'asimmetria tra il carattere 'aperto' della norma e la complessità delle regole tecniche che possono alternativamente essere invocate in sede di liquidazione del danno.

D'altra parte, ciascun enunciato normativo inerente al danno risarcibile problematicamente s'interpreta in termini meramente empirici o naturalistici, ma richiede d'essere collocato in un quadro di riferimento teorico, che in ultimo si 'aggancia' al problema di vertice della funzione del risarcimento del danno e della tutela dell'affidamento contrattuale <sup>(3)</sup>.

Tra la vaghezza delle regole giuridiche, che ci consegna il codice civile, e le regole tecniche e aziendalistiche, che saranno poi chiamate a valutare e quantificare il pregiudizio patrimoniale, v'è dunque uno spazio nel quale può diffusamente esercitarsi la discrezionalità — quando non l'arbitrio — di chi è chiamato a decidere.

B) Dall'altro, l'esito della valutazione peritale non è suscettibile di rimedi in sede d'impugnazione, specie ora che i casi di nullità sono ristretti a vizi formali e tipizzati.

Si pensi al caso in cui il lodo, accertato il fatto causativo del danno, con un salto logico-motivazionale, si limiti a recepire il calcolo operato dal consulente: ebbene, in questo caso estremo — ma per il vero non proprio infrequente — non si dà possibilità d'impugnazione, salvo percorrere la strada segnata dell'art. 829, comma 3, c.p.c., ove le parti o la legge abbiano esteso l'impugnazione al merito della controversia, ma sul presupposto — pure sostenibile, ma certo non scontato — che siano « regole di diritto » quelle che presiedono alla scelta delle regole tecniche di quantificazione, in quanto coerentemente desumibili dal danno giuridicamente risarcibile <sup>(4)</sup>.

## 2. *I quesiti più frequenti.*

Vi sono una serie di problemi che il tribunale arbitrale deve affrontare nel procedimento che conduce a una decisione fondata su un elaborato peritale.

Si rifletta, a titolo d'esempio, su questi interrogativi:

---

<sup>(2)</sup> Sono regole quelle dei codici civili che, al fondo, visualizzano, quali antecedenti della norma, *Realtypen* oggi superati.

<sup>(3)</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 86 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. G.F. RICCI, *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, cit., p. 640.

a) se addivenire (o *non*) alla consulenza tecnica, potendo il collegio farsi integralmente carico della valutazione tecnica: ciò che sottende l'interrogativo, allora anche d'opportunità oltre che giuridico, se e quando la nomina d'un consulente debba ritenersi *necessaria* all'adempimento del mandato (ai sensi degli artt. 1708, comma 1, e 1717, comma 1, c.c.) (5);

b) quando, in relazione all'onere della prova incombente sulla parte, possa dirsi ammissibile la CT percipiente volendosi così indicare — a confronto di quella deducente — quella fondata sull'allegazione di un fatto costitutivo, sì che la prova viene a formarsi nel contraddittorio delle parti (6);

c) se possa aversi una CT su una materia segreta, il che sottende il disvelamento (solo) parziale ad una parte del materiale messo a disposizione del consulente scelto dal collegio e sul quale, solo una volta formato l'elaborato, i consulenti di parte sono chiamati a esprimersi;

d) se, e allora quando, il consulente tecnico possa, di propria sponte, acquisire (7) e/o richiedere ulteriori documenti alle parti;

e) cos'accada quando il consulente non risponde a taluni quesiti;

f) se il collegio possa convocare il consulente per richiedere spiegazioni o schiarimenti, senza che siano presenti le parti o i consulenti da esse nominati (8);

g) quali siano le regole che governano l'interazione tra consulente e le parti dopo la consegna dell'elaborato peritale, nei casi ad esempio in cui siano da una o entrambe le parti richiesti integrazioni o chiarimenti (9);

h) chi debba adempiere, eventualmente in solido, al compenso spettante al CTU in ragione del fatto che si tratta d'un ausiliario scelto dal collegio (artt. 1715, 1719 c.c.) (10), e secondo talune prospettazioni di cui anche il collegio arbitrale risponde (11);

---

(5) F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 351 ss.; F. TIZI, *Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2012, p. 730.

(6) V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., p. 190 s.

(7) Sul punto, G.F. RICCI, *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, cit., p. 627.

(8) L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e atto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 120 ss.

(9) F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., p. 346 s.; A. BERLINGUER, *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in questa *Rivista*, 1994, p. 767 s.

(10) Secondo quanto statuito da una recente pronuncia del Tribunale di Massa, 4 dicembre 2013, n. 732, « [...] il diritto di credito del consulente tecnico d'ufficio [trova] fondamento, per quanto chiarito nelle convenzioni compromissorie sottoscritte dalle parti del lodo, nell'attività espletata su incarico dell'arbitro e nel provvedimento di liquidazione del compenso emesso da quest'ultimo. Non può quindi aversi riguardo alla disciplina dei cd. debiti *ex mandato* prevista dall'art. 1720 c.c., ai sensi del quale "il mandante deve rimborsare le anticipazioni con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte". Ed infatti, per espressa previsione patrizia, le parti interessate demandarono espressamente all'arbitro il potere di regolare le spese della procedura arbitrale ponendole a carico di taluna di esse o di entrambe, di guisa che la liquidazione operata dall'arbitro libero è a tutti gli effetti espressione della volontà delle medesime parti e quindi efficace nella loro sfera giuridica ». V. il commento di F. Tizi, *Considerazioni in ordine al soggetto tenuto a corrispondere il compenso al consulente tecnico nel*

i) quali siano le regole di responsabilità avverso il CTU, nei casi nei quali assolva in modo infedele il proprio mandato ovvero senza la perizia e la diligenza necessaria (art. 1715 c.c.), situazione che taluni predicano come indissociabile dalla responsabilità del collegio.

### 3. Cosa significa disporre d'uno standard.

A fronte dei quesiti appena evocati, rispetto ai quali le regole del mandato possono offrire una prima (e non sempre definitiva) risposta, ritengo debba mettersi l'accento su un aspetto tutt'affatto diverso.

Si tratta d'un profilo che — a mio avviso — in termini giusrealisti *distingue* la CT nel giudizio rimesso ad arbitri da quello invece affidato al giudice togato <sup>(12)</sup>.

Gli è, infatti, che il consulente tecnico, quando ausiliario del giudice togato, è destinatario d'un ufficio non declinabile e — nel processo decisionale — alimenta direttamente il proprio comportamento dal legame fiduciario con il giudice <sup>(13)</sup>.

Al contrario, nel giudizio arbitrale il consulente scelto dal collegio è destinatario di un mandato professionale, liberamente assunto e oggetto d'un possibile confronto dialettico con i mandanti (che poi sono il collegio e indirettamente le parti), proiezione del contraddittorio che costituisce la pietra angolare del procedimento che conduce al lodo <sup>(14)</sup>.

Il problema cui alludo, e che (*mi*) pare di centrale rilievo, è quello di assicurare un'effettiva condivisione e un confronto sostanziale nel processo di formazione della consulenza, prima in ordine ai presupposti tecnici e scientifici su cui la decisione si basa; poi, una volta che l'elaborato tecnico è reso, nel dialogo e confronto interno al collegio e, poi, tra il collegio e le parti.

Provo a schiarire, nelle premesse logiche e fattuali, quanto appena ora affermato.

Non alludo al fatto — sostanzialmente scontato — di garantire il rispetto del principio del contraddittorio in senso formale, che secondo la giurisprudenza è comunque assicurato qualora si consenta alle parti di controvertere ed esprimersi sui risultati dell'elaborato peritale <sup>(15)</sup>.

---

*procedimento arbitrale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 823 ss.; P. BERNARDINI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., p. 626. Cfr., C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 270, nota 280. In giurisprudenza v. TAR Lazio, 11 giugno 2002, n. 5432.

<sup>(11)</sup> In una recente pronuncia della Cassazione, sez. I, 21 marzo 2014, n. 6736, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1790 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO, può leggersi che il consulente tecnico al quale non sia stato corrisposto il compenso ha il diritto di rivalersi sugli arbitri. Quest'ultimi, in quanto conferenti l'incarico, secondo la Corte, sono gli unici tenuti al pagamento.

<sup>(12)</sup> In generale F. TIZI, *Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale*, cit., p. 725 ss.

<sup>(13)</sup> G.F. RICCI, *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, cit., p. 623.

<sup>(14)</sup> P. BERNARDINI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., p. 622 ss.; E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 703 ss.

<sup>(15)</sup> Si veda, per tutte, Cass., sez. I, 29 gennaio 1992, n. 923, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1385

Il problema è, piuttosto, di tipo *sostanziale* e concerne l'individuazione d'uno *standard* condiviso che garantisca un forma corretta d'interazione e dialogo con il consulente designato, e poi dell'elaborato peritale, nel collegio e tra il collegio e le parti in ordine ai contenuti e prima ai presupposti dell'elaborato medesimo.

Si pensi alla situazione, tutt'altro che eccezionale, nel quale una parte (e sovente l'arbitro da quella parte scelto) contesti radicalmente l'esito della CT sia per quanto concerne il danno (che avrebbe dovuto essere risarcito) sia per quanto concerne il metodo di calcolo: a quali condizioni il tribunale arbitrale può, coerentemente e — come s'è detto — prevedibilmente, rinnovare la consulenza tecnica, eventualmente affidandosi a un diverso consulente?

Al fondo che uno *standard* comportamentale — intimamente imbricato all'assolvimento dell'onere della prova — già esista lo dimostra il confronto tra le regole comportamentali in cui si sostanzia l'arbitrato domestico a confronto di quello internazionale: nel primo il ricorso alla CT è considerato fisiologico e accettabile, anche quando si tratta di far di conto (cosa che il collegio potrebbe non troppo disagevolmente fare in proprio) ovvero, con un processo che si dice allora percipiente, integrare una prova non compiutamente assolta da una parte.

Al contrario, nell'esperienza arbitrale internazionale il ricorso alla CT è molto raro e le parti devono allegare, per assolvere all'onere della prova, i fatti costitutivi accompagnati da un convincente e affidabile elaborato peritale.

Una differenza rilevante si riscontra a questo riguardo, anche nell'arbitrato domestico, tra la tradizione di *common law* e quella di diritto continentale, in particolare franco-italiana.

Nella prima gli arbitri dedicano un'attenzione assai significativa alla selezione delle poste risarcibili e poi alla giustificazione del metodo di commisurazione.

Nell'esperienza domestica, al contrario, per solito il tribunale arbitrale non svolge di regola alcun particolare approfondimento sul rapporto tra teoria del danno risarcibile e metodo aziendalistico di calcolo<sup>(16)</sup>.

In questa materia, pertanto, l'opportunità di trovare uno *standard* comunemente accettato appare particolarmente opportuna e può tradursi in una procedura, informalmente condivisa o formalizzata, cui le parti o gli arbitri fanno rinvio.

Naturalmente sia il condiviso riconoscimento d'uno *standard* sia l'esi-

---

ss. In linea con l'orientamento giurisprudenziale, V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., p. 190; in senso critico, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 271; D. GIACOBBE, *La prova*, in *Arbitrato, ADR conciliazione*, diretto da M. Rubino-Sammartano, Bologna-Roma, 2009, p. 756.

<sup>(16)</sup> Ciò si può dire anche dell'esperienza francese, come attesta C. JARROSSON, *L'évaluation du préjudice par l'arbitre: Rapport introductif*, in *Rev. arb.*, 2015, p. 350 ss. In tema, Y.-M. LAITHIER, *Les règles juridiques relatives à l'évaluation du préjudice contractuel (droit anglais, droit français, droit suisse)*, *ivi*, p. 378 ss.

stenza d'una procedura formalizzata, a esempio nel regolamento d'una camera arbitrale, individuano un paradigma di normalità dalle quali il CTU e poi gli arbitri possono sempre discostarsi.

#### 4. *Le possibili fonti di disciplina.*

I problemi appena richiamati, anche quelli che invocano la necessità d'uno *standard*, possono trovare soluzione:

*i)* nella clausola compromissoria (o nel regolamento della camera arbitrale richiamato dalla clausola compromissoria);

*ii)* nel verbale di costituzione del collegio sottoscritto dai procuratori e dalle parti;

*iii)* nell'ordinanza che dispone la CT e dà l'incarico al perito.

Giova essere consapevoli che le risposte possibili seguono itinerari, teorici e pratici, in radice diversi a seconda che si ritenga che la CT sia: *a)* una (mezzo di) prova; *b)* un procedimento.

Nel caso *a)* in cui si ritenga una prova<sup>(17)</sup>, è sempre necessario il consenso delle parti per disciplinare o escludere la stessa consulenza (salvo quando ciò è impedito dalla legge, come ad es. nel caso disposto dagli artt. 2700 e 2739 c.c.).

Se — com'appare preferibile e come argomentato dalla dottrina<sup>(18)</sup> — la consulenza tecnica costituisce un momento (endo)procedimentale nel processo istruttorio e decisionale che conduce al lodo, ciò significa che:

*b1)* alle parti è consentito disporre del procedimento, nei limiti non derogabili del rispetto del contraddittorio.

A tale stregua, le parti possono sicuramente scegliere di escludere il ricorso alla CT dal processo decisionale<sup>(19)</sup>, com'è parimenti ammissibile l'arbitrato su documenti, che limita il potere istruttorio degli arbitri ai soli documenti prodotti.

Questa istruzione, secondo la regola che può trarsi dalla disciplina del mandato, conforma il potere degli arbitri, a condizione che non impedisca l'assolvimento del loro incarico e sempre che una norma inderogabile non disponga diversamente.

Nella risposta a quest'interrogativo, a ben vedere, si legge in filigrana il limite — per così dire *tipologico* — nel ricorso diretto o analogico alle regole sul mandato.

---

<sup>(17)</sup> V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 395 ss.

<sup>(18)</sup> Cfr. F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., p. 341 ss.; Id., *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1124 ss.

<sup>(19)</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 270. V. i rilievi critici di L. SALVANESCHI, *Dell'arbitrato. Artt. 806-840*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna-Roma, 2014, sub *Artt. 816-ter*, p. 445; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, 2000, p. 213; V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., p. 186 s.

È, infatti, evidente che se il modello normativo di riferimento è esemplato sul dovere di rendere giustizia, il mandato delle parti agli arbitri difficilmente tollera limitazioni che possano precludere o inibire l'accertamento della verità (sì che, ad esempio, in modo estremamente limitativo si dovrà interpretare l'esclusione della CT) <sup>(20)</sup>.

Al contrario, se a essere assorbente è il profilo della disponibilità del diritto come conformato dalla clausola compromissoria, il potere degli arbitri è invalicabilmente definito dal mandato delle parti.

b2) Gli arbitri governano, ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., il procedimento e hanno il potere — nel rispetto del principio del contraddittorio — di stabilire le regole dell'acquisizione della consulenza tecnica.

In questo quadro, può trovare soluzione il problema inerente a(i limiti di) ammissibilità della consulenza su materia segreta (perché a es. costituisce un *know-how* aziendale), che può essere sciolta positivamente ove il materiale messo a disposizione della parte sia direttamente valutato dal collegio e, sia pure con l'ausilio di un consulente, tradotto in un elaborato sottoposto al contraddittorio delle parti.

4.1. Provo a trarre qualche sintetica conclusione dalle premesse che ho indicato.

È necessario il consenso delle parti (manifestato nella clausola compromissoria o in altro momento) per: (a) escludere la possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica; (b) imporre la scelta tra un numero di consulenti già selezionato ovvero in possesso di determinati requisiti.

A sua volta la clausola compromissoria potrebbe opportunamente chiarire e confermare quanto già deriva dalle regole generali: *i*) in tema di debenza in ordine al pagamento del consulente; *ii*) quanto alla responsabilità diretta del consulente nei confronti delle parti, quale submandatario.

4.2. Il potere degli arbitri di dare impulso alla procedura che si manifesta nell'ordinanza di costituzione del collegio (meglio, allora, se sottoscritta dai procuratori e dalle parti) può utilmente esercitarsi:

a) per porre — in quanto certamente spesa di funzionamento — quale condizione di procedibilità il pagamento del consulente a cura delle parti, ai sensi dell'art. 816-*septies* c.p.c.;

b) per chiarire che grava direttamente sulle parti ai sensi dell'art. 1719 c.c. l'obbligazione inerente ai costi di funzionamento del collegio;

c) per declinare la responsabilità diretta del consulente nei confronti delle parti, come peraltro già può desumersi dagli artt. 1715 e 1717 c.c.

4.3. Per quanto concerne l'organizzazione e lo svolgersi dei lavori peritali, il collegio può:

---

<sup>(20)</sup> A. BRIGUGLIO, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, in questa *Rivista*, 1991, p. 813 s.



A) al momento della fissazione dei termini delle memorie illustrative chiedere alle parti — come avviene tipicamente nell'esperienza degli arbitrati internazionali — di depositare già nei primi scritti difesivi una consulenza tecnica (ovvero di direttamente prendere posizione su talune tematiche tecniche).

Opzione che si raccomanda particolarmente in tutte le vicende che riguardano la liquidazione di un danno, anche per evitare una soverchia concentrazione del dialogo processuale sul tema dell'*an*, relegando la determinazione del *quantum* a un ruolo quasi ancillare.

In particolare, può essere particolarmente utile fissare talune premesse che attengono ai criteri di calcolo del danno, che è tema in radice diverso da quello inerente alla definizione del danno giuridicamente rilevante.

Altro è, infatti, *perimetrare* l'area delle poste giuridicamente suscettibili di essere risarcite, altro è *calcolare* tali poste e scegliere — tra i possibili — un criterio che consenta una misurazione.

Lo stesso bene, infatti, ha un valore molto diverso se ne si consideri il valore d'uso, di scambio o di sostituzione. Un monitor o un computer hanno un ciclo di vita commerciale molto breve e tuttavia, anche se tecnologicamente obsoleto — come il computer portatile su cui sto scrivendo, che oggi non è più in produzione — può avere un valore in quanto perfettamente funzionante e importare il costo di un computer nuovo (e obiettivamente più evoluto) se esso deve essere sostituito.

B) Nell'ordinanza che dispone la CTU, chiedere al consulente nominato dal collegio di chiarire preventivamente al momento dell'accettazione dell'incarico (eventualmente di fronte al collegio e in contraddittorio con i consulenti delle parti):

i) la letteratura scientifica che pone a fondamento della propria valutazione tecnica;

ii) le regole di esperienza tecnica e le teorie scientifiche che ritiene attendibili;

iii) i casi, giurisprudenziali e non, che ritiene rilevanti;

iv) di dare conto di tali criteri nelle conclusioni assunte ovvero se questi si sia scostato dalle medesime.

È fin troppo evidente che in talune materie due, o più, teorie si contenderanno il campo: tuttavia, una discussione preventiva che coinvolga le parti e il collegio può servire a individuare quale sia l'opinione personale del consulente, verificare il consenso o il dissenso delle parti su tali teorie, richiedere al consulente di rappresentare gli esiti delle proprie analisi in ragione delle varie premesse teoriche possibili.

Il confronto preventivo che si propone ha anche il pregio di prevenire un'esperienza ricorrente nell'arbitrato domestico, che vede i due consulenti di parte assumere tesi estreme e irriducibili, lasciando al consulente scelto dal collegio il compito di un percorso solitario (situazione che si vorrebbe governare imponendo anche ai consulenti di parte l'adesione ad un codice etico, che affermi la slealtà processuale di siffatti comportamenti).

C) Proporre al consulente tecnico di adottare un formato di redazione dell'elaborato e di presentazione delle risposte che partitamente distingua nell'esposizione:

i) l'accertamento dell'*an* (che potrebbe già essere fermato da un lodo parziale ovvero assunto nelle premesse ipotetiche), del nesso di causalità, dei dati spaziali e temporali rilevanti del fatto produttivo del pregiudizio;

ii) la teoria del danno — quella che la letteratura anglosassone definisce *theory of harm* — che si accoglie;

iii) i metodi e criteri di misurazione adottati;

iv) il calcolo vero e proprio.

##### 5. *Il risarcimento del danno contrattuale: le poste rilevanti.*

Il caso del risarcimento del danno contrattuale ben si presta a questo esercizio, atteso che per definizione l'inadempimento del contratto interrompe un programma prospettico, generatore di ricchezza maggiore rispetto alla posizione iniziale di entrambe le parti (quindi, detto in altri termini, capace di realizzare un miglioramento paretiano), programma sul quale la parte adempiente ha fatto affidamento<sup>(21)</sup>.

Lo stesso può dirsi per la risoluzione del contratto per inadempimento, nel quale dovrà altresì valutarsi quale ruolo giochino le prestazioni eventualmente già rese da entrambe le parti.

In termini generali, il risarcimento del danno mira a collocare la parte adempiente sulla stessa curva d'indifferenza su cui sarebbe stata se l'adempimento si fosse verificato. Ciò avviene 'assegnando' al rapporto contrattuale, attraverso il risarcimento del danno, un valore pecuniario<sup>(22)</sup>.

Punto di partenza di qualsiasi analisi è, pertanto, il prezzo stabilito dalle parti per acquistare un determinato bene o prestazione (per semplicità del discorso qui non si considerano i problemi connessi all'abuso di dipendenza economica o ai problemi di asimmetria nel potere contrattuale delle parti)<sup>(23)</sup>.

In tale prospettiva, il prezzo assolve la fondamentale funzione di *hedging* delle pretese, in quanto fissa necessariamente il perno intorno al quale ruota ogni considerazione sul danno da inadempimento.

5.1. A questo punto, è necessario chiarire qual è la teoria del danno che si ritiene applicabile e quali sono le poste risarcibili e, in concreto, risarcite.

Provo, in estrema sintesi e con molta semplificazione, a illustrare il percorso che conduce, accertato l'inadempimento, a dare un prezzo al valore di un contratto.

---

<sup>(21)</sup> Si v. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 83 ss.

<sup>(22)</sup> R. COOTER e M.A. EISENBERG, *Damages for Breach of Contract*, in *Cal. L. Rev.*, 73 (1985), p. 1432 ss.

<sup>(23)</sup> J.W. FLUME, *Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags. Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens*, in *AcP*, 215 (2015), p. 282 ss.

Una volta che il giudice abbia risolto il problema dell'imputazione dell'inadempimento, ma prima che un danno sia concretamente misurabile, è necessario fissare talune premesse conoscitive.

Tali assunzioni possono riguardare fatti, astratti o concreti, ed eventi che non si sono prodotti e che, sovente, non sono più suscettibili di prodursi o replicarsi.

Oggetto di stima sono gl'effetti negativi che ciascuna parte ritiene di avere subito per effetto dell'interruzione del rapporto, a iniziare dal « lucro cessante » che per definizione costituisce una posta virtuale —; parimenti si deve stabilire qual è l'orizzonte temporale all'interno del quale gl'effetti dell'inadempimento si producono.

Infatti, nello sciogliere il problema in astratto e nel guardare progressivamente alla vicenda concreta che è sotto gli occhi del giudice, togato o laico che sia, si profila una sequenza di problemi preliminari, che invocano certamente l'applicazione di regole giuridiche, ma pure d'un'indagine tecnica indispensabile nel processo di concretizzazione del precetto normativo.

È, infatti, necessario individuare:

(a) il momento temporale rilevante dell'inadempimento, che sicuramente rappresenta l'antecedente logico d'una serie di risposte ulteriori;

(b) il mercato di riferimento (si pensi, ad esempio, al problema più banale, che è quello dei costi di trasporto delle merci);

(c) il criterio con il quale il prezzo si determina nel mercato;

(d) la differenza di prezzo tra il valore convenuto e il prezzo di mercato. (È, peraltro, evidente che, quando si tratti di beni idiosincratici, è necessario formulare ulteriori assunzioni di principio; lo stesso riguarda i beni senza valore di mercato, ovvero i pezzi unici, come nel caso della vendita di un'opera d'arte).

5.2. Una volta accertato l'*an*, nel senso più ampio della struttura del fatto storico causativo del danno contrattuale, si tratta di selezionare la teoria del danno che si ritiene applicabile.

A questo riguardo, è affermazione giusrealisticamente fondata quella in ordine alla quale nel nostro — ma non solo nel nostro — ordinamento convivono teorie del danno eterogenee.

Basti pensare alla scelta tra il risarcimento dell'interesse positivo, dell'interesse negativo, del c.d. risarcimento in forma specifica.

In termini generali, le norme positive che si leggono agli art. 1218 ss. c.c. orientano l'interprete nella direzione del risarcimento dell'interesse positivo — che concretamente significa garantire gli effetti economici del contratto adempiuto.

Alla determinazione dell'interesse positivo può arriversi attraverso una sottrazione: secondo la *Differenzhypothese*, si deve confrontare il patrimonio della parte adempiente qual è (minuendo) e quello che sarebbe stato in presenza dell'adempimento (sottraendo).

La stessa operazione può compiersi con una addizione, considerando analiticamente le poste patrimoniali che avrebbero composto il patrimonio ove l'adempimento si fosse realizzato (ciò ad esempio avviene utilizzando il metodo di contribuzione, su cui dico nel prossimo paragrafo).

Alla scelta di considerare le poste patrimoniali positive in cui si compone il risarcimento del danno si accompagnano una pluralità di interrogativi<sup>(24)</sup>: se le restituzioni debbano essere considerate quale addendo nel risarcimento; quale *decomputo* debba essere fatto dei frutti; se il danneggiato possa chiedere di vedersi attribuiti anche i profitti che il debitore inadempiente ha conseguito (secondo il modello americano del *disgorgement* che nei rapporti d'impresa l'art. 2391, comma 5, c.c. riconosce con una norma di valore direi generale, imponendo la restituzione delle opportunità dell'impresa che l'amministratore abbia sfruttato in proprio<sup>(25)</sup>).

L'opzione normativa per il risarcimento dell'interesse positivo non esclude che l'attore possa, in alternativa, domandare il ristoro dell'interesse negativo: nel primo caso il creditore chiede di essere collocato nella stessa posizione che avrebbe conseguito in ragione dell'avvenuto adempimento; nel secondo è la situazione patrimoniale nella quale il creditore si sarebbe trovato se avesse deciso di non contrattare<sup>(26)</sup>.

In un mercato perfettamente elastico e in assenza di costi transattivi le due poste patrimoniali (tendenzialmente) coincidono.

Al contrario, quanto più ci si allontana da queste due premesse, tanto più esiste una differenza rilevante tra gli esiti della individuazione delle poste risarcibili.

La scelta per il risarcimento dell'interesse negativo può essere sorretta anche da un problema che attiene alla prova del danno subito.

Proprio perché

(i) il riferimento ai valori del patrimonio, in presenza o assenza dell'adempimento, può essere di difficile o impossibile prova, e

(ii) vi sono inadempimenti che non sono apprezzabili in termini di saldo patrimoniale (come nell'esempio della festa in cui non si presenta l'orchestra che doveva allietare gli invitati, di cui ci parlano sia Rudolf Jhering sia i giuristi; o il caso ormai desueto — ma davvero paradigmatico nella giurisprudenza di molti ordinamenti — della vendita di una pellicola fotografica difettosa che impedisce di serbare traccia d'un evento lieto e non replicabile, almeno con le stesse persone, come un matrimonio),

---

<sup>(24)</sup> Su cui v. in particolare G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi* - 2, Milano, 2006, spec. p. 894 ss.; A. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione per inadempimento*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 19 ss.

<sup>(25)</sup> P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. *Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.

<sup>(26)</sup> Sull'interesse negativo quale formula per quantificare il risarcimento v. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 98 ss., ove si esclude la cumulabilità del risarcimento delle due tipologie di interesse, negativo e positivo.

il risarcimento del danno può indirizzarsi:

a) al valore di mercato della cosa cui l'inadempimento si riferisce;

b) alla definizione di un valore d'uso (si pensi a quanto costa locare nel mercato quel bene);

c) ai costi necessari per riparare la cosa o eliminare i difetti della prestazione ricevuta (secondo il modello del risarcimento del danno contrattuale in forma di equivalente pecuniario, che può talora superare quello che si determina per effetto del saldo patrimoniale).

Ne esce confermato quanto afferma una voce autorevole della dottrina — quella di Pietro Trimarchi —: un'analisi compiuta del risarcimento del danno non può prescindere dal tipo d'inadempimento e dall'assetto di interessi rilevante <sup>(27)</sup>.

#### 6. *La scelta del modello di liquidazione del danno.*

A questo punto entra in gioco la scelta del modello di liquidazione del danno.

Qui l'opzione per l'uno o per l'altro sottende necessariamente l'adeguatezza e la coerenza rispetto alla tipologia di danno risarcibile: la scelta deve (motivatamente) orientarsi in ragione d'un criterio di liquidazione e di calcolo attendibile. Non si dà, infatti, un modello di calcolo che non sottenda un presupposto implicito nella valutazione che deve, evidentemente, essere esso stesso giustificato.

Si pensi agli esiti molto distanti cui conducono i modelli aziendalistici più comunemente usati.

(a) Il calcolo di tipo strettamente patrimoniale (*Asset Based Approach*) consiste in un approccio analitico che individua il valore di ogni componente dell'attivo e ne fa la somma.

Questo modello impone, evidentemente, in via preliminare la scelta del valore di riferimento dei beni (di mercato; di liquidazione; di rimpiazzo) e non considera la capacità di produrre reddito dei beni.

(b) Il calcolo fondato su multipli individua un valore in termini di ragionevole probabilità.

Si pensi al valore per metro quadro degli immobili, al prezzo al barile del greggio, all'EBITDA (*Earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization*) e così via.

In questo caso è evidente che la scelta valutativa consiste nell'assumere l'omogeneità della comparazione, cosa che può ragionevolmente farsi nei contesti concorrenziali caratterizzati da standardizzazione significativa o comunque adeguata.

(c) In alternativa, si fa solitamente riferimento ai flussi di tesoreria

---

<sup>(27)</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 113 ss.

attualizzati — secondo il modello del *Discounted Cash Flow* —, che consente di valutare il valore dell'attivo in ragione della sua capacità di produrre reddito. Il che evidentemente espone chi valuta — e poi chi su quella valutazione si fonda — ad assunzioni ipotetiche che riguardano la prevedibilità degli scenari economici futuri.

6.1. Se guardiamo al danno contrattuale dal punto prospettico di osservazione dei metodi aziendalistici di calcolo, è agevole rendersi conto del valore debolmente precettivo delle formule adottate dal legislatore.

Se il valore d'un attivo è strettamente connesso alla sua capacità di produrre reddito, si dissolve la stessa distinzione, proposta dalle norme, tra lucro cessante e danno emergente, che al fondo propone una ipostasi formale e niente affatto vincolante.

Di qui il valore retorico e motivazionale del principio di 'integrale riparazione del danno', che se considerato *operazionalmente* — volendo usare un lemma dello strutturalismo che significa: in relazione alle operazioni di cui coonesta la correttezza — serve a dispensare il giudice da un ancoraggio a una specifica norma dettata per la liquidazione del danno.

Un buon esempio reputo possa essere costituito dal « margine di contribuzione », misurato dalla differenza tra i ricavi e i costi variabili.

Si pensi alla situazione paradigmatica di valutare il danno che si produce tra due imprese, nel caso in cui un contratto non è stato esattamente adempiuto alla scadenza.

Il danno risarcibile è misurato facendo riferimento alla differenza tra i ricavi e i costi (variabili) di produzione.

Si assume, infatti, che il danno contrattuale si risolva nel 'contributo' che l'adempimento del contratto avrebbe assicurato: *i*) alla copertura dei costi fissi (per la parte riferibile a quel contratto) e *ii*) alla produzione dell'utile <sup>(28)</sup>.

Se un contratto è stato inadempito all'inizio del secondo anno, assumiamo che i conti economici di un creditore (che nell'esempio non ha altri contratti in essere) nei due esercizi — rappresentati dalle due colonne di destra — siano i seguenti:

	Anno 1	Anno 2
Ricavi (a)	300	0
Costi variabili (b)	180	0
Margine di contribuzione (c = a — b)	120	0
Costi fissi (d)	100	100
Risultato operativo (e = c — d)	20	(100)

Il danno contrattuale risarcibile in questo caso è pari a 120, che rappresenta appunto il margine di contribuzione garantito da quel contratto.

<sup>(28)</sup> Provo a spiegare con un esempio numerico di cui sono debitore a Gabriele Villa.

7. *Congedo sulle opzioni di politica del diritto dell'arbitrato.*

Sono consapevole che la riflessione che, sia pure per punti e per assiomi, ho provato a tracciare (: la necessità di uno *standard* in materia di CT), si scontra con un tema rilevante di politica dell'arbitrato.

V'è, infatti, una forte insofferenza nei confronti delle prassi — molto diffuse a livello internazionale — che mirano a codificare regole di comportamento cui i tribunali arbitrali devono attenersi, che vulnererebbero — almeno secondo talune voci — la ragione stessa per le quali le parti scelgono di affidare a *quegli* arbitri la decisione della loro controversia.

Mi pare tuttavia che, da un lato, uno *standard* non impedisce mai al collegio e al consulente di (motivatamente) discostarsi e di fare diversamente, in ragione delle peculiarità del caso di specie o, più banalmente, della convinzione che lo *standard* sia fallace; al contempo, un tollerabile irrigidimento della procedura troverebbe una sua forte giustificazione nel maggiore grado di effettivo contraddittorio che sarebbe assicurato nella procedura arbitrale.

Soprattutto, mi pare che una riflessione aperta su questi temi abbia il pregio di sottrarre infingimenti e ogni forma d'ipocrisia.

Come ha risposto Lazareff, nella lezione parigina che ricordavo ad apertura di queste pagine, a una domanda che voleva essere provocatoria d'un avvocato americano: “Se accetto un invito al ristorante dall'avvocato o dalla parte durante un arbitrato che mi vede impegnato come arbitro? Dipende molto dalla qualità del ristorante”.

## **Note sulla consulenza tecnica nell'ambito di arbitrati amministrati della Camera Arbitrale di Milano (\*).**

*Le "Note", pubblicate per gentile concessione della Camera Arbitrale di Milano, e da questa varate nel luglio 2015, possono consultarsi sul sito della Camera Arbitrale, la quale ne preannuncia il possibile costante aggiornamento.*

### **Introduzione**

Queste Note hanno l'obiettivo di fornire un supporto ai consulenti tecnici d'ufficio nominati nell'ambito di arbitrati amministrati e disciplinati secondo il Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano ("Regolamento") nonché agli arbitri nell'ammissione e conduzione di una consulenza tecnica.

In arbitrato, come nel giudizio ordinario, gli arbitri (costituiti nel "Tribunale Arbitrale") possono farsi assistere da ausiliari quando la controversia richiede particolari cognizioni tecniche che essi non possiedono.

Chiunque può essere nominato consulente tecnico d'ufficio (di qui in poi "Consulente") nell'ambito di arbitrati, salvo il dovere di competenza rispetto al quesito e, più in generale, all'oggetto della consulenza tecnica che è chiamato a svolgere. Non vi è, infatti, un albo entro il quale la Camera Arbitrale di Milano, o gli arbitri di arbitrati amministrati dalla stessa, possano o debbano attingere per la scelta del Consulente. Di volta in volta, dunque, gli arbitri o, su delega di questi, il Consiglio Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano ("Consiglio Arbitrale") individuano il professionista più indicato al singolo caso.

Sono le parti, in arbitrato, a stabilire « le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento » ma, in mancanza di queste, sono gli arbitri a « regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno », quindi anche disponendo la consulenza tecnica e così facendosi assistere da consulenti tecnici.

Le Note non vogliono essere una nuova regolamentazione della materia arbitrale ma, sulla scorta di quello che è stato fatto anche da alcuni tribunali

---

(\*) A tali "Note" si riferisce, fra altro, il commento di A. Briguglio pubblicato in questo fascicolo nella rubrica "Rassegna e Commenti".



ordinari, un ausilio per i consulenti tecnici affinché questi non incorrano in rilievi di tipo procedimentale, spesso legati al rispetto del principio del contraddittorio, ma anche alla poca conoscenza dello strumento arbitrale in sé.

Sotto il primo profilo, va infatti ricordato che la violazione del principio del contraddittorio, anche in un sub-procedimento come la consulenza tecnica, è motivo di impugnazione del lodo arbitrale e che pertanto il rispetto di tale principio è di precipua importanza in arbitrato come nel processo ordinario.

È ai designandi e designati consulenti tecnici che si rivolgono queste Note: a quei professionisti che, per la loro speciale e specifica competenza tecnica, vengano chiamati a coadiuvare l'operato di arbitri nell'espletamento della loro funzione giudicante. È del resto da loro che è venuta l'esigenza di maggiore trasparenza. Queste Note possono altresì fornire alcune utili indicazioni agli arbitri nella gestione e nel controllo di una consulenza tecnica nell'ambito di un procedimento arbitrale, e così indirettamente alle parti garantendo loro maggiore prevedibilità.

Le presenti Note non contengono, per loro stessa natura, norme, essendo, arbitri e consulenti, liberi di discostarsi dal modello qui proposto. Sono peraltro più indicate per procedimenti arbitrali domestici o per quegli arbitri che, pur con elementi di internazionalità, seguono un approccio tipicamente domestico. Una parte, seppur di mero rinvio, è comunque dedicata all'arbitrato internazionale.

Le Note si chiudono con una serie di riferimenti normativi (quelli regolamentari, che trovano diretta applicazione con l'accettazione dell'incarico e quelli codicistici che sono di mero supporto al Consulente) e con la modulistica della Camera Arbitrale di Milano in materia di consulenza tecnica.

## ***Parte Prima - Ammissione***

### **1. Scelta del Consulente.**

1.1. La scelta del Consulente è rimessa al Tribunale Arbitrale o, su delega di questo, al Consiglio Arbitrale, e può ricadere su qualunque soggetto (persona fisica, giuridica o ente) che il Tribunale Arbitrale o il Consiglio Arbitrale reputino provvisto di speciale competenza in relazione alla questione tecnica da risolvere.

1.2. Il Tribunale Arbitrale si adopera affinché le Parti raggiungano un accordo sul nominativo di Consulente che il Tribunale Arbitrale è tenuto a considerare nella nomina di cui al punto seguente.

### **2. Ammissione e nomina.**

2.1. Il Tribunale Arbitrale, ai sensi dell'art. 26 Regolamento, può nominare, su istanza di parte o d'ufficio, uno o più Consulenti.

2.2. La nomina di più Consulenti è consentita soltanto in caso di necessità, ossia quando siano necessarie conoscenze che un solo Consulente non può possedere (anche perché su materie diverse).

2.3. Possono essere nominati Consulenti sia persone fisiche, sia giuridiche o enti (a titolo esemplificativo e non esaustivo, società di consulenza, società di revisione, istituti universitari o di ricerca). Alla persona fisica che, identificandosi con l'ente, operi in nome e per conto dello stesso, si applicano le disposizioni che riguardano il Consulente.

2.4. Le parti, quando sia nominato un Consulente, possono nominare propri consulenti tecnici secondo quanto indicato al punto 4.

2.5. La consulenza tecnica può essere ammessa o disposta in udienza o con ordinanza pronunciata fuori udienza della quale il Tribunale Arbitrale cura la trasmissione, anche per il tramite della Segreteria Generale, alle parti e al designando Consulente. L'ordinanza contiene: (a) il nominativo del Consulente e i relativi recapiti o delega della nomina al Consiglio Arbitrale; (b) la formulazione del quesito; (c) la fissazione di un termine precedente o contestuale alla data d'inizio delle operazioni peritali, concesso alle parti per la nomina dei consulenti tecnici di parte; (d) eventualmente, la data dell'udienza di conferimento dell'incarico e l'invito al Consulente a comparirvi.

### **3. Formulazione del quesito.**

3.1. Il quesito è formulato dal Tribunale Arbitrale in modo chiaro e tale da rendere immediatamente comprensibile quali sono i compiti affidati al Consulente, ossia l'oggetto dell'indagine, la valutazione o l'accertamento richiesti, quindi le competenze tecniche richieste al Consulente.

3.2. Ai fini della formulazione del quesito, il Tribunale Arbitrale può chiedere alle parti di illustrare le ragioni per far luogo a una determinata formulazione. Il Tribunale Arbitrale si riserva in ogni caso la definitiva formulazione del quesito nell'ordinanza di conferimento dell'incarico di cui al punto 10.

3.3. Una volta ammessa la consulenza e formulato il quesito, all'udienza eventualmente fissata per il conferimento dell'incarico, le parti e/o i loro difensori, il Consulente e, ove già individuati e comparsi, i consulenti tecnici di parte, possono fornire eventuali suggerimenti sull'opportunità di modificare e/o integrare il quesito formulato dal Tribunale Arbitrale, potendo sempre quest'ultimo procedere alla modifica della propria ordinanza di ammissione.

### **4. Il consulente tecnico di parte.**

4.1. La parte, quando sia nominato un Consulente, può nominare un consulente tecnico di parte.

4.2. Nel termine fissato dal Tribunale Arbitrale e di cui al punto 2.5(c), le parti possono procedere alla nomina del consulente tecnico di parte indicando il nominativo e i recapiti del medesimo.

4.3. Nel caso di mancata fissazione del termine di cui al punto 2.5(c), le parti hanno la facoltà di effettuare la nomina sino a quando non siano terminate le operazioni peritali.

4.4. La Parte può assistere alle operazioni del Consulente personalmente, per tramite del proprio consulente tecnico e dei propri difensori. Il consulente tecnico di parte può assistere alle operazioni del Consulente (dal quale ne riceve notizia), così come può partecipare alle udienze o riunioni di cui al punto 12.1 ogni volta che vi interviene il Consulente.

4.5. Le parti, sia personalmente, sia a mezzo dei loro difensori e consulenti tecnici, possono altresì presentare al Consulente osservazioni e istanze purché riconducibili all'ambito dell'incarico conferito al Consulente stesso e purché la controparte sia informata e messa nelle condizioni di presentare le proprie. Di esse il Consulente tiene conto nella propria Relazione, oltre a indicarle nel verbale di cui al punto 12.2 se queste sono state avanzate nel corso delle operazioni peritali.

## **5. Accettazione dell'incarico del consulente.**

5.1. Il Consulente è libero di accettare o non accettare l'incarico.

5.2. Con la lettera di incarico trasmessa dalla Segreteria, l'istituzione comunica al Consulente i dati della controversia arbitrale e, in particolare, i nomi delle parti e degli arbitri, la clausola compromissoria da cui trae origine l'arbitrato, l'ordinanza con cui il Tribunale Arbitrale ha ammesso la consulenza tecnica. Alla luce di questi dati, quindi di una preventiva valutazione in termini di competenza, disponibilità e indipendenza, il designando Consulente decide se accettare o meno l'incarico fermo restando che il rapporto contrattuale non si instaura con l'istituzione, ma con le parti dell'arbitrato, che ne sostengono i costi.

## **6. Applicazione del Regolamento e del Codice Deontologico.**

Al Consulente si applicano le previsioni del Regolamento e del Codice Deontologico, che ne costituisce parte integrante.

## **7. Riservatezza.**

7.1. In conformità a quanto indicato al punto precedente, i consulenti tecnici sono tenuti a osservare la riservatezza del procedimento e del lodo, fatta salva la necessità di avvalersi di quest'ultimo per la tutela di un proprio diritto, come disposto dall'art. 8 Regolamento.

7.2. Il Tribunale Arbitrale, su istanza di una o entrambe le parti, può disporre la sottoscrizione di specifici accordi di riservatezza (eventualmente accompagnati da sanzioni in caso di inadempimento), da parte dei consulenti tecnici, al momento della loro accettazione, se le circostanze del caso concreto lo richiedono.

7.3. Il Consulente, al fine di garantire la riservatezza del procedimento, può disporre la creazione di una *data room* riservata (fisica o virtuale), regolandone l'accesso, le modalità di deposito, l'analisi e la fruizione della documentazione disponibile.

## **8. Indipendenza del Consulente.**

8.1. Nell'accettare l'incarico conferito, il designando Consulente ha l'obbligo di dichiarare, nel modulo trasmesso dalla Segreteria, l'esistenza di eventuali motivi d'incompatibilità all'espletamento dell'incarico e ogni informazione relativa a eventuali rapporti con gli arbitri, con le parti e con i loro difensori o con l'oggetto della controversia, per il disposto degli artt. 26.2 e 18 Regolamento, rilevante in rapporto alla sua indipendenza e imparzialità. La dichiarazione, il cui contenuto e *iter* sono definiti dallo stesso art. 18 Regolamento, viene trasmessa alle parti per eventuali osservazioni nel termine di dieci giorni.

8.2. In conformità e nei limiti di quanto stabilito dall'art. 19 Regolamento, ciascuna parte può depositare un'istanza di ricusazione.

## **9. Conferma del Consulente.**

Il Consulente, dopo aver accettato ed aver reso la dichiarazione di accettazione e indipendenza di cui al punto precedente, è confermato dall'istituzione arbitrale secondo la procedura dell'art. 18 Regolamento.

## **10. Conferimento dell'incarico e assunzione di responsabilità.**

10.1. Il conferimento dell'incarico al Consulente può avvenire con fissazione, da parte del Tribunale Arbitrale, di un'apposita udienza cui il Consulente è invitato a comparire o con ordinanza trasmessa, anche a cura della Segreteria, alle parti nel domicilio eletto.

10.2. Il Tribunale Arbitrale, all'udienza o nell'ordinanza, ricorda al Consulente l'importanza delle funzioni che è chiamato a svolgere e la responsabilità che assume di bene e fedelmente adempiere le funzioni a lui affidate.

10.3. Il Tribunale Arbitrale, in conformità al punto 3.3, nel contraddittorio delle parti e del Consulente, nonché tenuto conto delle eventuali indicazioni delle parti di cui al punto 3.2, può modificare e/o integrare la formulazione del quesito ovvero procedere alla sua definitiva formulazione.

10.4. Il Tribunale Arbitrale può chiedere al Consulente, nel contraddittorio delle parti, di anticipare quale sarà il metodo di valutazione che adotterà.

10.5. Il Tribunale Arbitrale, al fine di assicurare che la consulenza tecnica si svolga nel rispetto del principio del contraddittorio, al momento del conferimento dell'incarico può, oltre a fissare la data di inizio delle operazioni peritali come indicato al punto 11, assegnare i seguenti termini e fissare la data dell'eventuale udienza successiva al deposito della Relazione: (a) un primo termine entro il quale il Consulente è tenuto a inviare la Relazione alle parti; (b) un secondo termine entro il quale le parti sono tenute a trasmettere al Consulente le proprie osservazioni e istanze; (c) un terzo termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il Consulente è tenuto depositare presso la Segreteria la Relazione, completa delle osservazioni e delle istanze delle parti, con le relative brevi repliche ad opera dello stesso Consulente.

10.6. Il Tribunale Arbitrale può seguire una procedura diversa da quella descritta al punto precedente purché rispettosa del principio del contraddittorio.

## ***Parte Seconda - Operazioni peritali***

### **11. Inizio delle operazioni peritali.**

11.1. Il Tribunale Arbitrale fissa l'inizio delle operazioni peritali (giorno, ora e luogo) nell'ordinanza di conferimento dell'incarico pronunciata in udienza, inizio che quindi si presume noto a tutte le parti (cfr. 10.1).

11.2. Nel caso in cui il Tribunale Arbitrale rimetta la fissazione della data d'inizio delle operazioni peritali al Consulente, quest'ultima è comunicata dal Consulente alle parti, al Tribunale Arbitrale medesimo e alla Segreteria attraverso una qualsiasi forma che consenta la verifica dell'avvenuta ricezione.

11.3. All'inizio delle operazioni peritali il Consulente può fissare un calendario delle operazioni peritali al fine di verificarne l'effettiva progressione nel corso della consulenza.

### **12. Altri adempimenti.**

12.1. Il Consulente assiste alle udienze e alle riunioni alle quali è invitato dal Tribunale Arbitrale e rende i chiarimenti che il Tribunale Arbitrale richiede.

12.2. Il Consulente, nel compiere le indagini richieste dal Tribunale Arbitrale, a seconda delle indicazioni di questo, redige verbale delle operazioni peritali da allegarsi alla Relazione di cui al punto 10.5.

### **13. Prosecuzione.**

13.1. Se le operazioni peritali non possono essere concluse nella stessa data in cui hanno avuto inizio, il Consulente può:

(a) fissare e indicare, già nel verbale delle operazioni peritali, la data, l'ora e il luogo di prosecuzione delle stesse. In questo caso, tale data si presume nota alle parti presenti o ingiustificatamente assenti;

(b) oppure, fissare in un secondo momento la data, l'ora e il luogo di prosecuzione delle operazioni. In questo caso, una volta fissati, il Consulente li comunica alle parti e ai consulenti tecnici di parte eventualmente nominati.

13.2. Se durante l'esecuzione dell'incarico da parte del Consulente sorgono questioni inerenti i poteri del medesimo o i limiti dell'incarico conferito, il Consulente è tenuto a informare prontamente il Tribunale Arbitrale. In tal caso, il Tribunale Arbitrale, sentiti il Consulente e le parti, pronuncia i provvedimenti opportuni.

#### **14. Destinatari degli avvisi.**

In tutti i casi in cui il Consulente, per qualsiasi motivo, debba inviare comunicazioni alle parti, destinatari di esse sono i difensori delle parti presenti nel procedimento.

#### **15. Collaboratori.**

15.1. Il Consulente può avvalersi di collaboratori senza che sia necessaria una preventiva autorizzazione del Tribunale Arbitrale, né una nomina formale, purché si assuma la responsabilità del loro operato e delle loro conclusioni e ne comunichi i nominativi alle parti.

15.2. L'onorario del Consulente, di cui all'art. 36.8 Regolamento, è comprensivo degli onorari di eventuali collaboratori non essendo questi a carico delle parti.

15.3 I collaboratori del Consulente sono soggetti agli stessi obblighi di riservatezza del Consulente stesso, come previsti ai punti 7.1 e 7.2.

#### **16. Acquisizione di documenti e informazioni delle parti.**

16.1. Il Tribunale Arbitrale, nell'ordinanza di conferimento dell'incarico, assegna alle parti un termine per la trasmissione al Consulente di copia degli atti e documenti di causa. Il Tribunale Arbitrale può altresì assegnare ulteriore termine, successivo al ricevimento degli atti e documenti di causa da parte del Consulente, entro cui quest'ultimo è tenuto, con comunicazione alle parti e al Tribunale Arbitrale, a confermare o smentire l'idoneità della sua nomina (cfr. punto 2.2), dei termini assegnati dal Tribunale Arbitrale (cfr. punto 10.5), nonché, ove previamente comunicato ai sensi del punto 10.4, il metodo di valutazione che sarà adottato.

16.2. Il Consulente, salvo diversa determinazione di legge o del Tribunale

Arbitrale e fermo in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, non può acquisire dalle parti documenti che non siano già stati prodotti nel giudizio arbitrale.

16.3. Il Consulente può domandare chiarimenti alle parti e assumere informazioni dai terzi purché detti accertamenti riguardino fatti e/o elementi accessori rispetto all'oggetto dell'indagine e comunque rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, e purché indichi le fonti da cui ha tratto tali chiarimenti e/o informazioni, in modo da consentire alle parti di verificarne l'attendibilità, nel pieno rispetto del contraddittorio.

16.4. In tutti i casi in cui il Consulente abbia da avanzare un'istanza, d'accesso o di esibizione di documenti, tale istanza va trasmessa a tutte le parti e al Tribunale Arbitrale.

### **17. Resistenza delle parti a collaborare con il Consulente.**

17.1. Se le parti, o una di esse, non fanno quanto in loro potere per consentire al Consulente di dare risposta al quesito posto, ad esempio non fornendo i documenti richiesti, il Consulente può sollecitare le parti, poi informare il Tribunale della circostanza e, da ultimo, rilevare l'impossibilità di dare risposta al quesito a causa della mancata collaborazione delle parti o di una di esse, ferma la naturale conclusione della consulenza stessa e il libero apprezzamento del Tribunale Arbitrale.

17.2. La resistenza delle parti non giustifica un rinvio dell'inizio delle operazioni o del deposito della Relazione, essendo comunque tenuto il Consulente a rispettare il termine fissato dal Tribunale Arbitrale, e redigere la Relazione, mettendo in evidenza a quali quesiti non è stato possibile rispondere a causa della mancata collaborazione delle parti o di una di esse, fermo quanto indicato al punto precedente.

### **18. Trattative tra le parti.**

18.1. Il Consulente non è tenuto a esperire alcun tentativo di conciliazione.

18.2. Resta nei poteri delle parti raggiungere, per il tramite dei loro consulenti tecnici, un accordo transattivo e, in questo caso, trova applicazione l'art. 29 Regolamento.

### ***Parte Terza - Relazione***

### **19. Deposito e rispetto del termine.**

19.1. Il Consulente deposita l'originale della Relazione presso la Segreteria e tante copie quante sono le parti e gli arbitri secondo le modalità indicate dalla Segreteria.

19.2. Il Consulente deposita presso la Segreteria la Relazione nel termine fissato dal Tribunale Arbitrale e indipendentemente dalla data della successiva udienza.

19.3. Prima di tale deposito, nel caso in cui il Tribunale Arbitrale abbia fissato i termini di cui al punto 10.5, il Consulente trasmette la Relazione alle parti e ai consulenti tecnici di parte eventualmente nominati, i quali trasmettono le proprie osservazioni che il Consulente è tenuto a riportare nella Relazione.

19.4. Il Tribunale Arbitrale, previa istanza motivata del Consulente, può prorogare, prima della sua scadenza, il termine inizialmente fissato per il deposito della Relazione. La proroga eventualmente accordata viene immediatamente comunicata dal Tribunale Arbitrale alla Segreteria.

## **20. Contenuto della Relazione.**

20.1. La Relazione attiene strettamente al quesito fissato dal Tribunale Arbitrale.

20.2. La Relazione contiene:

(a) una parte epigrafica nella quale il Consulente ha cura di indicare gli estremi del procedimento arbitrale, del Tribunale Arbitrale e delle parti;

(b) una parte introduttiva nella quale il Consulente, illustrate le proprie competenze professionali, riassume le operazioni compiute (allegando i relativi verbali), indicando quali parti siano state presenti e per tramite di chi, nonché le circostanze di fatto, i documenti e le ipotesi considerate ai fini della stesura della Relazione;

(c) una parte descrittiva nella quale il Consulente illustra gli accertamenti o le ricostruzioni in fatto compiuti e indica le circostanze di fatto, i documenti e le ipotesi sulle quali la Relazione si basa;

(d) una parte accertativa o valutativa nella quale il Consulente risponde ai quesiti motivando le proprie scelte;

(e) una parte riassuntiva, nella quale il Consulente espone in forma sintetica la risposta ad ogni quesito posto;

(f) la sottoscrizione del Consulente, oltre al luogo e alla data.

20.3. Con riferimento alla parte valutativa o accertativa sub (d), il Consulente chiarisce il più possibile il percorso logico e tecnico seguito, quindi risponde ai quesiti posti dal Tribunale Arbitrale in modo chiaro e univoco. Resta inteso che il Consulente è tenuto ad astenersi dal compiere valutazioni giuridiche o sull'assolvimento dell'onere probatorio, trattandosi di valutazioni che competono al Tribunale Arbitrale.

20.4. Il Consulente riporta nella Relazione le osservazioni dei consulenti tecnici di parte. In particolare, quando il Consulente ritiene di non condividerle, ne indica le ragioni.



20.5. Non è necessario riportare nella Relazione l'andamento dell'arbitrato, come pure riassumere il contenuto degli atti di parte, i quali si presumono noti al Tribunale Arbitrale.

#### ***Parte Quarta - Arbitrato internazionale***

##### **21. Rinvio.**

Il Tribunale Arbitrale, quando necessario, può disporre una consulenza tecnica regolandone lo svolgimento secondo le indicazioni riportate nella parte prima, seconda e terza delle Note o, in alternativa, secondo le modalità ritenute più opportune in base alle circostanze del caso concreto. Rimane, in ogni caso salva l'applicazione dell'art. 2 Regolamento.

#### ***Parte Quarta - Costi***

##### **22. Costi della consulenza.**

22.1. I costi della consulenza tecnica sono a carico delle parti, rientrando nei costi del procedimento come indicato dall'art. 36.4 Regolamento, e sono liquidati dal Consiglio Arbitrale secondo quanto stabilito dall'art. 36.7 Regolamento.

22.2. I costi della consulenza tecnica, come i costi del procedimento, sono solidalmente incombenti sulle parti.

22.3. In caso di mancato pagamento di detti costi, il procedimento arbitrale può essere dichiarato sospeso e poi estinto secondo quanto stabilito dall'art. 38 Regolamento.

22.4. Anche qualora sia intervenuta la separazione del valore della controversia in relazione alle domande di ciascuna parte, ai sensi dell'art. 35.3 Regolamento, i costi della consulenza tecnica, per i fini di cui all'art. 37 Regolamento, al pari delle spese del procedimento arbitrale, non seguono la separazione.

##### **23. Liquidazione degli onorari.**

23.1. Il Consulente, come indicato nell'ordinanza di conferimento dell'incarico, si impegna a far pervenire alla Segreteria della Camera Arbitrale, entro un termine con questa preventivamente concordato, la stima del proprio onorario in relazione all'attività da compiere, ferma restando la competenza del Consiglio Arbitrale alla determinazione e liquidazione dell'onorario del Consulente con equo apprezzamento, anche tenuto conto della tariffa professionale, della tariffa giudiziale e di ogni altra circostanza (tra le quali l'onorario degli arbitri), in conformità a quanto disposto dall'art. 36.7 Regolamento.

23.2. La Segreteria provvede a richiedere quanto prima alle parti un acconto degli onorari del designato Consulente, quindi a riversarlo in tutto o in parte al Consulente.

23.3. La liquidazione degli onorari disposta dal Consiglio Arbitrale, nonché la determinazione delle spese a cura della Segreteria, non pregiudica la decisione del Tribunale Arbitrale in ordine alla ripartizione delle spese tra le parti.

### **23. Adempimenti fiscali.**

Il Consulente è tenuto ad apporre le marche da bollo sulla Relazione.

### **24. Rimborso delle spese.**

24.1. Il Consulente, se sostiene spese nell'espletamento della consulenza, ne può chiedere il rimborso. Tali spese devono essere comprovate dai relativi giustificativi. In difetto, si considerano assorbite dai relativi onorari così come previsto dall'art. 36.8 Regolamento.

24.2. Il Consiglio Arbitrale determina le spese del Consulente sulla base dei giustificativi ricevuti, fermo restando quanto indicato al punto 22.3.



## **I Reports dell'ISPRAMED sulla indipendenza ed imparzialità e sulla selezione degli arbitri**

ISPRAMED <sup>(1)</sup> è un'organizzazione no profit creata nel 2009 già da tempo coinvolta in numerosi progetti internazionali sull'arbitrato (OCSE - Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, SIOI - Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law*, UPM - *Union pour la Méditerranée*, ecc.).

Il progetto principale avviato da ISPRAMED è il Network dei Centri Arbitrali del Mediterraneo — al momento composto da sette centri arbitrali <sup>(2)</sup>, seppur aperto all'ingresso di altre istituzioni — il quale riunisce istituzioni dell'area mediterranea che forniscono da tempo servizi ADR.

L'obiettivo del Network è quello di promuovere l'arbitrato nelle relazioni euro-mediterranee <sup>(3)</sup>, creando uno spazio di giustizia alternativa fondato sulla condivisione di specifici principi e prassi.

In accordo con i principi di cooperazione che ispirano l'attuale corso delle relazioni nell'area, ogni centro coinvolto mantiene il proprio regolamento arbitrale ma partecipa al confronto periodico teso allo sviluppo di principi condivisi e di una prassi comune, da intendersi come insieme di modalità di amministrazione dei casi e dunque applicazione dei medesimi livelli qualitativi minimi di gestione degli arbitrati. Elemento, questo, in grado di garantire

---

<sup>(1)</sup> [www.ispramed.it](http://www.ispramed.it) - Ne sono fondatori la Camera di Commercio di Milano e il Consiglio Nazionale Forense, mentre associato ordinario è ASLA (Associazione Studi Legali Associati).

<sup>(2)</sup> Centro per la Conciliazione, la Mediazione e l'Arbitrato della Camera del Commercio e dell'Industria algerina, Centro Regionale del Cairo per l'Arbitrato Commerciale Internazionale, Camera Arbitrale di Milano, Corte di Arbitrato Marocchina, Centro di Arbitrato e Conciliazione di Tunisi, Centro Arbitrale della Camera di Commercio di Istanbul, Centro di Arbitrato e Mediazione Libanese.

<sup>(3)</sup> Come riconosciuto anche a livello politico, come dimostrato dal fatto che nella Dichiarazione di Marsiglia adottata il 4 novembre 2008 al termine del Vertice dell'Unione per il Mediterraneo, i 43 Ministri degli Esteri dei Paesi membri hanno citato espressamente l'arbitrato con riferimenti ai temi del commercio e della cooperazione industriale.

l'affidabilità del servizio offerto e conseguentemente di aumentare la fiducia degli operatori.

Principi e prassi comuni vengono elaborati dal Network su temi considerati decisivi per una buona gestione delle procedure arbitrali, quali: (i) indipendenza e imparzialità degli arbitri, (ii) giusta selezione degli arbitri, (iii) tempi dell'arbitrato, (iv) costi del procedimento arbitrale, (v) trasparenza, (vi) riservatezza, (vii) arbitrato *multiparty*; questi temi sono considerati talmente importanti da richiedere un allineamento da parte di tutti i Centri su parametri predefiniti.

Per affrontare questi temi i Centri del Network hanno costituito un gruppo di lavoro composto da un rappresentante per ogni centro e coordinato da un esperto della materia, il Prof. Charles Jarrosson, docente di arbitrato internazionale presso l'Università Panthéon Assas Paris II.

Principi e prassi costituiscono il precipitato di differenti fonti di elaborazione: mentre i primi si deducono dal confronto di disposizioni regolamentari con cui i singoli Centri disciplinano i passaggi fondamentali dell'arbitrato in relazione ai temi discussi, le prassi si richiamano alle modalità pratiche con cui i singoli Centri risolvono particolari casi problematici che si presentano nell'attività di amministrazione quotidiana. All'esito di tale processo di elaborazione, viene redatto un report in cui sono destinati a confluire i contributi dei Centri su ogni tema via via enucleato, allo scopo di definire quei principi e quelle prassi prevalenti all'interno del Network: il tutto a beneficio di investitori stranieri ma anche imprenditori locali, i quali, in tal modo, potranno contare su una maggiore conoscenza dell'attività dei Centri e, naturalmente, sulla comunanza di determinati *standards* qualitativi e dei principi e delle prassi che i Centri si impegnano ad osservare nella gestione dei casi arbitrali.

L'attività fin qui compiuta ha portato alla redazione di due reports, uno sul tema dell'indipendenza e imparzialità degli arbitri e l'altro relativo ai criteri per la selezione degli arbitri.

Nel primo report sull'indipendenza e imparzialità degli arbitri è stata definita la visione comune dei Centri sui seguenti cinque ambiti: 1) indipendenza; 2) imparzialità; 3) dichiarazione di indipendenza; 4) ricsuzione degli arbitri; 5) incompatibilità.

Allo stesso modo, nel secondo report redatto e approvato dai Centri, quello relativo ai criteri di selezione degli arbitri, è stato condensato il sentire condiviso dei Centri sui seguenti *topics*: 1) modalità di nomina degli arbitri; 2) composizione del Tribunale Arbitrale; 3) arbitrato *multiparty*; 4) neutralità degli arbitri; 5) disponibilità degli arbitri.

Il testo di entrambi i report, recanti principi e prassi condivisi dai Centri del Network, è riprodotto qui di seguito. [VALENTINA RENNA]

# REPORT ON INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF ARBITRATORS

## ABBREVIATIONS

### Centres

CACI - Centre for Arbitration and Conciliation of the Algerian Chamber of Commerce and Industry  
CAM - Chamber of Arbitration of Milan

CCAT - Arbitration and Mediation Centre of Tunis

CMA - Arbitration Court of Morocco

CRCICA - Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration

ITOTAM- Arbitration Centre of the Istanbul Chamber of Commerce

LAC - Lebanese Arbitration Centre

### International conventions and laws as mentioned in the Rules Comparison Chart and in the present Report

**IBA Guidelines** - IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration, approved on 22 May 2004 by the Council of the International Bar Association

**NY Convention** - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958

**UNCITRAL ML** - United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, with amendments as adopted in 2006

**UNCITRAL Rules** - United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules, 1976, as revised in 2010

### ISPRAMED language

**ISPRAMED** - Institute for the Promotion of Arbitration and Mediation in the Mediterranean

**Methodology** - Operational pattern agreed upon by the Centres in order to define the common practice in the administration of arbitrations in the Mediterranean area

**MOU** - Memorandum of Understanding signed by the Centres as members of the Network with the intent to promote arbitration and mediation in the Euro-Mediterranean area and to define shared and common principles

## PRINCIPLES

### **1. Independence**

The Centres recognize the importance of the principle of arbitrators' independence as defined by the most renowned authors and scholars worldwide. The Centres agree that such duty concerns each member of the Arbitral Tribunal, whether party-appointed or not and requires the arbitrator to avoid any relationship with the parties and/or their counsels — which may be ambiguous or potentially detrimental to his/her independence — in the personal, social and financial spheres. The arbitrator's obligation to be independent should be met in the course of the entire arbitration proceedings. Finally, the Centres also agree that the lack of independence endangers the fairness and integrity of the arbitral process and may not be a matter of negotiation between the parties — for situations which manifestly jeopardise the overriding principle that no person can be his or her own judge.

### **2. Impartiality**

The Centres acknowledge the importance of freedom of judgment of arbitrators in the arbitral process, to be regarded as a subjective standard concerning the mental state of the arbitrators towards the case, the parties and their counsels. Although some of the Centres do not explicitly require the arbitrators to be impartial, all the members of the Network do not tolerate lack of impartiality and fight to prevent arbitrators' partisanship. The arbitrator's obligation to be impartial should be met in the course of the entire arbitration proceedings. The Centres would be prone to uphold a challenge to an arbitrator whose impartiality is legitimately doubted.

### **3. Duty to disclose**

The Centres believe that the duty of prospective arbitrators to disclose every circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to their independence and impartiality is a quintessential requisite to the arbitral process and to the perception of its fairness. Also, the Centres agree that the arbitrators should update their disclosure in the course of the proceedings, subject to supervening circumstances. The scope of the arbitrators' disclosure is broadly construed by the Centres and any doubt by the arbitrators is to be resolved in favour of disclosure.

### **4. Challenge of arbitrators**

The Centres acknowledge the right of the parties to challenge the arbitrators, even the party-appointed arbitrator, based both on the circumstances disclosed by the arbitrators and on circumstances the parties somehow

learn in the course of the proceedings. The arbitrators may be challenged by the parties if they do not meet the obligations to be independent and impartial and/or, in some Centres, they lack the qualifications required by the parties. In order to ensure certainty to the process, the Centres set time limits to the parties to submit their challenge: should such time limits expire, the challenge is deemed to have been waived. The parties and the arbitrators are entitled to comment on the proposed challenge.

## **5. Incompatibility**

The Centres agree that their members (officers, employees, member of the Board/Council/Court, etc.) cannot be directly appointed by the Centres as arbitrators in the proceedings they manage, as this may seriously call into question the arbitrator's impartiality and independence. Furthermore, the Centres agree that these officers, employees, members of the Board/Council/Court cannot derive any financial benefit from the appointment of an arbitrator.

### **COMMON PRACTICES**

The Centres have shared a non-exhaustive list of practical examples which are likely to occur in the administration of arbitration procedures. The Centres undertake to follow the most recurring relevant decisions on either confirmation or refusal of arbitrators when confronted with such circumstances in the real practice.

#### **1. Arbitrator's relationship with the Institution**

*Being an official member of the arbitral institution or having professional relationships with official members of the Centre (such as professional partners or employees of the Centre's official members).*

The Centres' rules allow for different evaluations of the above reported case. Some of them find that the situation gives rise to a case of incompatibility (CMA; CAM, where the incompatibility is also extended to professional partners/employees of the arbitral council's members or CAM's employees, unless the parties agree otherwise) while others openly admit such possibility (CACI, although predicting a change when the rules will be revised). According to CRCICA's practice, its Director, officers and employees are prohibited from acting as arbitrators or counsel in arbitrations conducted under its auspices. Pursuant to Article 7 of the By-Laws of CRCICA's Advisory Committee (AC), the Centre may not appoint the AC members as arbitrators except by way of the list procedure. According to ITOTAM practice, persons who have been appointed to any ICOC bodies by election, cannot serve as arbitrators in disputes that concern them or any establishments, institutions or



enterprises at which they are employed or with which they have any type of relationship. Employees of ICOC cannot serve as arbitrators, except for hired consultants (art. 9 of the Internal Regulation of ITOTAM (Appendix 1).

As a matter of principle, in such circumstances an objective conflict of interest may exist from a third person's standpoint, although the values of independence and impartiality are not affected by themselves. Incompatibility serves the purpose of preserving the institution's integrity and autonomy towards the administration of the case. The Centres, regardless of their provisions on incompatibility, endeavour to protect their integrity and to keep their activity separate from that of the arbitrators.

## **2. Arbitrator's relationship with the parties**

### *a. Present or past parental relationship between an arbitrator and a party*

*The party appointed arbitrator is the son of the legal representative of the company which appointed him.*

The scenario as exemplified in the above case is likely to affect the arbitrator's freedom of judgment, thus causing justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. As regards the 2004 IBA Guidelines, the arbitrator's close family relationship with one of the parties comes under the "waivable red list", which encompasses situations that pose a serious threat to the independence and impartiality of arbitrators, being possibly waived only with the express agreement of all the parties.

Although not all the members of the Network have experienced such a case (only CMA, CAM and ITOTAM contributed with their positions), it can be argued that the Centres would be prone to refuse or not to confirm the said arbitrator, in view of preserving the fundamental value of independence and impartiality.

### *b. Present professional relationship of an arbitrator with one of the parties*

*CASE 1: the party-appointed arbitrator declares that he is currently serving as counsel or as witness expert to the same or the other party in another arbitration or judicial proceedings.*

The situation hereby described allows for an economic relationship between the arbitrator and one of the parties: this might greatly affect the freedom of judgment of the arbitrator. Some of the Centres have clearly stated that in such circumstances they have refused or non-confirmed the arbitrator, as this would give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, with regard to the understanding of a reasonable third person (CAM; CMA; ITOTAM). The Centres acknowledge that an objective conflict

of interest exists from the standpoint of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts; therefore the professional appointed might not serve as arbitrator in the above described case.

*CASE 2: the party appointed arbitrator (or the arbitrator appointed by the institution) declares that he is serving as arbitrator in another arbitration appointed by the same party.*

Repeated arbitrator appointments may appear frequent in international arbitration practice and the need is felt to strike the balance between possible bias and the freedom of the parties to appoint the specialist they trust. Some of the Centres would deem such situation truly problematic and consequently would refuse the arbitrator appointed by the same party in two different pending procedures (CMA). Other institutions are willing to invest in closer examinations of the arbitrators' relationships with the parties: it has been pointed out (CAM) that the non confirmation of the arbitrator in such a case may depend on the fact that the subject matter of the disputes is the same, as this can cause a prejudice and a misbalance in the panel (since a party-appointed arbitrator has a wider knowledge of the case). Also, serial appointments may represent a problem when they are made in different times, so as to create a continuative economic relationship between the arbitrator and the appointing party (CAM). The Centres agree that an existing professional relationship between the arbitrator and one of the parties may give rise to justifiable doubts as to the independence and impartiality of arbitrators, although the relevance of such circumstance should be reasonably considered in each individual case.

*c. Past professional relationship of an arbitrator with one of the parties*

*The party-appointed arbitrator declares that he has served as counsel, as witness expert or as arbitrator for the same or the other party in another arbitration or judicial proceedings 3 years ago.*

In assessing whether a past professional relationship between an arbitrator and one of the parties is critical to the arbitrators' independence and impartiality, some of the Centres are inclined to refuse the arbitrator (CMA; CRCICA, experiencing the case of an arbitrator appointed by the same party for three consecutive proceedings) while others have a flexible approach, focusing on the time-span occurring between the services rendered for the party by the arbitrator, making reference to the time limits set by the IBA guidelines (CAM). ITOTAM faced a similar case, where an arbitrator was challenged due to the fact that he had served as a lawyer in a judicial proceeding six years prior to the arbitration for the party who had appointed him. The challenging party raised his challenge shortly after the arbitral

tribunal rendered the award, although the award had not been notified to the parties yet. Therefore, the arbitral tribunal did not decide on the challenge issue. Accordingly, the party set aside the award.

In some cases the institution has experienced the reverse situation, where the appointed arbitrator has declined to serve in the arbitration because of past professional relationships with the appointing party, like a judge appointed by a party who declined the appointment because of past involvement of that party in judicial proceedings under his jurisdiction (CCAT). The Centres agree that a past professional relationship between the arbitrator and one of the parties may give rise to justifiable doubts as to the independence and impartiality of arbitrators, although the relevance of such circumstance should be reasonably considered in each individual case.

*d. Common nationality of the arbitrator and one of the parties*

*The chairman holds the nationality of one of the parties who are of different nationalities.*

Such case calls into question the concept of neutrality of arbitrators, which is defined as the absence of cultural commonality with one of the parties: this shared feature does not automatically result into partisanship of the arbitrator. The members of the Network do not consider such case problematic as no apparent and/or actual conflict of interest exists from the relevant objective point of view. Also the Centres' Rules may encompass a specific provision on the so called "third nationality rule": where the parties have different nationalities, the Centre may appoint as sole arbitrator or chairman of the Arbitral Tribunal a person of a different nationality, unless otherwise agreed by the parties (CAM).

### **3. Arbitrator's relationship with the parties' counsels**

*a. Present or past parental relationship between arbitrator and counsels or arbitrator's relatives and counsels (and vice-versa)*

*The arbitrator declares that his son is working within the same law firm of the counsel assisting the party who appointed him.*

Some of the Centres state that such situation gives rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence and therefore would not confirm the arbitrator based on that disclosure (CMA; CAM; ITOTAM). Given the overriding importance of arbitrators' independence and impartiality and also of the appearance of independence and impartiality, it can be inferred that all the members of the Network would share the same position and would be inclined to refuse the arbitrator, in the interest of the arbitration's fairness.

*b. Present or past professional relationship of arbitrator with one of the parties' counsel*

*CASE 1: the arbitrator and the counsel serve together as co-counsel in other proceedings.*

This may be a very recurring case in the international arbitration practice. While a few institutions believe that a professional enjoying such a connection with a party's counsel in principle may not serve as arbitrator in the arbitration (CMA; CACI), others consider that the appointed arbitrator should be granted the opportunity to act as such in the proceedings, provided that no direct economic relationship exists between the arbitrator and counsel (CAM, which would treat in a different way — i.e. with a non confirmation — the case of an existing professional collaboration, like in the event of a counsel domiciled at the arbitrator's firm for a judicial proceedings. Along the same lines, ITOTAM approach would be not to confirm the arbitrator).

The Centres agree that a professional relationship between the arbitrator and one of the parties' counsels may put at serious risk the independence and impartiality of arbitrators, leading to bias: therefore they undertake to closely peruse such circumstances in view of safeguarding those values.

*CASE 2: the arbitrator and one of the parties' counsel are associates in the same law firm.*

An existing and also stable professional partnership between the arbitrator and one of the parties' counsel is likely to affect the freedom of judgment of the arbitrator, thus most of the Centres, when experiencing such case, are disposed to refuse/not to confirm the said arbitrator (CAM; CMA; CACI; ITOTAM; LAC, which experienced the case of previous professional collaboration in the same firm between the co-arbitrator appointed by one of the party and the counsel of that party). In other circumstances, the members of the Network have faced the case of an arbitrator being appointed by the same counsel (or firm) for three consecutive appointments (CRCICA, which confirmed the arbitrator); or the case of a previous bad professional relationship between the arbitrator appointed by the court and the counsel of a party (LAC, which confirmed the arbitrator, although later on the arbitrator resigned). The Centres agree that the case of a professional partnership can give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence and should lead to refuse the arbitrator.

*c. Sharing the same premises not being associates*

The Centres enjoy different attitudes towards the case of an arbitrator sharing the same professional premises with a parties' counsel, without any partnership. Some of the members of the Network have a rigorous approach

(CACI; CAM; CCAT has experienced the reverse case, where an arbitrator refused to serve as arbitrator because he shared the premises with the counsel of the appointing party), whilst others believe that such a case would not give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence (CMA; ITOTAM). The Centres agree that such relationship may unduly "put in contact" the arbitrator and one of the party, therefore they commit to a thorough analysis of the individual case, in order to protect the fundamental principles of arbitrators' independence and impartiality.

*d. Academic relationships*

Having experienced such a case, the Centres believe that an academic relationship between the arbitrator and a party's counsel does not pose a threat to the arbitrators' independence and impartiality from a reasonable third person's point of view (CMA; CAM; ITOTAM; CACI). Although sharing the belief that the said circumstance per se cannot be considered as a ground for challenging/non confirming the arbitrator, nonetheless they agree on the importance of analysing the nature of the existing relationship.

**4. Arbitrator's relationship with another arbitrator**

*a. Present or past relationship of an arbitrator and another arbitrator*

*CASE 1: the arbitrator and another arbitrator are associates in the same law firm.*

Although such an instance would be quite rare in the arbitration practice, the Centres believe that this relationship would endanger the arbitrators' independence and impartiality. Therefore they may wish to explore further on it and this may possibly lead to the arbitrators' disqualification (CMA; CACI).

ITOTAM's approach would be no to confirm the arbitrators. Before the new arbitration rules of ITOTAM entered into force, ICOC faced a few cases where the arbitrators were associates. Surprisingly in these cases, the arbitrators were not challenged. Since there was not an arbitration court, the confirmation mechanism was not applied; this was a result of peculiar appointment mechanism set forth by the old rules. Where there was no agreement of the parties on the appointment procedure, the arbitrator included in the first arbitrator's list and whose turn had come was acting as a president and appointed the other two arbitrators. Almost in all the above-mentioned cases, the president has appointed an arbitrator from his law firm. ITOTAM believes that this jeopardizes the impartiality of the arbitrators.

*CASE 2: the arbitrator has served as co-counsel with another arbitrator in other proceedings.*

When experiencing that kind of relationship between two of the members of the Arbitral Tribunal, the Centres may have different approaches. Some of them are inclined to refuse the arbitrator (CACI) whereas others would treat the case in a less rigorous way, confirming the arbitrator (CMA; CAM; CRCICA, which experienced the case of the co-arbitrator and the chairman being former judges who used to sit in the same court chamber). The Centres agree that such case should not automatically result in a disqualification of the arbitrator; they are at liberty to analyse the above described situation, taking into account the best interest of the parties.

## **5. Arbitrator's relationship with the subject matter of the dispute**

*a. Personal or economic interest either direct or indirect in the subject matter of the dispute*

*The arbitrator holds relevant shares of one party.*

The Centres believe that justifiable doubts necessarily exist as to the arbitrator's independence and impartiality if he has a significant financial connection with one of the party. Such a case is listed in the waivable red list of the IBA Guidelines, as giving rise to an objective conflict of interest, from the standpoint of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts. The situation is serious and undermines the arbitrator's duties to act in an impartial and independent way. Consequently the Centres would refuse/not confirm the arbitrator (CAM; CMA; CACI; ITOTAM).

*b. Arbitrator appointed in connected arbitrations*

*The arbitrator has already decided on the same subject matter between the same parties.*

The Centres have experienced the above case and believe that it may give rise to serious doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. Therefore, they may take into account the other party's position on the issue and refuse the arbitrator who enjoys a knowledge of the subject matter between the parties for having already served as arbitrator on the disputed issues between the same parties (CMA; CACI; ITOTAM; CAM, which experienced different cases falling under the above category: (i) the arbitrator was required to decide between the same parties a claim which was rejected in the previous arbitration as time barred; (ii) an arbitrator was appointed by the same party in two different arbitrations which originated from the same contractual relationship while the other party (to both proceedings) had not

appointed the same arbitrator; CRCICA also faced different situations: (i) the Arbitral Tribunal rendered a unanimous final award on its jurisdiction declaring the inadmissibility of the case because the claimant lacked standing to sue. The company having standing according to the award filed a new arbitration appointing the same arbitrator rendering the award on jurisdiction; (ii) an arbitrator reappointed by the same party to decide on the same dispute between the same parties after setting aside of the first award and the filing of a new arbitration case).

*c. Arbitrator professor of law*

The arbitrator is a professor of law and he has written an article/essay on the disputed issue. If the parties believe that he is biased and bring a challenge on such basis only, the Centres agree that the challenge has to be rejected by the institution: also according to international case law, such thing bears no importance and does not put at risk the independence and impartiality of an arbitrator.

**Future developments**

The Centres wish for and are committed to a steady application of the above listed 5 principles as well as of the above practices. Also, as far as the future course of the Centres' activity is concerned, they engage with levelling, as much as possible, the playing field with regard to the different sets of rules, so that highstandard uniform principles are established and adhered to by the Centres on the most important arbitration issues. ISPRAMED will endeavour to become a reference point for advice for the Centres, both in their daily practice and in crucial circumstances (e.g. the revision of the Rules, the implementation of the agreed common principles, etc.).

## **REPORT ON THE CRITERIA FOR SELECTION OF ARBITRATORS**

### **ABBREVIATIONS**

#### **Centres**

**CACI** - Centre for Arbitration and Conciliation of the Algerian Chamber of Commerce and Industry

**CAM** - Milan Chamber of Arbitration

**CCAT** - Arbitration and Mediation Centre of Tunis

**CMA** - Arbitration Court of Morocco

**CRCICA** - Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration

**ITOTAM** - Arbitration Centre of the Istanbul Chamber of Commerce

**LAC** - Lebanese Arbitration Center

#### **International conventions and laws as mentioned in the Rules Comparison Chart and in the Report**

NY Convention - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June 1958

UNCITRAL ML - United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration, 1985, with amendments as adopted in 2006

UNCITRAL Rules - United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules, 1976, as revised in 2010

#### **ISPRAMED language**

MOU - Memorandum of Understanding signed by the Centres as members of the Network with the intent to promote arbitration and mediation in the Euro-Mediterranean area and to define shared and common principles

Methodology - Operational pattern agreed upon by the Centres in order to define the common practice in the administration of arbitrations in the Mediterranean area

### **PRINCIPLES**

#### **1. Way of appointment of the arbitrators**

The Centres all acknowledge the importance of a transparent and clear-



cut procedure for the appointment of the members of the arbitral tribunal, based on the assumption that this allows the smooth set in motion of the proceedings. The selection of the arbitrator by the parties is a quintessential feature of arbitration and this is strictly linked to the broad freedom they generally enjoy to construct a dispute resolution system of their choice in the arbitration agreement. Therefore, the Centres agree that the parties should never be deprived of the power to appoint the members of the arbitral tribunal in favour of the institution, unless it is considered appropriate to intervene to break a procedural deadlock in the arbitration. Besides, when appointing the arbitrators the Centres may either draw from an internal list of arbitrators (ensuring that they all enjoy the highest standards of competence) or freely appoint professionals they trust.

## **2. The composition of the Arbitral Tribunal**

All the Centres share the belief that the parties have the last say on the composition of the arbitral tribunal (tripartite arbitration panel or sole arbitrator) as well as on the relevant appointment process. However, some of the Centres may accommodate for a three-member panel or for a sole arbitrator as a default solution, in case the parties are silent or do not reach an agreement, depending also on the peculiarities of the case at hand (value, type of dispute, complexity and so on). In any event, the members of the arbitral panel cannot result in an even number.

## **3. Multiparty arbitration**

Critical procedural issues arise when there are more than two opposing parties taking part in the arbitrators' selection process. The Centres agree that the leading principle in such a case is the equal treatment of the parties, which must enjoy the same degree of involvement in the mentioned step. Therefore, the parties may either split in two opposing groups, appointing each an arbitrator, or jointly appoint the entire panel (or the sole arbitrator). In case of failure of the said mechanism, the Centres agree to take it upon themselves to appoint the panel or the sole arbitrator.

## **4. Neutrality of the arbitrators**

The Centres agree that the arbitrator's cultural commonality with one of the parties does not automatically result into partisanship of the same arbitrator. However, the members of the Network may set forth a specific provision on the so called « third nationality rule », establishing that, where the parties have different nationalities, the Centre may appoint as sole arbitrator or chairman of the Arbitral Tribunal a person of a different nationality, unless otherwise agreed by the parties.

## **5. Availability**

The Centres acknowledge the importance of a greater transparency with respect to arbitrators' availability and workload. Therefore, they undertake to require their arbitrators to confirm their ability to devote the necessary amount of time to the arbitration and to conduct the process diligently and efficiently, as well as according to the time limits set in the rules.

### **COMMON PRACTICES**

The Centres have shared a non-exhaustive list of practical examples which are likely to occur in the administration of arbitration procedures. These are some of the most frequent circumstances raising doubts and a variety of procedural problems as to the appointment process. Knowing the position of the Centres towards these situations will be helpful in defining common principles and explanatory cases for arbitration users. The Centres undertake to follow the most recurring relevant decisions on the selection of arbitrators when confronted with such circumstances in the real practice.

#### **1. The composition of the Arbitral Tribunal**

- a. The arbitration agreement lacks any provision or is ambiguous on the number of arbitrators and the parties do not reach any agreement on the matter.*

The case is not that uncommon in the arbitration practice and the Centres' rules allow for different evaluations of it, providing the parties with distinct alternatives. CRCICA opts for a tripartite panel as a default solution whereas others (CAM; LCA) provide for the appointment of a sole arbitrator. However, the latter group and the remaining Centres (CCAT; CMA) all grant a flexible approach (one or three arbitrators), where arbitration can be referred to a panel of three members given the circumstances of the case (also CRCICA, providing for the reverse case, from a tripartite panel to a sole arbitrator). Where the rules do not offer a default solution, the Centre prompts the parties to clarify, within a short time limit, their position as to the composition of the arbitral tribunal; if the parties fail to give any feedback on the issue, the Centre will decide for them (CACI, ITOTAM).

The above referred flexible approach clearly serves the purpose of offering the parties the most appropriate arbitral tribunal for the case at hand, in terms of combined expertise of the panel and internal exchange of views on controversial issues. The institution has always to strike the balance between possible conflicting positions of the parties on the issue and the interests at stake in the case (a high-value dispute is not necessarily a complex one).

Therefore, when facing the parties' disagreement on the number of the members of the Arbitral Tribunal, the Centres endeavour to opt for a

customized solution, after careful consideration of the peculiarities of the dispute as well as of the positions of the parties on the composition of the tribunal.

*b. The arbitration agreement provides for a two-step process, where the parties appoint two arbitrators who are required to attempt a settlement between the parties and if they fail to do so a third arbitrator will be appointed to constitute a three-member panel.*

Such case possibly leads to tie decisions, as it undermines the majority rule, threatening deadlocks in the procedure. Arbitration agreements providing for the aforesaid composition of the arbitral tribunal are usually held invalid under many national laws or amended by way of the appointment of an additional arbitrator. The Centres' Rules always provide for an arbitral tribunal comprising an odd number of arbitrators. As for their actual experience, the occurrence is really sporadic in the international practice: only one centre — CAM — faced the case. The institution invited the co-arbitrators, whose independence and impartiality had been controlled, to inform the parties and the centre of any settlement within a reasonable time, failing which, the Arbitral Council would appoint the chair (with a meeting scheduled in two/three weeks). When the date of the Council meeting was approaching and no settlement was announced, the Secretariat informed the parties and the co-arbitrators that the Council would appoint the chair, unless the parties agree on the extension of the time limit for a settlement. However, the co-arbitrators did not settle the dispute, hence the chair was appointed by the institution.

*c. The arbitration agreement provides for a sole arbitrator, but the dispute is a big case where a three-person tribunal should be appointed (or the reverse: the dispute is a small claim — less than \$5.000-\$10.000 — and a three-member tribunal is indicated in the clause).*

The overriding principle in arbitration is party autonomy, which has a broad meaning and comprises also the right to determine the composition of the Arbitral Tribunal. As a general rule, the agreement of the parties in this respect is a primacy resource so that the institution administering the case has to abide by it: hence, if the parties decide for a panel or for a sole arbitrator in the arbitration agreement, the Centres have to observe such provision. However, it is also true that the same contract may give rise to a wide array of disputes, each with distinct peculiarities (complexity, value, etc.): when drafting the arbitration agreement, at the time of the execution of the contract, parties are usually not aware of the future developments of their dealings and do not know what kind of conflict they will experience (if any). That is the reason why the original provision on the composition of the

arbitral tribunal, as embedded in the arbitration clause, may not be in step with the features of the actual dispute, once it arises. Therefore, in such a case, although the principle of party autonomy cannot be overturned, the Centres, in the parties' interest (time and cost-effective procedures), may suggest them to evaluate a change of the above mentioned provision or to use a different ADR method (e.g. mediation).

## **2. Multi-party cases**

- a. The arbitration agreement provides for two arbitrators appointed by each party and the chairman appointed by the two party-appointed arbitrators. The arbitration involves more than two litigating parties; such parties do not delegate the appointment of the panel to an appointing authority.*

This situation sets a clear limit to party autonomy: the will of the parties, as expressed in the clause, would make the arbitration impractical in case of multiple parties. For those members of the Network which have experienced the case (CAM; CMA), the procedural hurdle has been overcome by way of the joint appointment mechanism (claimants and/or defendants appoint the co-arbitrators). If the parties do not split in two groups, then the institution appoints the panel.

Other Centres (CRCICA) experienced the case of an arbitration agreement in a multi-party contract providing for the appointment of a three-member tribunal by one of the parties only (CRCICA), and had no option but to abide by the parties' agreement after discussing the risk it would entail. In another critical case, where the arbitration clause provided for the joint appointment of the co-arbitrators by the parties, the case was filed by one claimant against two respondents. However, the respondents did not file any brief and remained absent. The Centre (CRCICA) had to decide whether to appoint the arbitrator on behalf of the respondents or to appoint the entire panel, regardless of the selection of the arbitrator made by the claimant. According to CRCICA Practice Notes published in June 2014, in certain multiparty cases, where the parties have agreed to appoint three arbitrators and the multiple respondents fail to appoint the second arbitrator, a question has arisen as to when exactly Article 10(3) of the Rules is triggered and whether an arbitrator could be appointed by the Centre on behalf of the defaulting respondents, in accordance with Article 9(2) of the CRCICA Arbitration Rules. The practice of the CRCICA in this case is to appoint, upon the request of the claimant(s), an arbitrator on behalf of the defaulting respondents pursuant to Article 9 (2) of the Rules, as long as the respondents have not made any appointment. Accordingly, in practice, Article 10 (3) of the CRCICA Arbitration Rules is triggered only in the cases where the multiple respondents have appointed more than one arbitrator instead of jointly appointing one, thus causing a failure in the constitution of a tripartite arbitral tribunal as per the parties' agreement.

- b. There are arbitration agreements in several connected contracts on the same matter which give rise to several arbitrations with more than two parties. Some of the parties appoint different arbitrators.*

This case occurs very seldom in the Centres' practice. Usually the institution deals with each multi-party arbitration as an individual case and apply the relevant provision of its rules.

### **3. The appointment process**

- a. The arbitration agreement refers to an appointing authority other than the institution administering the arbitration.*

The Rules of the Centres generally allow for the appointment process to be managed by other institutions (except for LAC, which considers the arbitration an ad hoc one and do not administer the case); when this happens the parties have to inform the Centre of the selection of the arbitrator/s made by a third institution.

It has to be clear, however, that although admitting such possibility, the Centres ought not step down from the impartiality and independence control of the arbitrators appointed by another authority.

A critical issue arise when the arbitration agreement refers to a non-existent appointing authority or the said authority fails to select the arbitrators. In practice, CRCICA made the appointments in such cases in light of Article 8.1 of its Rules, according to which the appointment shall be made by the Centre if the arbitral tribunal has not been appointed (according to the agreed upon different procedure for appointment) within the time agreed upon by the parties, if any, or within 30 days after receipt by the Centre of a party's request for appointment. In such case the Centre should be in charge of the appointment process, to avoid any standstill in the proceedings.

- b. The parties have not specified in the arbitration agreement who will appoint the arbitrators in case of failure of the parties.*

Usually the Centres' Rules provide for the default appointment of arbitrators by the institution administering the case, when the interested party/ies do not proceed in that respect.

- c. The parties have identified a professional as arbitrator in the arbitration agreement, specifying his name, but the chosen professional is unavailable when the arbitration starts (e.g. he is dead or incompetent).*

That is an outstanding issue and a characteristic example of pathological clause, as a poorly drafted arbitration agreement which runs counter to the setting in motion of a proceeding. Although the validity of the defective arbi-

tration agreement has to be finally checked by the arbitral tribunal only (kompetenz-kompetenz), the point is how to proceed with the arbitration, as the arbitrator's selection may be made on *intuitu personae* basis. The Centres' Rules do not explicitly refer to the case at hand but they may take into account the arbitrator's inability to perform his/her duties (art. 19.2 ITOTAM). When the pre-selected arbitrator has died or become unable to perform the task, the Centre may invite the parties to jointly amend the arbitration agreement, so that an alternative path is set for the constitution of the arbitral tribunal. Failing an agreement of the parties, the Centres may be in charge of the appointment.

*d. The parties fail to respect the time limits for the appointment of the arbitrators as set forth in the arbitration agreement.*

This is not a recurring case in the Centres' practice and may be a matter of negotiation between the parties: the parties may agree on the extension of the said period, before it elapses. In any event, in case one of the parties do not respect the time limit to appoint the arbitrator, as set forth in the arbitration agreement, the counterparty may either raise an objection to any late appointment or agree on the extension of the time limit.

In the former case, given the circumstances of the case, the party will be considered to have waived his/her right to appoint the arbitrator and the Centre will deal with such appointment: then the parties at the hearing for the constitution of the arbitral tribunal may endorse/ratify the way in which the arbitral tribunal has been constituted.

*e. According to the arbitration clause the chairman of the arbitral tribunal is to be appointed by the co-arbitrators but they do not reach an agreement on the third arbitrator. The Centre, being in charge of the appointment of the chairman, requires the co-arbitrators to disclose the selection of professionals discussed by them in order to avoid undue repetition and understand the selection criteria appreciated by the parties.*

In the above described case, the Centres are involved in the appointment process as a substitute player for the selection of the third arbitrator. By way of introduction, all the Centres of the Network appoint the arbitrator(s) through their technical body (court, council, committee, etc.): it is important to highlight that such body is composed of many professionals so that the Centres always stand for a collective decision-making process. Accordingly, the Centres would never allow the appointment of arbitrators to result from the decision of one person within the institution.

When appointing the third arbitrator each Centre, as an independent body, will freely choose a qualified professional who possesses the skills and expertise required by the given case. However, although the need is felt to preserve the Centre's full integrity and independence in the selection process — without undue influence exercised by the parties/co-arbitrators — the

institution may avail itself of the thoughtful considerations made by the same parties/co-arbitrators when trying to appoint the chairman. In that regard, it is true that the co-arbitrators may liaise with the parties in the selection of the third arbitrator, in order to better know their needs and requirements: therefore, it may be appropriate for the Centres to be informed about the selection criteria as dealt with by the co-arbitrators.

#### **4. Selection criteria**

*a. The arbitration agreement is silent on the qualification of the arbitrators and the parties do not agree on the profiles of the prospective arbitrators. The selection of the arbitrators is made according to the following criteria: (e.g.: nature and circumstances of the dispute, applicable law, seat, language, procedural issues to be managed by the arbitrators, identity and nationality of the parties, their counsels and the co-arbitrators, value of the claims, age of the co-arbitrators, academic and/or professional titles, « personal » features, previous appointments — turn over need — previous experiences as co-arbitrator, chairman, sole arbitrator, counsel, secretary, etc.).*

Some of the Centres, having an internal list of arbitrators, appoint the arbitrators among the professionals included in the said list; the arbitrators are selected and included in the list for their expertise and experience in the field of arbitration (CMA).

Those Centres which do not have a list may freely choose the arbitrators from the international community of renowned arbitration experts. In so doing, the Centres take into account a lot of selection criteria, in order to appoint the best professional for the given case. They may consider: the subject matter of the dispute (by spotting the experts of that very field), the nature of the dispute, as well as any procedural issues to be covered by the arbitrators, the rules of law applicable to the case at hand, the seat of the arbitration, the linguistic skills required by the case (the language of the arbitration and the contract), nationalities of the parties, the amount in dispute (a small claim would barely attract a well-known and busy professional, while a junior expert could perform the task at his/her best), the age and any academic title of the co-arbitrators, and of the parties' counsels (to prevent any undue unbalance inside the panel or when conducting the procedure), the availability of the arbitrator (in terms of time to be devoted to the case), previous experience as arbitrator, failure of the arbitrators in previous cases managed by the Centre to comply with the Rules, etc..

*b. The arbitration agreement provides for a panel composed of professionals with non-legal background, whereas the dispute shows that legal qualifications are fundamental.*

There is no question that arbitrators may have the most diverse education

and professional background, being lawyers, accountants or members of all industries, with different professional experience and from all parts of the world. There are indeed cases in the international practice where the panel comprises professionals lacking any legal qualifications (provided that they have a significant experience in arbitration), but it is also true that most of the times the appointed arbitrators are jurists (lawyers, law professors, judges, etc.) or have combined expertise. The rationale for preferring legal experience rests on one main assumption: most disputes involve legal matters, therefore legal experience is necessary to bring these matters to a satisfactory conclusion and guarantee justice. Choosing an arbitrator with a background and extensive training in legal principles and procedures can help in the conduct of the procedure and in drafting the award. Nevertheless, some of the members of the network (CMA) holds that the institution has always to abide by the will of the parties as expressed in the agreement, or try to make aware the parties of the possible consequences of such choice (CACI).

Some of the Centres believe that one of the arbitrators of the panel must have legal qualifications in order to be able and qualified to render the award (LAC; ITOTAM) or where none of the arbitrators has legal background they make sure that the parties are fully aware of the situation (CAM, ITOTAM) and that the appointed professionals do have experience in arbitration (CCAT, ITOTAM). Another Centre (CRCICA) experienced the reverse case, where the arbitration agreement was silent on the qualifications of the arbitrators and the parties appointed sitting judges as co-arbitrators, which was forbidden by the law of the seat (similar case where the arbitration agreement required the appointment of sitting judges and the law of the seat prohibited such appointment). In such case, CRCICA threatened to reject the appointment of the co-arbitrators based on Article 8.5 of its Rules, according to which the Centre may, upon the approval of its Advisory Committee, reject the appointment of any arbitrator due to the lack of any legal requirement. This reaction led to the appointment of new co-arbitrators.

*c. In the arbitration agreement the parties select a person of a particular religious belief or seek to impose certain restrictions on individuals who may be appointed as arbitrators (e.g.: very specific qualifications required by the parties which make extremely difficult to find an arbitrator who meets those conditions).*

This is an uncommon situation and none of the Centres has ever experienced it (although it has recently occurred in the international practice and hotly debated after the decision on the Jivraj case <sup>(1)</sup>). One Centre (CAM) has

---

<sup>(1)</sup> Jivraj v Hashwani (2011)UKSC 40 is a English Court of Appeal's decision where it was considered the validity of an arbitration agreement which required the parties to select a person of a particular religion (an Ismaili) to be an arbitrator.



faced cases where the religious belief of one of the parties had to be taken into consideration when selecting the arbitrators while another Centre would take a rigorous approach, by considering the provision null and void as contrary to the national Constitution and international treaties as well (ITOTAM).

## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2016

<b>Unione europea</b>	<b>€ 100,00</b>
<b>Paesi extra Unione europea</b>	<b>€ 150,00</b>
<b>Prezzo di un singolo numero</b>	<b>€ 25,00</b>
<b>(Extra U. E. € 38,00)</b>	

In caso di sottoscrizione contemporanea a due o più riviste cartacee tra quelle qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	<i>Unione europea</i>	<i>Paesi extra Unione europea</i>
<i>Rivista trimestrale</i>		
<i>di diritto e procedura civile</i>	€ 140,00	€ 210,00
<i>Rivista dell'arbitrato</i>	€ 100,00	€ 150,00

Gli sconti non sono cumulabili

Le annate arretrate a fascicoli, dal 2011 fino al 2015, sono disponibili fino ad esaurimento scorte

## RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 31,00\* non abbonato € 82,00\*

\*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2016, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2016.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso. Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- **a ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- mediante **carta di credito** (visa - mastercard - eurocard - carta si), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

### **Pubblicità:**

**Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426 - e-mail: [periodici@giuffre.it](mailto:periodici@giuffre.it)**

---

*I contributi pubblicati in questa rivista potranno, previa autorizzazione, essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.*

---

Registrazione presso il Tribunale di Roma al n. 113 in data 2 marzo 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

*Direttore responsabile:* Maria Beatrice Deli

---

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66