

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PRIVATO EUROPEO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI CIVILI E COM-
MERCIALI
CICLO XXIV (2009)

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO
Arbitraggio e iniquità della determinazione: criteri di valutazione e rimedi

S.S.D. IUS/01

Coordinatore: Prof. Tommaso dalla Massara

Tutor: Prof. Tommaso dalla Massara

Dottoranda: Dott.ssa Viviana Del Maschio

Indice sommario

Introduzione.....	5
--------------------------	----------

Capitolo primo

L'arbitraggio: natura giuridica e tipi.....	7
--	----------

1. Definizione dell'arbitraggio e dell'ambito di indagine	7
2. L'origine storica dell'istituto	10
3. Distinzione dell'arbitraggio da figure affini	17
a. Arbitraggio e arbitrato	17
b. Arbitraggio e perizia contrattuale	21
4. L'arbitraggio tra disciplina generale e speciale	24
a. Il rinvio all'arbitrio altrui nei negozi <i>mortis causa</i>	26
b. La scelta della prestazione nelle obbligazioni alternative	27
c. La fissazione del prezzo quale particolare ipotesi di arbitraggio	28
d. La partecipazione di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite in una società semplice	31
5. Arbitraggio tra prestazione e oggetto del contratto	33
a. La prestazione di cui all'art. 1349 cod. civ.	33
b. L'oggetto del contratto	35
6. La completezza del contratto cui accede l'arbitraggio	38
a. Introduzione al problema	38
b. Differenti teorie a confronto	39
c. Osservazioni conclusive	45
7. La fonte e la natura del rapporto tra le parti e l'arbitratore	47
8. L'incarico dell'arbitratore	50
9. La natura della determinazione arbitrale	52
10. I criteri di giudizio del terzo tra mero arbitrio ed equo apprezzamento	56
11. Le condizioni generali della produzione	60
12. L'arbitraggio di parte	61
a. Profili introduttivi	61
b. Una prospettiva comparatistica	63
c. La realtà italiana	65

Capitolo secondo

L'arbitraggio nel sistema tedesco fra <i>Unbilligkeit</i> e <i>Unrichtigkeit</i>	71
1. La disciplina del BGB sull'arbitraggio.....	71
2. Il riconoscimento giurisprudenziale dell'arbitraggio in Germania.....	77
3. Arbitraggio (<i>Schiedsgutachtenvertrag</i>) ed arbitrato (<i>Schiedsvertrag</i>)	80
4. I cd. <i>Gestaltungsrechte</i>	85
5. I presupposti della determinazione del terzo: l'accordo fra le parti e l'accordo con il terzo.....	87
6. Le differenti tipologie di arbitraggio nel diritto tedesco.....	90
7. Lo <i>Schiedsgutachten im weiteren e im engeren Sinn</i>	90
a. Il <i>vertragsergänzende Schiedsgutachten</i>	92
b. Il <i>rechtsabändernde Schiedsgutachten</i>	95
c. Il <i>feststellende Schiedsgutachten</i>	97
8. La difformità della determinazione: <i>Unrichtigkeit</i> e <i>Unbilligkeit</i>	100
9. L' <i>Unrichtigkeit</i>	102
10. L' <i>Unbilligkeit</i>	106
11. La responsabilità dell'arbitratore.....	111
12. L'onere della prova di <i>Unbilligkeit</i> e <i>Unrichtigkeit</i> e l'intervento del giudice	112
13. L'arbitraggio di parte.....	115
a. Cenni generali	115
b. Contenuto e funzione	117
c. <i>Offenbare Unbilligkeit</i>	119

Capitolo terzo

L'iniquità nell'arbitraggio	121
1. Equità ed equo apprezzamento: la loro rilevanza nell'arbitraggio	121
2. La <i>Geschäftsgrundlage</i> e l'integrazione del negozio giuridico.....	124
3. Il problema dell'equità come metro di giudizio	126
4. L'equità quale criterio relazionale di interessi	129
5. La manifesta iniquità.....	130
6. Indici di iniquità	133
7. L'iniquità nella giurisprudenza.....	138
a. Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, e l'equo apprezzamento	139
b. Un parametro oggettivo per la manifesta iniquità: la portata innovativa di Cass., 30 dicembre 2004, n. 24183.....	141
c. Le azioni di rescissione: in particolare la rescissione per lesione <i>ultra dimidium</i>	144

d.	Gli aspetti poco soddisfacenti della sentenza n. 24183 del 2004	147
8.	Riflessioni sull' <i>Unbilligkeit</i> quale metro di paragone dell'iniquità	149
9.	L'iniquità tra <i>Geschäftsgrundlage</i> e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: un criterio di valutazione alternativo?	151
a.	La relazione tra i §§ 319 e 313 BGB	152
b.	Le circostanze dell'art. 1467 cod. civ. quali <i>Umstände</i> del § 313 BGB	156
c.	L'iniqua determinazione dell'arbitratore quale circostanza imprevedibile ai sensi dell'art. 1467 cod. civ.	159
d.	Possibili punti di contatto fra 'eccessiva onerosità' e 'iniquità'	161
e.	L'alea contrattuale normale quale limite per la determinazione arbitrale	163
f.	Il ruolo della riconduzione ad equità del contratto	165

Capitolo quarto

L'invalidità della determinazione del terzo: rimedi e intervento del giudice..... 171

1.	In generale sull'impugnazione della determinazione	171
2.	Motivi invocabili nell' <i>arbitrium boni viri</i> e nell' <i>arbitrium merum</i>	174
3.	Un'ipotesi peculiare: la mancanza della determinazione del terzo.....	176
4.	L'intervento del giudice	180
a.	In generale	180
b.	La decisione del giudice: natura e profili processuali	181
5.	Le azioni esperibili dai contraenti e dall'arbitratore.....	187
6.	Affinità tra arbitraggio e risoluzione del contratto anche sul piano rimediale?.....	192
a.	Risoluzione per inadempimento: il rapporto giuridico fra i contraenti e il terzo	193
b.	Risoluzione per eccessiva onerosità: il rapporto giuridico fra i contraenti	195

Conclusioni..... 199

Bibliografia 205

Introduzione

L'analisi che ci si propone di effettuare è volta all'approfondimento di alcuni profili peculiari dell'arbitraggio, figura disciplinata dall'art. 1349 cod. civ., ai sensi del quale i contraenti possono decidere di rimettere ad un arbitratore la determinazione della prestazione contrattuale. Si tratta quindi di un intervento – successivo – avente natura integrativa dell'assetto contrattuale stabilito dalle parti al momento della conclusione del contratto.

Il nostro ordinamento contiene una disciplina positiva a carattere generale del solo arbitraggio del terzo, quello, cioè, in cui l'arbitratore sia un soggetto estraneo al rapporto contrattuale. Vi sono ordinamenti, invece, tra cui quello tedesco, che prevedono altresì l'arbitraggio di parte, in cui il ruolo dell'arbitratore sarà rivestito da uno dei due contraenti.

Dalla lettura dell'art. 1349 cod. civ. emerge che l'arbitraggio può essere effettuato secondo due differenti criteri: equo apprezzamento ovvero mero arbitrio. Nel primo caso l'arbitratore dovrà adottare la determinazione nel rispetto del principio di equità; nel secondo avrà invece maggior libertà e discrezionalità di scelta, in virtù della particolare fiducia con cui i contraenti si rimettono al suo apprezzamento. Diverse saranno, nell'una e nell'altra ipotesi, le conseguenze in caso di determinazione mancante o viziata.

Ciò premesso in merito alla portata della figura dell'arbitraggio, la presente ricerca si concentrerà in particolare sull'arbitraggio del terzo svolto secondo equo apprezzamento e sulle ipotesi in cui la determinazione arbitrale sia affetta da (manifesta) iniquità.

Si cercherà, infatti, di individuare quali siano i criteri cui la dottrina, e soprattutto la giurisprudenza, abbiano fatto riferimento per stabilire quando la determinazione dell'arbitratore debba ritenersi manifestamente iniqua. Nel caso in cui tali parametri non risultassero soddisfacenti, si tenterà di verificare se sia possibile identificare un ulteriore criterio utile a stabilire quando si debba ritenere che la determinazione arbitrale integri un'ipotesi di iniquità manifesta.

Dopo aver affrontato il profilo dei presupposti della determinazione dell'arbitratore, nel prosieguo della ricerca si guarderà invece al sistema dei rimedi cui le parti possono attingere nell'ipotesi in cui la determinazione sia difforme da quella prevista.

In entrambi i casi un importante ruolo sarà svolto dalla comparazione con l'ordinamento giuridico tedesco, al quale sarà dedicato specifico approfondimento. Nella

prima parte del lavoro, infatti, saranno analizzate origine e disciplina dell'istituto dell'arbitraggio. Nella seconda parte, invece, verranno posti in evidenza alcuni aspetti peculiari di questo sistema giuridico, sottolineando che determinate connessioni potrebbero essere rinvenute anche nel nostro ordinamento e utilizzate in chiave strumentale a sviluppare i profili centrali della presente ricerca: cosa debba intendersi per iniquità della determinazione del terzo e, in tale evenienza, quali siano i rimedi esperibili.

Capitolo primo

L'arbitraggio: natura giuridica e tipi

1. Definizione dell'arbitraggio e dell'ambito di indagine

L'espressione 'arbitraggio', sconosciuta al legislatore del codice civile italiano del 1942, è stata coniata da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 1349 cod. civ., rubricato «Determinazione dell'oggetto» e collocato alla fine del *corpus* normativo relativo, appunto, alla tematica dell'oggetto del contratto.

Si intende per arbitraggio (o arbitrato¹) quella figura giuridica che prende forma allorché i contraenti si accordino nel senso di rimettere ad un soggetto terzo la determinazione della prestazione oggetto del contratto da loro concluso. Un intervento successivo ed esterno, quello dell'arbitratore, funzionale a completare un accordo negoziale dal contenuto in parte ancora lacunoso².

¹ Come lo definisce Galgano in F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 236.

² Quanto alla nozione e al contenuto essenziale della figura dell'arbitraggio si leggano, per una visione d'insieme: M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 824; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 ss.; F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1989, 414 ss.; E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2003, 125 ss.; A. FICI, voce *Contratto incompleto*, in *Dig. disc. priv.*, - *Sez. civ.*, Aggiornamento, I, Milano, 2007, 416; R. SACCO, voce *Determinatezza dell'oggetto del contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Milano, 2010, 529 ss. In particolare, fra le opere monografiche: G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, 40 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 1 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 11 ss.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, 2005, 1 ss. Nonché i contributi di: G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *AUPA*, XI, 1923, 6 ss.; F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Studi di dir. processuale*, Padova, 1925, 53 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. art. 1321-1352*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1970, 377; G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1983, 615; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.2, Torino, 1987, 695 ss.; E. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, 583 ss.; G. ALPA-R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 369 ss.; F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, VI, Torino, 2000, 144 ss.; G. VILLA, *La determinazione mediante arbitraggio*, in *Studium Iuris*, 2001, 850 ss.; E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 291 ss.; ID., *Il contratto di arbitraggio*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti di composizione delle liti*, II, Milano, 2005, 1143 ss.; ID., *Il contenuto e l'oggetto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, Milano, 2006, 813 s.; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006, 35 ss.; F. GALGANO, *Trattato*, cit., 236 ss. Fra i commenti all'art. 1349 cod. civ. si vedano: G. SANTORO, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, IV, sub art. 1349, Torino, 2001, 547 ss.; M.B. CHITO, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, I, Milano, 2008, 2472 ss.; F. CRISCUOLO, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2010, 587 ss.; M. FACCIOLO, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. Cian-A. Trabucchi, sub art. 1349, Padova, 2011, 1416 ss. Per uno sguardo comparatistico è interessante la panoramica

Molteplici possono essere le ragioni che spingono le parti a ricorrere a tale strumento giuridico. In generale può dirsi che esso presuppone la mancanza, in capo ai contraenti, delle informazioni necessarie ai fini della fissazione definitiva del regolamento contrattuale ovvero la difficoltà di trovare un accordo su alcuni punti dello stesso³.

L'integrazione successiva di un contratto incompleto può manifestarsi sotto varie forme⁴. Essa può infatti consistere in un successivo accordo di entrambi i contraenti ovvero in una loro determinazione unilaterale (il cosiddetto arbitraggio di parte, figura – come si

fornita da W.-J., HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten als Mittel der Streitentscheidung und der Streitvorbeugung*, in *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien, 1986, 189 ss.

Fra le pronunce giurisprudenziali di maggior rilievo sull'inquadramento dell'arbitraggio si evidenziano, a partire dalle più recenti: Cass., sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4931, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1055, la quale così recita «[...] un'ipotesi di arbitraggio, con il quale le parti demandano ad un terzo (la Commissione paritetica) di determinare, in loro sostituzione, uno o più contenuti del contratto già concluso. In tal modo l'arbitratore, con la propria autonoma attività dispositiva, concorre all'integrazione ed alla formazione del contenuto del contratto. Tale attività di natura negoziale dell'arbitratore è espressamente regolata dall'art. 1349 il quale distingue due sottospecie di arbitraggio, a seconda che la determinazione integrativa del contenuto contrattuale sia rimessa all'"arbitrium merum" del terzo, ovvero all'"arbitrium boni viri" del medesimo, con la differenza, chiaramente sottolineata dalla norma del codice, che nel primo caso la determinazione è impugnabile soltanto provando la mala fede dell'arbitratore (art. 1349, c.2. c.c.), mentre nel secondo caso la determinazione è sindacabile se essa è "manifestamente iniqua o erronea" (art. 1349, c. 1 c.c.)»; Cass., sez. un., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1445, la quale afferma che «mentre nell'arbitrato le parti demandano agli arbitri il compito di risolvere divergenze insorte in ordine ad un rapporto, preconstituito in tutti i suoi elementi, mediante l'esplicazione di una funzione essenzialmente giurisdizionale, in guisa che la decisione sia destinata ad acquistare efficacia simile a quella della sentenza del giudice (arbitrato rituale) oppure mediante la formazione, sul piano negoziale, di un nuovo rapporto riconducibile esclusivamente alla volontà dei mandanti, senza l'osservanza, per la natura non contenziosa dell'incarico, delle norme contenute negli artt. 806 e segg. c.p.c. (arbitrato c.d. libero), nell'arbitraggio invece le parti demandano ad altro soggetto la determinazione, in loro vece, del contenuto di un contratto già concluso ma non completo, per modo che l'arbitratore, con la propria attività volitiva ed autonoma, concorre all'integrazione ed alla formazione del contenuto del negozio stesso (così, tra le altre, sentenza 29 aprile 1983 n. 2949 di questa Corte)»; ancora, Cass., 30 gennaio 1992, n. 952, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 2180, secondo la quale «[...] secondo il consolidato orientamento di questa Corte (v., tra altre, cass. sent. n. 4364–83), ricorre l'arbitraggio quando le parti affidano a terzi arbitratore l'incarico, non di risolvere una controversia nascente da un rapporto preesistente e perfetto, ma di determinare, in un negozio giuridico in via di perfezionamento, un elemento che le parti stesse non hanno voluto o potuto determinare, sicché gli arbitratore non dirimono liti nè definiscono transattivamente controversie, ma concorrono con le parti alla formazione del negozio, determinandone in parte il contenuto»; nonché Cass., sez. un., 11 febbraio 1987, n. 1463, in *Foro it.*, 1987, I, 1047, dove si legge che «quanto alla nozione di arbitraggio, questa Corte (Cass. 29 aprile 1983 n. 2949) ha precisato che esso ricorre quando le parti conferiscono ad un terzo (arbitratore) l'incarico di determinare, di regola secondo equità, uno degli elementi del negozio in formazione, non ancora perfezionato per la mancanza di quell'elemento, cioè l'incarico di svolgere un'attività da cui esula qualsiasi contenuto decisivo su questioni controverse, laddove con l'arbitrato rituale e con quello irrituale le parti tendono a conseguire, quali protagonisti di un conflitto, un giudizio decisivo sullo stesso. Si deve soggiungere che il completamento della fattispecie, compito proprio dell'arbitratore, può riguardare anche gli atti unilaterali (Cass. 18 maggio 1967 n. 1039) e concernere un elemento inerente allo sviluppo della fattispecie nel rapporto successivo alla sua costituzione (Cass. 4 marzo 1968 n. 700)». Si leggano, quindi: Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, 482; Trib. Bergamo, 18 maggio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 12, 2587; Cass., 25 giugno 1983, n. 4364, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Arbitrato», n. 121; Cass., 29 aprile 1983, n. 2949, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 164; Cass., 11 febbraio 1976, n. 446, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Arbitrato», n. 17; Cass., 6 aprile 1973, n. 961, in *Rep. Foro it.*, 1973, voce «Arbitrato», n. 14; Cass., 23 settembre 1964, n. 2404, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce «Arbitrato», n. 36.

³ A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 416.

⁴ La problematica della (in)completezza del contratto di arbitraggio verrà approfondita *infra*, § 6.

vedrà – discussa nel nostro ordinamento). L'integrazione può poi realizzarsi – come si è accennato – tramite una determinazione proveniente da un terzo, a tal fine incaricato dalle parti; oppure, ancora, può esser fatta oggetto di una clausola di adeguamento rimessa ad una delle due parti o attributiva, all'una, di uno *ius variandi* e, all'altra, di un diritto di recesso.

Con specifico riguardo al nostro ordinamento, in virtù dell'ampia libertà negoziale e delle varie possibilità riconosciute ai contraenti, questi possono concludere un contratto predeterminandone già dall'inizio il relativo oggetto in modo completo, ovvero ricorrere all'arbitraggio e deferire ad un terzo soggetto la determinazione di uno o più elementi negoziali (si vedrà a breve in che termini tali 'elementi' vadano intesi), statuizione, questa, che si collocherà – insieme al relativo completamento del contratto – in un momento successivo a quello della sua conclusione.

È stato affermato che dalla lettura dell'art. 1349 cod. civ. emergerebbe, quale figura emblematica di determinabilità, quella di tipo volontario, in cui l'atto di integrazione successiva è rimesso all'opera di un terzo. Da questa si distinguerebbe invece il rinvio (espreso o tacito) ad un indice determinativo esterno, diverso dall'atto del terzo. In tal caso, se il rinvio è contenuto in una regola legale interpretativa o suppletiva della volontà delle parti, ci si trova in una zona di confine fra determinazione per volontà delle parti e in forza di legge⁵.

Interessante è l'osservazione di chi, precisando che il tema su cui si innesta l'arbitraggio è quello della (in)determinatezza del contratto, ricorda che vi sono state occasioni in cui si è fatta confusione tra la determinatezza ed altri aspetti del contratto, quale ad esempio l'aleatorietà. Con particolare riguardo alla fideiussione *omnibus*, figura la cui ammissibilità è sempre stata molto discussa, soprattutto prima della riforma introdotta dalla l. 17.2.1992 n. 154 che ha fissato un tetto massimo di responsabilità del garante, ne veniva negata l'ammissibilità in quanto avrebbe avuto un contenuto indeterminato. In realtà è stato giustamente osservato che il vero problema della ammissibilità della fideiussione *omnibus* non concerneva l'indeterminatezza del suo contenuto – cioè la mancata fissazione dell'importo esatto cui era tenuto il garante – bensì l'assenza di un tetto massimo di responsabilità. Si tratta di una questione – quella dell'alea contrattuale – ben distinta da

⁵ R. SACCO, voce *Determinatezza dell'oggetto*, cit., 530.

quella della determinatezza del rapporto, in quanto i due concetti concernono evidentemente piani diversi⁶.

Nel prosieguo si cercherà di chiarire nozione, struttura giuridica e funzione dell'arbitraggio – anche tramite il confronto con figure ad esso affini – e ci si concentrerà sull'individuazione dei criteri sulla base dei quali, una volta affidata al terzo la determinazione dell'oggetto del contratto secondo equo apprezzamento, essa debba considerarsi iniqua e di quali siano perciò i rimedi che l'ordinamento appresta all'uopo.

2. L'origine storica dell'istituto

Già i giuristi dell'epoca romana classica discutevano circa l'ammissibilità di una figura assimilabile al moderno arbitraggio e anche la romanistica ha successivamente condotto molteplici studi e ricerche con riguardo a tale problematica.

Non è questa la sede idonea per occuparsene in modo approfondito, ma si ritiene comunque opportuno un breve cenno alle origini per sottolineare fin da subito come già allora si possa rinvenire una contrapposizione fra l'*arbitrium boni viri* e l'*arbitrium merum* di una persona determinata⁷. Ci si chiede, quindi, in che modo la questione della natura della determinazione del terzo in termini di soggettività ed equità abbia caratterizzato l'istituto dell'arbitraggio fin dalle sue radici storiche, rendendo opportuno rinvenirne e ripercorrerne le tracce per comprendere perché e in che modo si siano sviluppati determinati criteri valutativi e di apprezzamento.

Come infatti narra Gaio, le due famose scuole di diritto, quella sabiniana e quella proculiana, si confrontavano sul punto se fosse possibile deferire ad un terzo la determinazione del prezzo in alcuni contratti, in particolare nella compravendita e nella locazione⁸.

⁶ R. SACCO, voce *Determinatezza dell'oggetto*, cit., 530.

⁷ F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 415.

⁸ In *Gai Institutiones*, III. 140: «Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est» (trad: Il prezzo, poi, deve essere certo. Labeone, infatti, negò qualsiasi valore a una convenzione intervenuta tra di noi secondo la quale la cosa sarebbe stata comprata al prezzo stabilito da Tizio; e Cassio approva la sua opinione. Ma Ofilio, seguito da Proculo, sostiene che anche quella è compravendita); nonché in *Gai Institutiones*, III. 143: «Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur» (trad: Ci si chiede, pertanto, se sussista locazione conduzione allorché la valutazione del canone sia rimessa a un terzo, ad esempio alla stima di Tizio. Per lo stesso motivo, ci si chiede se vi sia locazione conduzione allorché io abbia consegnato delle vesti a un tintore

Pare che, mentre i Sabiniani sostenevano che l'inserimento di tale previsione avrebbe comportato la nullità del contratto, i Proculiani lo ritenessero invece ammissibile a condizione che il terzo indicato provvedesse poi effettivamente alla determinazione del prezzo⁹.

Con riferimento in particolare alle possibili forme di arbitraggio esistenti, nonché al rapporto tra questo e l'arbitrato, è opportuno considerare alcuni passi dei giuristi Proculo, Celso e Paolo.

Un noto frammento di Proculo è stato diversamente interpretato quanto alla veste giuridica da attribuire all'intervento del terzo, comune amico delle parti, dalle quali abbia ricevuto l'incarico di determinare le quote di partecipazione delle stesse nei profitti e nelle perdite¹⁰.

L'opinione maggioritaria sostiene che Proculo, con l'espressione «*arbitrorum enim genera sunt duo [...]*» avrebbe inteso che l'arbitraggio si sarebbe articolato in due tipologie¹¹. Da un lato vi sarebbe stato il cosiddetto *arbitrium boni viri*, in cui l'arbitratore nell'assumere la determinazione era tenuto a rispettare in modo rigoroso i parametri dell'equità e della diligenza di giudizio; dall'altro l'*arbitrium merum*, in cui le parti si ri-

perché le lavasse o le rimettesse a nuovo, o a un sarto perché le rammendasse, senza che sia stato fissato un compenso, intendendosi che avrei pagato quanto avessimo concordato in un secondo momento).

⁹ Per approfondimenti sul tema dell'arbitraggio in diritto romano si vedano in particolare: M. RICCA-BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. giur.*, LXX, 1903, 60 ss.; G. PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 369 ss.; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 24 ss.; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 925 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 40 s. e 56 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 34 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 9 ss.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, 479 ss.; ID., voce *Arbitrio del terzo*, cit., 416; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1982, 111 ss.; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, cit., 927 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town–Wetton–Johannesburg, 1990, 253 ss.; G. BUGLIANI, *Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2007, 377 ss.

¹⁰ Si tratta di D. 17.2.76 (Proc. 5. *epist.*): «Societatem mecum coisti ea condicione, ut nerva amicus communis partes societatis constitueret: nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat». Inoltre, con riferimento all'arbitraggio del terzo in ambito societario si veda anche D. 17.2.78 (Proc. 5. *epist.*): «In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est».

¹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 111 ss.; M. KASER-R. KNÜTEL, *Das römische Privatrecht*, München, 2008, 182; G. GROSSO, *Obbligazioni - Contenuto e requisiti della prestazione - Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, 99 ss.; e così lo stesso F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 484.

mettevano – in virtù della fiducia che riponevano nel terzo – ad una sua decisione più prettamente ‘sogettiva’ lasciata, appunto, al suo mero arbitrio¹².

In caso fosse dubbio se i contraenti avessero optato per l’una o l’altra delle due modalità, dalla lettura dei frammenti che si occupano del tema emerge che nel diritto romano classico l’arbitraggio dovesse essere inteso come *arbitrium boni viri*. Da tale assunto vi è chi trae la conclusione che ciò si verificasse nelle ipotesi in cui al terzo fosse deferita la determinazione di elementi non essenziali, accessori del negozio¹³.

Altri autori hanno per contro sostenuto che il binomio cui avrebbe fatto riferimento Proculo non sarebbe stato ai due tipi di arbitraggio, bensì all’istituto dell’arbitraggio, da un lato, e a quello dell’arbitrato, dall’altro. Infatti proprio in ragione di un’inserzione ritenuta frutto di interpolazione successiva, il riferimento di Proculo all’arbitraggio di una persona determinata ha fatto ritenere che si trattasse, nel caso specifico, di arbitrato¹⁴.

Se può dunque presumersi con una certa sicurezza che la duplice classificazione dell’arbitraggio fosse ben nota a Proculo, il quale riconosceva all’autonomia negoziale la facoltà di scelta fra l’una e l’altra tipologia, può essere utile a completamento del quadro finora tracciato ricordare in proposito l’opinione di altri due giuristi: Celso e Paolo.

Celso si occupa dell’ipotesi in cui la costituzione della società venga fatta dipendere dalla determinazione – relativa al contratto stesso – di un arbitratore, il quale muoia prima di effettuarla. La conseguenza, dice il giurista, è la mancata nascita della società stessa¹⁵. Si è ritenuto che Celso, di scuola proculiana, seguisse l’orientamento del proprio caposcuola sia nel ritenere esistenti due tipi di arbitraggio, sia nel concludere che, per individuare se

¹² A tal proposito, da un punto di vista prettamente terminologico osserva il Gallo (in *La dottrina di Proculo*, cit., 526) che sarebbe più corretto connotare il secondo dei due tipi di arbitraggio, piuttosto che come *arbitrium merum*, quale «*arbitrium* di una persona determinata».

¹³ In questo senso si esprime G. PACCHIONI, *Arbitrium merum*, cit., 371. Di opinione contraria è, fra gli altri, H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§ 315 bis 319 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., 1979, 48 s.

¹⁴ Si veda, per tutti: G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 28; F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 517; nonchè H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 48 s., il quale ritiene in particolare che Proculo parlando dei due *genera arbitrorum* non facesse riferimento a due distinte forme di arbitraggio, bensì, da un lato, all’arbitraggio, e, dall’altro, all’arbitrato. Questo perché in diritto romano il termine *arbiter* indicava infatti non solo il terzo cui veniva attribuito il compito di dirimere una controversia (che ci riporta al nostro arbitro, lo *Schiedsrichter* tedesco) ma altresì il terzo incaricato di una determinazione integrativa del contratto concluso dalle parti (l’arbitratore di cui al nostro art. 1349 cod. civ., lo *Schiedsgutachter*).

¹⁵ D. 17.2.75 (Cels. 15 dig.): «Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitretur decesserit, nihil agitur: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitrates sit».

nel caso concreto si trattasse dell'uno ovvero dell'altro tipo, si dovesse guardare alla volontà dei contraenti¹⁶.

Il frammento di Proculo esaminato poco fa si inserisce tra due frammenti di Paolo, i quali tuttavia non costituiscono la fonte più attendibile per verificare il pensiero del giurista in materia di arbitraggio poiché, pur trattando il tema, sono oggetto di forti dubbi di autenticità ed interpretativi¹⁷.

Un altro frammento, sempre di Paolo ma collocato in un diverso libro, è invece utile alle nostre riflessioni in quanto affronta il tema della valutazione della conformità di un'opera demandata al committente della stessa¹⁸. Qui emerge la diversa presa di posizione, rispetto a Proculo, in punto di arbitraggio: Paolo infatti afferma che il criterio cui deve farsi riferimento per quanto concerne la valutazione della conformità dell'opera – sia questa demandata al committente o ad un terzo – è quello dell'*arbitrium boni viri*.

Dalle teorizzazioni di Proculo e Celso emergevano due diverse tipologie di arbitraggio e i due giuristi a seconda dei casi specifici optavano, appunto, per l'*arbitrium boni viri* ovvero per l'*arbitrium* di persona determinata.

Paolo, invece, sembra considerare esclusivamente l'arbitraggio secondo equo apprezzamento: la volontà delle parti, nella sua visione, non ha più un ruolo rilevante quanto alla scelta del parametro di giudizio da adottare, ma è la buona fede stessa che, nei *iudicia bonae fidei*, richiede che il criterio di valutazione dell'arbitratore sia quello del *bonus vir*¹⁹. La circostanza, dunque, che ogni richiamo all'arbitraggio dovesse essere chiarito alla luce dei parametri dell'*arbitrium boni viri* aveva come conseguenza il fatto che nel caso in cui, per qualsiasi ragione, fosse mancata la determinazione del terzo, il contratto sarebbe comunque rimasto in piedi perché interpretato secondo il principio di buona fede e quindi opportunamente integrato²⁰.

¹⁶ Diversamente, come si vedrà a breve, dall'impostazione che si sarebbe poi affermata in età post-classica con Giustiniano. Così F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 511 s.

¹⁷ Si tratta di: D. 17.2.77 (Paul. 4 *quaest.*): «(veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat)»; e di D. 17.2.79 (Paul. 4 *quaest.*): «Unde si Nervae arbitrium ita pravam est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei». Sui diversi profili interpretativi si veda, per tutti, F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 495 s.

¹⁸ D. 19.2.24 pr. (Paul. 34 *ad ed.*): «Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit».

¹⁹ Nei negozi che invece non davano luogo a giudizi di buona fede Paolo ammetteva anche l'arbitraggio di una persona determinata. Si vedano: F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 417; ID., *La dottrina di Proculo*, cit., 538 s.; G. BUGLIANI, *Arbitrato ed arbitraggio*, cit. 383 s.

²⁰ F. GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 539.

In epoca post-classica un'importante funzione chiarificatrice è stata svolta da una costituzione emanata dall'imperatore Giustiniano nel 531 d.C. Essa pur facendo riferimento, nel paragrafo iniziale, al contratto di compravendita, in quello finale estendeva la sua portata anche al contratto di locazione²¹.

Tale costituzione – pur variamente interpretata²² – viene intesa dall'opinione maggioritaria nel senso che nei contratti di vendita e locazione fosse ammissibile il deferimento ad un terzo della determinazione del prezzo, da intendersi necessariamente quale rimessione all'*arbitrium* personale del soggetto designato²³. Non era quindi possibile per le parti porre restrizioni di sorta all'incarico dell'arbitratore: la fissazione del prezzo era sempre valida ed inoppugnabile, tanto se ai contraenti fosse parsa equa, quanto iniqua²⁴.

Pare infatti che Giustiniano avesse voluto stabilire che l'arbitraggio dovesse essere sempre inteso come obbligatorio, quindi accettato dalle parti qualsiasi fosse l'esito cui conduceva, e ciò in virtù della fiducia che le stesse avevano riposto nell'attività del terzo. Ed è in questo senso ed in tale contesto, quindi, che era utilizzata l'espressione *arbitrium merum*: nel senso di determinazione dovuta, con la conseguenza che la mancanza della stessa avrebbe comportato la nullità del contratto, non essendo prevista la possibilità di ricorrere in via sostitutiva ad un terzo soggetto ovvero al giudice²⁵.

Giustiniano rifiutò quindi l'insegnamento dei giuristi classici Proculo e Celso dove essi riconoscevano alla volontà delle parti un ruolo cardine nell'individuazione del tipo di arbitraggio che l'arbitratore era chiamato a svolgere e, quindi, della natura della relativa determinazione. Si ritiene piuttosto che l'efficacia del contratto fosse considerata sospensivamente condizionata alla determinazione del terzo e che il negozio sarebbe stato inficiato da nullità solo nell'ipotesi in cui l'arbitratore non avesse svolto il suo incarico²⁶.

Già si è detto e ancora si dirà circa l'origine della dicotomia *arbitrium merum* – *arbitrium boni viri*. Appare condivisibile l'impostazione secondo la quale tale duplicità debba essere intesa non come il risultato di una netta contrapposizione fra rimessione al mero capriccio dell'arbitratore e giudizio ponderato, bensì come una gradazione. L'*arbitrium*

²¹ Si tratta di C. 4.38.15.1.

²² Per un'illustrazione completa delle teorie in proposito: M. RICCA-BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo*, cit., 60 ss.

²³ F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 416.

²⁴ M. RICCA-BARBERIS, *L'apprezzamento del terzo*, cit., 80; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 36.

²⁵ Così G. PACCHIONI, *Arbitrium merum*, cit., 372 s.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 40; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 38 s.

²⁶ F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, cit., 927 s.

merum sottintende una fiducia delle parti nell'attività determinativa del terzo, in ragione della quale esse rinunciano alla possibilità di qualsivoglia rettifica o impugnazione della statuizione. Nell'*arbitrium boni viri*, invece, i contraenti si accordano nel senso di sottostare alla determinazione del terzo solo in quanto essa si riveli corrispondente ad equità: diversamente essi disporranno di strumenti e rimedi riparatori *ad hoc*²⁷.

Mentre si può affermare che il diritto romano conoscesse la distinzione sostanziale tra arbitro ed arbitratore, a ciò non corrispondeva tuttavia anche una netta differenziazione terminologica. Vale a dire che i romani non utilizzavano il termine *arbitrator* – espressione coniata solo durante il diritto intermedio – in contrapposizione a quella di *arbiter*²⁸. In epoca medievale i due termini erano presumibilmente utilizzati per indicare la distinzione fra gli attuali arbitrato irrituale o libero ed arbitrato rituale, in ragione di una certa confusione che si era creata fra le due figure. È infatti opportuno essere cauti nel discorrere di arbitrato nel periodo del diritto intermedio poiché si tratta di un'espressione dal significato non univoco²⁹.

Ragioni storiche – in particolare l'influenza che i popoli germanici ebbero sulla società e l'ordinamento giuridico romani, con cui vennero in contatto – condussero alla nascita di una figura alternativa a quella del giudice ordinario: si trattava di un privato cui le parti demandavano il compito di comporre le liti tramite l'applicazione delle leggi e consuetudini germaniche. Si è soliti ritenere dunque che nel diritto intermedio con il termine *arbitrator* si facesse riferimento all'arbitro libero, il quale giudicava secondo equità e senza processo. Infatti proprio in quel periodo si sviluppò sia la figura dell'arbitro rituale che quella dell'arbitro libero, inteso quale amichevole compositore di controversie e, appunto, inizialmente confuso con l'arbitratore³⁰. Nel XII secolo d.C. in Italia venne in uso il giudizio arbitrale, come mezzo di risoluzione alternativa delle controversie più veloce rispetto al procedimento ordinario. Fu così introdotta la figura dell'arbitrato obbligatorio, il ricorso

²⁷ G. PACCHIONI, *Arbitrium merum*, cit., 373 s.

²⁸ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 28, nt. 2; F. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore*, cit., 927; G. LEVI, *L'arbitrato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, V, Torino, 1991, 364.

²⁹ Più approfonditamente F.K. SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1850, V, 542 ss. e 582 ss.

³⁰ L. GARETTO, voce *Arbitro e arbitratore (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 929; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 39 ss.; A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages*, Köln, 1978, 151 ss. Non così, invece, nell'ordinamento tedesco, il quale fa un'applicazione molto limitata dell'arbitrato irrituale data l'ampiezza che per converso caratterizza l'istituto dell'arbitrato, come emerge da: T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 207; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 65, nt. 93.

al quale veniva imposto dagli statuti in determinate materie nelle quali era escluso il ricorso al giudizio ordinario³¹.

Invero la distinzione fra arbitrato rituale ed irrituale, su cui ci si soffermerà meglio in seguito, riposa sul fatto che, sebbene entrambi i soggetti incaricati dalle parti svolgano la propria attività sul presupposto di una controversia tra loro esistente, mentre il primo, al pari di un giudice, emette un verdetto paragonabile ad una sentenza, l'altro svolge un'attività di carattere prettamente negoziale³².

Da questi si differenzia invece l'arbitratore, il quale svolge funzioni di carattere sostanziale e non, invece, processuale, in quanto interviene sulla determinazione dell'oggetto stesso del contratto.

Fu con grande probabilità solo con la Pandettistica e con la riscoperta dei classici che il termine *arbitrator* assunse la moderna accezione di arbitratore³³. Si volle così evidenziare la concreta possibilità per i contraenti di ricorrere ad un terzo per una specificazione successiva dell'oggetto del contratto, nonché la loro libertà di scegliere se rimettere la determinazione al terzo affinché decida secondo equo apprezzamento ovvero libero arbitrio: il tutto, dunque, nella consapevolezza della necessità di fornire una regolamentazione generale della materia.

Tali riflessioni sono state fatte proprie dalle codificazioni moderne, tra cui quella tedesca e quella italiana del 1942³⁴.

Il legislatore italiano del 1865, invece, non inserì una disciplina generale del fenomeno dell'arbitraggio, contemplando solamente alcune specifiche disposizioni, quali: l'art. 1474 cod. civ. sulla determinazione del prezzo nella vendita; l'art. 832 cod. civ. sull'individuazione del beneficiario nelle disposizioni a favore dei poveri; l'art. 1718 cod. civ. che, in materia societaria, consentiva la determinazione della parte con cui ciascun socio partecipava a guadagni e perdite. Fu poi la prassi che estese l'ambito applicativo dell'arbitraggio anche ad altre fattispecie, fatti salvi gli espliciti divieti di volta in volta posti dalla legge e sulla base di esigenze differenti. Così nel diritto del lavoro, delle assicura-

³¹ Per maggiori approfondimenti L. GARETTO, *Arbitro e arbitratore*, cit., 928.

³² Si ritornerà in modo approfondito sulla distinzione tra arbitrato irrituale e rituale *infra*, § 3 a).

³³ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 42 ss.

³⁴ F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 417 s.

zioni, dei trasporti e, in via estensiva, con riguardo ad ulteriori tipi negoziali (ad esempio con riferimento alla determinazione dell'affitto nel contratto di locazione)³⁵.

3. Distinzione dell'arbitraggio da figure affini

L'autonomia e la libertà negoziale che l'ordinamento ha riservato alle parti contrattuali hanno consentito a queste ultime di elaborare strumenti contrattuali nuovi per far fronte ad esigenze ed interessi specifici di cui esse siano portatrici e che vogliano far valere.

L'arbitraggio costituisce appunto un mezzo alternativo di cui i contraenti dispongono per plasmare secondo le proprie esigenze il contenuto dei loro rapporti giuridici, in modo difforme dall'*iter* consueto, ma raggiungendo comunque i propri scopi negoziali.

Soprattutto in passato – ma sotto alcuni profili la discussione è ancora molto viva – si è sviluppato un grande dibattito circa le differenze esistenti fra arbitraggio e figure ad esso ritenute affini, in modo da verificare se, ed in che termini, fosse possibile tracciare una linea di confine fra il primo e le seconde³⁶.

Un approfondito studio critico della questione non può ovviamente prescindere da un'analisi che chiarisca la natura stessa dell'arbitraggio e le diverse opinioni formulate in proposito³⁷. Per ora basti dar conto delle problematiche di maggior rilievo con riferimento alla distinzione dell'arbitraggio da altre figure.

a. Arbitraggio e arbitrato

Foriera di grande dibattito è sempre stata l'annosa questione concernente il rapporto fra arbitraggio ed arbitrato (in particolare quello irrituale o libero)³⁸. Ad oggi, tuttavia, le due figure appaiono ormai possedere confini ben definiti e sono perciò distinguibili senza particolari difficoltà.

³⁵ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 43 s.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 14 s.; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1144; T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 218; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 825.

³⁶ E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 125 ss; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 36 ss.

³⁷ Si veda, a questo proposito, *infra*, § 3.

³⁸ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 826 ss; G. VILLA, *La determinazione*, cit., 851 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 207 ss.

L'arbitraggio consiste infatti, come si è detto, nella determinazione di un elemento del rapporto contrattuale in assenza di una controversia fra le parti, mentre l'arbitrato costituisce un mezzo di risoluzione delle liti alternativo a quello giudiziale.

Per quanto riguarda la distinzione fra queste figure si sono affermate tradizionalmente due differenti teorie³⁹.

La prima rinvia, quale criterio discretivo fra i due istituti, la natura delle controversie che ne sono oggetto. È stata in particolare avanzata – sotto la vigenza dell'abrogato codice del 1865 e da parte di coloro che ritenevano che l'arbitrio del terzo comprendesse, quale *genus* unitario, le due *species* dell'arbitrato e dell'arbitraggio⁴⁰ – la distinzione fra controversie giuridiche e controversie economiche. Le prime si identificherebbero con quelle per il componimento delle quali il diritto appresta sempre una soluzione, anche in assenza di un accordo fra le parti; le seconde, invece, sarebbero quelle in cui vi è un conflitto di interessi semplice fra le parti, da loro stesse potenzialmente risolvibile⁴¹.

In realtà tale posizione ha suscitato da subito alcuni dubbi in dottrina ed è parsa alla fine inadeguata a tratteggiare la distinzione fra arbitraggio ed arbitrato, in particolare perché nel primo, a differenza che nel secondo, mancherebbe, come si è accennato, una 'controversia' da risolvere⁴².

La seconda teoria fa invece leva sulla diversa natura e funzione dell'incarico che il terzo è tenuto a svolgere e che sarebbe, nell'arbitraggio, di diritto sostanziale (fissazione di alcuni aspetti negoziali), mentre nell'arbitrato, di tipo processuale (risolvere una controversia)⁴³. Quindi, mentre nel primo caso il terzo effettua la determinazione di uno degli elementi di un negozio ancora in formazione e non ancora perfezionatosi, nell'arbitrato le par-

³⁹ Su tale suddivisione, in particolare: P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, 47; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 827.

⁴⁰ Nel senso che arbitrato ed arbitrato siano due identiche manifestazioni dell'arbitrio del terzo, quali elementi di determinazione della volontà privata si era espresso già A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 53; nonché S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 111.

⁴¹ G. VILLA, *La determinazione*, cit., 851. Si vedano, più approfonditamente: F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., 57 ss.; T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 205 ss. Di contrario avviso, invece A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649 ss., il quale distingue l'arbitro dall'arbitratore perché il primo pone in essere un giudizio di diritto mentre il secondo di equità; nonché G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 102 ss. secondo il quale gli arbitri intervengono nell'ambito del diritto pubblico, mentre gli arbitratori in quello di diritto privato.

⁴² A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 2.

⁴³ Così già L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 251 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1950, 70; G. MIRABELLI-D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994, 9; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., 51: quest'ultimo, in particolare, nega autonomia all'istituto dell'arbitrato irrituale dicendo che esso, a seconda della controversia su cui verte, rientrerà nell'arbitraggio ovvero nell'arbitrato rituale, non essendovi fra i due istituti ricostruzioni intermedie.

ti demandano agli arbitri il compito di risolvere contrasti sorti con riguardo ad un rapporto già costituito in tutti i suoi elementi. Proprio quest'ultimo orientamento è quello attualmente abbracciato in via maggioritaria da dottrina e giurisprudenza⁴⁴.

In realtà le distinzioni maggiormente caratterizzanti fra arbitraggio ed arbitrato si rinvencono soprattutto guardando ai loro risvolti pratici: nei motivi per i quali è impugnabile la determinazione del terzo (in un numero maggiore di casi nell'arbitrato rispetto all'arbitraggio, che incontra invece i soli limiti della manifesta iniquità, erroneità e malafede come risulta dal dettato legislativo); nella forma dell'atto (necessariamente scritta nell'arbitrato ai sensi degli artt. 807 e 808 cod. proc. civ., vincolata invece alla forma del contratto cui è collegato, nell'arbitraggio)⁴⁵.

La linea di confine fra arbitraggio ed arbitrato è stata tuttavia messa in dubbio con il riconoscimento dell'autonoma rilevanza della figura dell'arbitrato irrituale⁴⁶. Quest'ultimo, infatti, pur consistendo in uno strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla

⁴⁴ Per tutti, si leggano: A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 1; F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 149; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 237.

Quanto alle pronunce giurisprudenziali si vedano in particolare: Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2936, secondo la quale «La diversità di funzione tra le due categorie di istituti – composizione di una lite in questi ultimi ed integrazione del contenuto negoziale nell'arbitraggio – si riflette anche sugli elementi caratteristici di ciascuno di essi, nonché sui loro presupposti: in quanto se la funzione dell'arbitrato (rituale o libero) è la definizione di una lite, suo presupposto fondamentale è necessariamente l'esistenza di un rapporto controverso, che induce la volontà delle parti al conferimento di poteri decisori agli arbitri per la risoluzione delle divergenze insorte intorno ad esso. Mentre siffatto conferimento difetta del tutto nell'arbitraggio, poiché con il mandato i contraenti attribuiscono al terzo un semplice potere integrativo del contenuto del contratto, dato che non vi è alcuna controversia su cui si debba esercitare l'opera conciliativa-decisionale del terzo; ed il rapporto su cui interviene la determinazione dell'arbitratore ha un valore del tutto autonomo e non condizionato dalla preesistenza di precedenti rapporti fondamentali; Cass., sez. lav., 16 maggio 1998, n. 4931, cit., la quale afferma che nella fattispecie portata alla sua attenzione ricorre «non un'ipotesi arbitrato – non avendo inteso le parti deferire alla Commissione la composizione di una lite – ma piuttosto un'ipotesi di arbitraggio, con il quale le parti demandano ad un terzo (la Commissione paritetica) di determinare, in loro sostituzione, uno o più contenuti del contratto già concluso. In tal modo l'arbitratore, con la propria autonoma attività dispositiva, concorre all'integrazione ed alla formazione del contenuto del contratto»; nonché Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, cit., laddove afferma che «La differenza tra arbitrato ed arbitraggio deve essere ricercata nel contenuto del mandato conferito dalla parti al terzo (o ai terzi) perché mentre nell'arbitrato le parti demandano agli arbitri il compito di risolvere divergenze insorte in ordine ad un rapporto preconstituito in tutti i suoi elementi, mediante l'esplicazione di una funzione essenzialmente giurisdizionale, in guisa che la decisione sia destinata ad acquistare efficacia simile a quella della sentenza del giudice (arbitrato rituale) oppure mediante la formazione, sul piano negoziale, di un nuovo rapporto riconducibile esclusivamente alla volontà dei mandanti, senza l'osservanza, per la natura non contenziosa dell'incarico, delle norme contenute negli art. 806 e ss. c.p.c. (arbitrato cosiddetto libero), nell'arbitraggio, invece, le parti demandano ad altro soggetto la determinazione, in loro vece, del contenuto di un contratto già concluso ma non completo, in modo che l'arbitratore, con la propria attività volitiva ed autonoma, concorre alla integrazione ed alla formazione del contenuto del negozio stesso». Si leggano inoltre: Cass., sez. un., 25 giugno 2002, 9289, in *Giust. civ.*, 2003, I, 717; Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2936; Cass., 28 luglio 1995, n. 8286, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1445; Cass., sez. un., 11 febbraio 1987, n. 1463, cit.; Cass., 11 febbraio 1976, n. 446, cit.

⁴⁵ G. VILLA, *La determinazione*, cit., 851.

⁴⁶ Per approfondimenti si legga: G. COLLURA, *Manifesta iniquità e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 89 ss.; M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688 ss.

giurisdizione ordinaria – in quanto affida ad un privato il compito di dirimere un conflitto fra le parti – si avvicina nel contempo all’arbitraggio poiché l’incarico dell’arbitro irrituale consiste in un intervento nell’assetto negoziale già stabilito dalle parti concretandosi di fatto nella formulazione di un contratto⁴⁷. Per tale ragione secondo voci autorevoli le parti, nell’arbitrato irrituale, conferirebbero a un terzo il potere di svolgere un’attività propriamente negoziale la quale, per risolvere una situazione problematica, si concretizzerebbe nell’apprezzamento e nella valutazione di interessi tra loro contrapposti⁴⁸.

La linea di demarcazione fra le due figure si fonderebbe però sulla constatazione che, mentre l’arbitrato mantiene un profilo processuale – e ciò anche laddove sia irrituale, perché i contraenti si ritrovano su posizioni in contrasto fra loro e non riescono ad addivinare altrimenti ad una composizione della lite –, l’arbitraggio sfocia in un atto che corrisponde ad una manifestazione di autonomia negoziale delle parti e trae origine da una loro precedente espressa previsione in tal senso⁴⁹.

Si ricordi, poi, la posizione di chi ha negato, sotto la vigenza del codice del 1865, autonomia concettuale e dogmatica all’arbitrato irrituale in quanto ritiene che, dove esso si inserisca in un contrasto economico si risolverebbe sempre in un arbitraggio, mentre laddove abbia ad oggetto una controversia giuridica assumerebbe i tratti dell’arbitrato, perché al terzo sarebbe rimessa la risoluzione di una controversia secondo le regole del diritto o dell’equità⁵⁰.

Ancora, a proposito del confronto fra arbitraggio ed arbitrato irrituale, va ricordato come inizialmente dottrina e giurisprudenza, per definire e inquadrare la figura dell’arbitrato irrituale, abbiano fatto ricorso ad un parallelismo fra questo e l’arbitraggio, ritenendo l’arbitrato irrituale quale ‘arbitraggio in una transazione’⁵¹. Questa *fiction* fu elaborata immaginando che nell’arbitrato irrituale il terzo ricevesse dalle parti il compito di individuare il contenuto di un accordo finalizzato alla composizione – per il tramite di reciproche concessioni – della controversia sorta fra loro⁵².

⁴⁷ G. VILLA, *La determinazione*, cit., 851.

⁴⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 333.

⁴⁹ E. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, cit., 583 ss.; R. MARTINI, *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, *sub art.* 1349, 2005, 497; Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, cit.

⁵⁰ P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., 51.

⁵¹ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 23 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 2; ma, più nel dettaglio, si veda: E. PARENZO, *Il problema dell’arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, 130 ss.; C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitraggio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157 ss.; G. MIRABELLI-D. GIACOBBE, *Diritto dell’arbitrato*, cit., 139 s.

⁵² G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 259 s. Sul punto anche G. LEVI, *L’arbitrato*, cit., 374.

Tale impostazione presta in realtà il fianco a critiche, in particolare sulla base della considerazione che non necessariamente la composizione della lite da parte di un terzo importerebbe reciproche concessioni fra le parti, potendosi infatti verificare una totale soggezione dell'una rispetto all'altra. E così bisognerà concludere per l'alternatività, in generale, fra una risoluzione della controversia mediante arbitrato irrituale, con le sue caratteristiche proprie, o mediante transazione, istituto di diversa e autonoma natura⁵³; e ciò in ragione dell'intrinseca incompatibilità, affermata anche in giurisprudenza, fra l'istituto dell'arbitraggio e quello della transazione⁵⁴.

Non si ritiene neppure condivisibile, per le ragioni di cui si dirà meglio più avanti, il punto di vista di chi, in merito alla completezza o meno del contratto con clausola di arbitraggio, individuando nell'arbitraggio uno strumento funzionale a completare un negozio a formazione progressiva, consideri tale circostanza il discrimine per distinguerlo da figure simili. In particolare tale opinione afferma che si avrà arbitraggio quando le parti incarichino un terzo di determinare un elemento di un rapporto giuridico non ancora perfetto ed *in itinere*; arbitrato rituale quando il terzo sia tenuto a decidere una controversia con riferimento ad un negozio già concluso; ed infine arbitrato irrituale quando egli debba comporre una lite insorta tra le parti le quali considerano la sua determinazione come espressione della loro volontà⁵⁵. Stando a tale teoria l'indagine sulla volontà delle parti sarebbe determinante al fine di ravvisare un caso di arbitrato ovvero di arbitraggio⁵⁶.

b. Arbitraggio e perizia contrattuale

Un'ulteriore figura la cui distinzione dall'arbitraggio è tutt'oggi oggetto di discussione è la perizia contrattuale⁵⁷.

⁵³ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 215 s.; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, I, Torino, 1989, 405.

⁵⁴ Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, cit.

⁵⁵ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, 23 ss. e 117 ss.

⁵⁶ Cass., 25 giugno 1983, n. 4364, cit.

⁵⁷ Per un approfondimento sul confronto fra arbitraggio e perizia contrattuale si veda, dal punto di vista storico, G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 108 s. e 119 ss.; nonché, più in generale: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 217 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 263 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 2; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 61 ss. e 279 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1155 ss.; ID., voce *Arbitraggio*, cit., 126 s.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, 983 ss.; G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., 614.

Tale figura ricorre quando le parti si accordano fra loro nel senso di affidare ad un terzo il compito di effettuare una determinazione relativa all'oggetto del contratto, in ragione delle sue particolari competenze tecniche in materia, ponendo così in essere non un'attività valutativa, discrezionale ed equitativa, bensì una dichiarazione di scienza, vincolata a precisi parametri tecnici⁵⁸. Per tale ragione v'è chi ritiene che l'unica distinzione fra arbitraggio e perizia contrattuale consisterebbe nel fatto che nella seconda, e non nel primo, l'operazione rimessa al terzo avrebbe carattere prevalentemente tecnico⁵⁹. Un classico esempio di perizia contrattuale è quello dell'esperto chiamato a determinare l'indennizzo dovuto dalla compagnia assicuratrice a seguito di un sinistro che abbia coinvolto un proprio assicurato.

Si sono sviluppate due differenti opinioni circa la natura della perizia contrattuale con particolare riferimento alla figura dell'arbitraggio⁶⁰.

Una parte della dottrina ritiene che la perizia possa assumere, di volta in volta a seconda delle circostanze, la forma dell'arbitraggio ovvero dell'arbitrato, considerato che la valutazione tecnica espressa dal terzo può avere come finalità sia l'integrazione di un rapporto contrattuale non ancora del tutto determinato, sia la composizione di una controversia⁶¹. Non sarebbe in particolare concepibile una terza tipologia di determinazione del terzo avente autonomia concettuale e che non possa esser fatta rientrare nell'arbitrato o nell'arbitraggio⁶²: o si avrà la risoluzione di una controversia, o un completamento del contratto, ovvero, infine, un semplice parere emesso dal terzo sulla base di un contratto d'opera professionale⁶³.

Una seconda opinione, sostenuta in dottrina ed attualmente accolta dalla giurisprudenza maggioritaria, afferma per contro che la perizia contrattuale avrebbe un'autonomia funzionale propria, in quanto consisterebbe in accertamenti e constatazioni che il terzo è chiamato a svolgere in virtù delle sue specifiche capacità tecniche, a differenza invece dell'arbitraggio in cui l'arbitratore è incaricato di determinare uno degli elementi del nego-

⁵⁸ E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 126; ID., *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1156; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 264.

⁵⁹ A. DIMUNDO, *L'arbitraggio, la perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, Torino, 1999, 212.

⁶⁰ A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 2.

⁶¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 333 s.; G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., 614.

⁶² Così argomenta M. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, 26 ss.

⁶³ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 219 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 266 ss.

zio in sostituzione delle parti⁶⁴. Al terzo non verrebbe perciò conferito un potere decisionale su controversie giuridiche, bensì su questioni meramente tecniche⁶⁵. E ciò con le ovvie conseguenze in punto di nomina del perito e impugnabilità della sua determinazione⁶⁶, la quale potrà avvenire, diversamente che per quella dell'arbitratore, in presenza di vizi che possono inficiare qualsiasi dichiarazione di volontà, come l'incapacità, l'errore, il dolo o la colpa e non, invece, per manifesta iniquità o erroneità⁶⁷.

Accedere a questa seconda teoria significherebbe ritenere che il perito svolga un ruolo simile a quello del consulente tecnico d'ufficio, in quanto le determinazioni di quest'ultimo non sono vincolanti per il giudice (così come la perizia nei confronti delle parti), a differenza di quanto avviene invece nell'arbitraggio, dal quale la perizia contrattuale si distingue anche per la natura della determinazione che, come accennato, ha contenuto meramente tecnico, privo cioè di qualsiasi *arbitrium* o valutazione soggettiva⁶⁸.

Come emergerà poi nell'approfondimento relativo all'arbitraggio nell'ordinamento giuridico tedesco⁶⁹, proprio queste particolarità che caratterizzano la perizia contrattuale in modo da renderne sfumati i contorni rispetto all'arbitraggio, sono le ragioni che hanno condotto i giuristi tedeschi ad inquadrarla nella categoria dei *feststellende Schiedsgutachten* quegli atti di arbitraggio, cioè, consistenti in precisazioni di elementi di fatto che richiedono una certa competenza tecnica del terzo (e, per il vero, viene fatta rientrare in tale categoria altresì la sussunzione in chiave giuridica di tali determinazioni fattuali).

Per concludere, va poi negata l'applicabilità della disciplina dell'arbitraggio alla figura del 'biancosegno'. Quest'ultimo consiste nella consegna ad un terzo, da parte dei contraenti, di un foglio contenente una scrittura privata firmata in bianco, con l'accordo che essa venga opportunamente integrata secondo le modalità stabilite dal cosiddetto patto di riempimento, con cui le parti hanno elaborato i criteri per fornire una risposta ai relativi quesiti⁷⁰. L'incompatibilità fra il biancosegno e l'arbitraggio sta proprio nella circostanza

⁶⁴ Cass., 12 maggio 2005, n. 10023, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 5; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12155, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 2166.

⁶⁵ Trib. Isernia, 20 gennaio 2010, n. 65, in *Giur. merito*, 2010, 2147 ss.; Cass., 18 febbraio 1998, n. 1721, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 367; Cass., 3 marzo 1995, n. 3791, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 738.

⁶⁶ A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 2; E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 126; ID., *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1160.

⁶⁷ E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1160; Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, cit.; Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 840.

⁶⁸ A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 2.

⁶⁹ Vedi *infra*, cap. 2.

⁷⁰ E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1162; A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *Obbligazioni*, II, Milano, 2009, 336.

che, mentre il primo è strutturato in modo da evitare qualsiasi dubbio e contestazione in ordine alla determinazione che sarà effettuata dal terzo – vincolato a precisi parametri risultanti per iscritto – nell’arbitraggio, invece, all’arbitratore è concessa maggiore libertà di azione⁷¹. Infine, mentre nel biancosegno la valutazione esterna si concreta nel riempimento del foglio e costituisce oggetto immediato della dichiarazione di volontà dei contraenti, nell’arbitraggio il contenuto della dichiarazione si desumerebbe *per relationem* dal fatto giuridico altrui⁷².

4. L’arbitraggio tra disciplina generale e speciale

Nel codice civile italiano vigente il fenomeno per cui uno o più terzi siano incaricati di integrare il contenuto di un negozio giuridico determinando uno o più elementi volutamente lasciati indeterminati dai contraenti trova regolamentazione in una molteplicità di fonti.

Il legislatore del 1942, infatti, ha recepito i principi che la giurisprudenza aveva elaborato durante la vigenza del codice precedente ed è andato oltre, prevedendo una duplice disciplina⁷³.

Da un lato, vi è quella a carattere generale, contenuta nell’art. 1349 cod. civ., primo e secondo comma, dall’altro lato quella costituita da disposizioni codicistiche specifiche, che disciplinano particolari ipotesi in cui le parti si affidano alla determinazione del terzo per ottenere il completamento del negozio⁷⁴.

Con riferimento alla disciplina speciale dell’arbitraggio, pur non costituendo essa il cuore della ricerca, si ritiene comunque opportuno darne conto, trattandosi di un profilo cui la dottrina che si occupa del tema dell’arbitraggio concede sempre ampio approfondimento anche perchè, come si vedrà nel prosieguo, spesso presenta – si pensi all’ipotesi

⁷¹ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 2002, 131. Nonostante opinioni di contrario avviso (ad es. T. ASCARELLI, in *Arbitri e arbitratori*, cit., 322) vi è chi è giunto a sostenere che il fenomeno del biancosegno avrebbe effetti di tipo processuale in quanto costituirebbe prova certa della provenienza da parte di coloro che l’hanno sottoscritto: così F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., 70 s.

⁷² R. MARTINI, *Codice civile*, cit., 499.

⁷³ G. ZUDDAS, *L’arbitraggio*, cit., 15 ss.

⁷⁴ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 824; E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 125; ID., *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1143 s.; F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 415; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, 132 ss.

della determinazione del prezzo nel contratto di compravendita – non pochi punti di contatto con la disciplina generale.

Si ricordino quindi in via esemplificativa alcune disposizioni speciali che si occupano di specifiche ipotesi di arbitraggio⁷⁵.

In materia testamentaria vige innanzitutto la regola generale di cui all'art. 628 cod. civ. che sancisce la nullità di ogni disposizione che sia fatta a favore di una persona indicata in modo tale da non poter essere determinata; l'art. 630 cod. civ. concerne i lasciti a favore dei poveri quando non sia determinato l'uso da farne o l'istituto beneficiario delle stesse; gli artt. 631 e 632 cod. civ. contengono delle disposizioni relative agli aspetti oggettivi e soggettivi della rimessione della determinazione all'arbitrio del terzo, quali la determinazione della quantità del lascito e la scelta del legatario. Gli artt. 664 e 665 cod. civ. stabiliscono infine a chi spetti la scelta nel caso, rispettivamente, di legato di cosa determinata solo nel genere ovvero di legato alternativo.

Nel campo della donazione, l'art. 778 cod. civ. riguarda la scelta del donatario fra più designati e dell'oggetto donato nel rispetto di limiti e indicazioni stabiliti dal donatore.

Come si dirà in seguito, anche le prestazioni oggetto di un'obbligazione alternativa ai sensi degli artt. 1286 e 1287 cod. civ. possono essere fatte oggetto della scelta da parte del terzo.

In materia di vendita l'art. 1473 cod. civ. fa riferimento al caso di un contratto di compravendita in cui non sia esattamente determinato il prezzo. Ancora, nei contratti di appalto e di mandato gli articoli, rispettivamente, 1657 e 1709 cod. civ., forniscono i criteri con cui provvedere alla determinazione del corrispettivo che non sia già stato quantificato e contemplano un intervento del giudice in via residuale ai fini della determinazione.

In ambito lavoristico, nelle ipotesi in cui il contratto sia stato concluso in assenza di determinazione del corrispettivo si applicheranno gli artt. 2099, 2225 e 2233 cod. civ. – a seconda che si tratti, rispettivamente, di lavoro autonomo, subordinato o professionale – i quali individuano il soggetto chiamato alla determinazione e/o i parametri utili all'assunzione della stessa.

⁷⁵ Per una panoramica si vedano: G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., 616 e 620 s.; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 61; F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 415; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 5; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 825; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 159 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 293 ss.; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2005, 129 s.

Un coordinamento tra disciplina generale e speciale non è sempre facile e lineare. A questo proposito può essere d'aiuto un approfondimento delle ipotesi di arbitraggio positivamente disciplinate dalla legge.

a. Il rinvio all'arbitrio altrui nei negozi *mortis causa*

Nei negozi *mortis causa* l'arbitraggio assume caratteri del tutto peculiari, e si caratterizza per una disciplina derogatoria rispetto a quella prevista per i negozi *inter vivos*.

In particolare, in materia di arbitraggio le differenze fra i due tipi negoziali concernono non solo l'ambito di applicazione, ma anche la natura del rapporto che lega le parti all'arbitratore, nonché l'efficacia della disposizione testamentaria e, di conseguenza, anche la sorte dell'eventuale fase patologica, nel caso in cui la determinazione del terzo venga impugnata e il giudice sia chiamato ad intervenire⁷⁶.

L'arbitraggio vede un'applicazione molto limitata nei negozi *mortis causa* in considerazione del principio della personalità che li caratterizza e che non lascia molto spazio all'intervento di un terzo soggetto, se non nei casi e nelle forme previste tassativamente dalla legge. Il legislatore ha perciò adottato scelte di volta in volta diverse, in gran parte derogatorie rispetto a quelle previste per i negozi *inter vivos*.

Si tratta di soluzioni che tengono conto, da un lato, del fatto che, ovviamente, il testatore non potrà più fornire, al momento opportuno, indicazioni utili al fine di correttamente interpretare la propria volontà, e, dall'altro, del fatto che l'obiettivo primario è quello di garantire certezza alla titolarità dei beni relitti, cercando di evitare soluzioni radicali quali la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1349 secondo comma cod. civ.

Da un punto di vista formale, data la peculiarità dell'atto cui inerisce, la clausola di arbitraggio dev'essere in questo contenuta e non può essere inserita in un atto separato a differenza, come si vedrà, che nei negozi tra vivi.

In una prospettiva generale, il problema è quello di conciliare il noto principio della personalità in materia testamentaria – in base al quale solo al testatore è concesso di determinare oggetto del testamento e persona del successore – con il principio della determinabilità. In particolare, la previsione della nullità della determinazione altrui nell'ipotesi in

⁷⁶ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 159 ss.

cui il testatore incarichi un terzo di designare la persona del chiamato o l'oggetto del lascito, corrisponde alla volontà di evitare che il terzo si sostituisca al testatore nell'effettuare la determinazione ovvero integri quella da lui già assunta⁷⁷.

Un tentativo di contemperamento tra queste esigenze è rappresentato dall'art. 628 cod. civ., il quale prevede la nullità di «ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata» implicitamente riconoscendo validità alla disposizione testamentaria che, pur richiamandosi ad una fonte esterna, rispetti il principio di determinatezza della persona chiamata. Il contenuto del negozio testamentario è dunque completo in quanto rispetti le prescrizioni legali perché, pur essendo necessaria una successiva specificazione, vengono già forniti al terzo tutti i criteri ed i parametri sulla base dei quali egli dovrà procedere.

b. La scelta della prestazione nelle obbligazioni alternative

Ulteriore ipotesi di arbitraggio viene considerata quella contemplata dall'art. 1286 cod. civ. il quale prevede la possibilità che, in caso di obbligazioni alternative, la scelta della prestazione che deve esserne oggetto possa essere rimessa, oltre che ad una delle parti, anche ad un terzo soggetto⁷⁸.

Per quanto concerne i limiti dell'attività di determinazione di quest'ultimo, va sottolineata la necessità che essi siano adeguatamente fissati in modo che, essendo le due prestazioni alternative ben distinte – determinate o determinabili – il terzo possa agevolmente effettuare la scelta fra esse⁷⁹.

Vi è chi ritiene che non avrebbe senso in questa tipologia di arbitraggio distinguere tra determinazione assunta secondo equo apprezzamento ovvero secondo mero arbitrio del terzo, posto che la sua scelta ricadrà comunque necessariamente su una delle due prestazioni prese in considerazione dalle parti⁸⁰.

Di contro vi è però chi afferma che, anche se nelle obbligazioni alternative il criterio del mero arbitrio avrebbe poca rilevanza, ciò non autorizzerebbe ad escludere in radice

⁷⁷ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 164 ss.

⁷⁸ Per un approfondimento, invece, sull'intervento unilaterale della parte nelle obbligazioni generiche ed alternative, si veda A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 187 ss.

⁷⁹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 187 s.

⁸⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 188 s.

la duplicità che caratterizza le modalità di assunzione della determinazione da parte del terzo⁸¹. Ed in effetti questa osservazione appare ragionevole se si pensi che il fatto che la scelta su cui si concentra la statuizione del terzo sia limitata a due possibilità non implica che il suo metro di giudizio sarà limitato al ‘solo’ equo apprezzamento. Più semplicemente bisognerà come di consueto distinguere e ritenere che, qualora il terzo proceda secondo equo apprezzamento egli dovrà tener conto di tutti quei fattori che possono avere rilevanza sugli interessi delle parti; laddove invece operi secondo mero arbitrio sarà meno vincolato e potrà effettuare più liberamente la scelta.

Il terzo comma dell’articolo in esame dispone infine che dove sia stabilito un termine entro il quale effettuare la determinazione e l’arbitratore non lo rispetti, la stessa sarà effettuata dal giudice in via sostitutiva, in ragione della sua obiettività di giudizio. Ciò, ovviamente, solo laddove il terzo dovesse assumere la sua statuizione secondo equo apprezzamento. Invece, nel caso di arbitraggio secondo mero arbitrio il carattere essenziale che riveste la personalità del terzo impedisce che il giudice, nei casi di mancanza della determinazione, possa sostituirsi all’arbitratore. Tale meccanismo sostitutivo dovrà altresì escludersi quando, pur trattandosi di arbitraggio secondo equo apprezzamento, i contraenti si siano accordati nel senso di rimettersi all’arbitrio di un determinato terzo, con esclusione di qualsiasi altro (cosiddetto *arbitrium boni viri personale*)⁸².

c. La fissazione del prezzo quale particolare ipotesi di arbitraggio

L’art. 1473 cod. civ. statuisce che le parti possono affidare la determinazione del prezzo del contratto ad un terzo già individuato, ovvero fissare i criteri per una sua nomina successiva.

Nonostante il richiamo implicito della disposizione in parola all’art. 1349 cod. civ., le cui prescrizioni sono infatti ritenute pacificamente applicabili in via generale anche all’ipotesi della determinazione del prezzo da parte del terzo, le opinioni si dividono in merito all’applicazione estensiva che le disposizioni generali concernenti l’incarico, i poteri e

⁸¹ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 64.

⁸² R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 392.

le condizioni di impugnabilità della determinazione del terzo possono avere anche nell'ipotesi di cui all'art. 1473 cod. civ.⁸³.

Infatti, rispetto alla disciplina generale l'art. 1473 cod. civ. prevede che se il terzo non può o non vuole accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordino sulla sua nomina (o sostituzione), la stessa può essere fatta, su richiesta anche di uno solo dei due contraenti, dal Presidente del Tribunale⁸⁴.

L'ammissibilità del ricorso alla nomina giudiziaria del terzo è la prova, secondo alcuni autori, del fatto che nell'ipotesi prevista dall'art. 1473 cod. civ. l'arbitratore possa operare solamente secondo il suo equo apprezzamento e non invece secondo mero arbitrio. Ciò si fonderebbe sulla circostanza che la fissazione del prezzo, diversamente da altri profili che potrebbero costituire oggetto della determinazione del terzo, dovendo rispecchiare un bilanciamento equilibrato tra prestazione e controprestazione avrebbe carattere necessariamente oggettivo ed escluderebbe la possibilità per le parti di affidarsi al mero arbitrio del terzo⁸⁵.

Se si seguisse invece l'opinione secondo cui la determinazione del prezzo può avvenire anche secondo mero arbitrio, bisognerebbe fare un'ulteriore distinzione. Da un lato vi è infatti chi ritiene che valgano in generale le stesse regole di cui all'art. 1349 cod. civ., e quindi che il ricorso al giudice per la nomina sostitutiva del terzo sarebbe bensì possibile, ma solo nel caso di determinazione assunta secondo equo apprezzamento, mentre nell'ipotesi di mero arbitrio, dove l'elemento fiduciario tra il terzo e le parti assume un ruolo fondamentale, non si potrebbe ragionevolmente immaginare un intervento del giudice⁸⁶. Di conseguenza in tal caso il contratto sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1349 cod. civ. secondo comma.

Dall'altro lato vi è chi invece ammette siffatto intervento anche quando il terzo debba procedere secondo mero arbitrio perché la norma non stabilirebbe particolari limitazioni a questo proposito. Tale presa di posizione si fonda su un'interpretazione letterale delle norme, dalla quale si evince la diversità di fine che ha mosso il legislatore a formula-

⁸³ Nel senso dell'applicabilità all'art. 1473 cod. civ. della norma generale di cui all'art. 1349 cod. civ. si è espressa Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 318.

⁸⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1971, 253.

⁸⁵ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963, 177 ss.

⁸⁶ G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. al cod. civ.*, IV, Torino, 1968, 32; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 66.

re le due disposizioni in parola, l'art. 1473 cod. civ. da un lato, e l'art. 1349 cod. civ. dall'altro⁸⁷.

Sulla scorta della generale previsione sull'arbitraggio, la determinazione del prezzo effettuata dall'arbitratore può essere impugnata per iniquità, laddove sia manifesta, cioè notevole ed evidente. Altra causa di nullità della determinazione è la sua erroneità, la quale si ha quando risulta che il terzo, nell'effettuare la determinazione, abbia scorrettamente utilizzato gli strumenti e le informazioni a sua disposizione e quindi, ad esempio, abbia fissato un prezzo «vile o esoso»⁸⁸.

Tralasciando gli aspetti procedurali che concernono la nomina del terzo in via sostitutiva – di cui si occupa l'art. 82 disp. att. cod. civ. – la dottrina si è posta il problema se il giudice possa provvedere non solo alla nomina del terzo, così come dispone l'art. 1437 cod. civ., ma anche alla determinazione stessa, dato che la legge non ne fa menzione.

Gli autori che non ammettono tale possibilità giustificano questa presa di posizione argomentando che la scelta del legislatore di conferire al giudice un'ampia facoltà di scelta quanto alla nomina della persona dell'arbitratore non implica che la stessa libertà gli spetti anche nell'intervenire sul contenuto della determinazione arbitrale, posto che la delicatezza della questione necessiterebbe l'intervento di una persona esperta⁸⁹. Chi invece ritiene ammissibile un intervento di merito da parte del giudice, lo giustifica sulla base della considerazione che, diversamente opinando, si priverebbe una parte della garanzia di imparzialità che caratterizzerebbe l'intervento del giudice⁹⁰.

A chiusura del confronto fra gli artt. 1349 e 1473 cod. civ. va infine rilevato che la dottrina si è altresì posta il problema se fosse possibile applicare in via analogica all'ipotesi generale di cui all'art. 1349 cod. civ. la soluzione prevista dall'art. 1473 cod. civ., che affida al Presidente del Tribunale la risoluzione dei casi di mancata determinazione del terzo (compreso quello in cui essa derivi dal mancato accordo sulla sua nomina). L'opinione negativa, che pare condivisibile, si fonda sulla considerazione che, in assenza in un'espressa disposizione in tal senso, non si potrebbe estendere una disposizione prevista per un elemento di facile determinazione (qual è il prezzo) a ipotesi caratterizzate dalla mancanza di

⁸⁷ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 193.

⁸⁸ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, 522.

⁸⁹ C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 520 ss.

⁹⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 196.

un elemento essenziale del contratto – qual è l’oggetto di cui parla l’art. 1349 – e quindi una disposizione speciale ad una di carattere generale⁹¹.

d. La partecipazione di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite in una società semplice

Ai sensi dell’art. 2264 cod. civ. primo comma, «la determinazione della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite può essere rimessa ad un terzo»⁹². Il secondo comma contiene poi alcune previsioni in tema di impugnazione della determinazione stessa.

Anche in questo caso la determinazione del terzo, sulla scorta dell’art. 1349 cod. civ., può essere certamente effettuata secondo equo apprezzamento.

Non altrettanto pacifica invece, dato il silenzio sul punto dell’art. 2264 cod. civ., è la possibilità che la determinazione venga assunta secondo mero arbitrio: si discute infatti se tale ipotesi possa davvero ritenersi plausibile. Taluni la ammettono e si richiamano, quanto alla disciplina applicabile, all’art. 1349 cod. civ.⁹³. Altri invece, facendo leva sul divieto del patto leonino di cui all’art. 2265 cod. civ. affermano che esso investirebbe anche l’ipotesi della determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo arbitratore, con la conseguenza che le parti, così come non possono arbitrariamente escludere uno o più soci da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, altresì non potrebbero rimettersi alla decisione di un terzo che, in quanto operi secondo mero arbitrio e non secondo equo apprezzamento, potrebbe optare per una ripartizione del tutto arbitraria⁹⁴.

Quanto all’impugnazione della determinazione del terzo e alle conseguenze che colpiscono il contratto in caso di invalidità della stessa, l’art. 2264 cod. civ. richiama l’art. 1349 cod. civ.⁹⁵. Qui bisognerà allora distinguere tra determinazione assunta secondo equo apprezzamento ovvero – laddove la si ritenga ammissibile – secondo mero arbitrio.

⁹¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 392.

⁹² Si esclude così, come invece era previsto dall’art. 1718 cod. civ. del 1865, che la determinazione potesse essere rimessa al giudizio di un socio.

⁹³ G. COTTINO, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2004, 114; F. GALGANO, *Le società in genere; le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 2007, 278.

⁹⁴ M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 308.

⁹⁵ Più esplicito l’art. 31 del Codice delle società svizzero, il cui primo comma richiama chiaramente il parametro dell’equità: «Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité. Nulle réclama-

Nel primo caso infatti, la determinazione rimessa all'*arbitrium boni viri* sarà impugnabile secondo le regole generali, cioè qualora appaia manifestamente iniqua o erronea, e verrà quindi sostituita da quella del giudice. L'erroneità consiste in una falsa rappresentazione della realtà da parte del terzo. L'iniquità manifesta della determinazione si ha invece quando la disparità di trattamento fra i soci appaia *ictu oculi* ingiustificata, ad esempio quando ci sia un'ingiusta distribuzione fra entità del conferimento e partecipazione agli utili o sopportazione delle perdite. Una ripartizione apparentemente sproporzionata potrà dunque essere ritenuta ammissibile e legittima solo laddove il terzo la ritenga giustificata in base a precisi e concordanti elementi: la valutazione circa la sua opportunità, quindi, è svolta secondo parametri oggettivi⁹⁶.

Nel caso in cui la determinazione venga assunta secondo il mero arbitrio del terzo essa sarà impugnabile solo per mala fede dello stesso e, laddove questa sia accertata, la determinazione dell'arbitratore risulterà invalida e comporterà la nullità del vincolo sociale stesso⁹⁷.

Il secondo comma dell'art. 2264 cod. civ. concerne poi l'impugnazione della determinazione in parola, la quale è sottoposta a limiti. In primo luogo essa soggiace ad un termine di decadenza di tre mesi dal momento in cui il terzo abbia ricevuto comunicazione della determinazione. Secondariamente, essa è esclusa nelle ipotesi in cui il socio abbia dato volontariamente esecuzione alla stessa. A questo proposito si discute circa il requisito della volontarietà dell'esecuzione. Da un lato vi è chi lo ritiene integrato se nel momento in cui l'esecuzione viene compiuta vi è consapevolezza del vizio che inficia la determinazione del terzo⁹⁸; dall'altro lato v'è chi ritiene sufficiente che l'esecuzione sia stata spontanea e non imposta⁹⁹.

Quanto all'evenienza in cui la determinazione del terzo manchi perché egli non accetti l'incarico ovvero non lo adempia, si ritiene applicabile quanto stabilito dall'art. 1349 cod. civ., distinguendosi se la determinazione sia stata assunta con equo apprezzamento

tion n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution».

⁹⁶ G. FERRI, *Delle società. art. 2247-2324*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1955, 131 s.; N. FACCIN, in *Commentario delle società*, a cura di G. Grippo, sub art. 2264, Milano, 2009, 85.

⁹⁷ G. FERRI, *Delle società*, cit., 132; R. GUIDOTTI, *Commentario breve al dir. delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, sub art. 2264, Padova, 2007, 55.

⁹⁸ G. FERRI, *Delle società*, cit., 133.

⁹⁹ F. FERRARA-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 254 ss.

ovvero secondo libero arbitrio e applicandosi di conseguenza i regimi rispettivamente previsti in ciascuna delle due ipotesi (determinazione assunta dal giudice in funzione sostitutiva dell'arbitratore nel primo caso, e nullità del vincolo sociale – in caso di mancato accordo sostitutivo delle parti – nel secondo)¹⁰⁰.

5. Arbitraggio tra prestazione e oggetto del contratto

a. La prestazione di cui all'art. 1349 cod. civ.

L'art. 1349 cod. civ. afferma che al terzo può essere rimessa la «determinazione della prestazione dedotta in contratto». Ci si è chiesti quali siano i limiti dell'attività determinativa del terzo e in particolare se la nozione di 'prestazione' sia un parametro contenutistico insuperabile ovvero all'arbitratore possa essere rimessa anche la determinazione di un altro elemento del rapporto o, addirittura, dell'intero contenuto contrattuale¹⁰¹.

Come va inteso, dunque, il concetto di 'prestazione' di cui parla la disposizione? La dottrina si è domandata in particolare se esso possa arrivare a comprendere, oltre agli elementi accidentali del negozio, anche quelli essenziali¹⁰². Partendo dallo stesso dato positivo che non pone particolari limitazioni se non quello per cui l'oggetto del contratto debba essere, se anche non determinato, perlomeno determinabile, sono state formulate diverse interpretazioni¹⁰³.

Ve n'è una più restrittiva, secondo la quale è necessario che le parti abbiano già determinato il tipo contrattuale, la causa e la natura delle prestazioni principali, con la conseguenza che al terzo verrebbe lasciato un raggio d'azione molto ristretto¹⁰⁴. In particolare la sua determinazione potrà bensì concernere qualsiasi elemento del rapporto contrattuale, ma si tratterà pur sempre di una determinazione parziale rispetto al potere contrattuale pieno di cui dispongono i contraenti, i quali non possono rinunciare alla propria autonomia negoziale a favore esclusivo di quella di un soggetto terzo ed estraneo agli effetti stessi del contratto¹⁰⁵.

¹⁰⁰ G. FERRI, *Delle società*, cit., 131; R. GUIDOTTI, *Commentario breve*, cit., 55.

¹⁰¹ E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1147 ss.; ID, *Il contenuto e l'oggetto*, cit., 827; P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., 960 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 135 ss.

¹⁰² G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., 617 s.

¹⁰³ Le ripercorre, fra gli altri, G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, 42 ss.

¹⁰⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 327 e 330.

¹⁰⁵ E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1147; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 1; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 386. Si veda anche *infra*, § 6.

A tale interpretazione si contrappone una più ampia, la quale ammette che al terzo possa essere rimessa anche la facoltà di indicare il tipo di contratto che le parti vogliono concludere.

È stato sostenuto che, per giustificare la presenza dell'art. 1349 cod. civ. e non considerarla una norma inutile, bisognerebbe ritenere che l'arbitraggio potrebbe trovare applicazione in due soli gruppi di ipotesi: da un lato, quando sia espressamente previsto da specifiche disposizioni legislative (e la determinazione avrà quindi, di volta in volta, un contenuto differente), dall'altro nelle ipotesi di cui all'art. 1349 cod. civ. e, perciò, limitatamente alla determinazione della prestazione dedotta in contratto¹⁰⁶.

All'interrogativo, tuttavia, se sia possibile rimettere al terzo la scelta sulla causa del contratto – se si tratti, ad esempio, di una compravendita piuttosto che una locazione – viene da taluni data risposta negativa. Infatti si ritiene che in assenza di esatta determinazione della causa da parte dei contraenti il contratto non potrebbe dirsi validamente concluso, in quanto il suo oggetto non sarebbe determinato né determinabile e verrebbe così violato l'art. 1346 cod. civ. Vi è chi invece appare più possibilista e, interpretando estensivamente alcune norme che consentono ad uno dei contraenti una determinazione successiva della causa negoziale (ad es. l'art. 1179 cod. civ.), non vede ostacoli nell'immaginare che l'arbitraggio del terzo possa concernere anche la causa del contratto, a patto che i contraenti abbiano indicato quali siano le alternative o, perlomeno, abbiano precisato lo scopo negoziale¹⁰⁷.

In realtà, proprio la scelta del legislatore del 1942 di predisporre una duplice disciplina in tema di arbitraggio – generale da un lato, speciale dall'altro – può ragionevolmente esser considerata sintomo della volontà di ampliare l'autonomia dei privati, che possono quindi affidarsi alla determinazione di un terzo in un ampio spettro di fattispecie¹⁰⁸.

Tenendo conto della distinzione tra elementi essenziali ed accidentali del contratto, bisognerà poi in particolare prestare attenzione alle ipotesi in cui le parti abbiano affidato ad un terzo la determinazione di elementi apparentemente accessori ma che esse abbiano in realtà considerato come facenti parte del contenuto essenziale dello stesso. In tal caso proprio la particolare rilevanza posseduta da tali elementi – se non siano oggetto di una puntu-

¹⁰⁶ In questo senso G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., 618.

¹⁰⁷ G. VILLA, *La determinazione*, cit., 854; E. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, IV, 1989, 117 s.

¹⁰⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 385 s.

ale determinazione da parte dell'arbitratore – impedirebbe la valida conclusione del contratto, il quale non potrebbe perciò dirsi perfezionato.

V'è anche chi si è posto il problema dell'esistenza di un arbitraggio 'precontrattuale', quando cioè al terzo venga affidata una determinazione che attiene ad un contratto futuro (ad esempio la stima del valore di un'azienda oggetto di una futura cessione). In realtà in tal caso appare più corretto qualificare il negozio con cui le parti conferiscono tale potere al terzo quale negozio solamente preparatorio, in quanto l'eventuale determinazione potrà avere una rilevanza solo in punto di responsabilità precontrattuale¹⁰⁹.

b. L'oggetto del contratto

Quanto al modo in cui deve essere intesa la «prestazione» di cui all'art. 1349 cod. civ. rispetto all'«oggetto» di cui all'art. 1346 cod. civ., è necessario premettere che esistono punti di vista diversi e si rendono opportune alcune distinzioni anche terminologiche¹¹⁰.

Per alcuni l'oggetto del contratto sarebbe il diritto che il contratto trasferisce da una parte all'altra ovvero coinciderebbe con la prestazione che una parte si obbliga ad eseguire a favore dell'altra. Il contenuto del contratto, invece, sarebbe il regolamento dello stesso, comprendente tutte le clausole contenute nel contratto per volontà delle parti ovvero in forza della legge, degli usi e dell'equità¹¹¹.

Per contro vi è chi ritiene che l'oggetto del contratto si identifichi con il bene specifico cui si faccia riferimento, con la conseguenza che le nozioni di determinazione dell'oggetto e di identificazione del bene verrebbero a coincidere, consistendo nella individuazione concreta dello stesso.

Secondo alcuni autori è opportuno distinguere fra oggetto dell'obbligazione (inteso come prestazione) ed oggetto del contratto (inteso come contenuto) posto che la prestazione non presupporrebbe necessariamente l'esistenza di un contratto (si pensi, ad esempio, alle promesse unilaterali) e quindi non può essere automaticamente identificata con il contenuto dello stesso¹¹².

¹⁰⁹ G. VILLA, *La determinazione*, cit., 855.

¹¹⁰ In generale si veda: G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 3 ss.

¹¹¹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 229.

¹¹² F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1973, 139. Sulla ritenuta necessità di una distinzione fra oggetto del negozio e prestazione si legga: L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 690.

In questa prospettiva la dottrina, sul presupposto che il terzo potrebbe essere investito sia della determinazione dell'oggetto del negozio sia della individuazione del bene oggetto della prestazione, si è interrogata su come debba essere considerato il rinvio che le parti facciano al terzo affinché esso individui, non l'oggetto del negozio, bensì il bene¹¹³.

Alcuni autori affermano che l'attività di individuazione del bene si porrebbe come autonoma rispetto all'attività di tipo negoziale. E così ritengono che «l'atto di individuazione pone l'oggetto del rapporto, mentre l'oggetto dell'atto trova la sua definizione nella dichiarazione contrattuale»¹¹⁴. Diverse sono infatti le conseguenze in caso di mancata determinazione: se quest'ultima riguardava l'oggetto, si avrà nullità del contratto, mentre se concerneva il bene la sua mancata individuazione produrrà solo inefficacia reale¹¹⁵.

Una posizione che insiste invece in modo meno radicale sulla diversità fra il procedimento di individuazione del bene rispetto a quello di determinazione dell'oggetto fa leva sul seguente ragionamento. Si evidenzia in particolare che, mentre nel caso in cui sia oggetto del contratto un bene specifico e questo non sia stato sufficientemente individuato, si produce anche l'indeterminatezza dell'oggetto, nel caso invece di contratto di genere, questo, nonostante il bene che ne sia oggetto debba ancora essere individuato, può ritenersi comunque perfetto (perlomeno dal punto di vista dell'efficacia obbligatoria) con la conseguenza che, in tal caso, la (avvenuta) determinazione dell'oggetto del contratto non ne viene condizionata¹¹⁶.

Da quanto appena detto conseguirebbe che la problematica concernente la possibilità di rimettere al terzo l'individuazione del bene già predeterminato dalle parti ha senso di porsi solamente quando vi sia una sperequazione fra descrizione negoziale del bene ed effettiva natura e consistenza di quest'ultimo¹¹⁷. Quello che insorge tra le parti è, di fatto, un conflitto di carattere interpretativo. E per questo si osserva allora che in tutti questi casi non ha senso, in realtà, parlare di arbitraggio: non si tratterebbe infatti di precisare un elemento negoziale bensì di risolvere una vera e propria controversia giuridica che coinvolge i

¹¹³ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 272 ss.

¹¹⁴ A. AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 95.

¹¹⁵ E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, 152.

¹¹⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 274 s.

¹¹⁷ Il classico caso scolastico del bene immobile oggetto di un contratto e di cui le parti dispongano confidando in una sua ben determinata consistenza ignorando invece che questo si sia, ad esempio, accresciuto a causa di alluvioni.

contraenti e che trova di norma una soluzione (meta) processuale, eventualmente anche tramite arbitrato¹¹⁸.

All'opinione di chi ritiene opportuno distinguere oggetto e contenuto del contratto, si contrappone invece quella di chi afferma che essi siano avvicinati tanto da formare un sol tutto¹¹⁹. Di pari passo con tale idea si sviluppa quella secondo cui, coincidendo l'oggetto del contratto con il suo contenuto, discenderebbe una concezione diversa del rapporto fra determinazione del contenuto contrattuale e identificazione del bene. La prima, infatti, consisterebbe nella determinazione della prestazione, mentre l'identificazione del bene avrebbe carattere diverso in quanto esso costituisce solo uno degli elementi del contratto¹²⁰.

Una concezione più cauta afferma poi che l'oggetto entrerebbe a far parte del contenuto del contratto inteso in senso ampio, insieme cioè, ad altri elementi dello stesso rimessi all'autonomia privata, fra i quali la causa¹²¹.

Talora accade che le parti a prescindere da una situazione di conflitto o per evitare di trovarvisi, affidino ad un terzo l'identificazione di un bene nella sua individualità o di talune sue caratteristiche, da loro descritti invece solo genericamente. Al terzo spetta in questi casi un compito meramente ricognitivo della realtà materiale e che richiede il più delle volte precise cognizioni tecniche di cui le parti non sono in possesso. Si avrà allora quella fattispecie di cui si è già fatto cenno, affine ma distinta dall'arbitraggio, che prende il nome di perizia contrattuale¹²².

In chiusura si osserva che la giurisprudenza si è dimostrata molto elastica nell'interpretare il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 cod. civ. Ha ritenuto cioè sufficiente l'indicazione degli elementi essenziali dell'oggetto, il quale può comunque essere identificato con ogni mezzo idoneo, sulla scorta dell'art. 1362 cod. civ.¹²³. Ciò detto, deve comunque procedersi con molta prudenza nel ricostruire la volontà negoziale delle parti laddove esse abbiano concluso un contratto con

¹¹⁸ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 276 s.

¹¹⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 129.

¹²⁰ G. ALPA-R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, cit., 370.

¹²¹ A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, cit., 336.

¹²² F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 277 s.

¹²³ Cass., 14 marzo 1987, n. 2665, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Contratto in genere», n. 287; Cass., 5 marzo 1984, n. 1513, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Vendita», n. 70.

oggetto non determinato, onde evitare di ricostruire propositi dalle stesse in realtà non voluti.

6. La completezza del contratto cui accede l'arbitraggio

a. Introduzione al problema

Il rapporto tra natura giuridica della dichiarazione arbitrale e natura giuridica del contratto cui essa accede, ed in particolare la questione di quali dei due profili debba essere trattato per primo, è stato variamente affrontato dalla dottrina. Da un lato vi è chi ritiene necessario partire dall'analisi sulla completezza – *rectius* perfezionamento del contratto con clausola di arbitraggio¹²⁴ –, dall'altro lato c'è chi preferisce, invece, considerare per prima la questione della natura – di accertamento ovvero costitutiva – della determinazione dell'arbitratore¹²⁵.

Si ritiene più opportuno aderire alla prima impostazione e quindi affrontare innanzitutto gli aspetti dogmatici più prettamente di cornice, relativi alla conclusione del contratto in cui sia previsto un arbitraggio e quindi quali siano i requisiti essenziali che esso deve possedere. Solo in un secondo momento si affronterà la questione della natura della determinazione del terzo¹²⁶.

L'analisi della figura dell'arbitraggio, in quanto connessa indissolubilmente, come si è visto, al profilo della determinazione dell'oggetto del contratto, è foriera di grandi discussioni.

Fra queste la più interessante e problematica è quella se l'arbitraggio incida sul procedimento di formazione del negozio, il che significa domandarsi se il contratto con clausola di arbitraggio debba ritenersi perfetto fin dal momento della sua conclusione ovvero se ciò si verifichi solo con l'assunzione della determinazione da parte del terzo.

Pur non essendo questa la sede in cui dilungarsi sulla questione della (in)completezza del contratto, è comunque utile fornirne un quadro generale perché il tema oggetto della presente analisi, cioè l'iniquità che può colpire la determinazione del terzo,

¹²⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 387; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 47.

¹²⁵ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 829 ss.

¹²⁶ In questo senso anche G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 45.

non può prescindere dalla qualificazione del contratto che contenga o cui acceda la clausola di arbitraggio e, in particolare, dalla questione del suo perfezionamento.

Si premetta fin da subito che l'impostazione che si ritiene di dover seguire – salvo poi illustrare altresì il fondamento della tesi contraria – è quella secondo la quale il contratto di arbitraggio (ovvero quello cui acceda una separata clausola di arbitraggio) deve ritenersi già perfetto nel momento in cui viene concluso dai contraenti, ancorché essi abbiano lasciato indeterminato uno o più elementi dello stesso incaricando un terzo della relativa determinazione.

Il nodo della questione concerne non il mancato perfezionamento del contratto a causa di un'assente volontà delle parti di vincolarsi, quanto, invece, le conseguenze che si verificano nell'ipotesi in cui, pur essendo manifesta la volontà delle parti di impegnarsi reciprocamente, esse non si accordino completamente sul contenuto che il contratto dovrebbe possedere, al fine di raggiungere lo scopo negoziale che hanno di mira.

In merito al contratto cui accede l'arbitraggio – contratto incompleto fino a che il contenuto dell'oggetto contrattuale non venga precisato dal terzo – la questione cruciale sembra quindi essere, non tanto, quella della sua completezza, quanto piuttosto se l'incompletezza, che comunque è un dato di fatto, possa essere tale da influire, e in che modo, sull'*iter* formativo del contratto. In altri termini: un contenuto contrattuale incompleto può impedire il perfezionamento del contratto fino al momento in cui intervenga la determinazione dell'arbitratore, pur in presenza di una manifesta e immediata volontà delle parti di impegnarsi reciprocamente¹²⁷?

b. Differenti teorie a confronto

La dottrina si è occupata di verificare se fosse possibile stabilire un livello minimo di determinatezza che debba caratterizzare il contenuto contrattuale predisposto dalle parti e che funga da discriminante al perfezionamento del contratto. E, in particolare, se a tal fine rilevi la circostanza che l'incompletezza concerna un elemento essenziale ovvero accidentale del contratto¹²⁸.

¹²⁷ A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 424.

¹²⁸ D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2008, 529 ss.

Già sotto la vigenza del vecchio codice voci autorevoli avevano affermato che sarebbe stato errato affermare in via assoluta che il contratto si sarebbe perfezionato con il solo consenso sugli elementi essenziali. Questi ultimi sarebbero infatti condizioni in assenza delle quali un negozio non può esistere né appartenere a una determinata categoria giuridica: per la completa formazione del contratto potrebbe invece aver rilievo fondamentale anche un elemento accidentale o naturale¹²⁹.

Questa posizione è stata sviluppata da chi, facendo un passo ulteriore, si è soffermato proprio sulla rilevanza che gli elementi accidentali possono rivestire ai fini del perfezionamento del contratto. In particolare è stato detto che, mentre non sarebbe sbagliato affermare che il contratto si perfeziona con il consenso dei contraenti sulle parti essenziali, lo sarebbe, invece, sostenere che il perfezionamento non venga inficiato dal disaccordo su elementi accidentali o naturali. Di regola, infatti, l'intesa sugli elementi essenziali è sufficiente alla nascita di un contratto perfetto a meno che non risulti che le parti volessero conferire una particolare rilevanza ad uno o più elementi accessori o naturali. E quindi, così intesa la questione, il silenzio o il rinvio a una determinazione futura concernente elementi accidentali o naturali non impedirebbe la perfezione del contratto, trattandosi di un contratto a formazione progressiva¹³⁰.

È stato sostenuto, ma è opinione discussa, che con riguardo all'aspetto della conclusione del contratto, dovrebbe esser dato rilievo alla comune intenzione delle parti di vincolarsi, ancorché vi sia un loro rinvio ad una determinazione successiva di alcuni elementi del contenuto contrattuale¹³¹.

Nell'affrontare tale questione è necessario richiamarsi all'art. 1346 cod. civ. il quale, a proposito dei requisiti dell'oggetto del contratto richiede, fra l'altro, che esso sia perlomeno determinabile. È intorno a tale 'determinabilità' che ruota l'intera discussione circa la 'completezza' del contratto di arbitraggio. Della 'determinabilità' sono state offerte principalmente due interpretazioni, una letterale ed una funzionale.

¹²⁹ V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice del commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, 477 ss.

¹³⁰ F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1916, 308 ss.

¹³¹ Di contrario avviso G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 46, secondo il quale il problema della perfezione o meno del contratto non potrebbe essere ridotto ad una questione interpretativa della volontà delle parti che si sostanzia nell'accertare se queste, nel concludere il contratto, abbiano o meno voluto un contratto perfetto o completo. Secondo l'Autore «il contratto, in altri termini, o è completo o non lo è, a prescindere dalla volontà dei contraenti».

La prima ritiene che al fine di precisare *ex post* l'oggetto contrattuale sia sufficiente inserire nel contratto un previo accordo delle parti in tal senso che specifichi i relativi criteri e modalità di determinazione. L'interpretazione funzionale, invece, sostiene che sarebbe necessario effettuare una verifica già *ex ante* circa il possibile contenuto che l'atto di arbitrato potrà concretamente assumere, in modo da evitare che venga ad esistenza un contratto contenente già in sé un vizio e che per tale ragione non potrà mai spiegare i propri effetti. Conseguenza pratica dell'accoglimento dell'una o dell'altra posizione sarà, a parità di condizioni, la validità, o meno, del contratto principale, e ciò in virtù del grado di determinatezza del relativo oggetto¹³².

L'interpretazione letterale ci sembra preferibile in quanto dal contratto di arbitraggio, per quanto ancora incompleto, emerge già una precisa volontà delle parti a vincolarsi. Certo, si tratta di un legame dai contorni ancora non del tutto definiti, ma indice, comunque, di un preciso e fermo interesse delle parti a raggiungere un certo obiettivo. Vi è bensì un rischio contrattuale, ma consapevolmente assunto e al quale l'ordinamento riconosce tutela proprio in virtù della formulazione aperta dell'art. 1346 cod. civ. Non si vede infatti alcun impedimento o difficoltà nel riconoscere validità a un contratto che potrebbe essere colpito da invalidità solo in via eventuale¹³³.

A seguito di queste considerazioni il dibattito, già anticipato nei suoi tratti fondamentali, si sviluppa quindi nei termini seguenti: il contratto che le parti hanno concluso e il cui contenuto è stato da loro lasciato in parte indeterminato, è un contratto ancora imperfetto, già perfetto – *sic et simpliciter* o in quanto concluso per il tramite di un rimando alla dichiarazione del terzo secondo il sistema del negozio *per relationem* – ovvero, ancora, è sottoposto a condizione sospensiva¹³⁴?

Durante la vigenza del codice civile del 1865 molti autori sostenevano che l'atto determinativo del terzo avesse carattere costitutivo e ritenevano di conseguenza che il negozio contenente la clausola di arbitraggio non potesse ritenersi perfetto fino al momento in cui non fosse intervenuta detta determinazione¹³⁵.

¹³² A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, 180 s.; S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999, 276 s.

¹³³ A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., 181.

¹³⁴ Così S. SATTA, *Contributo alla dottrina*, cit., 139 ss.; G. SANTORO, in *Commentario al codice civile*, cit., 548. Per una panoramica sul punto si veda: M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 830.

¹³⁵ In questo senso T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 216, secondo il quale farebbe eccezione a tale regola l'ipotesi del negozio di accertamento, dove in realtà il negozio principale in ragione della natura

Successivamente, grazie anche all'avvento del nuovo codice, dottrina e giurisprudenza maggioritarie giunsero alla conclusione opposta, nel senso cioè di ritenere perfezionato il negozio già al momento della sua conclusione e quindi prima del suo completamento da parte dell'arbitratore. La determinazione del terzo assume quindi natura dichiarativa e, in quanto tale, non incide sul perfezionamento del contratto principale¹³⁶.

Tale presa di posizione troverebbe appiglio nello stesso art. 1349 cod. civ. la cui disciplina relativa all'impugnazione della determinazione dell'arbitratore è ben diversa da quella prevista dal generale regime dell'invalidità del negozio giuridico. Inoltre non si potrebbe trascurare di dare rilevanza alla circostanza che, nel momento in cui le parti concludono il contratto principale esse già manifestano la volontà di dar vita ad un negozio efficace, anche se alcuni elementi necessitano di un'ulteriore specificazione¹³⁷.

Sul piano internazionale anche l'art. 14 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci afferma che la proposta debba ritenersi completa quando siano indicate le merci, le quantità e il prezzo, o i criteri per determinarli¹³⁸. L'art. 55 precisa che comunque il contratto può ritenersi concluso anche se le parti non abbiano fatto riferimento a un prezzo o ad un criterio preciso, in quanto si ritiene che in tal caso si tratti di un tacito richiamo al prezzo solitamente praticato in analoghe circostanze. Tale principio si ricollega a quello dettato nell'ambito della disciplina generale del contratto secondo cui il corrispettivo, non solo quindi nella vendita, è sempre determinabile sulla base dei parametri fissati dalle tariffe o dagli usi o dal giudice secondo equità¹³⁹.

Merita in particolare di essere menzionata l'opinione di chi, nell'affrontare tale annosa questione, distingue a seconda che si trattasse di rimessione all'*arbitrium boni viri* ovvero all'*arbitrium merum* del terzo¹⁴⁰.

della successiva statuizione sarebbe già perfetto, mentre così non sarebbe per il negozio di accertamento; nonché F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 347 ss.

¹³⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 387; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., 528. In tal senso, per tutte si veda: Cass., 26 marzo 2002, n. 4283, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 520; di contrario avviso, nel senso che il contratto cui accede la clausola di arbitraggio non sarebbe ancora perfetto: Cass., sez. un., 28 luglio 1995, n. 8289, cit.; Cass., sez. un., 11 febbraio 1987, n. 1463, cit.; Cass., 29 aprile 1983, n. 2949, cit.; nonché per approfondimenti: Trib. Catania, 9 gennaio 2003, n. 36, in *Dir. e Giust.*, 2003, 12, 38, con nota di S. Nicolosi, *Differenze tra arbitraggio e arbitrato irrituale*.

¹³⁷ A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 4.

¹³⁸ Per un'esauritiva panoramica sul punto si legga F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, II, art. 14-24. *Formazione del contratto*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2006, 1 ss.

¹³⁹ D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., 516.

¹⁴⁰ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 62 ss.

Nella prima ipotesi, infatti, la pronuncia dell'arbitratore avrebbe natura di mero accertamento in quanto la cornice del rapporto è già stata astrattamente fissata dai contraenti e resta solo da accertare quale sia in concreto il contenuto più equo da dare ai profili rimasti ancora imprecisati. Nell'*arbitrium merum*, invece, la pronuncia dell'arbitratore avrebbe carattere costitutivo, in quanto si inserisce in un negozio il cui contenuto era stato lasciato indeterminato dalle parti affinché il terzo provvedesse in piena autonomia e libertà alla precisazione dello stesso¹⁴¹.

Nel caso in cui la determinazione sia rimessa all'equo apprezzamento del terzo, infatti, è previsto un meccanismo che garantisce una moderata certezza circa l'assunzione della determinazione in quanto, ove il terzo non vi provveda ovvero la sua statuizione sia iniqua o erronea, il giudice interverrà per adottarla, sostituendosi così all'arbitratore. Poiché la determinazione assunta dal giudice avrà carattere oggettivo l'accordo sarà così completo in tutte le sue parti ed il contratto, quindi, perfetto.

Nel caso, invece, di rimessione al mero arbitrio, opzione scelta dalle parti in virtù della fiducia che ripongono nella persona dell'arbitratore, se la determinazione di quest'ultimo manchi ed i contraenti non si accordino per sostituire il terzo, il contratto sarà nullo. Data la portata di tali conseguenze vi è chi ha concluso che, in questo caso, il contratto che prevede l'arbitraggio non possa dirsi perfetto fin dalla sua conclusione, poiché risulta ancora incerto un elemento dell'accordo¹⁴².

In una posizione intermedia si colloca la tesi di chi ricostruiva i termini del problema configurando il contratto di arbitraggio quale negozio *per relationem* e lo distingueva, rispetto all'arbitrato, per la sua finalità di precisazione di rapporti lasciati parzialmente indeterminati – dal punto di vista sostanziale – dai contraenti. In particolare per stabilire il momento in cui il negozio può ritenersi validamente concluso si dovrebbe guardare non solo alla sua natura giuridica bensì anche, e soprattutto, alla volontà delle parti¹⁴³. Le stesse, infatti, potrebbero stabilire che il negozio debba intendersi come pienamente concluso sin dal momento della sua stipulazione ovvero subordinare il suo perfezionamento alla successiva determinazione del terzo. Di massima, tuttavia, si ritiene che il negozio si perfezioni

¹⁴¹ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 62 ss. Tale opinione non convince invece G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 46 s.

¹⁴² U. NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, in *Giur. compl. Cass.*, 1946, II, 178.

¹⁴³ E. GABRIELLI, *Contratto completo*, cit., 294.

nel momento in cui le parti abbiano convenuto sul rinvio alla determinazione del terzo: già allora l'accordo può ritenersi completo perché, pur rinviando esse ad un'integrazione successiva ad opera del terzo, il loro incontro di volontà si è già realizzato¹⁴⁴. Detto diversamente: posto che, nel momento in cui l'elemento individuato *per relationem* viene precisato dall'arbitratore esso è anche recepito automaticamente nel contenuto del contratto principale, l'accordo originario fra i contraenti dev'essere considerato in sé già completo – *recitius* perfetto – nel momento in cui si forma. Si tratterebbe quindi di un contratto già di per sé perfetto ma concluso *per relationem* alla determinazione del terzo¹⁴⁵.

Per questo motivo è stato osservato che il fenomeno della *relatio* rimarrebbe estraneo all'ipotesi della mancanza di elementi essenziali del contratto, quest'ultimo essendo, pur in virtù di un richiamo e del meccanismo automatico di integrazione ad opera della *relatio*, già completo e perfetto fin dall'origine¹⁴⁶.

La tesi dottrinale secondo la quale la clausola di arbitraggio sarebbe da ricollegare alla struttura della condizione sospensiva – in quanto sospenderebbe l'efficacia del negozio cui inerisce fino al momento in cui il terzo assume la determinazione – si era affermata sotto il codice previgente e si era modellata principalmente sulla struttura del contratto di compravendita. In particolare si affermava che la previsione contrattuale di un arbitraggio non avrebbe influito sulla validità del contratto bensì sul suo perfezionamento. Nel contratto di compravendita, infatti, benchè la determinazione del prezzo sia elemento essenziale del negozio, il patto che autorizza il terzo a determinare il prezzo sarebbe invece un elemento accidentale, una condizione, appunto. Questo intrinseco legame fra i due aspetti condurrebbe, stando a questa teoria, all'inevitabile conclusione che, laddove l'arbitratore non determini il prezzo, la vendita non verrà ad esistenza. Ma non solo e non tanto perché la condizione non si sia avverata, quanto invece perché mancherebbe un elemento essenziale del contratto stesso: la determinazione del prezzo¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Così P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., 53.

¹⁴⁵ Per approfondimenti sulla *relatio* negoziale si vedano anche: G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 16 ss. e 171 ss.; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 117 ss.; in particolare sulla determinazione degli interessi: B. INZITARI, *Limiti dell'ammissibilità della 'relatio' nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile*, Padova, 2006, 279 ss.

¹⁴⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 116 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 48 s.

¹⁴⁷ S. SATTA, *Contributo alla dottrina*, cit., 139 ss.

Si tenga però presente che tale ricostruzione si basava sull'applicazione dell'istituto dell'arbitraggio a ipotesi specifiche, tra le quali la determinazione del prezzo nella compravendita nonché del corrispettivo nella locazione e nella società.

Chi contesta tale ricostruzione ritiene che essa non sarebbe in linea con le regole di teoria generale: se si ritenesse la clausola di arbitraggio quale condizione sospensiva, infatti, in caso di sua eliminazione dalla struttura del negozio o di suo mancato avveramento, quest'ultimo dovrebbe restare comunque integro, data la natura accidentale della condizione e non invece nullo, come secondo la teoria testé esposta, in quanto privo del criterio di determinabilità del suo contenuto¹⁴⁸.

V'è infine chi sostiene che l'impossibilità di assimilare la clausola di arbitraggio allo schema della condizione sarebbe dovuta al fatto che la disciplina delle condizioni legali è differente da quella prevista per le condizioni volontarie¹⁴⁹. Questo discenderebbe in particolare dalla diversità sostanziale delle due figure posto che nella condizione legale non rilevano né la capacità né la volontà del suo autore, mentre l'ordinamento predispone dei rimedi *ad hoc* per il caso in cui la determinazione arbitrale sia assunta dal terzo in stato di incapacità – profilo, questo, discusso – o in mala fede.

c. Osservazioni conclusive

In realtà, a ben guardare, l'intera discussione pare essere sorta da un equivoco di fondo di impostazione dogmatica, consistente nella commistione di due problematiche: una concernente il perfezionamento del contratto, l'altra riguardante la completezza dello stesso. Infatti è stato giustamente osservato che nel discorrere di tale questione è fondamentale chiarire e distinguere i due concetti, spesso richiamati in modo atecnico. La perfezione ha riguardo ad un contratto il cui *iter* formativo si sia concluso e sia idoneo a produrre le conseguenze che gli siano proprie. La completezza fa invece riferimento alla coesistenza di tutti gli elementi voluti dalle parti e necessari per aversi un negozio giuridico. Ne deriva che un negozio potrebbe essere completo ma imperfetto, ovvero perfetto ma incompleto¹⁵⁰.

¹⁴⁸ A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 4.

¹⁴⁹ P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Milano, 2000, 284 s.

¹⁵⁰ A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 425 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 53.

In conclusione mentre l'opinione minoritaria, sostenuta soprattutto durante la vigenza del codice civile del 1865, riteneva che il contratto non potesse considerarsi concluso finché non fosse completo – e ciò sarebbe avvenuto solo con la determinazione del terzo¹⁵¹ –, l'opinione attualmente dominante in dottrina ed in giurisprudenza sostiene invece che il contratto contenente l'accordo di arbitraggio sia una fattispecie negoziale a contenuto già dall'inizio perfetto. Infatti, poiché l'art. 1349 cod. civ. prevede che l'oggetto del contratto possa essere determinabile anche in un momento successivo alla stipulazione del negozio, l'accordo delle parti di far propria la determinazione dell'arbitratore è sufficiente a rivestire tale requisito. Va quindi escluso che il contratto principale possa essere considerato alla stregua di un contratto 'incompleto' nel senso di 'non perfezionatosi'¹⁵² (mentre una 'incompletezza' in senso lato è comunque ravvisabile).

È stato quindi affermato che il rinvio alla successiva determinazione del terzo non inciderebbe tanto sul perfezionamento del contratto principale quanto, piuttosto, sulla sua efficacia. In particolare il contratto sarebbe già completo al momento della sua conclusione perché possiede i requisiti richiesti dalla legge; l'oggetto, invece, pur non essendo ancora determinato, è determinabile ai sensi dell'art. 1346 cod. civ. Diversi autori si sono perciò occupati della questione se tale negozio sia produttivo di effetti ancora prima della determinazione dell'arbitratore, ma ciò esula dalla presente ricerca e si fa rinvio alle opportune trattazioni sul punto, salvo ritornare sull'argomento successivamente, a proposito dei rimedi alla determinazione iniqua dell'arbitratore¹⁵³.

Il contratto è dunque perfetto e soddisfa, sia dal punto di vista giuridico sia dal punto di vista economico, gli interessi comuni dei contraenti, tra i quali rientra anche quello di una certa flessibilità dei loro rapporti contrattuali¹⁵⁴.

¹⁵¹ T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 216.

¹⁵² G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 48; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 332 s.; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., 36; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 829; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 138; C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 516 s.

¹⁵³ Per approfondimenti si veda A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 434 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 49 ss.

¹⁵⁴ A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, cit., 170 ss.; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., 528; nonché *infra*, cap. 4, § 9, b.

7. La fonte e la natura del rapporto tra le parti e l'arbitratore

Una questione che è stata ed è tutt'oggi foriera di grandi discussioni è quella concernente l'esatta qualificazione giuridica dell'atto di determinazione del terzo. Prima di affrontarla è però necessario ricordare da dove tragga origine il potere dell'arbitratore¹⁵⁵.

La comune volontà delle parti di affidare ad un terzo il potere di determinazione può trovare giuridico fondamento o in una clausola contenuta nel contratto principale, detta clausola di arbitraggio, ovvero in un apposito atto separato, il contratto di arbitraggio, appunto¹⁵⁶.

Va quindi opportunamente distinto, da un lato, il contratto di arbitraggio con cui le parti si accordano ed impegnano a deferire al terzo l'incarico di effettuare la determinazione e, dall'altro lato, l'accordo stipulato fra i contraenti ed il terzo, l'accettazione dell'incarico da parte del quale dà vita, conseguentemente, ad un ulteriore rapporto da cui sorgono due obblighi: per il terzo quello di svolgere il compito affidatogli dai contraenti, e per questi ultimi, quello di pagare l'onorario all'arbitratore¹⁵⁷.

Proprio su tale accordo, oggetto di grandi discussioni, si soffermerà ora l'attenzione, cercando di analizzarne la natura giuridica. Tale discussione è strettamente connessa a quella della natura dell'atto di arbitraggio del terzo: entrambe hanno infatti ricadute pratiche rilevanti, con particolare riferimento sia alla natura – completa o meno – del contratto principale cui l'arbitraggio accede, sia sul piano dei presupposti per l'impugnazione della determinazione arbitrale.

A differenza della clausola di arbitraggio, la forma della quale è ritenuta – quasi unanimemente – dover coincidere con quella del contratto principale cui accede, non vi è invece uniformità di opinioni sui requisiti di forma nel caso in cui la clausola stessa sia contenuta in un atto separato dal contratto.

Da un lato v'è infatti chi afferma che, siccome la regola della forma permea tutto il contratto, anche la clausola di arbitraggio che sia contenuta in un atto distinto ma 'collegato', dovrebbe possedere la stessa forma richiesta *ad substantiam* per il contratto principa-

¹⁵⁵ G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 45 ss.

¹⁵⁶ Sulla natura, accessoria o meno, della clausola di arbitraggio rispetto al contratto principale, si veda G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 32 ss.

¹⁵⁷ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 220 s.

le¹⁵⁸. V'è però chi non condivide tale presa di posizione, in quanto ritiene che da tale rigorosa regola vadano esclusi i patti concernenti le modalità di esecuzione delle attribuzioni contrattuali. Stando a tale interpretazione, pur in vigenza del principio di libertà della forma, la forma scritta sarebbe comunque necessaria nel caso in cui la clausola abbia ad oggetto il trasferimento di beni immobili¹⁵⁹.

Già sotto la vigenza del codice civile del 1865 è stata molto discussa la natura del rapporto che si instaura fra i contraenti e l'arbitratore¹⁶⁰, variamente qualificato quale contratto di mandato, contratto d'opera, contratto atipico di arbitraggio¹⁶¹, ovvero ricondotto allo schema del mandato o del contratto d'opera, a seconda delle specifiche del caso concreto¹⁶².

Nonostante alcune opinioni in senso affermativo¹⁶³, si esclude oramai quasi unanimemente che tra i contraenti ed il terzo possa ritenersi instaurato un rapporto di rappresentanza. Questo perché, mentre il rappresentante esercita il potere di cui viene investito per realizzare la volontà del *dominus* ponendo in essere atti giuridici che sono a lui imputati, vincolando le parti alla propria determinazione, l'arbitratore non ha il compito di realizzare la volontà del *dominus*, essendo invece terzo rispetto al negozio, sul quale incide per volontà comune delle parti¹⁶⁴. L'arbitratore, come il mandatario, compirebbe un'attività giuridica sostitutiva delle parti, concorrendo a formare la volontà negoziale delle parti¹⁶⁵.

Chi avalla la ricostruzione in termini di contratto di mandato, argomenta che all'arbitratore in effetti verrebbe conferito un incarico avente il contenuto di un vero e proprio mandato collettivo, in base al quale uno o più terzi vengono investiti del potere di svolgere, per conto dei contraenti, un determinato incarico. Questi avrebbero infatti di mira

¹⁵⁸ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 47 s.; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 831; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 137.

¹⁵⁹ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 48; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 37 s.; ricorda tale soluzione in quanto adottata dalla giurisprudenza C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 283 e ivi nt. 47.

¹⁶⁰ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit. 87 ss.

¹⁶¹ P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., 963; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 221 ss.; F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 145.

¹⁶² P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., 48 ss.

¹⁶³ T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 316.

¹⁶⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 379; G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit. 87.

¹⁶⁵ M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 362. In giurisprudenza: Cass., 13 dicembre 1974, n. 4253 in *Giust. civ.*, 1975, I, 1373; Cass., 24 novembre 1966, n. 2795, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, 1590; Cass., 13 settembre 1963, n. 2492, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, 1590.

un certo risultato che dev'essere realizzato dall'arbitratore precisando la prestazione oggetto del contratto¹⁶⁶.

Chi segue tale linea interpretativa non ritiene accettabile la ricostruzione del rapporto in termini di contratto d'opera intellettuale perché esso, a differenza del mandato, avrebbe ad oggetto un'obbligazione puramente di mezzi e non di risultato. In tal caso, pur avendo le parti di mira un certo scopo, affinché la prestazione del terzo possa ritenersi validamente compiuta è sufficiente che egli svolga il suo incarico secondo i criteri che gli sono stati impartiti, anche se non dovesse raggiungere il risultato auspicato (si faccia il caso dell'obbligazione del medico). Nell'arbitraggio invece, le parti, affidando all'arbitratore il compito di assumere una certa determinazione, non hanno interesse solamente alle modalità con cui egli procede, ma al contenuto della statuizione stessa.

Infine, se si accoglie l'inquadramento del contratto in termini di mandato, ne deriva l'applicabilità allo stesso del regime di cui all'art. 1390 cod. civ. circa i vizi della volontà dell'arbitratore¹⁶⁷.

Chi invece mette in dubbio tale qualificazione, ritiene che l'arbitratore svolga il suo incarico nei confronti degli stessi soggetti che gliel'hanno conferito e non, invece, per conto loro nei confronti di terzi¹⁶⁸.

Secondo tale opinione, inoltre, l'arbitratore non sarebbe tenuto a compiere un atto giuridico o ad emettere una dichiarazione di volontà: si tratterebbe bensì di una dichiarazione consistente in un fatto giuridico, cui le parti hanno attribuito efficacia per il tramite della loro dichiarazione di volontà¹⁶⁹.

Tale posizione viene giustificata anche sulla base della considerazione che dalla ricostruzione del rapporto in oggetto quale mandato discenderebbero altresì conseguenze insostenibili sul piano dei rimedi. Infatti non sarebbe compatibile con la struttura dell'arbitraggio ritenere la determinazione del terzo annullabile per vizi della volontà ai sensi dell'art. 1390 cod. civ.: l'arbitratore non presterebbe alcun consenso in quanto la sua statuizione, benchè da lui assunta, è frutto della volontà delle parti. Le sue valutazioni po-

¹⁶⁶ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit. 87 s.; T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 215; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 48 ss.

¹⁶⁷ Chi invece manifesta la propria contrarietà a tale conclusione afferma che, a ben guardare, all'arbitratore non potrebbe essere comunque applicata tale disciplina posto che egli non manifesta alcun 'consenso' giuridicamente inteso.

¹⁶⁸ F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 145.

¹⁶⁹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 238. Sulla natura, negoziale o meno dell'atto di arbitraggio si veda *infra*, § 9.

tranno essere contestate solo in quanto inique od erronee (nell'*arbitrium boni viri*) o perché frutto di mala fede (nell'*arbitrium merum*)¹⁷⁰.

8. L'incarico dell'arbitratore

Anche con riguardo alle caratteristiche dell'incarico dell'arbitratore è opportuno dar conto di differenti aspetti, nonché delle opinioni a tal proposito espresse.

Quanto al contenuto dell'incarico, al terzo potrà essere deferita la fissazione di qualsiasi elemento del contratto: eccezion fatta, si afferma comunemente, per la scelta del tipo contrattuale o per la fissazione di tutte le sue componenti. Così facendo verrebbe infatti violata l'autonomia contrattuale delle parti ed il principio di parità reciproca: la determinazione del terzo dovrà quindi avere comunque carattere parziale¹⁷¹. Infatti vi sono ipotesi – per lo più in materia di diritti personali e familiari – in cui l'intervento dell'arbitratore lesivo dell'autodeterminazione dei contraenti viene sanzionato con la nullità della sua determinazione¹⁷².

La giurisprudenza ha affermato che l'arbitraggio può riguardare non solo elementi non essenziali del contratto, ma anche qualsiasi elemento che le parti non abbiano fissato e che sia funzionale allo svilupparsi del rapporto negoziale, purché non sia essenziale al perfezionamento del negozio stesso¹⁷³.

A ciò si aggiunga che esula dalla sfera di intervento del terzo anche l'ipotesi in cui i contraenti abbiano volontariamente omissi di determinare alcuni elementi ed il fondamento di tale mancanza risieda in una totale mancanza di volontà negoziale¹⁷⁴.

Quanto alla nomina dell'arbitratore, le norme codicistiche che fanno riferimento all'arbitraggio parlano quasi tutte di un solo arbitratore ma ciò non toglie che le parti possano a loro discrezione nominarne più d'uno, e non necessariamente in numero dispari¹⁷⁵.

¹⁷⁰ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 238 s.

¹⁷¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 386; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 327. In materia di appalto era stato ritenuto nullo l'accordo con cui era stata rimessa ad un terzo la realizzazione dell'opera che l'appaltatore doveva costruire: in particolare si legga: Trib. Napoli, 16 marzo 1951, in *Giur. civ. comm.*, 1951, II, 1105.

¹⁷² Si ricordino, sulla scorta degli artt. 631 e 778 cod. civ., le disposizioni testamentarie e la donazione, quali atti personalissimi che devono essere compiuti dal loro autore.

¹⁷³ Particolarmente significativa è la pronuncia della Cass., 27 luglio 1957, n. 3167, in *Giust. civ.*, I, 2097, da cui emerge che al terzo potrebbe essere rimessa anche la determinazione dell'intero negozio.

¹⁷⁴ F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 146.

Può essere nominato arbitratore qualsiasi persona fisica: il cittadino, l'apolide, lo straniero, l'interdetto dai pubblici uffici o dall'esercizio di una professione o di un'arte, il fallito. L'arbitratore può essere nominato in quanto persona ovvero in funzione della carica che riveste (ad es. il professore di una determinata materia in una certa Università)¹⁷⁶.

Per la validità della pronuncia da parte dell'arbitratore non è richiesta una capacità particolare rispetto a quella prevista per la conclusione del contratto. Sarà sufficiente, trattandosi di una persona fisica, la sua capacità d'agire e la capacità naturale al momento della determinazione¹⁷⁷. Se minore di età o interdetto l'atto dovrà esser posto in essere dal rappresentante legale. Purché questa sia munito di tutti i poteri necessari, la clausola potrà essere redatta anche dal rappresentante della parte.

Nel caso si tratti invece di una persona giuridica – ad esempio un'associazione non riconosciuta che opererà attraverso i suoi organi – il soggetto incaricato di sottoscrivere l'accordo dovrà essere a tal fine appositamente autorizzato, nel rispetto delle regole previste dall'ente¹⁷⁸.

In generale si ritiene che il terzo possa svolgere il proprio ufficio senza l'osservanza di regole o forme particolari, a meno che queste non siano state espressamente previste dalle parti.

Nel caso in cui la determinazione sia viziata da errore dell'arbitratore potrà essere modificata anche dopo che sia stata comunicata alle parti e, se queste non abbiano fissato un termine perentorio, esso potrà essere stabilito dal giudice.

Poiché l'incarico rivolto al terzo è frutto di una concorde volontà delle parti, la giurisprudenza ha ritenuto che non possa ritenersi sindacabile in Cassazione la valutazione del contenuto dell'incarico del terzo e il relativo giudizio operato dal giudice di merito circa l'iniquità o l'erroneità della determinazione del terzo¹⁷⁹.

In ogni caso è necessario che i contraenti fissino, nella clausola con cui affidano l'incarico all'arbitratore, criteri precisi e concordanti atti ad evitare che le parti siano poi

¹⁷⁵ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 75; G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., 131; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 832. Nell'ordinamento tedesco, il § 317 BGB parla espressamente della possibilità che la determinazione sia rimessa a «più terzi».

¹⁷⁶ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 76.

¹⁷⁷ Secondo M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 832, sarebbe sufficiente la capacità naturale.

¹⁷⁸ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 37.

¹⁷⁹ Per tutte: Cass., 9 novembre 1970, n. 2292, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce «Arbitrato», n. 68; F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 146; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 139.

costrette ad effettuare una successiva e ulteriore manifestazione di volontà a scopo chiarificatorio¹⁸⁰.

In ordine alle modifiche apportabili a tale rapporto contrattuale, è pacifico che esse possano essere effettuate solamente con il concorde consenso di tutte le parti¹⁸¹.

La possibilità di revocare la determinazione da parte del terzo viene concordemente esclusa sulla base della considerazione che essa, in quanto atto dovuto, una volta comunicata alle parti debba considerarsi irrevocabile. L'arbitratore potrà, semmai, procedere alla sua rettifica, che invece è di massima sempre ammessa, seppur, come già detto, nel rispetto di determinati limiti temporali (diversamente le parti sarebbero lasciate in balia dei ripensamenti del terzo)¹⁸².

Dall'inquadramento del rapporto parti-arbitratore in termini di contratto di mandato discenderebbe la corrispondente disciplina quanto al potere di revoca spettante ai contraenti. Le parti sarebbero infatti autorizzate a revocare l'incarico al terzo, purché a tale richiesta concorrano tutti coloro che abbiano partecipato alla nomina¹⁸³. La giurisprudenza ha perfino ammesso la sua revocabilità anche ad opera di una sola parte, per giusta causa¹⁸⁴.

9. La natura della determinazione arbitrale

Il diverso inquadramento giuridico del contratto tra parti e terzo ha inevitabili conseguenze anche sull'individuazione della natura dell'atto di determinazione dell'arbitratore. Si tratta di un negozio giuridico? E, in caso di risposta affermativa, di una dichiarazione negoziale avente natura meramente dichiarativa ovvero costitutiva¹⁸⁵?

La dottrina maggioritaria più risalente affermava la natura negoziale dell'atto di arbitraggio, sostenendo che il terzo, tramite la sua dichiarazione, avrebbe completato il con-

¹⁸⁰ Cass., 27 giugno 1985, n. 3853, in *Giur. it.*, 1986, I, 336.

¹⁸¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 43.

¹⁸² Per approfondimenti: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 129.

¹⁸³ T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 215; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 50 ss., il quale precisa che questa ricostruzione dal punto di vista giuridico non si estende, comprensibilmente, alle ipotesi in cui si tratti di arbitraggio riferito a negozi *mortis causa*.

¹⁸⁴ Così Cass., 26 marzo 2002, n. 4283, cit., che argomenta assimilando l'incarico dell'arbitratore a quello oggetto di un mandato collettivo ed applicando la relativa disciplina (nel caso specifico l'art. 1726 cod. civ. in materia di revoca), non invece quella di cui all'art. 1349 cod. civ.

¹⁸⁵ Per una panoramica in proposito si veda: F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 165 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 83 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit. 1173 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 139 ss.; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 48 ss.

tenuto del negozio principale ponendone in essere uno ulteriore¹⁸⁶. Si tratterebbe di un negozio ausiliario, di secondo grado e collegato a quello principale, rispetto al quale si porrebbe come strumentale. L'arbitratore, visto quale mandatario, è un terzo che concorre a formare la volontà negoziale e questo perché il negozio posto in essere dalle parti, per perfezionarsi, necessiterebbe di un'ulteriore dichiarazione di volontà. L'arbitratore quindi completerebbe la carente dichiarazione di volontà delle parti, le quali si erano accordate nel senso di far propria la scelta del terzo¹⁸⁷.

Tra i sostenitori della teoria negoziale si distinguono le opinioni di chi ritiene che la determinazione del terzo abbia natura costitutiva, e sia quindi espressione di un potere di formazione negoziale a lui attribuito dalle parti¹⁸⁸, ovvero dichiarativa, e quindi di mero accertamento di una fattispecie già perfetta¹⁸⁹.

In particolare vi era chi distingueva, sotto la vigenza del codice del 1865, a seconda che si trattasse di arbitraggio secondo equo apprezzamento ovvero secondo mero arbitrio. Nel primo caso la determinazione avrebbe avuto natura dichiarativa in quanto il compito svolto dall'arbitratore doveva essere quello di accertare la volontà delle parti servendosi di un criterio che ammette, di massima, un'unica scelta¹⁹⁰. Nel caso di *arbitrium merum* non si sarebbe trattato, invece, di una dichiarazione di accertamento, perché in questo secondo tipo di arbitraggio la determinazione non sarebbe legata a precisi criteri oggettivi ma, potendo essere adottata sulla base di una spiccata libertà di scelta, avrebbe funzione costitutiva. Il terzo infatti avrebbe la facoltà di optare per una fra più soluzioni, tutte rispondenti ad equità. La sua non è una scelta obbligata: si inserisce invece in un panorama in cui non vi è una sola possibile soluzione da accertare, bensì un ventaglio di alternative, la scelta fra le quali assume inevitabilmente il profilo di una dichiarazione costitutiva¹⁹¹.

È stato detto che un altro indice della necessità di inquadrare la determinazione del terzo nella categoria del negozio giuridico sarebbe la possibilità di impugnare tale dichia-

¹⁸⁶ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 135 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 166 s. Ravvisava la natura di atto negoziale anche Cass., 13 dicembre 1974, n. 4253, cit., secondo la quale l'arbitratore procede alla determinazione dell'elemento mancante di un rapporto giuridico in via di formazione mediante l'esplicazione di un'attività sostitutiva di quella delle parti, concorrendo al perfezionamento del contratto.

¹⁸⁷ G. LEVI, *L'arbitrato*, cit., 374.

¹⁸⁸ J. WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, II, Stuttgart, 1903-1905, 316.

¹⁸⁹ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 135. Si veda anche T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit. 66 s.; M.B. CHITO, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, I, sub art. 1349 cod. civ., Milano, 2008, 2474.

¹⁹⁰ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 135; T. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 66.

¹⁹¹ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 69 ss.

razione – oltre che per manifesta iniquità e malafede dell'arbitratore – anche per sua incapacità e per vizi del volere¹⁹². Altri autori, invece, criticano questa costruzione logica e ritengono che tale circostanza possa essere considerata solamente una conseguenza di tale inquadramento, e non un presupposto sulla base del quale giungere ad una siffatta ricostruzione dogmatica¹⁹³.

Per molto tempo la teoria negoziale è stata sostenuta in via maggioritaria in quanto la dottrina, in ragione soprattutto della mancanza di un vero approfondimento sul tema dell'atto giuridico, assimilava l'atto di manifestazione di volontà al concetto di 'negozio giuridico'¹⁹⁴.

Ben presto si cominciò a fare chiarezza in ordine alla classificazione dogmatica che distingue il fatto dall'atto giuridico, e quest'ultimo dal negozio giuridico, sul presupposto che questo, e non invece l'atto, si caratterizza per una vera e propria funzione regolamentativa¹⁹⁵.

Negli ultimi anni si è affermata in via prevalente la teoria non negoziale della dichiarazione del terzo, in base alla quale la determinazione consisterebbe semplicemente nella specificazione di un elemento del rapporto contrattuale già costituito e delineato dai contraenti, e non si caratterizzerebbe invece per un'autonoma volontà del terzo di costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico¹⁹⁶.

Gli effetti giuridici dell'atto dell'arbitratore deriverebbero dal comune accordo ed impegno delle parti di far propria la successiva determinazione del terzo¹⁹⁷. Quest'ultimo non parteciperebbe alla formulazione di una regola contrattuale ma si servirebbe, per adottare la statuizione, di strumenti impostigli e concordati dalle parti, da lui non liberamente scelti¹⁹⁸.

¹⁹² F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo (continuato da L. Mengoni), I, Milano, 1987, 208 ss. Di opinione contraria è invece G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 41.

¹⁹³ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 167, nt. 298.

¹⁹⁴ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 89 s.

¹⁹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 7 e ivi nt. 16; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 81 ss.; F. GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2006, 23 ss.; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 189 ss.

¹⁹⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 167; F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 145; fra le pronunce giurisprudenziali più rilevanti in tal senso: Cass., 27 aprile 1976, n. 1479, in *Rep. Giur. it.*, voce «Arbitrato», n. 7.

¹⁹⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 331; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 170 ss.

¹⁹⁸ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 90 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 139 ss.

Con la sua determinazione l'arbitratore non sostituirebbe quindi la propria volontà a quella delle parti, né essa può essere considerata fonte di un nuovo e ulteriore negozio giuridico. Consisterebbe invece in una dichiarazione di scienza che vincola i contraenti ma non in virtù di una precisa ed autonoma volontà del terzo in tal senso, bensì perché ciò risulta da un loro precedente accordo¹⁹⁹.

Seguendo quest'ultima interpretazione, dunque, l'arbitratore non potrebbe essere assimilato alla figura del rappresentante²⁰⁰, in quanto il primo, con la sua statuizione, non impegna le parti nei confronti di terzi, non esercita un potere in nome altrui. L'arbitratore invece svolge l'attività in nome proprio per realizzare la volontà dei contraenti, ma, poiché rimane esterno al negozio, gli effetti della sua determinazione ricadrebbero sul contratto principale nella misura in cui le parti lo abbiano stabilito²⁰¹. L'atto del terzo sarebbe quindi un atto dovuto – e in quanto tale, quindi, non negoziale – poiché effettuato in esecuzione dell'incarico ricevuto dalle parti²⁰².

Fra coloro che aderiscono alla teoria non negoziale si distingue poi fra chi qualifica la determinazione del terzo quale atto giuridico ovvero chi la ritiene mero fatto giuridico, a seconda che si dia rilievo, o meno, alla volontà dell'arbitratore quale elemento condizionante la produzione degli effetti giuridici della dichiarazione²⁰³.

E così, quale atto giuridico, la determinazione arbitrale consisterebbe in un atto di scienza o di intelletto, avente ad oggetto la determinazione di un contratto altrui e in quanto tale espressione non della volontà autonoma del terzo, bensì di una certa sua competenza in materia²⁰⁴. Tale atto spiegherebbe efficacia tra le parti in quanto da esse preventivamente accettato tramite rinvio, delineandosi quindi quale fattispecie integrativa dell'accordo già stipulato²⁰⁵. In quanto tale, non si porrebbero problemi di forma (che sarebbe libera) né di capacità d'agire dell'arbitratore (essendo sufficiente la mera capacità di intendere e di volere)²⁰⁶.

¹⁹⁹ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 829 s.; R. MARTINI, *Codice civile*, cit., 496.

²⁰⁰ Sul punto vedi *supra*, §§ 5 e 7.

²⁰¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 379; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 332.

²⁰² F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 145.

²⁰³ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 91 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 173 ss.

²⁰⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 330 ss.

²⁰⁵ G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 369 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 172 s.

²⁰⁶ F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 145.

La teoria che sostiene la natura di mero fatto giuridico della determinazione arbitrale ben si attaglia a quella che concepisce l'arbitraggio come negozio *per relationem* ed in base alla quale, come si è visto, il contratto con cui le parti incaricano il terzo dell'arbitraggio è già perfetto al momento della sua conclusione in quanto la determinazione del terzo avrebbe semplice funzione dichiarativa e non costitutiva.

A queste due teorie principali si aggiungono altre, tanto che tale difficoltà di classificazione ha condotto taluni autori a ritenere inutile un inquadramento giuridico della determinazione arbitrale²⁰⁷. Si ricordi, fra le altre, la teoria che configura l'atto di arbitraggio come un atto giuridico di arbitrato, che trova la sua ragion d'essere proprio nel fatto che è difficile inquadrare in una categoria unitaria questa fattispecie, e quindi ne crea una autonoma²⁰⁸. Si tratterebbe, quindi, di un atto riconducibile al dichiarante ma funzionale alla volontà di altri soggetti e collegato al negozio da questi concluso²⁰⁹.

Pareri contrapposti concernono infine la natura, recettizia o meno, della dichiarazione del terzo. La posizione dominante ritiene che la stessa spiegherà pienamente i suoi effetti solo nel momento in cui le parti ne ricevano comunicazione²¹⁰. La dottrina minoritaria, invece, afferma che, se la determinazione sia stata effettuata, essa sarà comunque valida ed efficace anche se dovesse intervenire un fatto che impedisca all'arbitratore di comunicarla alle parti (ad es. la morte dello stesso)²¹¹.

10. I criteri di giudizio del terzo tra mero arbitrio ed equo apprezzamento

La scelta delle diverse modalità e forme in cui può realizzarsi l'atto di arbitraggio nel nostro ordinamento è rimessa alla volontà dei contraenti i quali, ai sensi dell'art. 1349 cod. civ., possono chiedere al terzo di effettuare la determinazione secondo equo apprezzamento o secondo mero arbitrio, ovvero possono anche non disporre nulla, richiamandosi semplicemente alla determinazione del terzo.

L'arbitratore deciderà infatti secondo equo apprezzamento in tre casi: se le parti lo abbiano espressamente stabilito nel contratto; se, viceversa, non hanno fatto riferimento ad

²⁰⁷ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 95.

²⁰⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 390.

²⁰⁹ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 141.

²¹⁰ Per tutti si veda F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, I, 293.

²¹¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 127.

alcun criterio di determinazione – trovando così applicazione la presunzione dell'art. 1349 primo comma cod. civ. –; infine, quando i contraenti abbiano stabilito parametri ed indici che l'arbitratore deve prendere a riferimento nell'assumere la determinazione.

Con riguardo a quest'ultima ipotesi, e superando le incertezze esistenti sotto il precedente codice circa l'ammissibilità del mero arbitrio, il legislatore ha previsto per il tramite di una presunzione *iuris tantum* che in assenza di un'espressa volontà delle parti di rimettersi al mero arbitrio del terzo, quest'ultimo dovrà effettuare la determinazione secondo il criterio dell'equo apprezzamento.

Equo apprezzamento e mero arbitrio sono dunque due possibili modalità con cui l'arbitratore può effettuare la sua determinazione. Posto che la legge nulla dice a tal proposito è importante distinguere fra queste due modalità di giudizio anche al fine di meglio comprendere e inquadrare le ipotesi di difformità e di impugnabilità della relativa determinazione (per manifesta iniquità nel primo caso; solo quando sia provata la mala fede del terzo, nel secondo).

Il criterio dell'equo apprezzamento vincola l'arbitratore a svolgere il proprio incarico sulla base dei parametri cui si attiene il *bonus vir*, cioè l'uomo ponderato, l'equo valutatore, l'equilibrato e diligente buon padre di famiglia²¹². In particolare l'arbitratore dovrà tenere in considerazione tutti i criteri che gli siano stati forniti dalle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale e, se ciò non abbiano fatto, di tutte le circostanze che gli siano note, della particolare natura del compito affidatogli e della realtà contingente. Egli deve perciò servirsi di tutte le proprie competenze per effettuare una determinazione che risponda il più possibile ai principi dell'equità²¹³.

Si tratta quindi di un'attività vincolata a parametri eterogenei: legali, tecnici e di equità. Sarà inoltre onere delle parti comunicare all'arbitratore le circostanze delle quali egli dovrà opportunamente tener conto al fine di adottare una scelta il più possibile aderente all'equità del caso concreto²¹⁴.

Proprio questa ampiezza del raggio d'azione del terzo, giustificata dalla fiducia che le parti possiedono nei suoi confronti, è la ragione che fonda il meccanismo di impugnabi-

²¹² R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit. 391; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1192.

²¹³ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 831 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale*, cit., 174; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 56.

²¹⁴ L. BARASSI, *La teoria generale*, cit., 174.

lità della determinazione dell'arbitratore, basato sull'iniquità della stessa²¹⁵. L'oggettività cui deve ispirarsi la determinazione del terzo sarebbe temperata dal fatto che essa può comunque oscillare tra un minimo ed un massimo, entro i quali risponderebbe ad equità²¹⁶, rivelandosi viceversa iniqua tutte le volte in cui non terrà nella dovuta considerazione la rappresentazione che le parti abbiano fornito del quadro dei loro interessi²¹⁷.

La determinazione secondo equo apprezzamento dovrà quindi tener conto di tutti gli aspetti del rapporto contrattuale: quelli oggettivi (la natura del contratto concluso dalle parti, il contenuto delle prestazioni, usi e prassi commerciali) e quelli soggettivi (la qualità delle parti, i loro interessi commerciali e la loro posizione economica) cui i contraenti hanno dato rilievo²¹⁸.

Se questi ultimi vogliono viceversa rimettersi, invece che all'equo apprezzamento del terzo, al mero arbitrio di quest'ultimo, dovranno espressamente indicarlo nel contratto o nella clausola di arbitraggio.

Come già si è accennato quando si è trattato delle radici romanistiche dell'arbitraggio, ancorchè si sia affermato che le due menzionate modalità di determinazione potrebbero discendere dall'*arbitrium boni viri* e dall'*arbitrium merum* romani²¹⁹, va ricordata anche l'opinione di chi, invece, ha ritenuto che questo fosse frutto di un'interpretazione erronea delle fonti da parte del diritto intermedio e che in realtà i giuristi romani avrebbero contrapposto all'*arbitrium boni viri* l'*arbitrium* di una persona determinata²²⁰.

In particolare, con riferimento all'arbitraggio effettuato secondo mero arbitrio del terzo, la libertà di cui egli gode nell'effettuare la determinazione non va intesa in senso assoluto come totale assenza di vincoli e rimessione al suo insindacabile capriccio²²¹. Le parti invero si affidano al terzo in virtù della fiducia che nutrono nei suoi confronti e proprio per questo gli conferiscono ampia libertà di scelta circa i parametri valutativi e di apprez-

²¹⁵ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 56 ss.

²¹⁶ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 829.

²¹⁷ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 208.

²¹⁸ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 156 s.

²¹⁹ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 134.

²²⁰ F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 415; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 113.

²²¹ Per approfondimenti sulla classificazione dell'*arbitrium boni viri* in *arbitrium* personale ed inappellabile contrapposto all'*arbitrium merum*, distinzione operata dalla dottrina ma disconosciuta dalla giurisprudenza e che ora, alla luce dell'art. 1349 del codice del '42 ha perso rilievo, si veda: G. SCADUTO, *Gli arbitratore*, cit., 56 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 121 ss.; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 832.

zamento, vincolandosi ad accettare la sua determinazione in ogni caso, anche se dovesse presentare profili di generale iniquità o erroneità.

A tal proposito si ricordi che è stato affermato che l'arbitraggio secondo mero arbitrio sarebbe avvicicabile ad un contratto aleatorio in misura maggiore o minore a seconda della fiducia con cui le parti si siano rivolti all'arbitratore. Il motivo che dovrebbe far optare i contraenti per la nomina di un certo arbitratore dovrebbe essere la sua competenza specifica in materia, ma ciò non sempre avviene. Si faccia ad esempio il caso in cui i contraenti si rivolgano ad una terza persona nella quale ripongono una particolare fiducia dal punto di vista personale – pur consapevoli della sua incompetenza in materia – affinché essa determini il valore di mercato di un certo bene. La loro scelta potrebbe tuttavia essere dovuta alla consapevolezza che la determinazione del terzo, per corrispondere effettivamente ai loro interessi, dovrà tener conto non tanto di parametri economici di mercato, tangibili e conosciuti da un esperto, quanto piuttosto di criteri di tipo extraeconomico noti solamente a quella persona di fiducia²²².

Non per questo si deve trarre la conclusione che al terzo sia concesso adottare una decisione in modo irragionevole. È stato giustamente osservato che, se così fosse, da un lato non avrebbe alcun senso né utilità che alle parti fosse concessa la facoltà di rimettere ad altri una scelta che, per il suo carattere 'libero', potrebbero assumere loro stesse, affrancate da vincoli di sorta. Dall'altro lato, poi, la parte che si ritenesse svantaggiata dalla determinazione si troverebbe nella quasi impossibilità di dimostrare la malafede dell'arbitratore, posto che gli stessi presupposti sui quali essa si baserebbe sarebbero frutto di una sua libertà volubile²²³.

Nell'arbitraggio rimesso al mero arbitrio, dunque, l'arbitratore potrà agire con una certa libertà e discrezione servendosi delle proprie conoscenze e dei parametri che riterrà più opportuni, ma non potrà comunque assumere una decisione svincolata da qualsivoglia limite²²⁴.

Va quindi sicuramente ridimensionata la posizione, affermata sotto la vigenza del codice civile del 1865, secondo la quale la scelta assunta sulla base dell'*arbitrium merum* consisterebbe in una scelta assolutamente libera, non vincolata. L'arbitratore infatti deve

²²² F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 212 s.

²²³ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 58 s.

²²⁴ E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1191.

assumere la determinazione secondo equità ed obiettività con riferimento, altresì, ai reciproci interessi delle parti²²⁵.

E così vi è chi rinviene il carattere distintivo fra le due modalità di determinazione nel fatto che, mentre nel caso dell'equo apprezzamento le parti indicano al terzo i parametri ai quali egli deve attenersi per formulare la sua determinazione, nel caso del libero arbitrio, invece, non vincolano l'arbitratore a condizioni da loro già predefinite ma rimettono a quest'ultimo la valutazione dei criteri e delle circostanze cui fare riferimento²²⁶.

Vi è poi chi si è spinto fino al punto di sostenere che le uniche differenze fra le due tipologie di arbitraggio consisterebbero prevalentemente nel regime di impugnazione della determinazione adottata²²⁷.

11. Le condizioni generali della produzione

Il terzo comma dell'art. 1349 cod. civ. afferma che «nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento».

Trattasi di un principio la cui esatta portata contenutistica, nonché soprattutto la sua effettiva utilità nella realtà giuridica ed economica vigente, è stata discussa in dottrina²²⁸. Si tratta infatti di una disposizione retaggio dell'ideologia fascista, nella cui prospettiva l'atto di autonomia privata era condizionato in gran parte dagli obiettivi dello Stato corporativo fra i quali «l'esigenza di subordinare all'interesse pubblico gli interessi particolari dei singoli e di attuare un'armonica coordinazione fra loro»²²⁹ e che «in regime di autarchia, modo di essere essenziale e motivo conduttore dell'attività economica fascista, un regolamento di rapporti individuali che elevi su ogni altra ragione l'interesse all'incremento della ricchezza nazionale è l'apporto che il diritto deve recare alla realizzazione del postu-

²²⁵ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 153.

²²⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 214 s.

²²⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 131. Confronta: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 121; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 331; M.S. CATALANO, *Le clausole di arbitraggio*, in *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011, 791.

²²⁸ Per alcuni approfondimenti si vedano: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 124 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 246 ss.

²²⁹ Relazione al Codice civile del 1942, n. 8.

lato di una giustizia sociale, è la condizione necessaria per una progressiva rigenerazione dell'economia nazionale»²³⁰.

Data quindi l'influenza dell'ideologia politica dell'epoca su tale disposizione, la quale non è però mai stata abrogata, occorre verificare se essa possa ritenersi effettivamente ancora attuale ovvero implicitamente soppressa.

Taluno afferma che la *ratio legis* consisterebbe nel vincolare il terzo ad adottare una determinazione che tenga conto non solo degli interessi delle parti ma anche dell'economia del contratto. Altri ne forniscono un'interpretazione ideologica nel senso che la mancata considerazione da parte del terzo di tali condizioni generali comporterebbe l'illiceità della sua scelta per violazione dell'ordine pubblico, in quanto le stesse ne erano divenute parte integrante²³¹.

Vi è chi contesta l'opportunità di tale norma in quanto ritiene che nei casi in cui l'apprezzamento che il terzo fa di tali elementi di giudizio offerti dalla produzione non conduca ad un risultato coincidente con gli interessi e le esigenze delle parti, si assisterebbe ad un ingiustificato inserimento nel contratto di considerazioni generali estranee all'autoregolamento di privati interessi. La circostanza che non sia previsto alcun rimedio per il caso in cui il terzo non tenga conto di tale prescrizione diminuisce la rilevanza della portata stessa, portando a concludere per la scarsa effettiva portata della disposizione, che assumerebbe perciò la funzione di generica esortazione²³². E questa pare in effetti essere la conclusione più ragionevole tenendo conto dell'attuale realtà normativa.

12. L'arbitraggio di parte

a. Profili introduttivi

L'ammissibilità dell'arbitraggio di parte, della possibilità, cioè, di nominare quale arbitratore incaricato dell'adozione della determinazione uno dei due contraenti, è una questione alla quale gli ordinamenti europei forniscono soluzioni differenti e si tratta di una problematica molto discussa anche dalla nostra dottrina²³³.

²³⁰ Relazione al Codice civile del 1942, n. 616.

²³¹ Sul punto si veda E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1194.

²³² R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 396.

²³³ Per una panoramica sul tema si legga: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 76 ss.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 1 ss.

L'argomentazione su cui maggiormente fa leva chi nega l'ammissibilità dell'arbitraggio di parte consiste nell'affermare che il fatto di affidare tale ruolo ad uno dei due contraenti pregiudicherebbe quella imparzialità che dovrebbe invece caratterizzare la figura dell'arbitratore, «terzo» – e non solo nel senso strettamente letterale dell'art. 1349 cod. civ. – rispetto ai contraenti²³⁴. Così ragionando, l'eventuale clausola con la quale fosse rimesso ad una delle parti il potere di determinare la prestazione oggetto del contratto ai sensi dell'art. 1349 cod. civ. sarebbe dunque da ritenere viziata da radicale nullità. La parte richiesta dell'esecuzione potrebbe semplicemente limitarsi ad eccepire tale nullità, liberandosi così da qualsiasi vincolo obbligatorio, a meno che non avesse precedentemente manifestato il proprio consenso, in forma tacita od espressa, ad impegnarsi ad accettare la determinazione di controparte qualunque ne fosse il contenuto.

Altra parte della dottrina, facendo leva su un'interpretazione letterale, ritiene che non potrebbe essere concepibile un arbitraggio di parte ma non perché vi sia una incompatibilità tra la figura dell'arbitratore e quella del contraente, bensì, piuttosto, perché la *ratio legis* delle disposizioni sull'arbitraggio è quella letterale dell'art. 1349 cod. civ. secondo cui la determinazione successiva deve essere affidata ad un terzo estraneo al rapporto contrattuale e non ad una delle parti²³⁵.

Alcune opinioni contrarie all'ammissibilità dell'arbitraggio di parte si fondano a ben guardare non tanto e non solo su motivazioni di carattere prettamente tecnico-giuridico quanto piuttosto su aspetti più generali facenti leva sulla contrarietà di tale figura al buon costume e che spesso non trovano un simile riscontro negli altri ordinamenti stranieri²³⁶.

Le posizioni favorevoli all'arbitramento di parte ritengono invece che non vi sarebbero serie ragioni contrarie alla sua ammissibilità in quanto l'unico aspetto problematico potrebbe, semmai, esser dato dalla circostanza che la parte cui è rimessa la determinazione potrebbe abusare della propria posizione a scapito dell'altra. Questa difficoltà verrebbe comunque superata tenendo conto della possibilità di applicare in via analogica il sistema di controllo previsto dall'art. 1349 cod. civ. al fine così di tutelare la posizione del contraente che ne possa subire gli effetti pregiudizievoli²³⁷.

²³⁴ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 55.

²³⁵ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 132.

²³⁶ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 158; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 361 s.

²³⁷ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 183 s.

La poca persuasività della tesi negativa risulta, in realtà, già se si consideri il fatto che alcuni ordinamenti giuridici, europei ed extra-europei, hanno espressamente previsto e positivamente disciplinato l'arbitraggio della parte. Pare opportuno, a questo punto, aprire una breve parentesi²³⁸.

b. Una prospettiva comparatistica

Guardando ai codici moderni, il *Code Napoléon* non contiene una previsione espressa circa la possibilità di una successiva determinazione della prestazione da parte di uno dei contraenti. L'art. 1129 del *Code civil* al primo comma si limita ad affermare che l'oggetto dell'obbligazione deve essere «une chose déterminée»; il secondo comma aggiunge che la quantità della cosa determinata solo nel genere, sebbene debba di per sé essere certa, può tuttavia risultare «incertaine» purché, però, determinabile, ad esempio sulla base degli usi o delle circostanze del caso concreto²³⁹.

Un'interpretazione estensiva di tale norma ha portato, innanzitutto, a ritenere che tale 'determinabilità' possa, data l'assenza di un divieto in tal senso, dipendere dalla facoltà di intervento sia di un terzo che dei contraenti stessi. Spingendosi oltre, si è altresì ammessa la possibilità che, successivamente alla conclusione del contratto ed in via unilaterale, si realizzi un completamento del contenuto del contratto stesso²⁴⁰.

Per quanto concerne l'ipotesi in cui oggetto della prestazione sia il pagamento di un certo prezzo, il contratto non si forma se la determinazione della somma sia lasciata arbitrariamente ad una delle parti («mi pagherai ciò che vorrai»). Ma, come vale per l'oggetto, il prezzo può ritenersi sufficientemente determinato se sia determinabile sulla base di criteri oggettivi, indipendentemente dalla volontà delle parti. Addirittura, l'assenza dell'intera stipulazione relativa al prezzo non impedirebbe al contratto di divenire efficace nel caso di vendita di beni mobili, dove questo silenzio sarà interpretato come un riferimento tacito al prezzo comunemente praticato per beni simili, o al prezzo di mercato o, ancora, ai prezzi tariffari²⁴¹.

²³⁸ Per una sintetica panoramica si veda A. BARENGHI, *Note sull'arbitramento della parte*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 71 ss.

²³⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV (*Les obligations*), Paris, 1988, 113 ss.

²⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., 114.

²⁴¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., 114 s.

Sulle orme del codice civile francese il codice civile italiano del 1865, a proposito dei requisiti dell'oggetto del contratto, affermava che il bene che ne costituiva oggetto dovesse essere «determinato almeno nella sua specie» e che la sua quantità ben potesse essere incerta, purché «determinabile»²⁴². Nulla vietava quindi che il potere di determinazione successiva fosse rimesso ad una delle parti, piuttosto che a un terzo. A patto però che la parte avesse fatto riferimento ad elementi, anche esterni al contratto, ma già richiamati da entrambi i contraenti in forma tacita od espressa, di modo che fosse integrato il requisito della 'determinabilità' di cui parlava la legge.

Un esempio di arbitraggio rimesso al terzo o, alternativamente, alla parte, era fornito dall'art. 1718 cod. civ. in ambito di diritto societario. Esso prevedeva infatti che i soci potevano accordarsi nel senso di rimettere al giudizio di uno di loro o di un terzo la determinazione delle porzioni di partecipazione alla società e che tale statuizione sarebbe stata impugnabile solo nel caso in cui fosse risultata manifestamente iniqua.

Quanto all'ordinamento tedesco, esso si distingue dagli ordinamenti menzionati in quanto il § 315 BGB disciplina espressamente l'ipotesi della *Bestimmung der Leistung durch eine Partei*. Di questa previsione si parlerà più approfonditamente nel prossimo capitolo, ma è comunque opportuno farvi breve cenno in tale sede.

La norma citata statuisce infatti che la determinazione della prestazione può essere rimessa ad una delle parti la quale dovrà adottarla, nel dubbio, secondo equo apprezzamento (*billiges Ermessen*) ed essa sarà vincolante solo se corrisponda ad equità²⁴³.

Tenuto conto dei tre differenti livelli in cui può esplicarsi l'esercizio del diritto alla determinazione (equo apprezzamento – *billiges Ermessen*, libero apprezzamento – *freies Ermessens* e mero arbitrio – *freies Belieben*)²⁴⁴, la dottrina tedesca si è chiesta se nel caso dell'arbitraggio della parte possa concepirsi una determinazione resa secondo mero arbitrio da uno dei contraenti, così come è espressamente previsto per l'arbitraggio del terzo.

Alcuni autori sono contrari in quanto ritengono che ciò minerebbe ancor più l'imparzialità che dovrebbe caratterizzare l'apprezzamento dell'arbitratore, il quale procedendo secondo mero arbitrio si gioverebbe di un margine di valutazione eccessivamente

²⁴² V. CATTANEO-C. BORDA, *Il codice civile italiano annotato*, Torino, 1865, 52.

²⁴³ Sull'arbitraggio di parte nel diritto tedesco si veda, in particolare: M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 321 ss.

²⁴⁴ D. MEDICUS-M. STÜRNER, in *BGB Kommentar*, a cura di H. Prütting-G. Wegen-G. Weinreich, Köln, 2011, *sub* § 315, 572.

ampio e pressoché libero da vincoli²⁴⁵. Dall'altro lato è stato osservato che, in realtà, non si vedrebbe ragione di tutta questa circospezione nei confronti dell'ammissibilità di un tale criterio valutativo anche nel caso in cui arbitratore sia uno dei contraenti. Come suggerisce il brocardo «volenti non fit iniuria», se in fase di conclusione del negozio le parti si sono accordate nel senso di concedere all'una o all'altra la facoltà di ridefinire il rapporto contrattuale, ciò significa che entrambe sono consapevoli ed hanno accettato il rischio che tale successiva determinazione potrebbe anche non essere del tutto favorevole ad una delle due. Ciò, ovviamente, sempre nel rispetto dei principi di equità, buona fede, buon costume e ordine pubblico.

Lo stesso dicasi per i codici che da quello germanico hanno preso spunto e quindi, da un lato, quello greco, entrato in vigore nel 1946 e, dall'altro, quello portoghese del 1967.

L'art. 372 del codice greco dispone la nullità del contratto che rimetta la determinazione al «libero giudizio» della parte, per tale dovendosi intendere un giudizio arbitrario.

L'art. 400 del codice portoghese stabilisce che la determinazione della prestazione che formi oggetto dell'obbligazione può essere deferita ad una delle parti e dev'essere effettuata secondo equità se non siano stati precisati altri criteri di valutazione.

In chiusura si ricordi che vi sono ordinamenti, come quello italiano, i quali non disciplinano espressamente l'arbitraggio di parte e la cui ammissibilità si risolve quindi in una questione sostanzialmente interpretativa e di opportunità. Fra gli altri, anche il codice svizzero delle obbligazioni non fa alcun cenno alla possibilità di un arbitraggio di parte nè del terzo e all'art. 212, in tema di vendita di cose mobili, afferma che laddove il prezzo non sia stato indicato in quanto si sia acquistato a prezzo fisso, si deve far riferimento al prezzo medio del mercato al momento e nel luogo dell'adempimento.

c. La realtà italiana

In Italia tradizionalmente veniva negata la validità delle clausole che riservassero una determinazione successiva di elementi del regolamento contrattuale ad una ovvero ad entrambe le parti e questo perché tali clausole erano ritenute, a seconda dei casi, contrarie

²⁴⁵ A. STADLER, in Jauernig, *BGB Kommentar*, sub § 315, München, 2011, 425 s.

al buon costume ovvero in contrasto con la serietà che deve connotare il vincolo contrattuale²⁴⁶.

Infatti ricorre, fra i sostenitori della tesi negativa, la motivazione secondo cui opinare diversamente significherebbe ammettere che l'accordo fra i contraenti non sarebbe stato raggiunto completamente, in quanto ancora soggetto alla incontrollata volontà di una parte.

Un ulteriore impedimento all'ammissibilità dell'arbitraggio della parte si fonderebbe sulla circostanza che in esso verrebbe ravvisata, in realtà, una condizione meramente potestativa, vietata come tale dal nostro ordinamento ai sensi dell'art. 1355 cod. civ.²⁴⁷. Applicando per analogia anche all'arbitraggio di parte la disposizione dell'art. 1349 cod. civ. secondo comma discende che, laddove la parte che dovrebbe assumere la determinazione secondo mero arbitrio non lo faccia, il contratto resterà privo di effetti. Il deferimento ad uno dei due contraenti del potere di determinare l'oggetto del contratto – determinazione in assenza della quale il contratto sarebbe nullo – avrebbe perciò l'effetto di sottoporre l'intero negozio ad una vera e propria condizione meramente potestativa in quanto il suo avveramento dipenderebbe esclusivamente dalla volontà di uno dei due contraenti. Infatti, nell'ampia discrezionalità dell'arbitratore rientrerebbe non soltanto una specificazione qualitativa dell'oggetto del contratto, quanto l'in sé stesso – quindi l'*an* – della determinazione²⁴⁸.

Un'altra posizione contraria all'ammissibilità dell'arbitraggio di parte afferma che il contratto con il quale la determinazione dell'oggetto sia rimessa all'arbitrio mero di un contraente sarebbe carente di causa. Prendendo ad esempio la compravendita, se la fissazione del prezzo fosse rimessa alla decisione del compratore, questo potrebbe fissarlo in una misura talmente irrisoria che l'operazione economico-giuridica verrebbe ad assumere le sembianze di un atto di liberalità piuttosto che di una compravendita²⁴⁹.

Per contro, nel tentare di giustificare l'ammissibilità dell'arbitraggio di parte secondo mero arbitrio nel nostro ordinamento, v'è chi si richiama proprio alla menzionata esperienza tedesca²⁵⁰.

²⁴⁶ Per un *excursus* sul punto si legga A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, cit., 363 ss.

²⁴⁷ Circa la sostenibilità di questa tesi si veda L. BARASSI, *La teoria generale*, cit., 172 s., nonché G. GABRIELLI, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 699 s. In questo senso anche Trib. Roma, 28 maggio 2002, inedita e citata da A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 148, nt. 38.

²⁴⁸ M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte*, cit., 346.

²⁴⁹ G. GABRIELLI, *Le clausole di deferimento*, cit., 700.

²⁵⁰ Si veda M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte*, cit., 346 s.

Da un lato si fa leva sulla disciplina prevista dal nostro legislatore per l'arbitraggio secondo mero arbitrio del terzo, la cui determinazione sarà impugnabile solo in caso di mala fede. Tenendo conto di ciò, i sostenitori di questa posizione giungono alla conclusione che ben si potrebbe ritenere ammissibile anche nel nostro ordinamento l'arbitraggio di parte secondo mero arbitrio immaginando di applicarvi in via analogica i limiti e la disciplina già prevista per l'arbitraggio del terzo.

Dall'altro lato viene dato rilievo ad un elemento che distinguerebbe l'arbitraggio di parte rispetto alla condizione meramente potestativa, cioè la 'doverosità' della determinazione del primo. Essa, infatti, appartarrebbe alla categoria dei cosiddetti doveri di protezione che, anche se non azionabili in via autonoma, costituiscono dei parametri cui i contraenti devono attenersi in virtù del principio di buona fede oggettiva e la loro violazione può dar diritto al risarcimento danni²⁵¹.

Viene così sottolineata la distinzione che esiste fra l'istituto dell'arbitraggio di parte secondo mero arbitrio e l'ipotesi della condizione meramente potestativa. Quest'ultima è vietata in quanto configura una rimessione del vincolo contrattuale al capriccio di un contraente, mentre la determinazione secondo libero arbitrio sarebbe valida in quanto sono già previsti dei correttivi a difesa della controparte nei confronti dell'arbitratore.

Da ultimo si è detto che l'arbitraggio di parte non può essere assimilato alla condizione meramente potestativa in quanto la disciplina della determinazione del terzo – che potrebbe venire analogicamente applicata a quella di parte – non consente che la stessa sia assunta secondo il suo capriccio nemmeno nel caso in cui egli proceda secondo mero arbitrio: anche se emessa con dolo potrà infatti sempre venire impugnata²⁵².

Recentemente le opinioni contrarie all'ammissibilità dell'arbitraggio di parte nel nostro ordinamento hanno subito notevoli critiche e si va affermando un'impostazione più

²⁵¹ Per un'introduzione ai doveri di protezione si veda H. STOLL, *Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 136, 1932, 285 ss., al quale va il merito di una prima elaborazione dei cosiddetti 'Schutzpflichten'. In Germania essi sono stati recentemente codificati nel § 241 n. 2 BGB nell'ambito della *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002. I doveri di protezione sono stati introdotti in Italia con le riflessioni di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 e di L. MENGONI, "Obbligazioni di risultato" e "obbligazioni di mezzi", in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss. e 366 ss. Più di recente, per tutti, si leggano: C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XXIV, 1 ss.; F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 221 ss.; G. MATTEO, *La tutela degli obblighi di protezione*, in *I Contratti*, 1997, 490 ss.; nonché G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 86 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 1 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, I, *La struttura e l'adempimento*, III, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2010, 3 ss.

²⁵² G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 82.

possibilista anche sulla scorta dell'ampio spettro delle diverse forme in cui tale tipologia può manifestarsi. Dottrina e giurisprudenza tendono in particolare a distinguere l'ipotesi in cui l'incarico affidato alla parte sia vincolato a precisi parametri cui deve adeguarsi la sua determinazione – e in questo caso si ritiene di massima che non vi siano impedimenti particolari a ritenere valido il contratto principale²⁵³ – ovvero sia rimesso al mero arbitrio del contraente²⁵⁴ –, possibilità, questa, più discussa²⁵⁵.

In dottrina può infatti ritenersi ormai sostenuta in via maggioritaria l'opinione secondo cui è valido l'affidamento ad una delle parti della determinazione di elementi facenti parte del contenuto del contratto²⁵⁶. In particolare ricorre di frequente l'affermazione secondo la quale non vi sarebbero motivi per un'esclusione dell'*arbitrium* di parte, in particolare se fatto *boni viri*²⁵⁷ poichè, dal punto di vista della disciplina, può essere assimilato all'arbitraggio del terzo ai sensi dell'art. 1349 cod. civ.²⁵⁸.

Chi si schiera a favore dell'ammissibilità dell'arbitramento di parte ha inoltre osservato che l'assenza nel nostro ordinamento di una disposizione *ad hoc* che lo disciplina non sarebbe indice della volontà del legislatore di escluderlo. Tale scelta si giustificerebbe con la considerazione che sarebbe lo stesso principio di autonomia contrattuale a renderlo superfluo, in quanto esso contiene già in sé la possibilità che le parti si accordino nel senso di rimettere ad una di loro la successiva determinazione o precisazione di elementi contrattuali.

La stessa giurisprudenza – peraltro non particolarmente nutrita in materia – risente delle incertezze che hanno caratterizzato l'ammissibilità di tale figura e fornisce risposte

²⁵³ Così Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 808, secondo la quale ha oggetto determinabile la compravendita immobiliare in cui nel contratto si rimetta ad un terzo o ad una delle parti il potere di definire forma e collocazione del terreno compravenduto; nonché già Corte d'Appello di Napoli, 14 luglio 1951, in *Foro it.*, 1952, I, 1256 ss., secondo la quale la determinazione dell'oggetto del contratto rimessa ad una delle parti sarà da ritenersi valida se fatta secondo *arbitrium boni viri*, mentre viceversa se vi fosse rimessione al mero arbitrio il rapporto sarebbe carente di quel contenuto minimo che lo renda idoneo a produrre effetti obbligatori fra le parti.

²⁵⁴ Negativamente si sono espresse: Cass., 20 maggio 1997, n. 4504, in *Foro it.*, 1997, I, 2940, con nota di G. Lener; Trib. Venezia, 21 luglio 1992, in *Giur. it.*, I, 2, 1993, 690; Trib. Roma, 28 maggio 2002, cit., la quale classifica la determinazione unilaterale di parte quale condizione meramente potestativa che rende perciò nullo il negozio che la prevede.

²⁵⁵ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 184 s.

²⁵⁶ Fra gli altri si vedano: E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, 135; ID., *Il contenuto e l'oggetto*, cit., 760 ss.; ID., *Le clausole di deferimento*, cit., 701; G. ALPA-R. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, cit., 376; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2002, 420 s.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 233 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 519; R. SACCO, voce *Determinatezza dell'oggetto*, cit., 537.

²⁵⁷ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 128.

²⁵⁸ G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 275.

molto caute. Infatti mentre da un lato è stato osservato che ammettere l'arbitraggio di parte creerebbe il pericolo di un'ingiustificata soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dall'altro tale facoltà sembrerebbe esplicitamente riconosciuta dall'art. 1285 cod. civ.²⁵⁹.

Parte della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, si è schierata tendenzialmente a favore dell'esclusione dell'arbitraggio di parte²⁶⁰.

Altre pronunce invece, soprattutto recenti, hanno dimostrato una maggiore apertura nei confronti dell'ammissibilità di tale figura anche se, più che altro, con esclusivo riferimento ad alcuni tipi contrattuali e ad alcuni settori nei quali il ricorso all'arbitramento di parte è giustificato da ragioni particolari²⁶¹.

Inoltre, sulla scia della dottrina, è stato affermato che, in assenza di disposizioni legislative che lo vietino e purché ciò risulti da una volontà espressa delle parti in tal senso, non si vedrebbe perché negare l'ammissibilità dell'arbitramento della parte quando questo debba svolgersi secondo equo apprezzamento ovvero entro limiti ben determinati²⁶².

Tale tendenza di progressivo favore nei confronti delle determinazioni unilaterali di ciascun contraente si manifesta in modo chiaro anche laddove si tenga conto dell'aumento, nel nostro ordinamento, di previsioni legislative e contrattuali in cui ad una delle due parti viene rimessa la facoltà di determinare unilateralmente un elemento negoziale. Negli ultimi anni vi è stata infatti una decisa apertura nei confronti dello *ius variandi*, in particolare facendo leva su alcune disposizioni del codice che consentono la rimessione ad una delle parti della determinazione di un elemento del regolamento negoziale²⁶³. Fra queste si ri-

²⁵⁹ Così Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, cit.

²⁶⁰ Recentemente si legga Cass., 19 marzo 2007, n. 6519, in *Foro it.*, 2007, I, 1699, secondo cui «Il convincimento così espresso nella sentenza impugnata costituisce puntuale applicazione del principio, fermo nella giurisprudenza di questa Suprema Corte, secondo il quale la determinabilità dell'oggetto del contratto in tanto sussiste in quanto detto oggetto possa essere in concreto definito con riferimento ad elementi provvisti di una preordinata rilevanza oggettiva e prestabiliti dalle parti, che si siano accordate circa la futura determinazione di esso e circa i criteri o le modalità da osservarsi a questo fine, così che dallo stesso contratto siano desumibili, sia pure per implicito, gli elementi idonei alla identificazione dell'oggetto stesso, onde non è sufficiente il riferimento ad elementi concernenti la fase di esecuzione del rapporto, come il comportamento successivo delle parti (v. sul punto Cass., 1987 n. 2007; 1983 n. 5241; 1979 n. 534; 1976 n. 743)»; in senso negativo già Pret. Genova, 27 settembre 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 146; Cass., 24 novembre 1977, n. 5113, in *Giust. civ.*, 1978, I, 471; Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Giur. it.*, 1976, I, 1489, con nota di G. ALPA, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*.

²⁶¹ Così, a titolo esemplificativo, Cass., 10 maggio 1997, n. 4088, in *Foro it.*, 1998, I, 2255 ss., si è occupata di un caso in cui una clausola prevedeva l'arbitramento di parte di un consiglio di amministrazione, ritenuta valida in quanto la determinazione, rimessa all'organo collegiale della società, era assoggettata al controllo dell'assemblea dei soci.

²⁶² Pioniera, in questo senso, Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 338, con nota di A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi*. Nello stesso senso anche R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 362 s.

²⁶³ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 340.

corda l'art. 1286 cod. civ. che attribuisce al debitore il potere, nelle obbligazioni alternative, di scegliere la prestazione da eseguire, nonché l'art. 1556 cod. civ. il quale prevede che nel contratto estimatorio l'*accipiens* stabilisca la quantità di cose da restituire e di cui pagare il prezzo.

Capitolo secondo

L'arbitraggio nel sistema tedesco fra *Unbilligkeit* e *Unrichtigkeit*

1. La disciplina del BGB sull'arbitraggio

Il legislatore tedesco ha destinato alcuni paragrafi del codice civile alla regolamentazione delle due distinte ipotesi di *Bestimmung der Leistung durch eine Partei* (disciplinata dal § 315 BGB) e *durch einen Dritten* (disciplinata dai §§ 317-319 BGB), cioè una determinazione della prestazione dedotta in contratto che sia effettuata, rispettivamente, da una delle parti contrattuali (eventualità che non è positivamente prevista nel nostro ordinamento) ovvero da un terzo arbitratore da queste nominato²⁶⁴.

In generale si osservi che nei §§ 315 ss. BGB, laddove si parla di *Leistung*, è opportuno intendere tale espressione non solo come prestazione vista nella sua interezza ma anche nei singoli aspetti che la caratterizzano, quali ad esempio luogo o tempo dell'adempimento.

I menzionati paragrafi si collocano nella sezione terza del libro secondo relativo al diritto delle obbligazioni ed in particolare nel titolo primo, concernente la formazione, il contenuto e la cessazione dei rapporti obbligatori nascenti da contratto. Le due diverse figure di arbitraggio ivi contemplate si distinguono non solo per il soggetto chiamato ad effettuare la determinazione, ma anche per i criteri con cui essa deve essere adottata, nonché per la molteplicità di effetti che possono prodursi.

Appare quindi opportuno un breve riepilogo della disciplina codicistica vigente in Germania con riguardo all'istituto dell'arbitraggio.

Nel caso in cui la determinazione della prestazione venga rimessa ad una delle parti contrattuali il § 315 BGB dispone che, nel dubbio, debba essere adottata secondo equo apprezzamento: sarà quindi tale vincolante per controparte solo se conforme ad equità. Di-

²⁶⁴ Per le traduzioni dal tedesco delle disposizioni codicistiche si è fatto riferimento a S. PATTI, *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch*, traduzione e presentazione a cura di S. Patti, Milano, 2005.

versamente, nel caso in cui essa sia iniqua o tardiva, spetterà al giudice adottarne una appropriata con sentenza²⁶⁵.

Quando invece le parti abbiano deciso di rimettere la determinazione della prestazione ad uno o più terzi troverà applicazione il § 317 BGB: in questa eventualità – come nel diritto italiano – la norma prevede che, nel dubbio, l'arbitratore debba procedere secondo il criterio dell'equo apprezzamento²⁶⁶.

Mentre il § 318 BGB si occupa dell'impugnabilità della determinazione per errore, minaccia o inganno che abbiano viziato la volontà dell'arbitratore, il § 319 BGB concerne i casi di inefficacia della statuizione stessa.

In particolare, quando la determinazione deve essere adottata secondo equo apprezzamento vale la stessa regola sancita dal § 315 BGB: se la statuizione si riveli iniqua sarà colpita da inefficacia e spetterà al giudice provvedere, con sentenza, ad una determinazione corretta ed equa. La stessa regola si applica se il terzo non effettui la determinazione ovvero se lo faccia tardivamente.

Se invece le parti hanno concordato che il criterio sulla base del quale l'arbitratore debba procedere sia quello del mero (e libero) arbitrio, quando egli non sia in grado, non voglia o ritardi nell'adempire il suo incarico, a risultare inefficace sarà lo stesso contratto stipulato dai contraenti²⁶⁷.

La determinazione della prestazione è considerata un atto recettizio che dev'essere adottato dal soggetto a ciò legittimato dai contraenti; ha natura costitutiva e vincola le parti senza possibilità per queste ultime di modificarla. All'atto di arbitraggio del terzo sono tuttavia applicabili i generali motivi di nullità e annullamento delle manifestazioni di volontà

²⁶⁵ Così recita il § 315 BGB rubricato „Bestimmung der Leistung durch eine Partei“: « (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für die anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird».

²⁶⁶ § 317 rubricato „Bestimmung der Leistung durch einen Dritten“: « (1) Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend».

²⁶⁷ § 319 BGB rubricato „Unwirksamkeit der Bestimmung; Ersetzung“: « (1) Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließende nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. (2) Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert».

negoziale e nell'eventualità in cui esso debba essere adottato in via sostitutiva dal giudice con sentenza, avrà parimenti natura costitutiva²⁶⁸.

È stato affermato che i §§ 317 ss. BGB costituirebbero una sorta di eccezione al principio fondamentale del diritto delle obbligazioni secondo il quale, affinché un contratto sia valido ed efficace, è necessario che siano stati determinati i cd. *essentialia negotii* e che i contraenti si siano accordati, perlomeno, sul contenuto di prestazione e controprestazione. Tale considerazione – che darebbe inizio all'ampia discussione sulla (in)completezza del contratto di arbitraggio – coglie nel segno ed invero le disposizioni in parola, così come già il § 315 BGB, considerano validamente concluso un contratto pur in assenza di una controprestazione esattamente specificata e la cui determinazione venga rimessa ad un terzo²⁶⁹.

A tal proposito si osservi che il § 154 primo comma BGB²⁷⁰, senza distinguere tra elementi essenziali e secondari, stabilisce che finché le parti non si siano accordate su tutti i punti del contratto sui quali – stando alla dichiarazione anche di una sola delle due – fosse necessario trovare un'intesa, il contratto stesso si ha per non concluso (in virtù del cosiddetto 'dissenso')²⁷¹. *A contrario* si evince quindi che l'elemento scriminante per valutare l'effettiva completezza del contenuto contrattuale ha una natura ben tangibile: corrisponderà cioè alla volontà ed alle intenzioni delle parti così come da queste manifestate. Perciò, se i contraenti hanno consapevolmente lasciato indeterminato un aspetto negoziale e tuttavia considerano il contratto come concluso, non può essere messo in discussione l'avvenuto perfezionamento dello stesso.

Determinatezza delle prestazioni non significa infatti necessariamente che esse debbano essere individuate in ogni minimo dettaglio fin dal momento della conclusione del contratto²⁷². Come si è già avuto modo di vedere vi sono ipotesi, quale ad esempio la com-

²⁶⁸ H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 25; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, sub §§ 315-319, München, 2007, 1857; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, sub §§ 315-319, München, 2007, 1549; J. HAGER, in W. Erman, sub §§ 315-319, *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, Köln, 2008, 1491; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, sub §§315-319, München, 2010, 528.

²⁶⁹ J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten*, München, 2005, 33.

²⁷⁰ Il quale così dispone: «Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeignet haben, über die nach Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist dann auch nicht bindend wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat».

²⁷¹ Si veda H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 22; H. KÖTZ-S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, 93.

²⁷² Nel primo progetto del BGB, risalente al 1888, al § 352 si diceva che era sufficiente «se le prestazioni non sono determinate in modo immediato nel contratto, che siano determinabili in modo mediato o secondo il contenuto contrattuale».

pravendita stipulata secondo i prezzi del luogo o i prezzi di mercato, in cui l'esatta entità delle prestazioni può essere determinata solo con riferimento a circostanze oggettive che saranno note con esattezza in un momento successivo.

A fianco delle regole generali sul diritto alla determinazione della prestazione di cui ai §§ 315 ss. BGB e su cui più diffusamente ci si soffermerà in seguito, anche il codice civile tedesco, come il nostro, contiene alcune disposizioni che disciplinano ipotesi speciali di arbitraggio.

Fra queste ricordiamo, in materia successoria, i §§ 2048, 2151, 2153 ss., 2193 BGB. È stato sottolineato che la formulazione 'chiusa' di tali norme evidenzerebbe la loro specialità ed inidoneità ad un'applicazione estensiva ad altre fattispecie di arbitraggio²⁷³. Il § 2048 BGB ad esempio, prevede che il testatore tramite una disposizione di ultima volontà possa ottenere la regolamentazione di una certa questione grazie all'equo apprezzamento di un terzo²⁷⁴. Se la determinazione di quest'ultimo risulti palesemente iniqua, essa non sarà vincolante per gli eredi e verrà sostituita da un'altra, adottata dal giudice con sentenza. Tale norma si rifà evidentemente a quella dei §§ 317 ss. BGB, la cui disciplina troverà applicazione in via residuale in quei particolari frangenti per i quali il § 2048 BGB nulla disponga.

Vi sono poi altri ambiti in cui trovano applicazione estensiva le clausole di arbitraggio e si tratta, fra gli altri, del diritto delle assicurazioni, di quello edilizio, societario, locatizio, lavorista, nonché dei casi in cui si debba provvedere alla stima di beni economici²⁷⁵.

La flessibilità applicativa delle clausole di arbitraggio a varie branche del diritto rispecchia la molteplicità delle loro possibili funzioni. Tuttavia, a ben vedere, spesso si tratta di fattispecie semplicemente affini all'arbitraggio, che si trovano più che altro in una zona di confine, così come emergerà dalla panoramica che verrà ora brevemente tracciata.

Nell'ambito del diritto delle assicurazioni l'arbitraggio ha ricevuto una regolamentazione specifica. Infatti ai sensi dell'attuale § 84 della nuova Legge sui contratti di assicu-

²⁷³ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 1 ss.

²⁷⁴ Così dispone il § 2048 BGB: «Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Er kann insbesondere anordnen, dass die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil».

²⁷⁵ Più approfonditamente A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 6 ss.

razione (*Versicherungsvertragsgesetz* – VVG) – corrispondente al § 64 *ante* riforma – entrata in vigore nel 2008 – i singoli presupposti della pretesa vantata da un'assicurazione ovvero l'ammontare dei danni possono essere accertati da un perito; laddove la sua statuizione diverga dalla realtà, non venga assunta o sia tardiva, verrà sostituita da una decisione del giudice. Similmente il § 184 VVG prevedeva, prima di essere riformato (ora è divenuto il § 189 e si richiama espressamente al § 84), che in caso di assicurazioni contro gli infortuni il grado di perdita della capacità lavorativa causata dall'incidente potesse essere determinata da un perito.

Le condizioni generali delle più svariate tipologie di contratti assicurativi contengono spesso anche disposizioni che prevedono un procedimento di arbitraggio nell'ambito del quale possano per l'appunto essere determinate, accertate o chiarite questioni quali quelle menzionate o ad esse similari²⁷⁶. Da quanto detto emerge tra l'altro che, con riguardo alle determinazioni da effettuarsi nell'ambito di procedimenti periziali e nelle quali si discute, ad esempio, dell'ammontare del danno prodottosi, il confine tra arbitraggio in senso proprio e perizia contrattuale sia evidentemente molto labile.

Passando al campo del diritto del lavoro, anche qui vengono spesso individuati dei contratti di arbitraggio, nonostante in passato la loro configurabilità giuridica sia stata contestata²⁷⁷.

Mentre la Legge sulla giurisdizione in materia di lavoro (*Arbeitsgerichtsgesetz*) del 1926 ai §§ 106 e 107 conteneva una vera e propria regolamentazione dell'arbitraggio, la successiva normativa del 1953 non la contemplava più espressamente. Nella nuova disciplina entrata in vigore nel 1979 assumono specifica rilevanza, a tal proposito, i §§ 101-110. La determinazione della prestazione da parte di un terzo assume rilevanza con riferimento, piuttosto che all'arbitraggio propriamente inteso, alla conciliazione (*die Schlichtung*): quello lavoristico è infatti uno di quei settori in cui le procedure conciliative assolvono da tempo un'importanza decisiva. Il componimento di un eventuale conflitto di interessi tra le parti può infatti avvenire, prima di giungere alla classica dinamica processuale volta alla risoluzione giudiziale della controversia, per il tramite di un compromesso negoziale. Benché si tratti in questo caso di una fattispecie diversa dall'arbitraggio, alcuni autori hanno ritenuto che le due figure potrebbero essere avvicinate in quanto il conciliatore, pur svol-

²⁷⁶ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 6.

²⁷⁷ A tal proposito A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 7, nt. 18.

gendo il ruolo del terzo che interviene in una controversia, prima propone e poi stabilisce quali debbano essere gli obblighi che le parti dovranno assumersi reciprocamente. Una funzione, quindi, simile a quella di integrazione negoziale dell'accordo tra le parti²⁷⁸.

Nel diritto del lavoro si ritiene svolgano una funzione parificabile a quella dell'arbitratore le commissioni paritetiche, composte da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori che, in sede di contrattazione collettiva, possono decidere, ad esempio, sugli aspetti retributivi del trattamento economico spettante ai dipendenti. Le decisioni assunte da tali organismi sono ritenute veri e propri arbitraggi. In ambito giuslavorista trova inoltre spesso applicazione estensiva anche il § 315 BGB²⁷⁹. Ciò avviene, ad esempio, quando le parti di un contratto di lavoro si accordino nel senso che l'ammontare dello stipendio, singole componenti dello stesso o le relative modificazioni siano rimesse alla determinazione unilaterale del datore di lavoro, rappresentato dalla rispettiva associazione²⁸⁰. In tal caso, infatti, trattasi di determinazione unilaterale di una parte contrattuale, non di un terzo.

Anche nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto beni economici è possibile rinvenire esempi di arbitraggio. Innanzitutto il cosiddetto arbitraggio di qualità, laddove uno o più periti siano incaricati di precisare, con determinazione avente effetto vincolante per le parti, se la qualità della merce consegnata sia conforme a quanto stabilito nel contratto e, nel caso in cui sia invece accertata una difformità qualitativa, dovranno stabilire anche la relativa diminuzione di valore. Questo tipo di arbitraggio è ormai previsto pressoché regolarmente nelle condizioni generali dei contratti aventi ad oggetto i rapporti economici di alcune associazioni commerciali²⁸¹.

All'arbitratore può poi essere affidato il compito di stimare il valore di alcuni beni economici, ad esempio: la necessaria determinazione del valore di un immobile al fine di procedere ad una divisione ereditaria; oppure, nei rapporti di affitto di lunga durata, l'adeguamento o la rideterminazione della prestazione in denaro in presenza di un mutamento di particolare rilievo nei rapporti economici; ovvero, ancora, la risoluzione di questioni pregiudiziali concernenti l'individuazione del nesso causale fra un determinato even-

²⁷⁸ Di questa opinione: J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung*, cit., 77 ss.

²⁷⁹ Sulla diffusione dell'arbitraggio unilaterale nel diritto del lavoro T. JESGARZEWSKI, *Die Grenzen formularmäßiger Vereinbarung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte*, Baden-Baden, 2006, 21 s.

²⁸⁰ Per approfondimenti: P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1842 ss.; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1485 s.

²⁸¹ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 7 ss.

to ed un certo danno; infine, il completamento del contenuto di un contratto, ad esempio di compravendita o di società, di cui debba essere determinato rispettivamente l'oggetto o il valore delle quote sociali²⁸².

La dottrina tedesca parlando delle ipotesi speciali di arbitraggio ricorda la circostanza espressamente prevista in materia societario dal § 76 BetrVG (Legge sulla costituzione d'azienda) che gli uffici di conciliazione debbano emettere le loro decisioni secondo equo apprezzamento: il mancato rispetto di tale parametro potrà esser impugnato dal consiglio aziendale o dal datore di lavoro davanti al Giudice del lavoro²⁸³.

2. Il riconoscimento giurisprudenziale dell'arbitraggio in Germania

In Germania l'individuazione della molteplicità di funzioni che può assolvere l'istituto dell'arbitraggio viene fatta risalire ad una pronuncia della seconda sezione civile del *Reichsgericht* del 23 maggio 1919²⁸⁴. Si è trattato di una decisione di notevole rilievo in quanto ha consentito di delineare con più chiarezza la figura dell'arbitraggio in tutte le sue possibili manifestazioni, nonché la relativa disciplina applicabile. Nel caso di specie la Corte fu chiamata a giudicare di un accordo fra le parti il quale stabiliva che un esperto imparziale avrebbe dovuto esaminare i libri contabili del convenuto e stabilire in modo vincolante, sulla scorta dei rapporti intercorsi tra le parti, a quale delle due spettasse un eventuale saldo. L'accordo in parola è stato qualificato dalla Corte quale contratto di arbitraggio.

In questa occasione i giudici distinsero tre diverse tipologie di *Schiedsgutachtenvertragen* (letteralmente 'contratti di arbitraggio') terminologia sconosciuta al Codice civile tedesco e coniata per l'appunto dalla giurisprudenza riferendola specificatamente ai §§ 317

²⁸² W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Berlin-Frankfurt, 1956, 789; A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 8 s.

²⁸³ Così recita il quinto comma del § 76 BetrVG: «In den Fällen, in denen der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, wird die Einigungsstelle auf Antrag einer Seite tätig. Benennt eine Seite keine Mitglieder oder bleiben die von einer Seite genannten Mitglieder trotz rechtzeitiger Einladung der Sitzung fern, so entscheiden der Vorsitzende und die erschienenen Mitglieder nach Maßgabe des Absatzes 3 allein. Die Einigungsstelle fasst ihre Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen. Die Überschreitung der Grenzen des Ermessens kann durch den Arbeitgeber oder den Betriebsrat nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Zuleitung des Beschlusses an gerechnet, beim Arbeitsgericht geltend gemacht werden». Si veda anche P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1854 s.

²⁸⁴ RG, 23 maggio 1919, in *RGZ*, 96, 57 ss.

ss. BGB²⁸⁵. Nel caso specifico in cui le parti assegnino ad un terzo il compito di completare successivamente le loro volontà contrattuali già manifestate in sede di negoziazione, il *Reichsgericht* ha ritenuto applicabili le disposizioni di cui ai §§ 317 ss. BGB. Si tratta di una modalità di completamento contrattuale diversa e ulteriore rispetto a quella del § 315 BGB, dove invece la determinazione è rimessa ad uno dei contraenti.

Il contenuto del contratto di arbitraggio tuttavia, ha osservato la Corte, non si esaurirebbe solo nella *Bestimmung der Leistung* in sé e per sé considerata, cioè quale individuazione di un elemento contrattuale ancora indeterminato che completi la fattispecie negoziale. Il compito del terzo potrebbe infatti consistere anche nella semplice evidenziazione e specificazione di un elemento della prestazione che già esiste ma non sia riconoscibile a chi non possenga una particolare esperienza e competenza (come potrebbero essere le parti contrattuali). Ovvero, ancora, il terzo potrebbe essere chiamato ad intervenire in una fase negoziale intermedia per chiarire il contenuto di determinati documenti che costituiscono elementi utili e necessari per una successiva determinazione della prestazione oggetto del contratto.

Il *Reichsgericht*, quindi, si è dimostrato favorevole ad applicare i §§ 317 ss. BGB altresì ad attività dell'arbitratore che non siano di mero completamento contrattuale, individuando così diverse tipologie di arbitraggio e distinguendo i casi in cui esso abbia funzione di *ergänzen, klarstellen o feststellen* aspetti ed elementi connessi all'oggetto del contratto²⁸⁶.

Si ha già avuto occasione di accennare ad una delle possibili funzioni che l'arbitraggio può svolgere: si tratta della cosiddetta *rechtsgestaltende Vertragsergänzung*. Il compito del terzo in tal caso consiste nel completamento della volontà dei contraenti per mezzo di una determinazione della prestazione oggetto del contratto. Tale statuizione potrà consistere, ad esempio, nell'individuazione del prezzo, del tempo dell'adempimento o della durata del contratto. Si parla in tutti questi casi di *vertragsergänzende Schiedsgutachten*, cioè di 'arbitraggi di completamento contrattuale'²⁸⁷.

Un secondo tipo di incarico di cui può essere investito il terzo arbitratore è quello della *Klarstellung des Vertragsinhalts*, cioè del 'chiarimento del contenuto contrattuale':

²⁸⁵ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 10 s.; H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 28 ss.

²⁸⁶ H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 27 ss.

²⁸⁷ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1856 ss.

quest'ultimo è già predefinito, ma può accadere che si renda indispensabile una precisazione delle prestazioni che ne siano oggetto. Ciò si verifica quando il contenuto del contratto non sia accessibile e comprensibile a chi non posseda la necessaria competenza in materia e si renda necessario l'intervento di chi sia dotato di siffatte conoscenze. È il caso, ad esempio, in cui dev'essere accertato il valore di un immobile²⁸⁸, l'adeguatezza del prezzo in un contratto di compravendita ovvero del canone di locazione in un determinato luogo²⁸⁹, la determinazione di quote sociali²⁹⁰ o, ancora, l'adeguamento del valore di un certo bene in ragione di mutate condizioni di fatto (in particolare nei rapporti di durata)²⁹¹. In tutte queste ipotesi si parla di *klarstellende Schiedsgutachten* cioè, appunto, 'arbitraggi di precisazione'²⁹².

Il *Reichsgericht* ha infine individuato una terza tipologia di contratti di arbitraggio, i cosiddetti *feststellende Schiedsgutachten*, 'arbitraggi di accertamento', facendovi rientrare due diverse ipotesi le quali, pur presentando alcune affinità, devono essere comunque tenute distinte.

Da un lato vi sono infatti i *Tatbestandselemente feststellende Schiedsgutachten*, in cui il compito del terzo è quello di individuare una certa documentazione ovvero precisare elementi di fatto che possano essere determinanti per l'indicazione di alcune caratteristiche della prestazione. Dall'altro lato vi sono i *rechtserklärende Schiedsgutachten*, nei quali l'accertamento rimesso al terzo ha ad oggetto aspetti giuridici – sia in senso stretto sia in senso lato – del rapporto contrattuale. È il caso, ad esempio, dell'individuazione di una ragione di recesso dal contratto, della valutazione giuridica di questioni pregiudiziali o della sussunzione di elementi di fatto nella relativa fattispecie astratta²⁹³. Si tratta quindi di un accertamento degli elementi su cui si fonda il rapporto giuridico e dai quali si evincono in via mediata le effettive reciproche pretese delle parti.

Nei decenni successivi alla pronuncia del *Reichsgericht* sebbene parte della dottrina tedesca abbia criticato l'esposta classificazione²⁹⁴, l'opinione maggioritaria si è invece orientata nel senso di appoggiare tale impostazione dogmatica²⁹⁵.

²⁸⁸ BGH, 6 dicembre 1974, in *WM*, 1975, 256.

²⁸⁹ Rispettivamente, BGH, 21 maggio 1975 e BGH, 4 giugno 1975, entrambe in *NJW*, 1975, 1556 ss.

²⁹⁰ BGH, 16 novembre 1987, in *NJW-RR*, 1988, 506 s.

²⁹¹ BGH, 19 gennaio 2001, in *NJW*, 2001, 1930 s.; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1852.

²⁹² P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1856 s.

²⁹³ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1856 s.

²⁹⁴ Si veda, fra tutti, W.-J. HABSCHEID, *Das Schiedsgutachten*, cit., 791 ss.

Tra le prime pronunce giurisprudenziali a favore dell'illustrata triplice suddivisione degna di nota è la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 25 giugno 1952²⁹⁶. In quell'occasione i giudici hanno ritenuto che i §§ 317 ss. BGB potessero essere applicati anche a fattispecie diverse da quella del mero completamento della volontà dei contraenti, riconducibili piuttosto a situazioni rientranti nella seconda e terza tipologie appena esaminate.

In dottrina spicca in particolare la posizione assunta da Habscheid il quale, nella seconda metà del secolo scorso, si occupò approfonditamente di queste tematiche. Accolte con un iniziale esteso consenso ma oggi sostenute soltanto in misura minoritaria, le sue tesi hanno tuttavia fornito spunti di rilievo per un costruttivo approfondimento della materia²⁹⁷.

Habscheid ritenne in particolare che le ipotesi in cui l'arbitratore ponesse in essere un'attività di precisazione giuridica (*klarstellende Schiedsgutachten*) ovvero di accertamento (*feststellende Schiedsgutachten*) non potessero essere ricondotte nell'alveo applicativo dei §§ 317 ss. BGB. Egli mette in discussione l'applicazione di tale diritto materiale sulla base della considerazione che quelle attività spiegherebbero la loro efficacia in ambito prettamente processuale e sarebbe loro applicabile, piuttosto, la disciplina del codice di procedura civile concernente il procedimento arbitrale (§§ 1025 ss. ZPO)²⁹⁸.

3. Arbitraggio (*Schiedsgutachtenvertrag*) ed arbitrato (*Schiedsvertrag*)

Proprio sulla scorta di tali osservazioni si è sviluppata la discussione su quali siano le differenze fra l'istituto dell'arbitraggio e quello dell'arbitrato, con particolare riferimento al diverso ruolo svolto dall'arbitratore nel primo caso, e dall'arbitro nel secondo²⁹⁹.

I due istituti, come risulterà, necessitano di essere distinti e delimitati fra loro, benché questo non sia un compito semplice poiché dalla prassi emergono spesso casistiche

²⁹⁵ RG, 21 agosto 1936, in *RGZ*, 152, 201 ss.; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1837.

²⁹⁶ BGH, 25 giugno 1952, in *NJW*, 1952, 1296 s. In particolare i giudici avevano qualificato come contratto di arbitraggio un accordo con cui le parti avevano deciso di rimettere ad un terzo la ripartizione del valore effettivo della quota che ciascuna doveva ottenere a seguito all'accordo di liquidazione della società di cui sono soci.

²⁹⁷ W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit., 801 ss. Sulla stessa linea W. DÜTZ, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht. Zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit*, Bad Homburg, 1970, 250 ss.

²⁹⁸ P. SCHLOSSER, in F. Stein-M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 2002, 360 ss.

²⁹⁹ Per approfondimenti A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 145 ss.

molto articolate e di non facile inquadramento dogmatico. Le ragioni di una loro differenziazione sono principalmente due: le diverse norme procedurali applicabili e il distinto ruolo di controllo svolto dal giudice.

Come si dirà a breve, per individuare se si tratti di accordo di arbitraggio ovvero di arbitrato sarà necessario verificare di volta in volta quale fosse l'effettiva volontà delle parti, al di là della forma da loro data all'accordo e delle espressioni utilizzate per qualificare il terzo ovvero la sua attività³⁰⁰. In particolare un ruolo scriminante assume la volontà o meno dei contraenti di sottoporre la decisione del terzo ad un controllo giudiziale³⁰¹.

La poc'anzi citata sentenza del *Bundesgerichtshof* del 25 giugno 1952, che si era pronunciata incidentalmente sulla classificazione interna all'arbitraggio, si occupava nel merito di valutare se l'accordo che i soci avevano stipulato per la liquidazione delle quote sociali avesse natura di contratto di arbitraggio (*Schiedsgutachtenvertrag*) ovvero di arbitrato (*Schiedsvertrag*).

La Corte optò per la prima soluzione ritenendo che la distinzione fra i due istituti fosse la seguente. Nel caso di *Schiedsgutachtenvertrag* al terzo verrebbe affidato il compito di stabilire il contenuto di un diritto soggettivo che riguarda il rapporto giuridico esistente fra le parti e l'equità, o meno, della determinazione potrà essere opportunamente considerata dal giudice ai sensi del § 319 primo comma BGB. Invece, nel *Schiedsvertrag*, all'arbitro sarebbe affidato il ruolo processuale normalmente spettante al giudice, quello cioè di assumere una decisione con efficacia vincolante su una questione controversa, con esclusione della possibilità di ricorrere ad una verifica giudiziale successiva del suo contenuto (ad esclusione delle impugnazioni previste dalla legge).

Habscheid criticò la distinzione menzionata – abbracciata in via maggioritaria dalla dottrina – secondo la quale la differenza tra arbitro ed arbitratore si concretizzerebbe nel fatto che all'arbitro viene affidato il compito di decidere una controversia, mentre all'arbitratore di completare una volontà contrattuale³⁰². Egli osserva che tale linea di demarcazione non sarebbe corretta perché la ragione per la quale le parti giungono a stipulare un accordo di arbitraggio sarebbe proprio il fatto che manchi fra loro un'intesa definitiva

³⁰⁰ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1852.

³⁰¹ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1490; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1549.

³⁰² L. GOLDSCHMIDT, *Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte*, in *GrünhutsZ*, 1875, 719 ss.

su alcuni aspetti del contratto³⁰³. In tale prospettiva la decisione assunta dal terzo avrebbe sì la funzione di completare un accordo negoziale ma solo onde evitare un successivo conflitto processuale.

Comunque, posto che l'arbitrato si caratterizza per un più invasivo intervento nella sfera giuridica delle parti rispetto all'arbitraggio, è opinione largamente condivisa quella secondo cui, nel dubbio, si dovrà propendere per quest'ultimo³⁰⁴. Questione dirimente è infatti, come si è detto, chiarire se le parti vollero o meno sottoporre l'accertamento del terzo ad una verifica da parte del giudice. Poiché di norma si tratta di una libera scelta dei contraenti, nel caso in cui non sia stata manifestata alcuna espressa volontà di escludere tale controllo giudiziale ci si troverà di fronte ad un accordo di arbitraggio³⁰⁵; viceversa dovrà parlarsi di arbitrato³⁰⁶.

La peculiare considerazione di Habscheid circa la natura e la funzione dell'arbitraggio lo portarono, in linea con la tendenza dell'epoca di respingere l'idea dell'arbitratore avente solo funzione di completamento della volontà contrattuale delle parti, a parlare di *Rechtsgestaltung durch Dritte* (da intendersi quale 'attività potestativa da parte di un terzo')³⁰⁷. Un vero e proprio *Schiedsgutachtenvertrag* si sarebbe avuto invece solo con riferimento alle fattispecie di cui alla seconda e terza tipologia prima citate (rispettivamente, di precisazione giuridica e di accertamento), cui sarebbe applicabile, appunto, una disciplina di stampo processuale³⁰⁸. Secondo questa opinione attualmente minoritaria l'accordo di arbitraggio avrebbe un contenuto di tipo processuale, con la conseguenza che non sarebbero applicabili – o perlomeno non solo – i §§ 317 ss. BGB ma anche i §§ 1029 ss. ZPO³⁰⁹.

Posizione diversa è stata assunta da Kornblum, il quale si interrogò sulla fondatezza della tesi sostenuta allora in via prevalente e cioè quella che riteneva la determinazione della prestazione un *Gestaltungsakt* (atto potestativo) in base all'argomentazione che chi ef-

³⁰³ Così si esprimeva già J. WEISMANN, *Das Schiedsgutachten*, in *AcP*, 1888, 279.

³⁰⁴ Così W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit., 796; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1490; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1548; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, §§315-326, Berlin, 2009, 125.

³⁰⁵ BGH, 24 novembre 2005, in *BeckRS*, 2005, 14823.

³⁰⁶ OLG Stuttgart, 23 gennaio 2001, in *Die Justiz*, 2002, 410; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1853.

³⁰⁷ Per un approfondimento sul concetto di *Gestaltungsrecht* si veda *infra*, § 4.

³⁰⁸ W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit., 810 s.

³⁰⁹ Così V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 124.

fettua la determinazione, anche se vincolato al parametro dell'equo apprezzamento, si muoverebbe comunque nell'ambito di uno spazio di gioco avente portata creativa e non meramente cognitiva³¹⁰.

Seguendo questo ragionamento i contraenti nel rimettere ad un terzo la determinazione di una parte del contratto manifesterebbero l'intenzione di non volersi (o potersi) accordare su tutti i punti del contratto, assoggettandosi alla volontà di un soggetto terzo il quale è tenuto ad effettuare la determinazione secondo le proprie conoscenze ed esperienze. Siffatta rimessione delle parti ad una decisione altrui non avrebbe alcun senso – secondo Kornblum – se nel contempo al terzo non fosse concesso di scegliere fra varie possibilità: egli infatti non sarebbe un mero sostituto delle parti ma parteciperebbe attivamente alla decisione, che potrebbe avere un contenuto variegato³¹¹.

Diversamente opina chi ritiene invece che, nel caso in cui la determinazione della prestazione sia effettuata unilateralmente da uno dei contraenti (come prevede il § 315 BGB) o da un terzo che proceda secondo equo apprezzamento (ai sensi del § 317 BGB) non sarebbe loro concessa una possibilità di scelta fra varie soluzioni: una sola sarebbe, infatti, la determinazione 'equa'. In tale visione la parte o il terzo dovrebbero quindi effettuare una mera constatazione, un accertamento di quella soluzione equa, adeguata e già preesistente al caso di specie (*Rechtsfeststellung, Rechtserklärung*). Non si tratterebbe di un'attività potestativa (*Rechtsgestaltung*), presupponendo invece quest'ultima la scelta di una fra diverse possibili varianti. La qualifica di atto di accertamento dovrebbe spettare altresì all'eventuale sentenza che il giudice adotti in via sostitutiva a quella iniqua dell'arbitratore³¹².

L'opinione attualmente prevalente ribadisce la natura sostanziale, e non processuale, dell'atto di arbitraggio: alla decisione dell'arbitratore mancherebbe infatti quella peculiarità di cui parla il § 1055 ZPO, ai sensi del quale la decisione arbitrale ha fra le parti gli effetti di una sentenza passata in giudicato³¹³. Come si è detto, per comprendere a quale istituto le parti abbiano fatto riferimento è fondamentale guardare alla loro manifestazione di volontà: e quindi se abbiano voluto escludere la giurisdizione statale e optare per il giu-

³¹⁰ U. KORNBLUM, *Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315–319 BGB*, in *AcP*, 168, 1968, 452.

³¹¹ J. JOUSSEN, *Das Gestaltungsrecht des Dritten nach § 317 BGB*, in *AcP*, 203, 2003, 440.

³¹² U. KORNBLUM, *Die Rechtsnatur der Bestimmung*, cit., 469.

³¹³ Così recita il § 1055 ZPO: «Der Schiedspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils».

dizio di arbitrato ai sensi del § 1055 ZPO ovvero impugnare la decisione del terzo davanti al giudice sottoponendola al controllo di equità ai sensi del § 319 primo comma BGB³¹⁴.

Infatti nell'arbitrato le parti si accordano affinché l'arbitratore decida la controversia insorta fra loro al posto dell'organo giudicante, adottando una decisione che abbia contenuto di sentenza. Il giudice in tal caso potrà essere chiamato ad intervenire solo ai sensi e nel rispetto dei limiti di cui al § 1041 ZPO: su richiesta di parte egli potrà concedere l'esecuzione della misura provvisoria o cautelare che ritenga necessaria con riguardo all'oggetto del contendere.

Nell'arbitraggio invece, dove la decisione dell'arbitratore ha carattere sostanziale perché concerne la determinazione dell'oggetto del contratto stipulato dalle parti e non la risoluzione di una lite, l'intervento del giudice si fonda sulla previsione del § 319 primo comma BGB: se egli accerterà l'eventuale iniquità della determinazione del terzo la sostituirà con una propria, tramite sentenza³¹⁵.

Un ruolo decisivo rivestirebbe dunque l'efficacia che, nelle intenzioni dei contraenti, deve possedere la decisione del terzo: se sarà sottoponibile al controllo dell'organo giudicante quanto al profilo dell'inesattezza o dell'iniquità, si tratterà di arbitraggio; viceversa, laddove tale possibilità di verifica sia stata esclusa, si avrà arbitrato³¹⁶.

In realtà, come è facile intuire, la distinzione fra arbitrato ed arbitraggio non è sempre semplice. A talune incertezze dogmatiche si aggiunge spesso anche una certa imprecisione terminologica dei contraenti quanto alla descrizione del compito di cui viene investito il terzo.

Al di là di quanto detto fino ad ora sembra ragionevole ritenere che la distinzione fra i due debba essere in conclusione valutata, secondo un'analisi forse più elementare ma non meno corrispondente alla realtà dei fatti, in base alla loro diversa natura e finalità.

Nel caso dell'arbitrato ci si trova in una fase patologica di un rapporto giuridico, nato completo, evolutosi ed entrato successivamente in crisi a causa di una controversia insorta tra le parti. Esse per porvi rimedio preferiscono che la risoluzione di tale contrasto avvenga per una via alternativa a quella processuale ordinaria e la affidano così ad un sog-

³¹⁴ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 125.

³¹⁵ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, 295 ss.

³¹⁶ C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 527; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1490.

getto terzo – l'arbitro appunto – che di fatto svolge la stessa funzione di un organo giudicante ma al di fuori dell'ordinaria cornice processuale.

Nell'arbitraggio invece, l'intervento dell'arbitratore non ha finalità compositiva di una controversia semplicemente perché non vi è alcun contrasto. La mancanza di completezza dell'accordo si manifesta subito, nel momento iniziale della vita del contratto e non è indice di conflitto bensì è consapevolmente voluta dalle parti. Tale lacuna necessita semplicemente di un'integrazione da parte di chi sia dotato di quelle particolari conoscenze e competenze specifiche che i contraenti non possiedono (o non possiedono ancora), in modo da consentire di dare completezza ai loro rapporti nonché una proficua attuazione degli stessi. In conclusione dovrebbe quindi distinguersi a seconda che si tratti solo di accertare elementi di fatto o di diritto (arbitraggio) ovvero debba piuttosto essere risolto un contrasto fra le parti (arbitrato)³¹⁷.

4. I cd. *Gestaltungsrechte*

A questo punto è opportuno un minimo approfondimento della nozione di *Gestaltungsrecht* in quanto funzionale ad una ricostruzione della natura stessa dell'arbitraggio e anche dell'eventuale iniquità che dovesse caratterizzare la determinazione della prestazione³¹⁸.

Si tratta della categoria dogmatica corrispondente ai nostri 'diritti potestativi'. La dottrina tedesca ha molto discusso sulla natura dei *Gestaltungsrechte* con particolare riferimento alla questione se si tratti o meno di diritti soggettivi: l'opinione maggioritaria si schiera per la soluzione affermativa³¹⁹.

In assenza di un loro preciso inquadramento nel BGB parte della dottrina ritiene che i *Gestaltungsrechte* costituirebbero un terzo gruppo di diritti soggettivi accanto agli *Herrschaftsrechten* (diritti assoluti) e ai *Forderungsrechten* (diritti relativi)³²⁰.

³¹⁷ P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2000, 49.

³¹⁸ Per un approfondimento sui *Gestaltungsrechte* si veda diffusamente: J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung*, cit., 184 ss.; ID, *Das Gestaltungsrecht des Dritten*, cit. 429 ss., nonché S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht*, Berlin, 2010, 26 ss.

³¹⁹ In tal senso, per tutti si vedano: J. JOUSSEN, *Das Gestaltungsrecht des Dritten*, cit., 441 ss.; S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte*, cit., 42 ss. Di contrario avviso è invece H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1934, 265.

³²⁰ Così J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung*, cit., 184 ss.

La legge garantisce *Gestaltungsrechte* nei casi in cui ravvisi particolari interessi di una parte ritenuta contrattualmente più debole. Al soggetto legittimato all'esercizio di tale diritto viene conferito il potere unilaterale di apportare delle modifiche al rapporto contrattuale con una dichiarazione che ha, appunto, natura *gestaltend* ('potestativa'). La particolarità sta proprio nel fatto che l'effetto modificativo della dichiarazione è conseguenza dell'esercizio unilaterale di un diritto, senza che si renda quindi necessario l'intervento di controparte o dell'autorità giudiziaria³²¹.

Ciò premesso, va evidenziato che la categoria dei *Gestaltungsrechte* sembrerebbe avere rilevanti punti di contatto con quella dell'arbitraggio ed in particolare con l'ipotesi regolata dal § 317 BGB: anche qui infatti al terzo è conferito il potere di incidere, con una propria statuizione unilaterale, su un rapporto giuridico di cui sono titolari altri due soggetti.

Vi sono tuttavia autori i quali negano che si possa parlare, con riferimento al diritto del terzo *ex* § 317 BGB, di un *Gestaltungsrecht* e fondano questa presa di posizione su diverse argomentazioni.

Alcuni osservano che di norma un diritto soggettivo – nello specifico il *Gestaltungsrecht* – riguarderebbe esclusivamente il soddisfacimento di un interesse del proprio titolare. Il diritto dell'arbitratore alla determinazione della prestazione, invece, sarebbe funzionale al soddisfacimento di interessi di soggetti terzi, i contraenti. Essi possono revocare il diritto dell'arbitratore in qualsiasi momento mentre ciò non potrebbe avvenire se si trattasse di un diritto soggettivo³²².

Altri sostengono che all'arbitratore mancherebbe quella possibilità di scelta fra diverse alternative che è invece l'aspetto caratterizzante dei *Gestaltungsrechte*. Oggetto della sua determinazione sarebbe viceversa una dichiarazione con effetto puramente chiarificatorio – e non modificativo – della situazione giuridica fra le parti. Ciò è dovuto al fatto che nell'effettuare la determinazione secondo il criterio dell'equo apprezzamento una soltanto sarà la scelta veramente equa³²³. L'arbitraggio secondo equo apprezzamento sarebbe quin-

³²¹ In questo senso i *Gestaltungsrechte* sarebbero degli *Zweckrechte* (diritti di scopo) finalizzati appunto al raggiungimento di uno scopo esterno: così e più diffusamente si esprime S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte*, cit., 56.

³²² P. BYDLINSKI, *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, Wien, 1986, 5 ss.; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 137. Secondo questo autore il terzo arbitratore, a differenza di quanto avviene nell'arbitraggio di parte, non dispone di un proprio diritto soggettivo: il diritto alla determinazione della prestazione è per il terzo un mero potere di regolamentazione, identico al potere di rappresentanza.

³²³ Così U. KORNBLUM, *Die Rechtsnatur der Bestimmung*, cit., 456 ss.

di riconducibile ad un atto ricognitivo e non invece espressione di un potere costitutivo concesso dai contraenti: produce determinati nuovi effetti ma è estraneo al processo da cui traggono origine³²⁴.

A favore dell'appartenenza del diritto del terzo di cui al § 317 BGB alla categoria dei *Gestaltungsrechte* si schiera invece chi ritiene che non rilevi a tal proposito la circostanza che l'arbitratore non agisca per il soddisfacimento di un proprio interesse: i diritti soggettivi potrebbero infatti essere funzionali anche alla tutela di interessi di terzi purché ben individuati³²⁵.

L'*impasse* costituita dal potere delle parti di revocare l'incarico del terzo viene superato sulla base del seguente ragionamento. Come verrà approfondito nel paragrafo seguente, nella cornice del fenomeno dell'arbitraggio vanno tenuti distinti due diversi rapporti giuridici: quello fra i contraenti, da un lato, e quello fra questi e l'arbitratore, dall'altro³²⁶.

L'accordo fra le parti (cd. *Unterwerfungsvereinbarung*) ha un duplice contenuto: da un lato fa sorgere il potere del terzo, dall'altro lato obbliga i contraenti ad accettare la determinazione che verrà assunta. È su tale accordo che si fonda altresì il potere di revoca dei contraenti: è un potere bilaterale, non potendo essere esercitato separatamente, in modo unilaterale, da uno solo dei due. L'esistenza di tale potere tuttavia non condizionerebbe l'inquadramento del terzo quale *Gestaltungsrecht* perché l'esercizio della revoca è sottoposto, come si è detto, a garanzie di imparzialità e indipendenza tali che l'autonomia decisionale dell'arbitratore non viene minata³²⁷.

5. I presupposti della determinazione del terzo: l'accordo fra le parti e l'accordo con il terzo

Tenuto conto delle relazioni giuridiche che si intrecciano in tema di arbitraggio è opportuno fare una distinzione.

Da un lato v'è l'accordo concluso tra le parti: si tratta di un negozio dispositivo con cui le stesse danno vita al potere del terzo e si obbligano ad adeguarsi alla sua determina-

³²⁴ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, Napoli, 1995, 184, il quale traduce *Gestaltungsrecht* con 'potere costitutivo'.

³²⁵ J. JOUSSEN, *Das Gestaltungsrecht des Dritten*, cit., 456 s.

³²⁶ M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1548.

³²⁷ S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte*, cit., 78 ss.

zione³²⁸ (trattasi di un *Verfügungsgeschäft*, denominato anche *Schiedsgutachenvertrag*³²⁹, *Unterwerfungsvereinbarung*³³⁰, *Grund – oder Hauptvertrag*³³¹). Alla cosiddetta *Parteiveereinbarung* saranno applicabili altresì le generali regole sulla conclusione dei contratti di cui ai §§ 145 ss. BGB (proposta, accettazione, etc.)³³².

Dall'altro lato vi è l'accordo che le parti stipulano con il terzo: questo è un negozio obbligatorio con cui l'arbitratore assume l'obbligo di effettuare una certa determinazione entro un termine prestabilito (trattasi di un *Verpflichtungsgeschäft*, qualificato anche come *Schiedsgutachervertrag*³³³, *Geheißvereinbarung*³³⁴)³³⁵.

Il dato letterale del § 317 primo comma BGB è piuttosto generico e prevede solamente che la determinazione della prestazione sia demandata ad un terzo, senza fornire elementi utili a definire una regolamentazione del rapporto giuridico fra i contraenti e l'arbitratore³³⁶. I presupposti dell'incarico del terzo andranno così individuati considerando proprio i rapporti che vengono a delinarsi ed intrecciarsi fra le parti.

Non è questa la sede per occuparsi nel dettaglio del contenuto di tali relazioni, ma è opportuno evidenziare quali siano le loro note caratterizzanti per meglio inquadrare i ruoli rivestiti dai soggetti interessati e quindi le eventuali ripercussioni sull'iniquità delle scelte adottate dall'arbitratore.

La particolarità che caratterizza i due accordi, quello tra le parti e quello fra esse e il terzo, è che sono giuridicamente indipendenti l'uno dall'altro. Infatti il negozio con l'arbitratore rimane efficace anche se quello tra le parti dovesse non esserlo³³⁷.

Tale regime di autonomia è frutto della particolare impostazione dogmatica tedesca in ambito contrattuale, modellata sul *Trennungsprinzip* e sul suo corollario, l'*Abstraktionsprinzip*. Essi svolgono un ruolo fondamentale con riferimento alla scomposizione tra *Verpflichtungsgeschäft* (negozio obbligatorio che costituisce la fonte dell'obbligo

³²⁸ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 126 ss.

³²⁹ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Drittentscheidungen*, München, 2007, 37.

³³⁰ S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte*, cit., 80.

³³¹ F. ARNDT, *Bestimmung der Leistung durch einen Dritten*, Rostock, 1910, 31.

³³² Così R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 37 ss.

³³³ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 40.

³³⁴ S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte*, cit., 79.

³³⁵ Così J. JOUSSEN, *Das Gestaltungsrecht des Dritten*, cit., 457.

³³⁶ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1855.

³³⁷ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 40; J. JOUSSEN, *Das Gestaltungsrecht des Dritten*, cit., 437.

alla prestazione) e *Verfügungsgeschäft* (negoziio dispositivo attraverso il quale un diritto viene trasferito, modificato o estinto)³³⁸.

Il *Trennungsprinzip* afferma che *Verpflichtungsgeschäft* e *Verfügungsgeschäft* non formano un'unità giuridicamente inscindibile ancorché concernano la medesima fattispecie giuridica: essi sono invece indipendenti l'uno dall'altro. Ad esempio nel contratto di compravendita il contratto obbligatorio (che fa sorgere i caratteristici obblighi reciproci fra le parti) va tenuto distinto da quello di disposizione (che ha invece ad oggetto il trasferimento della proprietà del bene compravenduto).

Dal *Trennungsprinzip* discende l'*Abstraktionsprinzip*, secondo il quale le circostanze che influiscono sull'efficacia del *Verpflichtungsgeschäft* non incidono sulla sorte del *Verfügungsgeschäft*. La validità del contratto dispositivo di trasferimento della proprietà prescinde dalla validità del contratto obbligatorio di compravendita. L'acquirente diverrà perciò comunque proprietario del bene e il venditore per ottenere il ritrasferimento della proprietà dovrà esperire un'apposita azione³³⁹.

Contestualizzando questa impostazione nel caso dell'arbitraggio, discende che la *Geheißvereinbarung*, cioè l'accordo delle parti con l'arbitratore, costituisce dunque un negozio obbligatorio astratto e indipendente dall'*Unterwerfungvereinbarung*, cioè l'accordo tra le parti. Se il negozio dispositivo è inefficace, quindi non sia nato il diritto del terzo ad effettuare la determinazione, ma il negozio obbligatorio sia invece valido, la determinazione effettuata dal terzo sarà comunque efficace. In ciò si sostanzia dunque l'accennato regime di autonomia e indipendenza fra i due negozi. Tuttavia l'obbligo del terzo, che pure è venuto ad esistenza, è comunque destinato ad estinguersi ai sensi del § 275 BGB perché «una determinazione effettuata in assenza di un precedente diritto alla determinazione stessa, è impossibile»³⁴⁰.

³³⁸ Per un approfondimento su *Verpflichtungs-* e *Verfügungsgeschäft* si veda K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München, 2004, 410 ss.

³³⁹ Per un approfondimento su questi temi: K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., 421 ss.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, 92 ss.; H. BROX-W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln, 2009, 51 ss.

³⁴⁰ Così S. SCHOLZ, *Gestaltungsrechte*, cit., 79 e nt. 368; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 351 ss. Il primo comma del § 275 BGB dispone che «la pretesa alla prestazione è esclusa, qualora questa sia impossibile per il debitore o per chiunque».

6. Le differenti tipologie di arbitraggio nel diritto tedesco

Dottrina e giurisprudenza tedesche hanno riconosciuto vari tipi e sottotipi di arbitraggio, a seconda del contenuto caratterizzante ciascuno di essi.

Benché siano stati individuati alcuni aspetti distintivi fondamentali fra le varie tipologie, esse vengono spesso classificate in modo diversificato. Vi è infatti chi preferisce ravvisare una bipartizione³⁴¹; chi invece – sulla scorta della storica pronuncia del *Reichsgericht* del 1919 – opta per una tripartizione³⁴²; e chi infine per una quadripartizione³⁴³.

Si tratta tuttavia di distinzioni per lo più formali che di norma non incidono sulla sostanza dell'istituto ma è utile tenerne conto nell'affrontare l'argomento, per superare alcune difficoltà dovute a particolarità terminologiche e sistematiche.

7. Lo *Schiedsgutachten im weiteren e im engeren Sinn*

Tradizionalmente si distinguono due tipi di arbitraggio: arbitraggio in senso ampio – detto anche arbitraggio improprio – (*Schiedsgutachten im weiteren Sinn*) ed arbitrato in senso stretto – o arbitraggio proprio – (*Schiedsgutachten im engeren Sinn*)³⁴⁴.

L'arbitraggio in senso ampio è finalizzato ad un completamento delle volontà contrattuali delle parti in quanto il terzo è chiamato a determinare la prestazione oggetto del contratto. Quest'attività integrativa è caratterizzata da un certo margine di apprezzamento, che deve però essere contrattualmente delimitato.

Il completamento può concernere qualsiasi elemento del contratto, sia essenziale che accidentale; può quindi estendersi a tutte le questioni rimesse alla libertà contrattuale

³⁴¹ Individuando *gestaltende e feststellende Schiedsgutachten*, di fatto corrispondenti, rispettivamente, allo *Schiedsgutachten im weiteren Sinn* e allo *Schiedsgutachten im engeren Sinn*.

³⁴² Distinguono infatti fra *ergänzende* (di completamento), *klarstellende* (di chiarificazione) e *feststellende* (di accertamento) *Schiedsgutachten*, fra gli altri, H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 27 ss.; W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit. 789 ss. Per tutti: M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1547 s.

³⁴³ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1856 s., il quale, come i tripartitismi, individua arbitraggio di completamento (*vertragsergänzendes Schiedsgutachten*), arbitraggio di adeguamento (con funzione di *Vertragsanpassung*) e poi distingue fra arbitraggio di precisazione di aspetti giuridici (*rechtsklärendes o rechtsfeststellendes Schiedsgutachten*) e arbitraggio di precisazione di elementi di fatto (*Tatbestandselemente feststellendes Schiedsgutachten*).

³⁴⁴ Su questa classificazione, più ampiamente, vedasi J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung*, cit., 45 ss.; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 529 s.; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1489 ss.; R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden, 2012, 498; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1548; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 122 ss.

potestativa delle parti (*vertragliche Gestaltungsfreiheit der Parteien*). Nella prassi, classici esempi di arbitraggio in senso ampio sono la fissazione dell'importo del canone locativo³⁴⁵, di quello enfiteutico³⁴⁶ o, ancora, il prezzo per il trasferimento d'azienda.

L'arbitraggio in senso stretto ha un ambito applicativo più circoscritto ma comunque di rilievo. Esso comprende l'accertamento e la precisazione di circostanze di fatto nonché la chiarificazione di elementi di diritto. Si tratta quindi di un'attività non limitata necessariamente alla verifica di presupposti fattuali ed all'accertamento del contenuto contrattuale, ma si estende anche alla valutazione ed alla sussunzione di questioni giuridiche preliminari.

Mentre l'arbitraggio in senso ampio costituisce la fattispecie applicativa classica del § 317 BGB, questa disposizione viene invece applicata all'arbitraggio in senso stretto soltanto in via analogica. Quest'ultimo infatti – noto anche come *feststellende Schiedsgutachten* – si differenzerebbe dall'arbitraggio in senso ampio perché l'arbitratore non adotta una decisione sulla base di un apprezzamento valutativo e discrezionale, quanto piuttosto assume l'unica 'decisione giusta' in quel frangente. La sua attività avrebbe quindi carattere di mero accertamento, senza che vi sia spazio per valutazioni di opportunità. Si tratterà di arbitraggio in senso stretto, ad esempio, nell'accertamento del valore di un'auto³⁴⁷, di una quota sociale³⁴⁸ o di un bene oggetto di *leasing*³⁴⁹.

In generale non è sempre semplice distinguere nel singolo caso concreto le due tipologie di arbitraggio e in giurisprudenza si è sostenuto che non sarebbe soddisfacente fondare tale distinzione sull'attività del terzo, di cognizione nell'arbitraggio in senso ampio e di mero accertamento nell'arbitraggio in senso stretto. Alcuni autori hanno affermato che se si trattasse solo di una constatazione di tipo cognitivo dell'unica scelta giusta, allora non vi sarebbe neppure la necessità di ricorrere ad un arbitratore «perché il giudice potrebbe decidere in qualsiasi momento al suo posto»³⁵⁰.

³⁴⁵ BGH, 13 maggio 1974, in *BGHZ*, 62, 314 ss.

³⁴⁶ BGH, 26 aprile 1991, in *NJW*, 1991, 2761 ss.

³⁴⁷ BGH, 18 maggio 1983, in *NJW*, 1983, 1854 s.

³⁴⁸ BGH, 20 novembre 2011, in *WM*, 1976, 251 ss.

³⁴⁹ LG Frankfurt, 25 luglio 1988, in *NJW-RR*, 1988, 1132 ss.

³⁵⁰ J. JOUSSEN, *Schlichtung als Leistungsbestimmung*, cit., 59 ss.; V. RIEBLE in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 123.

Al di là delle distinzioni terminologiche e delle categorizzazioni, discriminare fondamentale è, come sempre, la volontà delle parti, indipendentemente dalla terminologia da queste utilizzata nella redazione del contratto.

L'arbitraggio in senso stretto si caratterizza perché da un lato, il contratto principale cui accede è completo, ma dall'altro uno o più elementi dello stesso dovranno essere determinati o meglio precisati. Si tratterebbe quindi, in questa tipologia di arbitraggio, della fissazione di elementi di fatto già preesistenti; nell'arbitraggio in senso ampio, invece, della determinazione di nuovi obblighi: qui il terzo ha infatti il compito di determinare la prestazione e quindi di stabilire un *aliquid novi*.

a. Il *vertragsergänzende Schiedsgutachten*

Come già anticipato, dottrina e giurisprudenza tedesche all'interno dell'arbitraggio hanno variamente distinto alcune sottocategorie, delle quali ora analizzeremo più da vicino i tratti distintivi, a partire dal *vertragsergänzende Schiedsgutachten*, cioè il cosiddetto 'arbitraggio di completamento contrattuale'.

Tale figura, al fine di essere distinta dalle altre, viene diversamente denominato: *Schiedsgutachtenvertrag im weiteren Sinne* (arbitraggio in senso ampio), *rechtsbegründendes Schiedsgutachten* (arbitraggio costitutivo)³⁵¹ ovvero ancora *bestimmender Schiedsgutachtenvertrag* (arbitraggio determinativo).

In questa categoria rientrano tutte le ipotesi in cui le parti si siano rivolte ad un terzo affinché egli provveda alla determinazione di taluni aspetti del contratto e quindi ad un suo completamento.

Le ragioni alla base di tale scelta possono essere le più varie. Solitamente i contraenti non sono riusciti ad addivenire ad un accordo perché non conoscono l'esatta entità di una delle due prestazioni. Essi sono tuttavia intenzionati a conferire efficacia al loro rapporto contrattuale, perciò incaricano un terzo, esperto e fidato, della decisione sulla natura o l'entità della prestazione rimasta indeterminata³⁵².

La funzione svolta dal terzo caratterizza in modo significativo l'arbitraggio di completamento contrattuale. La sua determinazione, infatti, può concernere sia elementi costi-

³⁵¹ W.-J. HABSCHEID, *Das Schiedsgutachten*, cit., 792 ss.

³⁵² Si veda più diffusamente A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 13 ss.

tutivi essenziali del contratto (*essentialia negotii*), sia elementi accidentali (*accidentalia negotii*). Tuttavia va detto che l'ipotesi più frequente è la prima perché, dove invece si tratti di questioni non essenziali, risulta di solito più facile per le parti trovare un accordo senza ricorrere ad ausili esterni qual è, appunto, un arbitratore.

È interessante riflettere sull'efficacia dell'arbitraggio di completamento contrattuale e capire in cosa effettivamente consista questo suo effetto *rechtsgestaltend*, cioè 'potestativo'.

Secondo una linea interpretativa il contratto principale, inizialmente privo di efficacia, la acquisterebbe solamente con la determinazione effettuata dall'arbitratore: la sua decisione farebbe quindi nascere l'obbligazione e renderebbe vincolante per le parti il contratto che invece, fino ad allora, era carente di un elemento essenziale³⁵³.

Altri autori sostengono che sia opportuno distinguere. Quando le parti hanno concluso un accordo di arbitraggio avente natura di completamento, il contratto principale si perfezionerà nel momento della conclusione di tale accordo e la determinazione della prestazione adottata dall'arbitratore entrerà poi a far parte del contenuto contrattuale in modo vincolante. Se invece i contraenti abbiano previsto un accordo di arbitraggio con funzione di adeguamento contrattuale, la determinazione dell'arbitratore si sostituirà all'originario contenuto contrattuale ed il momento in cui ciò si verifica è rimesso alla volontà delle parti³⁵⁴.

Una differente opinione è sostenuta da chi ritiene che il contratto sarebbe viceversa perfetto ed efficace già al momento della sua conclusione: infatti l'elemento che pure di per sé è ancora indefinito acquisterebbe completezza in via automatica, perfezionando così il contratto, per il solo fatto dell'inserimento della clausola di arbitraggio³⁵⁵.

V'è poi chi invece non ravvisa alcuna *Rechtsgestaltung* nella determinazione della prestazione se essa sia effettuata secondo equo apprezzamento. Infatti in questo caso verrebbe precisato un contenuto contrattuale già preesistente, benché fino ad allora latente. Poiché tale determinazione deve corrispondere ad equità non sussisterebbe alcuno spazio discrezionale nell'ambito del quale il terzo potrebbe muoversi. Questi, nell'ambito

³⁵³ Così W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedgutachten*, cit., 793. Ricorda l'autore che la medesima soluzione è stata adottata dal *Code civil* francese all'art. 1592 secondo il quale: «Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente».

³⁵⁴ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 39.

³⁵⁵ Così B. RAUSCHER, *Das Schiedsgutachtenrecht: unter besonderer Beruecksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs*, Frankfurt a.M., 1969, 65.

dell'equo apprezzamento, non potrebbe liberamente adottare una fra varie possibili soluzioni: equità infatti non significa libertà dal diritto, bensì operare al suo interno, nell'ottica di un'autentica e piena giustizia: sarà quindi possibile ed ammissibile un'unica scelta³⁵⁶.

È stato affermato che l'efficacia del contratto principale dipenderebbe dall'ampiezza del raggio d'azione che i contraenti conferiscono all'arbitratore affinché effettui la determinazione secondo equo apprezzamento. In molti casi infatti, la prestazione contrattuale da individuare sarebbe già determinabile fin da principio da parte di chi possiede le necessarie conoscenze: è per questo motivo che l'efficacia giuridica del contratto principale non subirà alcuna modificazione a seguito della decisione dell'arbitratore³⁵⁷.

Il diritto dell'arbitratore alla determinazione della prestazione viene qualificato da diversi autori quale *Gestaltungsrecht* (diritto potestativo) e la natura dell'atto di arbitraggio quale *Gestaltungsgeschäft* (negozio potestativo), *Rechtsgestaltung* (esercizio potestativo di un diritto), *Gestaltungsrecht in Bezug auf die Ausfüllung des vereinbarten Rahmens* (diritto potestativo di completamento di una cornice già stabilita), *ausfüllendes Gestaltungsrecht* (diritto potestativo di completamento)³⁵⁸.

La funzione del terzo in questa tipologia di arbitraggio consiste nell'integrare un accordo ancora parzialmente incompleto, predisponendo un contenuto negoziale che si inserisce nei limiti di un quadro già previsto e stabilito dalle parti. Tale attività avrebbe natura avvicinata a quella propria dei diritti costitutivi in quanto la determinazione ha l'effetto di individuare un nuovo elemento del contratto riempiendo un vuoto negoziale che necessitava, per essere colmato, della collaborazione di entrambi i contraenti.

L'efficacia vincolante dell'arbitraggio di completamento contrattuale soggiace al § 319 BGB, il quale sancisce la non vincolatività della determinazione assunta dal terzo nel caso in cui sia manifestamente iniqua (*offenbar unbillig*). Il parametro della 'manifesta iniquità' si caratterizza, da un lato, perché fa riferimento ad una violazione considerevole del principio di buona fede e, dall'altro, perché richiede che l'iniquità sia riconoscibile ai terzi.

³⁵⁶ U. KORNBLUM, *Die Rechtsnatur der Bestimmung*, cit., 450 ss.; ID., *Probleme des schiedsrichterlichen Unabhängigkeit*, München, 1968, 96, nt. 105. Per contro H. NEUMANN-DUESBERG, *Gerechliche Ermessensentscheidungen*, cit., 705 ss., appoggia invece la tesi per cui il terzo, nonostante sia legato al criterio dell'equo apprezzamento, manterrebbe comunque una possibilità di scelta nella determinazione della prestazione, la quale possiede quindi una *rechtsgestaltende Wirkung*.

³⁵⁷ Così A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 18.

³⁵⁸ In questo senso, variamente: C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 528; W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedgutachten*, cit., 794; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, München, 1987, 80 ss. Di contrario avviso, invece, U. KORNBLUM, *Die Rechtsnatur der Bestimmung*, cit., 463 s.

I contraenti, infatti, hanno interesse ad essere vincolati solo ad un arbitraggio che rispecchi il principio di equità e a che sia eliminata qualsivoglia incertezza da punto di vista giuridico. Questi due interessi entrano in conflitto nel momento in cui una parte ritenga di essere penalizzata da una determinazione arbitrale iniqua e che impugnerà in quanto non vi si voglia attenere.

Il § 319 BGB svolge un ruolo importante in ordine al riequilibrio fra gli interessi delle parti. Da un lato vuole infatti offrire assistenza al contraente che potrebbe essere svantaggiato dalle conseguenze di un arbitraggio iniquo; dall'altro è volto a garantire che la determinazione sia scevra da dubbi e incertezze di qualsivoglia natura.

Laddove le parti non abbiano stabilito diversamente ed il terzo assuma la determinazione ai sensi del § 317 primo comma BGB, va evidenziato che tale norma non contiene indicazioni circa le modalità con cui egli dovrà svolgere il suo incarico nel rispetto del criterio dell'equo apprezzamento. Ecco la ragione per cui è fondamentale chiarire quale sia il significato da attribuire al concetto di equità quale misura e criterio per l'arbitratore nell'assumere la determinazione.

Poiché egli deve intervenire nei rapporti giuridici tra le parti, i parametri cui dovrà attenersi emergeranno, innanzitutto, dal contenuto contrattuale che il terzo ha l'incarico di completare. L'arbitratore dovrà poi esaminare e ponderare gli interessi propri di ciascun contraente; la sua determinazione dovrà infine tener conto delle decisioni normalmente assunte in circostanze simili e andrà poi modellata sulle specificità del caso *de quo*. Il terzo può quindi muoversi con un certo apprezzamento ma non è incondizionatamente libero in quanto vincolato a suddetti parametri³⁵⁹.

b. Il *rechtsabändernde Schiedsgutachten*

Si è già anticipato che un ulteriore incarico dell'arbitratore potrebbe consistere nell'adeguare un rapporto contrattuale già esistente, al mutamento di particolari circostanze.

Si tratta per lo più di un'ipotesi che si verifica in caso di adeguamento di rapporti contrattuali di lunga durata, quali la locazione o l'enfiteusi³⁶⁰. Il terzo potrebbe ad esempio

³⁵⁹ Così A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 21 ss.

³⁶⁰ M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1548.

essere incaricato di adeguare la prestazione in denaro ad un mutamento essenziale di valore fra prestazione e controprestazione verificatosi in un momento successivo rispetto a quello della conclusione del contratto³⁶¹.

Il *Bundesgerichtshof* si è più volte occupato di questioni in cui si trattava dell'interpretazione di clausole di adeguamento contrattuale e dell'accertamento degli effetti negoziali in seguito alla decisione assunta dall'arbitratore. Ad esempio, quando sono inserite nel contratto delle clausole di indicizzazione, il compito del terzo è di intervenire in via sussidiaria effettuando un adeguamento solo se le parti non siano in grado da sole di raggiungere un accordo. In tali casi concretamente accade che, onde evitare incertezze su elementi giuridici indeterminati ma che costituiscono il presupposto di successive decisioni, all'arbitratore viene conferito il potere di decidere una questione pregiudiziale, cioè se si siano verificati i necessari presupposti per l'adeguamento di determinati parametri. Poiché la funzione economica delle clausole di indicizzazione è quella di tutelare il creditore della prestazione di denaro da un possibile deprezzamento della moneta, il ruolo rivestito dalla decisione dell'arbitratore è quello di un filtro preventivo: valutare la sussistenza o meno delle condizioni richieste evita l'insorgere di un potenziale conflitto fra le parti.

L'opinione prevalente vede nel *rechtsabändernde Schiedsgutachten* un tipo particolare di *vertragsergänzende Schiedsgutachten* in quanto l'adeguamento del contenuto contrattuale alle mutate circostanze sarebbe equiparabile all'esercizio di un diritto costitutivo già *ab origine* contrattualmente previsto dalle parti. Ed in effetti, comuni alle due tipologie di arbitraggio sarebbero sia le modalità di intervento del terzo sul contenuto contrattuale, sia l'efficacia vincolante della determinazione da lui assunta³⁶².

Quanto al primo aspetto infatti, anche nel *rechtsabändernde Schiedsgutachten* il parametro sulla base del quale eseguire l'adeguamento contrattuale sarebbe quello dell'equo apprezzamento ai sensi del § 317 primo comma BGB. Il contenuto della modifica dovrà corrispondere o perlomeno avvicinarsi a quello su cui le stesse parti si sarebbero accordate se avessero avuto le conoscenze tecniche necessarie. Questo perché la determinazione dev'essere sempre effettuata avendo di mira il contemperamento degli interessi delle parti, così come risultante dalla loro volontà contrattuale, bilanciamento che deve permanere anche dopo un eventuale mutamento dei loro rapporti economici.

³⁶¹ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 33 ss.

³⁶² Si confronti: U. KORNBLUM, *Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit*, München, 1968, 97; W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit., 795.

In secondo luogo anche in questa tipologia di arbitraggio l'efficacia della determinazione è valutata sulla base del § 319 primo comma BGB, con la conseguenza che l'arbitraggio manifestamente iniquo non sarà vincolante. Un'ipotesi di manifesta iniquità del *rechtsabändernde Schiedsgutachten* si avrebbe nel caso in cui sia stato effettuato in totale dissonanza dal contenuto e dai parametri stabiliti dalle parti nel contratto. E quindi, ad esempio, se l'arbitratore è stato incaricato di adeguare il canone di locazione a rilevanti mutamenti economici che intervengano fra prestazione e controprestazione, la determinazione sarà manifestamente iniqua se il terzo, invece di provvedere all'adeguamento, fissi un canone del tutto nuovo.

Va però detto che l'arbitraggio di modificazione e quello di completamento si distinguono nei casi in cui – con particolare riguardo alle clausole di indicizzazione – all'arbitratore venga conferito il potere non solo di modificare il rapporto giuridico esistente, ma anche di precisare quali debbano essere i presupposti per il relativo adeguamento contrattuale. Ciò si rende necessario in particolare quando tali criteri non siano espressi in modo chiaro bensì necessitino di un'interpretazione. Ed in tali situazioni non può certo affermarsi che l'accertamento della sussistenza, o meno, dei presupposti utili ad un successivo adeguamento contrattuale abbia la stessa natura dell'adeguamento stesso, il quale si caratterizza invece perché ha funzione 'potestativa' (*rechtsgestaltende Funktion*)³⁶³.

c. Il *feststellende Schiedsgutachten*

Si è già anticipato come dell'arbitraggio di precisazione (*feststellende Schiedsgutachten*) siano state individuate due distinte tipologie: da un lato, l'arbitraggio teso alla precisazione degli elementi di fatto (*Tatbestandselemente feststellende Schiedsgutachten*) e, dall'altro lato, l'arbitraggio volto alla precisazione di elementi di diritto (*rechtserklärende Schiedsgutachten*). Per la parte minoritaria della dottrina che ritiene il *feststellende Schiedsgutachten* afferire ad un momento più processuale e lo considera l'unico vero esempio di

³⁶³ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 38 s.

*Schiedsgutachten*³⁶⁴, esso andrebbe distinto dalle due figure, di diritto sostanziale, del *vertragsergänzende* e del *rechtsabändernde Schiedsgutachten*³⁶⁵.

Sia il *Tatbestandselemente feststellende Schiedsgutachten* che il *rechtserklärende Schiedsgutachten* incidono sul contenuto del contratto originario concluso dalle parti, ma in modo differente.

Il primo ha ad oggetto l'individuazione di documenti e fatti sui quali dovrà fondarsi la successiva determinazione della prestazione. Alcuni esempi sono: la stima del capitale aziendale – da parte di un perito contabile e sulla base della relativa documentazione – al fine di redigere o illustrare il bilancio, di stabilire una quota sociale ovvero di fissare l'indennizzo spettante al socio uscente. O ancora, la precisazione del nesso di causalità sulla base delle circostanze specifiche del caso concreto, l'accertamento dell'esatto ammontare del danno verificatosi³⁶⁶ o delle spese di gestione, la constatazione e la quantificazione di eventuali differenze compensative; la stima del tempo e dei costi necessari per una riparazione o l'ammontare dei costi di un'azienda³⁶⁷.

Sebbene la funzione tipica dell'arbitratore-perito sia quella di determinare aspetti che richiedano una certa competenza in materia, ciò non toglie che egli possa essere incaricato anche di riclassificarli dal punto di vista giuridico. Il *rechtserklärende Schiedsgutachten* consiste infatti in una precisazione giuridica del regolamento contrattuale tramite la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta. Ciò avviene ad esempio nel caso in cui un perito bancario debba determinare il tasso di un contratto di mutuo o accertare la spettanza degli interessi; debba stabilirsi il valore di mercato di un fondo, di quote sociali, del canone «adeguato»³⁶⁸ o «previsto»³⁶⁹ per quel luogo; ovvero, ancora, se debba essere accertata l'inabilità al servizio di un lavoratore³⁷⁰ o l'esistenza di un vincolo all'acquisto di un determinato bene.

Come si è appena illustrato, nell'arbitraggio di precisazione l'arbitratore è chiamato a determinare, sulla base delle proprie conoscenze e competenze, elementi utili al fine di

³⁶⁴ Così W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedsgutachten*, cit., 789 ss.

³⁶⁵ A tal proposito e per una trattazione più approfondita A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 41 s. Sul punto si veda anche F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 279 ss.; nonché G. VILLA, *La determinazione*, cit., 854.

³⁶⁶ BGH, 29 aprile 1971, in *NJW*, 1971, 1454 s.

³⁶⁷ OLG Düsseldorf, 28 aprile 1999, in *NJW-RR*, 2000, 279 ss.

³⁶⁸ BGH, 21 maggio 1975, cit.

³⁶⁹ BGH, 21 gennaio 1974, in *NJW*, 1965, 150.

³⁷⁰ BAG, 31 gennaio 1979, in *DB*, 1979, 947.

provvedere alla fissazione del contenuto di una o più prestazioni contrattuali. Qui non si tratta perciò di effettuare una determinazione in termini di equo apprezzamento. I criteri valutativi cui l'arbitratore è vincolato sono infatti diversi da quelli dell'arbitraggio di completamento o di modificazione dove, come si è detto, nel dubbio la determinazione della prestazione dovrà conformarsi al criterio dell'equità ai sensi del § 317 primo comma BGB e l'arbitratore dovrà perseguire l'obiettivo della giustizia contrattuale, trovando un bilanciamento dei reciproci interessi delle parti.

Diversamente accade nel *feststellende Schiedsgutachten*, poiché il compito del terzo è quello di precisare elementi di fatto in vista di un successivo inquadramento giuridico della fattispecie e il risultato finale dipenderà, appunto, da valutazioni fattuali: queste non potranno essere inique, bensì solo corrette od erronee. Si faccia l'esempio di una commissione di medici che sia chiamata a valutare il rapporto di causalità esistente fra un incidente ed i danni conseguentemente prodottisi: si dovrà qui tener conto dei relativi adeguati criteri medici di indagine e ricerca, i quali non saranno opinabili. Lo stesso vale per un perito di automobili che sia tenuto a determinare il valore di un'auto usata secondo il valore di mercato: egli dovrà considerare il prezzo medio praticato nel mercato dell'usato su quel determinato tipo di veicolo, nonché le caratteristiche e le specificità proprie dello stesso. Risulta chiaro dunque come in questi casi non vi sia alcuno spazio per tenere in considerazione l'equità contrattuale: la decisione dell'arbitratore-perito dovrà invece conformarsi alla realtà dei fatti sulla base di parametri prestabiliti.

Le riflessioni ed elaborazioni sviluppatesi in Germania intorno alla figura del *feststellende Schiedsgutachten* hanno avuto notevole influenza sull'istituto italiano della perizia contrattuale, cui si è già accennato. Infatti in entrambi i casi l'attività del terzo non è volta a realizzare un equilibrio contrattuale, quanto invece, basandosi su conoscenze tecnico-scientifiche, a determinare aspetti del contenuto contrattuale³⁷¹.

Da quanto si è detto discenderebbe altresì la natura dichiarativa e di accertamento dell'arbitraggio di precisazione, a differenza dell'arbitraggio di completamento il quale, in virtù del *Gestaltungsrecht* concesso all'arbitratore, avrebbe efficacia costitutiva.

³⁷¹ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 279 ss.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 217 ss.

8. La difformità della determinazione: *Unrichtigkeit* e *Unbilligkeit*

Come si è già accennato, il § 319 primo comma BGB dispone che la determinazione della prestazione che sia manifestamente iniqua non sarà vincolante per le parti in quanto inefficace.

Tale ipotesi potrà tuttavia verificarsi solo laddove il terzo debba svolgere il suo incarico secondo equo apprezzamento (*nach billigem Ermessen*), e non invece quando la determinazione sia rimessa al suo libero arbitrio (*nach freiem Belieben*). In questo secondo caso infatti, la decisione assunta dal terzo sarà vincolante per i contraenti anche se iniqua: la lettera del § 319 secondo comma BGB prevede la sanzione dell'inefficacia solo nelle ipotesi in cui l'arbitratore non possa o non voglia effettuare la determinazione, la ritardi, ovvero – si aggiunga – se sia in contrasto con particolari divieti o usi stabiliti dalla legge (ad esempio i §§ 134 e 138 BGB). La decisione del terzo in tali casi non verrà sostituita da una pronuncia giudiziale e causerà l'inefficacia dell'intero contratto³⁷².

L'efficacia vincolante della determinazione del terzo può venir meno per varie ragioni: quando le parti la impugnino ai sensi del § 318 BGB perché la ritengono viziata da errore o inganno; quando riescono a dimostrare la sua manifesta iniquità o inesattezza; ovvero ancora se il perito si sia discostato dalle indicazioni ricevute e si sia occupato anche di questioni che esulavano dal proprio incarico³⁷³.

Ciò premesso è opportuno, sulla base delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che sono state sviluppate, distinguere fra i concetti di 'iniquità' ed 'inesattezza'.

Nell'arbitraggio in senso ampio, dove l'incarico del terzo consiste in un completamento della volontà contrattuale espressa dalle parti, la sua determinazione potrà avere un contenuto dalle sfumature più varie e la sua inefficacia, ai sensi del § 319 BGB, sarà causata dall'iniquità e dal fatto che essa disattenda le finalità cui questo tipo di arbitraggio è rivolto.

Nell'arbitraggio in senso stretto, invece, dove l'arbitratore è tenuto a chiarire o accertare l'esistenza di alcune circostanze di fatto ovvero il loro inquadramento giuridico,

³⁷² M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1551; R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 500; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1868.

³⁷³ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1858.

l'arbitratore non avrebbe per contro alcun margine di apprezzamento e quindi la sua decisione potrà essere «esatta o erronea» ma «mai iniqua»³⁷⁴.

Nonostante la lettera del § 319 BGB accenni solamente all'ipotesi dell'iniquità, in considerazione della menzionata distinzione e dell'applicazione di tale paragrafo anche all'arbitraggio in senso stretto si parlerà in quest'ultimo caso di 'manifesta inesattezza' piuttosto che di 'manifesta iniquità'.

A dispetto di tale distinzione formale, inesattezza ed iniquità manifeste conducono entrambe alla non vincolatività e quindi all'inefficacia dell'arbitraggio. Poiché sia in dottrina che in giurisprudenza le connotazioni *unbillig* ed *unrichtig* spesso si intrecciano, è necessaria una precisazione dal punto di vista teorico-dogmatico.

V'è chi ritiene che dal punto di vista pratico tali differenziazioni non siano così rilevanti perché l'eventuale difformità, nell'uno e nell'altro caso, si manifesta comunque solo nel momento in cui viene resa nota la determinazione del terzo³⁷⁵.

Tuttavia, come si vedrà meglio nel paragrafo seguente, è la realtà stessa che fa emergere una casistica in cui sono racchiuse varie situazioni, fra loro profondamente diverse anche in ordine alla natura della patologia che può colpire l'arbitraggio. Vi sono situazioni in cui non può parlarsi di iniquità, bensì solamente di inesattezza dell'accertamento, proprio in virtù della particolare natura della fattispecie concreta presa in considerazione e quindi della relativa determinazione assunta³⁷⁶.

Si faccia il caso dell'arbitratore che debba stabilire il prezzo di vendita adeguato ad un terreno. Se egli fondasse la propria decisione su di un conteggio basato semplicemente sul valore d'uso e del suolo, senza tuttavia tener conto del fatto che i terreni coltivati costano molto più di quanto in realtà questi valori esprimano, allora la sua constatazione non sarà iniqua, bensì manifestamente inesatta, in quanto consisterebbe in un'applicazione errata dei principi regolatori della materia³⁷⁷.

³⁷⁴ Cfr. G. LÜKE, *Buchbesprechung*, in *AcP*, 162, 1963, 536.

³⁷⁵ H.-J. WINTER, *Die Bestimmung der Leistung*, cit., 34, nt. 47; BGH, 21 aprile 1993, in *NJW-RR*, 1933, 1034 s.; BGH, 9 giugno 1983, in *NJW*, 1983, 2244 s.; BGH, 25 gennaio 1979, in *NJW*, 1979, 1885 s.

³⁷⁶ Fra gli altri A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 46.

³⁷⁷ W.-J. HABSCHIED, *Das Schiedgutachten*, cit., 799.

9. L'Unrichtigkeit

Le ipotesi in cui la determinazione del terzo non può essere considerata equa o iniqua bensì solamente corretta o sbagliata, sono quelle in cui l'arbitraggio ha la cosiddetta *Feststellungswirkung* (efficacia di accertamento): l'arbitratore infatti in tal caso tiene in considerazione, quali parametri di riferimento, circostanze e rapporti tangibili e oggettivi³⁷⁸. Sarà proprio su tali basi e criteri che dovrà essere valutata l'eventuale difformità della decisione rispetto a quella corretta, e quindi la sua eventuale *Unrichtigkeit*.

Qui non si discute infatti di equità e quindi di un apprezzamento discrezionale del terzo, bensì della coerenza e corrispondenza delle conclusioni cui egli è giunto alla realtà concreta e quindi della loro esattezza. Sotto questo profilo è in realtà ininfluenza che si verificano anche ulteriori conseguenze inique: ciò che rileva invece, è che l'efficacia della determinazione troverà un limite già nel momento in cui si riveli essere manifestamente inesatta, *offenbar unrichtig* appunto³⁷⁹. Tuttavia fino a quando la manifesta inesattezza della perizia non sia accertata, quest'ultima, ancorché viziata e potenzialmente attaccabile, spiega comunque i suoi effetti ed è vincolante per le parti.

Questione nodale è perciò comprendere su quali basi la determinazione del terzo possa essere ritenuta inesatta. A tal fine va ovviamente considerato quanto detto finora, e cioè che nell'arbitraggio in senso stretto al terzo non è concesso un margine di apprezzamento delle circostanze, le quali devono essere valutate oggettivamente. Ad esempio: se da una perizia emerge che un impianto tecnico che ha prodotto dei danni era difettoso mentre invece le turbative attengono in realtà ad un errore di azionamento dell'impianto stesso, la perizia, fondandosi su parametri oggettivi potrà quindi essere inesatta, ma non iniqua³⁸⁰.

Si è detto che l'*Unrichtigkeit* per venire in rilievo deve essere *offenbar*, cioè manifesta: è di fondamentale rilievo comprendere il significato di tale connotazione.

Il *Reichsgericht* ritenne che l'accertamento dell'arbitratore sarebbe 'manifestamente' inesatto «se è riconoscibile come inesatto al momento della formulazione di per se stesso e per come è redatto...questa sua caratteristica emerga, balzi agli occhi». Non è tuttavia

³⁷⁸ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1866.

³⁷⁹ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 61 ss.; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1493; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1866.

³⁸⁰ BGH, 21 aprile 1993, cit.; BGH, 26 aprile 1991, cit.; BGH, 9 giugno 1983, cit.; BGH, 21 settembre 1983, in *NJW*, 1984, 43 ss.; BGH, 25 gennaio 1979, cit.; BGH, 26 ottobre 1972, in *WM*, 1973, 311; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 527 ss.; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1550.

necessario che l'inesattezza sia riconoscibile da chiunque, ma è sufficiente che lo sia per un osservatore dotato di una competenza specifica³⁸¹, come emerge dalla costante giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* il quale afferma che «la difformità deve risultare nel momento immediatamente successivo a quello in cui sia stato condotto un attento esame da parte di un osservatore esperto ed imparziale»³⁸².

Mentre però in un primo tempo la Suprema Corte tedesca si era espressa nel senso che per considerare l'eventuale *Unrichtigkeit* dell'arbitraggio si dovesse far riferimento solamente all'esito della perizia senza che fosse necessario tenere in considerazione il procedimento che era stato seguito, la giurisprudenza successiva ha gradualmente preso le distanze da tale posizione³⁸³.

Per valutare opportunamente la manifesta inesattezza si dovrebbe dunque considerare non solo il contenuto finale della determinazione del terzo, bensì anche la motivazione, il grado di riconoscibilità dell'erroneità e, soprattutto, la situazione di fatto che l'arbitratore aveva presente nel formulare la perizia³⁸⁴ nonché, in generale, i criteri di valutazione stabiliti dalle parti per circoscrivere l'ambito di operatività del terzo³⁸⁵.

Sono stati considerati esempi di inesattezza del terzo anche accertamenti che non fossero riconoscibili neppure ad un soggetto esperto, nonché la presenza di errori nella procedura di calcolo ovvero di una motivazione mancante, lacunosa o viziata³⁸⁶.

Quindi da un lato *offenbar* sarebbe assimilabile a *offensichtlich* (evidente) e descriverebbe così una precisa qualità, cioè la riconoscibilità dell'inesattezza. Dall'altro lato invece il carattere 'manifesto' farebbe riferimento alla inadeguatezza della perizia realizzata rispetto alla fattispecie concreta in quanto l'accertamento dell'arbitratore non si sarebbe attenuto ai parametri previsti.

Così intesa l'inesattezza manifesta, ponendosi in uno stadio intermedio fra mera inesattezza ed arbitrio del terzo, costituirebbe un fondamentale criterio per valutare

³⁸¹ Così la già citata RG, 23 maggio 1919, in *RGZ*, 96, 57 ss.

³⁸² In questo senso: BGH, 21 gennaio 2004, in *NJW-RR*, 2004, 760 ss.; BGH, 14 luglio 1986, in *NJW-RR*, 1987, 21 ss.; BGH, 9 giugno 1983, in *NJW*, 1983, 2244 s.; BGH, 4 giugno 1981, in *BGHZ*, 81, 229 ss.; BGH, 14 dicembre 1967, in *BB*, 1968, 316.

³⁸³ Si confronti: BGH, 28 settembre 1964, in *NJW*, 1964, 2401; BGH, 14 ottobre 1958, in *NJW*, 1958, 2067 s.; BGH, 1 aprile 1953, in *NJW*, 1953, 939 ss.; BGH, 25 giugno 1952, cit.

³⁸⁴ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 93 s.; R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 62.

³⁸⁵ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1493; BGH, 17 maggio 1991, in *NJW*, 1991, 2698 s.; BGH, 25 gennaio 1979, in *NJW*, 1979, 1885 s.

³⁸⁶ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1866.

l'operato dell'arbitratore. In particolare la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato una nutrita casistica di *Unrichtigkeit* della determinazione assunta dall'arbitratore³⁸⁷.

Un tipico caso è quello in cui non siano chiare le modalità con cui il terzo abbia effettuato i conteggi, abbia utilizzato dei criteri valutativi errati e non conformi a quelli che sarebbero idonei nel caso concreto, ovvero siano ravvisabili dei vizi procedurali. Ciò si verifica ad esempio se l'arbitratore travisi o disattenda le indicazioni che le parti avevano contrattualmente stabilito per individuare i parametri di cui il terzo avrebbe dovuto tener conto. In tal caso la non vincolatività della sua determinazione è dovuta al fatto che le parti si erano bensì accordate nel senso di adeguarsi alla decisione del terzo, ma a patto che essa fosse conforme alle loro indicazioni. L'eventuale difformità condurrà ad una manifesta inesattezza solo se abbia avuto una ripercussione determinante sull'esito finale della perizia³⁸⁸: ciò non si verificherà se la disparità sia riequilibrata dalla presenza di errori ulteriori che, essendo di segno opposto rispetto ai primi, si compensino con questi³⁸⁹.

Un'altra ipotesi di non vincolatività della determinazione del terzo è quella in cui essa si fondi su presupposti di fatto erronei. È il caso in cui ad esempio, nel determinare il canone locatizio, il terzo non faccia riferimento ai corrispondenti parametri spaziali o a quelli caratteristici del bene oggetto di locazione; oppure quando non abbia tenuto in considerazione i prezzi stabiliti come parametro³⁹⁰ ovvero i conteggi siano lacunosi³⁹¹.

Altri casi in cui il BGH ha affermato la non vincolatività della perizia dell'arbitratore sono, ad esempio, quello in cui l'arbitratore nell'accertare il valore di mercato di un fondo abbia semplicisticamente affermato che per la comunicazione delle stime sarebbero state condotte ampie ricerche ma senza rendere noto l'esito delle stesse; oppure quando, nella comunicazione dei valori di mercato di un fondo coltivato non siano stati considerati i prezzi realmente pagati per fondi simili nelle immediate vicinanze³⁹²; o, ancora, nel caso in cui le statuizioni dell'arbitratore siano così lacunose che persino un esperto

³⁸⁷ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 89 ss. L'autore ricorda che gli stessi §§ 84 primo comma e 189 primo comma della Legge sul contratto di assicurazione recentemente modificata (VVG) stabiliscono che gli accertamenti del perito non siano vincolanti nel caso in cui si discostino in modo rilevante dalla fattispecie concreta.

³⁸⁸ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 148 s.

³⁸⁹ In questi termini si espresse già il BGH nella sentenza del 14 luglio 1986, in *NJW-RR*, 1987, 21 ss.; nonché BGH, 1 aprile 1953, cit.

³⁹⁰ BGH, 17 maggio 1991, in *NJW*, 1991, 2698 s.

³⁹¹ BGH, 27 giugno 2001, in *NJW*, 2001, 3775 ss.

³⁹² BGH, 17 maggio 1991, in *NJW*, 1991, 2698 s.

non riuscirebbe a pervenire alle medesime conclusioni pur esaminando con accuratezza le circostanze³⁹³.

Non vincolanti saranno altresì due distinte perizie elaborate sulla medesima fattispecie concreta nel caso in cui divergano così tanto l'una dall'altra che non si possa non ritenere che una o entrambe siano sbagliate. L'inefficacia è in questo caso prescritta dal secondo comma del § 317 BGB secondo il quale, nel caso in cui la determinazione sia rimessa a più arbitratori, nel dubbio è necessario l'accordo unanime di tutti.

In varie occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che l'arbitraggio colpito da gravi vizi di motivazione sarebbe inesatto e quindi non vincolante – indipendentemente dall'esito cui in concreto conduca – nei casi seguenti: quando la perizia contenga una motivazione o delle valutazioni che non siano verificabili a causa della loro incompletezza³⁹⁴; se gli accertamenti di fatto condotti non possano essere condivisi sulla scorta di un criterio di ragionevolezza³⁹⁵; se le valutazioni periziali siano state condotte impropriamente o non conducano ad esiti significativi³⁹⁶; ancora, se una perizia di stima immobiliare sia stata redatta in assenza di un confronto con le tariffe di immobili simili³⁹⁷.

Le particolarità che caratterizzano le ipotesi di manifesta inesattezza della determinazione del terzo influiscono altresì sulla fase successiva, ovvero sia sul piano dei possibili rimedi all'inesattezza del *feststellende Schiedsgutachten*.

A questo proposito si ricordi un'osservazione di Habscheid, in linea con la sua peculiare – e già analizzata – impostazione sulla natura dell'arbitraggio. Egli ha affermato che sarebbe opportuno fare un distinguo. Nel *Tatbestandselemente feststellende Schiedsgutachten* anche il giudice, nell'eventualità in cui sia stata provata l'inesattezza manifesta, dovrà svolgere lo stesso compito che spettava all'arbitratore e cioè sussumere la fattispecie concreta nella corrispondente categoria giuridica. Nel *rechtserklärende Schiedsgutachten* invece, poiché l'attività dell'arbitratore svolgerebbe una funzione simile a quella del giudice, si potrebbe affermare che l'incarico dell'arbitratore si fonderebbe su un accordo delle parti avente natura 'processuale'³⁹⁸.

³⁹³ BGH, 27 giugno 2001, in *NJW*, 2001, 3775 ss.

³⁹⁴ OLG Düsseldorf, 28 aprile 1999, in *NJW-RR*, 2000, 279 ss.

³⁹⁵ BAG, 20 gennaio 2004, in *NZA*, 2004, 994 ss.

³⁹⁶ BGH, 1 ottobre 1997, in *NZM*, 1998, 196.

³⁹⁷ BGH, 17 maggio 1991, in *NJW*, 1991, 2968 s.; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 529; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1866.

³⁹⁸ W.-J. HABSCHEID, *Das Schiedsgutachten*, cit., 801 ss.

10. L'*Unbilligkeit*

Si è appena approfondito il concetto, anche dal punto di vista casistico, di *Unrichtigkeit* nell'ordinamento tedesco.

Tenendo conto del parallelismo *Schiedsgutachten im engeren Sinn – Unrichtigkeit* e *Schiedsgutachten im weiteren Sinn – Unbilligkeit*, prima di addentrarci ad analizzare le ipotesi di iniquità propriamente intesa (che si verificano cioè nell'arbitraggio in senso ampio, il suo ambito applicativo classico), è opportuno evidenziare che non mancano situazioni in cui essa, estensivamente intesa, si manifesti anche nell'arbitraggio in senso stretto.

Questo si verifica in tutte quelle ipotesi in cui inesattezza e iniquità si intreccino, e cioè avviene in particolare quando l'*Unrichtigkeit* della determinazione abbia una natura ed un'efficacia tali da produrre altresì un'iniquità della stessa. Si pensi al caso in cui il perito debba determinare un adeguamento degli interessi enfiteutici di un fondo abitativo. Tale operazione richiede, per opinione largamente condivisa in dottrina e in giurisprudenza, che l'arbitratore tenga conto anche e soprattutto delle modifiche al costo della vita: se invece egli considerasse esclusivamente il prezzo del terreno, l'inesattezza della sua determinazione sarebbe a tal punto riconoscibile e manifesta da condurre altresì ad un'iniquità dell'arbitraggio³⁹⁹.

Al di fuori di quest'ambito ibrido e tralasciando quello proprio della sola inesattezza, ci si concentri sulle ipotesi di iniquità della determinazione, le quali si caratterizzano per l'esercizio discrezionale del potere di determinazione da parte dell'arbitratore.

Trattando dell'iniquità nell'arbitraggio è giocoforza richiamare il combinato disposto dei §§ 317 e 319 primo comma BGB ai sensi dei quali nel determinare la prestazione il terzo è tenuto ad agire, nel dubbio, secondo equo apprezzamento e la sua decisione non sarà vincolante per le parti nel caso in cui sia manifestamente iniqua.

L'iniquità costituisce una causa di inefficacia della determinazione dell'arbitratore: di più difficile individuazione sono le condizioni in presenza delle quali tale iniquità si manifesta.

Innanzitutto, la legge richiede espressamente che nell'arbitraggio del terzo, a differenza di quello di parte, l'iniquità (al pari dell'inesattezza) sia *offenbar*, cioè manifesta. Vi è tuttavia ancora una notevole incertezza su come tale requisito debba essere inteso.

³⁹⁹ W. KLOCKE, *Der Sachverständige und seine Auftraggeber*, Wiesbaden-Berlin, 1987, 115.

Il BGH si è espresso sul punto e, come si è già detto per l'*Unrichtigkeit*, ha affermato che la determinazione di un esperto sarà *offenbar unbillig* se l'iniquità emerga in modo evidente ed immediato. In particolare, come si è visto, giurisprudenza e dottrina concordano hanno affermato che il carattere 'manifesto' dell'iniquità debba essere inteso non nel senso che questa debba essere necessariamente riconoscibile immediatamente a primo acchito da chiunque, bensì anche in seguito ad un'attenta analisi condotta da parte di chi abbia le competenze specifiche del caso. Risponde a tale requisito una difformità della determinazione tale da essere percepita da un soggetto terzo e imparziale che possiede una competenza tecnica della materia⁴⁰⁰.

L'opinione maggioritaria in giurisprudenza ed in dottrina è nel senso che l'iniquità della determinazione della prestazione vada rilevata sulla base del contenuto finale della risoluzione del terzo⁴⁰¹. Già la giurisprudenza della seconda metà del secolo scorso evidenziava come l'analisi circa la regolarità dell'atto di arbitraggio dovesse essere svolta sulla scorta dell'effetto concreto cui essa conduceva, e cioè la determinazione assunta dall'arbitratore⁴⁰². Taluno ha osservato che questa considerazione dovrebbe essere intesa in senso relativo ed ampio, dando cioè rilievo non solo ai parametri ai quali l'arbitratore sia vincolato (equo apprezzamento o libero arbitrio) ma anche i principi che regolano un'equa valutazione degli interessi dei contraenti e le modalità stesse con cui essi hanno affidato al terzo il compito di integrare la loro volontà contrattuale⁴⁰³.

Si vedano ora alcuni gruppi di ipotesi nelle quali l'arbitraggio è stato ritenuto manifestamente iniquo, così da fornire maggior concretezza a quanto testé esposto⁴⁰⁴.

Manifesta iniquità si avrà nel caso in cui la determinazione della prestazione abbia un contenuto tale da violare così grossolanamente il principio di buona fede («eine grobe Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben») che tale discrepanza risulti chiaramente all'occhio di un esperto⁴⁰⁵. In concreto questo potrà verificarsi quando l'arbitratore non tenga in adeguata considerazione il contenuto contrattuale stabilito dalle parti quale para-

⁴⁰⁰ BGH, 21 gennaio 2004, in *NJW-RR*, 2004, 760 ss.; BGH, 16 novembre 1987, in *NJW-RR*, 1988, 506 s.; A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 27; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1550; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 147.

⁴⁰¹ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 147; per tutte si veda BGH, 26 aprile 1991, cit.

⁴⁰² *Ex multis*: BGH, 2 febbraio 1977, in *NJW*, 1977, 801 s.; BGH, 28 settembre 1964, cit.; BGH, 14 ottobre 1958, cit.

⁴⁰³ Così A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 29 s.

⁴⁰⁴ Per approfondimenti: A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 30 s.

⁴⁰⁵ BGH, 27 giugno 2001, in *NJW*, 3775 ss.; BGH, 26 aprile 1991, cit.; BGH, 25 gennaio 1979, in *NJW*, 1979, 1885 s.; BGH, 14 ottobre 1958, cit.

metro su cui modellare il proprio apprezzamento, ovvero quando la sua determinazione sia stata in prevalenza determinata da un criterio che non ha una ragionevole attinenza con la fattispecie⁴⁰⁶.

Pacifica è l'idea secondo cui a venire in rilievo sarà solamente un'iniquità oggettiva e non invece una soggettiva, con ciò intendendosi che la circostanza che il terzo abbia effettuato la determinazione in mala fede è ininfluenza per l'esistenza stessa dell'iniquità⁴⁰⁷.

Un altro tipico caso di iniquità manifesta è quello in cui l'arbitratore, eccedendo l'ambito contrattuale che le parti lo hanno incaricato di regolamentare assuma una determinazione con contenuto completamente differente da quello che essa avrebbe dovuto avere. La conseguenza sarà la non vincolatività di tale statuizione per i contraenti, in quanto affatto corrispondente alle loro intenzioni.

Il semplice timore, invece, che la determinazione arbitrale sia viziata da parzialità dell'arbitratore non ne determina *sic et simpliciter* l'iniquità⁴⁰⁸. Essa si verificherà invero solo in caso di parzialità indubbia e rilevante, che si concreti nel fatto che l'arbitratore abbia tenuto in considerazione solamente gli interessi di una delle due parti: l'arbitraggio sarà quindi arbitrario e perciò manifestamente iniquo⁴⁰⁹.

Vi sono poi ipotesi in cui l'iniquità, pur non risultando in modo palese dall'esito della determinazione dell'arbitratore, sussista comunque in quanto inevitabile conseguenza della manifesta parzialità del terzo. Infatti, poiché dal principio dell'equità deriva l'obbligo alla neutralità, una determinazione che risulti 'di parte' sarà per forza iniqua⁴¹⁰.

Alle medesime conclusioni giunge recente e costante giurisprudenza con riferimento alle ipotesi in cui riscontri un grave vizio nella motivazione della perizia arbitrale: se ne è già parlato con riferimento all'*Unrichtigkeit*, ma non mancano ipotesi in cui essa venga considerata anche come causa di vera e propria *Unbilligkeit*⁴¹¹.

Ancora, iniqua risulterà la determinazione del terzo nel caso in cui egli abbia fatto riferimento a parametri che non trovino un riscontro ed una verifica oggettivi, ma siano

⁴⁰⁶ BGH, 3 novembre 1995, in *NJW*, 1996, 453 s.

⁴⁰⁷ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit. 1493; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 529.

⁴⁰⁸ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 46.

⁴⁰⁹ BGH, 19 gennaio 2001 in *NJW*, 2001, 1930 s.; BGH, 12 gennaio 2001, in *NJW*, 2001, 1928 s.; BGH, 13 maggio 1974, in *NJW*, 1974, 1235 s.; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 148.

⁴¹⁰ OLG München, 9 gennaio 2008, in *NJOZ*, 2008, 1079 ss.; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 137.

⁴¹¹ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1493.

generici e vaghi; ovvero non abbia tenuto conto di elementi essenziali o abbia fatto riferimento a circostanze erronee⁴¹². In generale tuttavia si ritiene che incertezze, dubbi ed errori di poco rilievo dovrebbero essere tollerati dalle parti, mentre solo una difformità di considerevole entità condurrebbe ad un'iniquità manifesta della determinazione.

A tal proposito una soglia di tolleranza fu individuata in materia assicurativa. Ai sensi del combinato disposto dei §§ 84 e 189 (§§ 64 e 184 *ante* riforma), la perizia prevista dal contratto di assicurazione non sarebbe vincolante nel caso in cui differisca in modo rilevante dalle circostanze di fatto che il terzo doveva considerare nell'effettuare la stima.

Sempre in materia assicurativa, prima della riforma del 2008, il BGH aveva individuato nella misura del 15% il limite oltre il quale la difformità della perizia svolta dal terzo avrebbe assunto carattere rilevante. Tale soglia è stata successivamente utilizzata dalla Corte in via analogica nell'arbitraggio quale parametro sulla cui base sostenere la non vincolatività derivante da iniquità ai sensi del § 319 BGB⁴¹³.

Vi sono state poi decisioni che hanno ritenuto accettabili degli errori di stima che comportavano una discrepanza del 17% o addirittura del 25% rispetto al risultato che il giudice riteneva corretto⁴¹⁴.

Tuttavia nemmeno i parametri matematici possono servire quali riferimenti assoluti dell'iniquità perché eventuali discrepanze di valore devono essere parametrare alle peculiarità della realtà concreta. Ad esempio iniquo è stato considerato un adeguamento di interessi pari al 6% quando l'aumento del valore dell'immobile era stato invece pari al 100%⁴¹⁵.

Nella giurisprudenza recente il limite di tolleranza viene spesso individuato intorno al valore del 20-25%, cosicché differenze del 28% o dell'85% sono state ritenute inique e quindi non accettabili⁴¹⁶.

Casi di iniquità si possono manifestare, ovviamente, anche se la determinazione debba essere assunta da una pluralità di arbitratori. Quando essi compongono un collegio sono tenuti ad adottare la decisione all'unanimità. Un'eccezione a tale regola si verifica

⁴¹² BGH, 2 febbraio 1977, in *NJW*, 1977, 801 s.; BGH, 26 aprile 1991, cit.

⁴¹³ BGH, 1 aprile 1987, in *NJW-RR*, 1987, 21 ss.; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 149.

⁴¹⁴ BGH, 26 aprile 1991, cit.; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1866; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1550; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 149.

⁴¹⁵ BGH, 13 maggio 1974, cit.

⁴¹⁶ OLG Karlsruhe, 19 ottobre 2004, in *NJW-RR*, 2005, 248 ss.; OLG Rostock, 26 maggio 2004, in *OLGReport KG*, 2006, 2; OLG Schleswig, 9 giugno 1999, in *NZM*, 1999, 338 ss.; OLG Frankfurt, 5 maggio 1994, in *NJW-RR*, 1995, 79 s.; C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 528.

quando debba essere determinato l'ammontare di una certa somma (si pensi ad un debito pecuniario). In tal caso infatti il criterio cui dovrà farsi riferimento non sarà più quello dell'unanimità bensì del 'valore aritmetico medio' calcolato matematicamente considerando tutti i voti espressi dai vari componenti. Il *Bundesgerichtshof* ha stabilito che in tali casi la verifica dell'eventuale iniquità debba essere condotta su ogni parere espresso dai singoli componenti del collegio. Perciò è sufficiente che una sola delle stime effettuate sia iniqua, poiché ad esempio troppo elevata o troppo bassa, perchè anche il valore medio in cui consisterà la determinazione collegiale finale ne risulti viziato e quindi sia iniquo, con la conseguenza che spetterà al giudice ai sensi del § 319 BGB assumere la valutazione sostitutiva⁴¹⁷.

L'obiettivo di questa indagine, quello cioè di verificare se e quali criteri siano stati elaborati in Germania per valutare l'iniquità della determinazione nell'arbitraggio e se essi possano costituire un utile strumento anche in Italia nell'affrontare le medesime problematiche, appare di non facile realizzazione. Infatti dalla panoramica appena tracciata emerge che anche nel sistema tedesco i criteri sulla base dei quali valutare l'eventuale l'iniquità dell'arbitraggio sono piuttosto nebulosi e si risolvono su base casistica: la giurisprudenza ha individuato, nei diversi ambiti giuridici e situazioni concrete, i parametri sulla base dei quali la determinazione del terzo possa essere considerata iniqua.

Come si è visto, infatti, il § 317 primo comma BGB non contiene un canone preciso e concreto che il terzo deve seguire nell'esercizio dell'equo apprezzamento. Esso invece, nel momento in cui aggancia l'apprezzamento al parametro dell'equità, configura semplicemente un criterio di valore indeterminato che necessita dunque di ulteriori precisazioni e concretizzazioni⁴¹⁸.

Riassumendo, le direttive vincolanti per l'arbitratore affinché possa svolgere correttamente il proprio incarico si individuano sotto due profili.

In primo luogo esse emergono dalle indicazioni contenute nell'accordo con cui le parti hanno incaricato l'arbitratore di completare il contratto principale. Infatti tale completamento presuppone che il terzo tenga in adeguata considerazione il contenuto del contratto e l'effettiva volontà delle parti, assumendo perciò una determinazione o effettuando un ac-

⁴¹⁷ BGH, 28 settembre 1964, cit.; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 135 s.

⁴¹⁸ A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme*, cit., 21 ss.

certamento molto simile a quelli che esse, se avessero avuto le opportune conoscenze tecniche, avrebbero svolto⁴¹⁹.

In secondo luogo, come emerge dagli esempi finora menzionati, l'attività del terzo deve conformarsi al principio di buona fede e di equità, il che significa che dovrà assumere una determinazione nel rispetto di canoni di correttezza oggettivi.

11. La responsabilità dell'arbitratore

Per quanto concerne la responsabilità in cui potrebbe incorrere l'arbitratore per aver svolto l'incarico senza il rispetto delle prescrizioni stabilite dalla legge, trattasi di questione discussa sotto vari profili.

È infatti pacifico che il terzo debba essere tenuto a rispondere dell'inefficacia della sua determinazione; controverse sono però natura e ampiezza di tale responsabilità⁴²⁰.

Si afferma generalmente che l'arbitratore risponderà per violazione di doveri ai sensi del § 280 BGB. In particolare parte della giurisprudenza e della dottrina sostiene che l'arbitratore sarebbe responsabile solo nei casi in cui la sua decisione sia non vincolante ai sensi del § 319 BGB⁴²¹, limitando quindi la responsabilità dell'arbitratore ai casi di manifesta iniquità o inesattezza della sua determinazione. L'«*Offenbarkeit*» della difformità è richiesta onde evitare che l'intervento del giudice sia invocato con eccessiva leggerezza, anche nel caso in cui le inesattezze siano di poco conto e non rilevanti⁴²².

Non manca chi afferma che, affinché sussista una responsabilità del terzo, debba altresì essersi prodotto un danno⁴²³.

Discusso è, invece, se sia necessaria una «violazione vistosa» (*grobe Verstöße*) cioè se la non vincolatività della determinazione sia causata da una violazione grossolana di ri-

⁴¹⁹ BGH, 13 maggio 1974, cit., ha affermato che se l'arbitratore deve adeguare gli interessi localizzati ad eventuali mutamenti del valore di prestazione e controprestazione, egli deve prestare attenzione a che si tratti di un vero e proprio adeguamento e non di una nuova determinazione degli stessi.

⁴²⁰ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 139.

⁴²¹ BGH, 22 aprile 1965, in *NJW*, 1965, 1523 s.; J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., 307 s.

⁴²² BGH, 22 aprile 1965, cit.; OLG Schleswig, 21 settembre 1988, in *NJW*, 1989, 175 s.; OLG Hamm, 1 dicembre 1988, in *NJW-RR* 1989, 681 s.; J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., 306 s.; R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 47.

⁴²³ OLG Schleswig, 21 settembre 1988, cit.

conosciute regole tecniche ovvero sia sufficiente che essa sia stata originata da un'inosservanza dovuta a colpa⁴²⁴.

Una forma di responsabilità contrattuale è configurabile in virtù del legame negoziale che vincola il terzo alle parti contrattuali. Poiché però la determinazione iniqua o inesatta non ha effetto vincolante e verrà sostituita con sentenza dal giudice, il risarcimento avrà ad oggetto danni da ritardo e dall'affidamento di essersi le parti rimesse alla decisione del terzo⁴²⁵.

Al di fuori dell'ambito strettamente contrattuale un'ulteriore forma di responsabilità può venire in rilievo solo ai sensi del § 826 BGB, che si trova all'interno del titolo sulle attività non autorizzate nella sezione del codice sui singoli rapporti obbligatori⁴²⁶. Così come nel diritto di rappresentanza, anche qui l'eventuale contrasto fra la volontà del terzo ed una delle parti può far nascere reciproche pretese di risarcimento danni: dispone infatti il § 826 che «chi causi ad altri volontariamente dei danni in violazione delle regole del buon costume è obbligato nei confronti del danneggiato al risarcimento del danno».

12. L'onere della prova di *Unbilligkeit* e *Unrichtigkeit* e l'intervento del giudice

A ciascun contraente è attribuito il potere di chiedere in giudizio l'annullamento dell'effetto vincolante della determinazione dell'arbitratore facendo valere e provando la sua manifesta iniquità o inesattezza; una nuova determinazione verrà poi assunta in via sostitutiva dal giudice con sentenza.

Il controllo giudiziale sull'atto di arbitraggio rientra nella disponibilità delle parti a meno che esse non vi abbiano espressamente rinunciato⁴²⁷, e potrebbe risultare utile laddove si tenga conto del rischio che una parte possa contestare infondatamente una perizia, solo in quanto a sé sfavorevole, tacciandola di grossolane inesattezze con il solo obiettivo di instaurare un procedimento giudiziario⁴²⁸.

⁴²⁴ In senso affermativo: RG, 19 ottobre 1932, in *JW*, 1933, 217; H. HONSELL, *Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten*, in *JuS*, 1976, 621 ss.; di contrario avviso invece P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1861. Più in generale J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1491; J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., 308, secondo il quale la questione sarebbe priva di importanza.

⁴²⁵ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit. 1491; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 139.

⁴²⁶ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1861.

⁴²⁷ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1858.

⁴²⁸ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 63.

L'intervento del giudice potrebbe manifestarsi sotto diverse forme: sia in seguito ad un'autonoma azione esercitata da una delle parti al fine di ottenere una nuova determinazione della prestazione; sia in seguito al contrasto che si crei nel caso in cui il creditore convenga in giudizio il debitore per l'adempimento della prestazione (determinata dall'arbitratore) e quest'ultimo sollevi l'eccezione di iniquità (o inesattezza) della determinazione⁴²⁹.

Per quanto concerne la prova dell'inesattezza, essa dovrà essere fornita dalla parte che abbia sollevato l'eccezione di validità della determinazione arbitrale. Dal punto di vista del contenuto dell'onere probatorio, è necessario che venga data una coerente rappresentazione dei fatti dai quali emergano le ragioni che abbiano reso riconoscibile l'inesattezza manifesta della determinazione⁴³⁰. Sono invece irrilevanti le affermazioni e le istanze generiche che hanno come unico scopo quello di contestare le circostanze di fatto accertate in un arbitraggio e di sottoporlo ad un controllo giudiziario. È dunque a parametri oggettivi che dovrà far riferimento anche il giudice. Se gli mancassero le competenze tecniche per valutare l'inesattezza egli dovrà assumere una perizia giudiziaria. Un'assunzione di ulteriori prove si renderebbe necessaria solo nel caso di contratto concluso in modo concludente del quale si voglia provare la manifesta inesattezza: qui la parte interessata dovrà rendere noti i fatti dai quali l'inesattezza sia apparsa in modo riconoscibile ad un esperto⁴³¹.

La determinazione iniqua o inesatta, finché non sia sostituita dalla sentenza giudiziale, è vincolante e la sua efficacia verrà meno solo in seguito all'accertamento della sua manifesta iniquità o inesattezza⁴³².

Nel corso dell'analisi si è infatti detto che ai sensi del § 319 BGB nelle ipotesi di iniquità (e inesattezza) della determinazione ovvero quando il terzo non possa, non voglia o sia in ritardo nell'assumerla, questa potrà essere adottata dal giudice con sentenza. Tali presupposti devono essere valutati secondo parametri oggettivi.

E così l'arbitratore «non potrà» adottare la determinazione quando la procedura di arbitraggio non possa più proseguire⁴³³, e ciò anche se a causare tale impedimento sia stato

⁴²⁹ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 45.

⁴³⁰ BGH, 21 settembre 1983, cit.; OLG. Düsseldorf, 7 maggio 1999, in *BauR*, 2000, 1229; R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 63; M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1551; R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 501; BGH, 21 settembre 1983, cit.

⁴³¹ R. GREGER-C. STUBBE, *Schiedsgutachten*, cit., 63.

⁴³² OLG Frankfurt, 3 dicembre 1998, in *NJW-RR*, 1999, 379 s.; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1494.

⁴³³ BGH, 12 gennaio 2001, cit.

lo stesso attore in quanto il fatto di aver contribuito ad una decisione viziata del terzo non esclude il diritto ad ottenere una pronuncia che provveda ad una determinazione sostitutiva⁴³⁴. Un altro caso può essere quello in cui, ad esempio, essendovi più arbitratori, essi non riescano ad addivenire ad un accordo sulla determinazione⁴³⁵.

Un esempio invece in cui l'arbitratore «non voglia» assumere la determinazione è quello in cui si rifiuti di eseguire un tentativo di conciliazione previsto invece come obbligatorio⁴³⁶.

Il ritardo deve intendersi in senso oggettivo e non invece come mora ai sensi del § 286 BGB (la quale consiste in un ritardo qualificato)⁴³⁷. Ritardo, inteso in senso ampio, si avrà anche nell'ipotesi in cui le parti non si attivino per far avanzare le trattative oppure il terzo non sia stato nominato dall'organo competente⁴³⁸. Non è necessario che sia stato dato un termine al terzo, essendo sufficiente che egli non abbia svolto il suo incarico in un arco di tempo ragionevole⁴³⁹.

Il giudice è infatti chiamato a intervenire, accertando l'eventuale difformità della determinazione del terzo e sostituendola con sentenza. Tuttavia il suo spazio di intervento sarà più ridotto rispetto a quello che era stato proprio del terzo in quanto sarà vincolato anche a regole processuali.

La sentenza-determinazione del giudice spiegherà efficacia con la sua emanazione, salvo diversa intesa fra le parti le quali possono accordarsi per un'efficacia retroattiva della stessa, solitamente al momento in cui il terzo avrebbe dovuto adottare la determinazione corretta⁴⁴⁰. Questa possibilità non dovrebbe destare dubbi se si consideri che la sentenza del giudice ha carattere 'determinativo' (*Gestaltungsurteil*⁴⁴¹ o *Festsetzungsurteil*⁴⁴²).

Eventuali errori di valutazione del giudice potranno esser corretti dall'organo addetto alla revisione⁴⁴³.

⁴³⁴ BGH, 7 aprile 2000, in *NJW*, 2000, 2986 s.; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 150.

⁴³⁵ BGH, 3 marzo 1982, in *NJW*, 1982, 1878 ss.

⁴³⁶ BGH, 21 dicembre 1977, in *NJW*, 1978, 631.

⁴³⁷ BGH, 26 ottobre 1989, in *NJW*, 1990, 1231 ss.

⁴³⁸ BGH, 26 ottobre 1989, cit.; R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 500.

⁴³⁹ BGH, 30 marzo 1979, in *BGHZ*, 74, 341 ss.

⁴⁴⁰ BGH, 1 marzo 1996, in *NJW*, 1996, 1748; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1494; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1867.

⁴⁴¹ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1494.

⁴⁴² M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1551.

⁴⁴³ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1867.

La disposizione del § 319 primo comma BGB ha carattere disponibile, nel senso che le parti possono accordarsi sulla validità di una determinazione della prestazione manifestamente iniqua o inesatta, purché siano consapevoli della sua impugnabilità. Il controllo sull'equità potrebbe inoltre essere rimesso ad un arbitro⁴⁴⁴.

Per quanto concerne l'impugnazione della determinazione valgono le stesse disposizioni sia per l'arbitraggio di parte (§ 315 BGB) che per quello rimesso al terzo (§§ 317 ss. BGB)⁴⁴⁵. L'azione non è soggetta ad alcun termine di decadenza, tuttavia la parte legittimata ad agire potrebbe perdere tale diritto *ex* § 242 BGB e cioè se, nell'esercitarlo, violi il principio di buona fede. Inoltre, nel caso in cui il creditore agisse in giudizio per ottenere la prestazione determinata dal terzo ma il debitore ritenesse la determinazione non vincolante, potrà opporsi alla richiesta di adempimento sollevando tale questione in via di eccezione⁴⁴⁶.

13. L'arbitraggio di parte

a. Cenni generali

Si è già anticipato che il diritto tedesco prevede, a fianco dell'istituto dell'arbitraggio del terzo, anche l'arbitraggio di parte, disciplinato dal § 315 BGB. Questa figura è stata ampiamente studiata in dottrina e meriterebbe un'approfondita ed autonoma trattazione. In questa sede ci si dovrà però purtroppo limitare solo ad un accenno, utile al fine di completare l'indagine comparatistica fin qui delineata.

Quanto all'origine dell'arbitramento di parte nell'esperienza giuridica tedesca, degna di nota è innanzitutto la circostanza che nei lavori preparatori al BGB non vi fosse traccia di discussioni circa l'ammissibilità, o meno, di tale figura⁴⁴⁷. Il dibattito riguardava piuttosto alcuni aspetti di disciplina, quali l'individuazione del soggetto cui dovesse essere rimessa la determinazione, l'eventuale revocabilità dell'atto di determinazione e le modalità dell'intervento sostitutivo da parte del giudice⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ M. GEHRLEIN, in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar*, cit., 1551.

⁴⁴⁵ C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 528; R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 500; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1867.

⁴⁴⁶ R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 500.

⁴⁴⁷ Per un approfondimento si veda A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, 49 ss.

⁴⁴⁸ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 52 s.

Le ragioni dell'introduzione dell'arbitramento di parte sono state ricondotte all'esigenze di assicurare maggiore certezza del diritto, nel senso che la previsione di tale istituto favorirebbe e garantirebbe la prosecuzione di un rapporto giuridico nonostante l'indeterminatezza delle prestazioni. L'equità – *rectius* l'equo apprezzamento – svolge una funzione coadiuvante in ciò, nel senso di evitare che il contratto, come avverrebbe invece nel caso in cui la determinazione fosse assunta secondo il mero arbitrio della parte, risulti invalido: il rapporto invece si conserva ed è idoneo a produrre i suoi effetti⁴⁴⁹.

A differenza che nel diritto italiano, in quello tedesco non esiste un'espressa previsione del requisito della determinatezza della prestazione, ma esso si deduce dal tenore del § 241 BGB, quale presupposto per la obbligatorietà del contratto⁴⁵⁰.

Inoltre in caso di dubbio, ai sensi del § 154 BGB il contratto si ritiene non concluso se le parti non si siano accordate su tutti gli aspetti sui quali fosse emersa, anche da dichiarazioni unilaterali, la necessità di trovare un'intesa.

La relazione sussistente tra questa disposizione e quelle dei §§ 315-316 BGB si manifesta sotto il seguente profilo. I citati paragrafi troveranno applicazione solo se le parti abbiano manifestato la volontà di creare un rapporto obbligatorio, di concludere un contratto attribuendo ad una di loro il potere di determinare una delle prestazioni⁴⁵¹. Nei casi in cui invece non emerga una volontà dei contraenti in tal senso si applicherà in via residuale il § 154 BGB e quindi la regola della mancata formazione dell'accordo.

Stando alla lettera della legge l'arbitraggio di parte sembrerebbe trovare un'applicazione molto circoscritta, in quanto concernendo il diritto di uno solo dei contraenti di determinare la prestazione pone il problema di un'eventuale parzialità della sua decisione. In realtà tale istituto riesce ad abbracciare un ambito applicativo esteso in quanto il potere di cui dispone la parte è circoscritto dal criterio dell'equo apprezzamento, in modo da garantire così il rispetto del principio di imparzialità nonché consentendo un successivo controllo del giudice volto a evitare abusi di potere.

Il § 315 BGB troverà applicazione solo nei casi di iniziale o sopravvenuta indeterminatezza della prestazione contrattuale, rimanendo per contro esclusi i casi in cui vi siano

⁴⁴⁹ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 57.

⁴⁵⁰ § 241 BGB rubricato "Pflichten aus dem Schuldverhältnis": « (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten».

⁴⁵¹ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 30 ss.

ulteriori strumenti integrativi idonei a colmare le lacune esistenti (ad esempio un'interpretazione del contratto fatta secondo buona fede) rendendo superflua una successiva determinazione di parte⁴⁵².

Proprio in funzione della particolarità dell'arbitraggio di parte – il fatto cioè che arbitratore sia uno dei due contraenti – sono previsti limiti ed accortezze alla sua applicazione, nonché ambiti nei quali la stessa è del tutto esclusa: a titolo puramente esemplificativo, per quanto concerne gli aumenti del canone di affitto e gli anticipi sulle spese accessorie si applicano specificatamente i §§ 556 ss. BGB e non il § 315 BGB⁴⁵³.

b. Contenuto e funzione

Anche nel caso dell'arbitraggio di parte, come in quello del terzo, la legge prevede che in caso di dubbio il criterio secondo il quale la parte–arbitratore deve agire sia quello dell'equo apprezzamento. Questo perché la circostanza che la determinazione sia rimessa ad una delle parti, ma ciò vale già nell'arbitraggio del terzo, la priva di quella 'garanzia di esattezza' che è invece propria del contratto completo che non necessita di integrazioni o adeguamenti⁴⁵⁴.

Il contenuto dell'incarico conferito alla parte potrà essere vario e spaziare dalla determinazione della prestazione, a quella della controprestazione o di prestazioni secondarie, ovvero alle modalità dell'adempimento. Ciò presuppone necessariamente, però, che i contraenti abbiano espressamente previsto ed indicato tale potere di determinazione specificandone in modo chiaro e concorde il contenuto⁴⁵⁵.

Il § 315 BGB troverà applicazione sia nel caso in cui i contraenti si siano accordati nel senso di affidare ad uno di loro l'adeguamento di un elemento del contratto, sia quando abbiano portato avanti le trattative di comune accordo con la convinzione che *in itinere* sarebbero addivenute ad un'intesa definitiva: in questa seconda ipotesi ancorché non abbiano raggiunto un accordo, sarà sufficiente ai fini di una valida assunzione della determinazione

⁴⁵² J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., 278 s.

⁴⁵³ J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1479.

⁴⁵⁴ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1827; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1478.

⁴⁵⁵ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 62.

unilaterale che fosse chiara la loro volontà e le modalità con cui volevano vincolarsi giuridicamente⁴⁵⁶.

La determinazione unilaterale consiste in una manifestazione di volontà a carattere recettizio stabilisce il contenuto della prestazione in modo definitivo ed irrevocabile. Eccezionalmente la parte-arbitratore può effettuare una nuova determinazione nel caso in cui si verifichi un mutamento dei presupposti di fatto o di diritto ovvero la sua precedente dichiarazione risulti inefficace o nulla in virtù dei principi generali sull'invalidità e sulle impugnazioni⁴⁵⁷.

Se risulti invece iniqua o non venga effettuata entro un termine ragionevole, verrà sostituita con sentenza dal giudice ai sensi del § 315 terzo comma BGB⁴⁵⁸.

In merito alla funzione assolta dalla determinazione unilaterale va opportunamente richiamata la figura della cosiddetta *Geschäftsgrundlage*, della quale si parlerà più approfonditamente nel prossimo capitolo e con la quale si fa riferimento all'insieme degli elementi che per volontà delle parti siano diventati elementi fondamentali del contratto.

Le due figure sono state poste in relazione in quanto la circostanza che i contraenti possano prevedere un'integrazione unilaterale del contratto viene considerata come uno strumento di individuazione di elementi contrattuali che si inserisce in un meccanismo di gestione di eventuali profili di incertezza del rapporto. Da un lato infatti assolve una funzione alternativa rispetto alle clausole di rinegoziazione e di indicizzazione, trovando particolare applicazione anche nel campo della svalutazione monetaria. Dall'altro lato – anche se l'opinione non è del tutto pacifica – l'arbitramento di parte costituirebbe un mezzo di controllo contenutistico del contratto⁴⁵⁹.

Queste diverse funzioni si rinvergono nella casistica giurisprudenziale che ha applicato il § 315 BGB: individuazione di parametri oggettivi quali prezzi di borsa o di mercato, fissazione di clausole nei contratti di durata, o, ancora, valutazione di prestazioni lavorative professionali di particolare complessità⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ OLG Oldenburg, 20 aprile 2000, in *NZG*, 2000, 939 ss.

⁴⁵⁷ Sulla necessità che la determinazione possieda la stessa forma del negozio che va a completare si sono tuttavia riscontrate opinioni contrastanti in giurisprudenza: in senso affermativo BGH, 27 gennaio 1971, in *NJW*, 1971, 653 s.; in senso contrario BGH, 14 dicembre 1967, in *BB*, 1968, 316.

⁴⁵⁸ Con particolare riguardo all'ipotesi del ritardo, circa modo in cui valutare la ragionevolezza del termine per effettuare la determinazione vi diverse opinioni; si veda per tutti V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 59 ss.; J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit, 1481.

⁴⁵⁹ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 64.

⁴⁶⁰ Per una rassegna giurisprudenziale sulla determinazione unilaterale nel diritto tedesco si veda H. KRONKE, *Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB*, in *AcP*, 183, 1983, 113 ss.

Un classico esempio di arbitraggio di parte è quello della clausola ‘prezzo non vincolante’ (*Preis freibleibend*) funzionale a rimettere la fissazione del prezzo all’equo apprezzamento del venditore o del fornitore che vi provveda sulla base della situazione del mercato⁴⁶¹.

Il § 315 BGB ha svolto in passato un ruolo di rilievo quanto al controllo sul contenuto delle clausole generali di contratto (*Allgemeine Geschäftsbedingungen* – AGB). Tale funzione è stata tuttavia di recente ridimensionata con l’emanazione della Legge sulle condizioni generali di contratto (AGB – *Gesetz*) nel 2001, poi trasfusa, con la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002, direttamente nel BGB ai §§ 305–310, rendendo quindi ora superfluo il richiamo al § 315⁴⁶².

c. *Offenbare Unbilligkeit*

Come si è già visto con riguardo all’arbitraggio del terzo, il criterio dell’equo apprezzamento è una clausola generale che abbisogna di essere precisata e concretizzata. Poiché il diritto alla determinazione è un diritto dispositivo, i contraenti possono vincolare la parte legittimata a parametri restrittivi ovvero lasciarla più libera⁴⁶³.

Con il concetto di *Billigkeit* deve intendersi correttezza ed equilibrio, i quali presuppongono che sia stata condotta un’analisi e una ponderazione degli interessi di entrambe le parti sulla base delle circostanze di fatto proprie del caso di specie. In particolare dovrebbero essere considerati i seguenti criteri di equo apprezzamento: lo scopo del negozio, le regole contrattuali favorevoli o sfavorevoli, i vantaggi del contratto, la ripartizione del rischio fra i contraenti e loro esigenze reciproche, la durata del rapporto giuridico, il tipo e l’entità della controprestazione, i costi di fabbricazione e di produzione, il prezzo di vendita, il tempo e l’impegno profusi per l’adempimento delle obbligazioni contrattuali, eventuali circostanze emerse successivamente, vantaggi e svantaggi anche extraprocessuali, nonché gli interessi economici e la situazione finanziaria delle parti⁴⁶⁴.

Quanto allo spazio di movimento della parte-determinatore, vale quanto detto con riferimento all’arbitraggio del terzo. Il soggetto legittimato ad effettuare la determinazione

⁴⁶¹ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1829; RG, 14 febbraio 1922, in *RGZ*, 103, 414 ss.

⁴⁶² J. HAGER, in W. Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 1478 s.

⁴⁶³ C. GRÜNEBERG, in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 524.

⁴⁶⁴ P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1834.

della prestazione, cioè, dispone di uno spazio discrezionale di apprezzamento entro il quale muoversi nello svolgimento del suo incarico: non vi sarebbe quindi un'unica decisione corretta, bensì una varietà, nell'ambito della quale dovrà essere scelta quella più confacente al caso concreto⁴⁶⁵.

Quanto ai requisiti dell'iniquità, ai sensi del § 315 BGB non occorre che essa sia manifesta: la determinazione di una delle parti sarà dunque non vincolante per il semplice fatto di non corrispondere ad equità. Non vincolatività non significa però nullità: secondo l'opinione dominante essa spiegherebbe i suoi effetti fino a che non intervenga la sentenza del giudice⁴⁶⁶; un'opinione contraria afferma invece che essa sarebbe inefficace perché la determinazione in tal caso non possiederebbe quella particolare forza propria degli atti autoritativi⁴⁶⁷.

La differenza di disciplina tra il § 317 BGB ed il § 315 BGB, più rigorosa nel secondo caso, si spiega con le maggiori garanzie di imparzialità che offre la determinazione rimessa al terzo in punto di imparzialità, in quanto si caratterizza nella normalità dei casi per maggiore obiettività e ponderatezza⁴⁶⁸. Infatti la sentenza del giudice potrà sostituirsi alla determinazione del terzo solo se il principio di buona fede sia stato violato in modo evidente e manifesto⁴⁶⁹. Più rischiosa è invece l'ipotesi in cui la determinazione sia rimessa ad un contraente, il quale avrà evidentemente maggior interesse rispetto al terzo di approfittare della propria posizione sfruttandola a proprio favore e a danno di controparte.

Il controllo sull'equità condotto dal giudice ha carattere costitutivo in quanto fornisce un contenuto concreto, di fatto, allo spazio lasciato vuoto dalle parti nel contratto.

⁴⁶⁵ BGH, 8 novembre 1985, in *NJW*, 1986, 845; OLG Düsseldorf, 3 febbraio 2000, in *ZMR*, 215; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1834; V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 7 ss.; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 73.

⁴⁶⁶ OLG Frankfurt, 3 dicembre 1998, cit.; P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar*, cit., 1863 ss.

⁴⁶⁷ V. RIEBLE, in J. von Staudinger, *Kommentar*, cit., 7 ss.

⁴⁶⁸ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 185.

⁴⁶⁹ P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, cit., 49.

Capitolo terzo

L'iniquità nell'arbitraggio

1. Equità ed equo apprezzamento: la loro rilevanza nell'arbitraggio

Si è detto che l'obiettivo della nostra indagine vuole essere un'analisi delle circostanze e delle ragioni per le quali la determinazione dell'arbitratore può definirsi iniqua. Poiché, evidentemente, l'equità gioca in tale contesto un ruolo fondamentale, tale concetto dev'essere opportunamente approfondito in relazione a diversi aspetti.

Come è noto, parlando di equità ci si addentra in uno tra i temi più discussi e complessi del mondo giuridico, comprendente una congerie talmente vasta di questioni che si corre facilmente il rischio del disorientamento e della dispersione. Per questo va primariamente sottolineato che, pur non essendo questa la sede idonea per occuparsi in modo approfondito del tema, ai fini della presente ricerca un richiamo all'equità è non solo opportuno, quanto necessario.

Storicamente tale concetto ha subito un'evoluzione che l'ha condotto a fungere da criterio correttivo in tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione della legge al caso concreto conducesse ad esiti, appunto, non equi⁴⁷⁰.

Come si è avuto modo di vedere, nell'arbitraggio l'equità viene in rilievo come una delle modalità di determinazione dell'oggetto del contratto, quella cioè secondo equo apprezzamento. Dalla disciplina positiva di questa tipologia emerge chiaramente come essa sia quella preferita dal legislatore, in quanto fornisce maggiore garanzia, come risulta dall'espressione stessa, di equilibrio nel giudizio.

⁴⁷⁰ Cenni riassuntivi dal punto di vista storico-comparatistico si trovano in F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto e impresa*, Padova, 1991, 462 s. Egli ricorda come per Aristotele la funzione dell'equità consistesse nel «colmare le lacune lasciate dal legislatore e correggere le omissioni dovute al fatto che egli si esprimeva in generale», con la conseguenza che l'equità veniva ad acquisire una funzione correttiva del singolo caso specifico. Anche nel diritto romano l'*aequitas*, cui si ispira lo *ius praetorium*, si poneva in una posizione di continuità con lo *ius civile*, supplendo alle relative lacune ed imperfezioni. Anche nel sistema di *common law* inglese vale il principio per il quale '*equity follows the law*', e il sistema è ritenuto così autosufficiente: l'*equity* si innesta in un terreno già tracciato dalla legge e senza il quale la prima non avrebbe alcuna autonomia né portata concreta. Si ricordino poi nella dottrina italiana le parole di Calamandrei: «l'equità è considerata, piuttosto che come potere di creare diritto, come potere di adattare il diritto già esistente alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della codificazione vigente».

La dottrina è addivenuta a una duplice constatazione. Da un lato, l'equità non corrisponderebbe ad un sistema extralegale, bensì ad un criterio di giudizio utilizzabile da soggetti estranei al rapporto contrattuale (l'arbitratore o il giudice in veste sostitutiva del primo)⁴⁷¹. Dall'altro lato, essa non potrebbe essere assimilata al parametro valutativo delle cosiddette generali regole di buona fede e di equità (*ex artt.* 1371 cod. civ. e 114 cod. proc. civ.) di cui si serve il giudice quando interpreta il regolamento contrattuale al fine di risolvere una controversia. Il terzo infatti non si trova a dover interpretare la volontà contrattuale in presenza di una controversia: non c'è alcuna attività di composizione di un conflitto, bensì di integrazione sostanziale del rapporto contrattuale⁴⁷². Ciò non toglie, comunque, che l'apprezzamento secondo equità debba sempre uniformarsi ai principi caratterizzanti il sistema giuridico nel quale si inserisce⁴⁷³.

È stato sottolineato che il momento dell'interpretazione e quello dell'integrazione del contratto corrispondono a due giudizi distinti. Il primo consiste nella ricostruzione dell'assetto degli interessi dei contraenti ed è funzionale a comprendere quale debba essere la sua regolamentazione più adeguata. L'integrazione, invece, si realizza nella partecipazione del terzo alla determinazione del contenuto e degli effetti dell'atto giuridico. La differenza, quindi, consiste nel fatto che l'integrazione, a differenza dell'interpretazione, non implica una valutazione complessiva del negozio, bensì un suo completamento, e potrebbe essere successivamente soggetta a riesame⁴⁷⁴.

Nonostante la separazione tra questi due distinti momenti, l'equità mantiene inalterata la propria natura di criterio di giudizio. Tuttavia va ribadito, per quanto qui interessa, che l'equità che si ritrova nell'arbitraggio è proprio quella con funzione integrativa. Infatti la funzione equitativa dell'integrazione del contratto *ex art.* 1374 cod. civ. è di tipo suppletivo, in quanto finalizzata a sopperire a lacune laddove non sia prevista un'apposita disciplina da parte della legge o degli usi; non è invece un canone interpretativo del contratto già completo⁴⁷⁵.

Il terzo infatti è chiamato in veste di arbitratore a determinare l'oggetto del contratto e quindi a meglio precisare la volontà dei contraenti senza che gli venga attribuito il po-

⁴⁷¹ S. RODOTÀ, *Fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, 225 ss.

⁴⁷² F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 186 ss.

⁴⁷³ F. GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., 461 ss.

⁴⁷⁴ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 191 s.

⁴⁷⁵ Così Cass., 8 luglio 1983, n. 4626, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 240.

tere di risolvere la lite. Egli non potrà dunque in essere un'attività di tipo interpretativo, onde verificare la compatibilità del regolamento contrattuale con i limiti posti all'autonomia privata, quanto piuttosto di tipo integrativo, incidendo propriamente sul rapporto negoziale. Pur svolgendo un'attività diversa da quella giurisdizionale il suo metro valutativo è comunque forgiato sull'equità che rappresenta il suo criterio di giudizio.

Ciò chiarito, non vi è tuttavia certezza sul contenuto effettivo che l'equità deve possedere.

Si pensi ai casi in cui la determinazione dell'arbitratore è ritenuta una dichiarazione di scienza per effettuare la quale egli deve ricorrere a nozioni e conoscenze personali. In tutte queste ipotesi, in realtà, il richiamo all'equità sarebbe inappropriato perché, posto che questa assume rilievo solo laddove funga da criterio di giudizio, quando l'attività dell'arbitratore si risolve in una dichiarazione di scienza non v'è spazio per un vero e proprio giudizio e quindi, di conseguenza, per una maggiore o minore discrezionalità del terzo⁴⁷⁶.

In altri casi la legge richiama il concetto di equità come metro di giudizio di una determinazione del terzo che concerne l'ammontare, ad esempio, di un'indennità o di un risarcimento (ad es. l'art. 1226 cod. civ. sulla valutazione equitativa del danno da parte del giudice, ovvero l'art. 1384 cod. civ. sulla riduzione equitativa della penale). È stato detto che in tutte queste ipotesi il richiamo all'equità farebbe riferimento alla discrezionalità di giudizio con la quale si compenetrerebbe, identificandosi in essa⁴⁷⁷.

Di equità potrebbe significativamente parlarsi, quindi, solo quando la determinazione del terzo sia il risultato di un giudizio – ancorché diverso da quello adottato dal giudice nello svolgimento di attività giurisdizionale – che, pur non potendo tendenzialmente prescindere da un certo grado di discrezionalità, dovrà necessariamente fare riferimento ai parametri oggettivi che si ricavano dal sistema normativo di riferimento⁴⁷⁸.

Quando si parla di equo apprezzamento, dunque, si fa riferimento ad una valutazione delle circostanze in termini oggettivi, nel rispetto dei principi contenuti in norme costituzionali e clausole generali. In tal modo viene assicurato un metro di valutazione il più possibile ponderato ed obiettivo, così da garantire certezza del diritto ed evitare l'arbitrio del singolo.

⁴⁷⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 198.

⁴⁷⁷ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 11.

⁴⁷⁸ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 199.

2. La *Geschäftsgrundlage* e l'integrazione del negozio giuridico

Ciò premesso, con riguardo al tema della nostra indagine, è interessante accennare a come si sia sviluppata nell'esperienza giuridica tedesca la relazione tra *Geschäftsgrundlage* e integrazione del negozio, nonché l'influenza che essa ha avuto di riflesso sulla disciplina dell'arbitraggio.

La definizione del concetto di *Geschäftsgrundlage* è risalente nel tempo⁴⁷⁹. Autorevole dottrina ha affermato che tale istituto farebbe riferimento sia alle circostanze obiettive sulle quali si fonda la volontà negoziale delle parti e da cui dipende la realizzazione dello scopo dell'atto (*Geschäftsgrundlage* oggettiva), sia alla rappresentazione che i contraenti ne abbiano a partire dal momento della conclusione del contratto (*Geschäftsgrundlage* soggettiva)⁴⁸⁰.

Così intesa questa figura e tenendo conto del noto principio *pacta sunt servanda*, va rilevato come tuttavia nella realtà giuridica quotidiana si verificano delle eccezioni. Vi sono infatti situazioni in cui, in virtù di fattori esterni ovvero riconducibili alla volontà delle parti, alcuni aspetti dell'accordo contrattuale possono cambiare, subire un adeguamento o venire meno. In particolare, quando si verificano rilevanti mutamenti della cornice contrattuale fissata dalle parti si parla della cosiddetta *Störung der Geschäftsgrundlage*⁴⁸¹.

La *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 che ha modificato il diritto tedesco delle obbligazioni, ha abbracciato anche l'istituto della *Geschäftsgrundlage*. Il nuovo § 313 BGB, collocato dopo le disposizioni a tutela del consumatore, è il risultato delle considerazioni giurisprudenziali svolte sul tema fino a quel momento⁴⁸² anche se non esplicita il principio, pur caposaldo anche dell'ordinamento tedesco, dell'importanza dell'interpretazione contrattuale con funzione integrativa e della legge⁴⁸³.

⁴⁷⁹ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921, 37.

⁴⁸⁰ Per tutti si veda K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Berlin, 1951, 20 ss.

⁴⁸¹ Per una concisa ma esauriente panoramica storico-comparatistica sull'argomento si leggano: C. REITER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002, 23 ss.; H. RÖSLER, *Geschäftsgrundlage*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, I, Tübingen, 2009, 710 ss.

⁴⁸² Per una visione d'insieme sulla *Schuldrechtsmodernisierung* si veda P. HUBER-F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, 1 ss.; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 9 ss.

⁴⁸³ H. RÖSLER, *Geschäftsgrundlage*, cit., 712.

Tale costruzione dogmatica ha rivestito un ruolo fondamentale nella teorizzazione delle moderne elaborazioni in tema negoziale. Infatti, in considerazione di essa, molti autori hanno iniziato a servirsi delle riflessioni sulla teoria del fondamento negoziale, non solo e non tanto per risolvere i problemi interpretativi che potevano sorgere in seguito al verificarsi di sopravvenienze imprevedibili per le parti, ma anche per individuare lo spazio entro il quale il giudice può intervenire nel loro regolamento contrattuale – quest’ultimo costituendo, al tempo stesso, fonte e cornice del suo potere di azione – per colmare tramite il criterio dell’equità i vuoti negoziali lasciati dai contraenti.

Sulla scorta di queste elaborazioni la giurisprudenza si è orientata, nella sua attività di integrazione del contratto e di completamento della sua efficacia, a dar rilievo, da un lato, agli elementi che costituiscono il fondamento del negozio e, dall’altro, al principio di buona fede⁴⁸⁴.

Con particolare riguardo all’arbitraggio del terzo secondo equo apprezzamento, le considerazioni appena svolte e la menzione del profilo anche soggettivo della *Geschäftsgrundlage* sottolineano l’importanza che deve essere attribuita all’autonomia negoziale delle parti. Infatti nell’assumere la determinazione l’arbitratore farà riferimento agli elementi fondanti e ai parametri valutativi stabiliti proprio da coloro che han posto in essere l’atto negoziale, cioè i contraenti. E quindi, se anche la loro volontà riveste un ruolo decisivo per l’adozione della determinazione arbitrale, bisogna guardare attentamente al contenuto del negozio con cui le parti si siano accordate di affidare l’incarico al terzo. È infatti dal tenore dello stesso che può comprendersi con quale ampiezza e quali modalità le parti abbiano inteso rimettersi all’intervento dell’arbitratore⁴⁸⁵. Esse accettano il rischio dell’esito delle sue valutazioni, che tanto più corrisponderanno all’equo apprezzamento quanto più rispecchieranno non solo criteri oggettivi ma anche le aspettative e le intenzioni delle parti: «il *dictum* del terzo sarà per contro iniquo ogniqualvolta egli non tenga nella dovuta considerazione la rappresentazione delle parti»⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 206.

⁴⁸⁵ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 207.

⁴⁸⁶ Così F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 208. Ripercorre criticamente questa posizione anche M. FARNETI, *Equo apprezzamento e manifesta iniquità dell’arbitraggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 6, 318 ss.

3. Il problema dell'equità come metro di giudizio

Già sotto la vigenza del precedente codice civile era emersa chiaramente la problematica di definire con esattezza l'*arbitrium boni viri* e, di conseguenza, quali fossero i presupposti sulla cui base si potesse ritenere violato il parametro dell'equità che deve invece informare la determinazione dell'arbitratore nell'arbitraggio secondo equo apprezzamento.

Infatti, l'iniquità di cui parla la legge è un concetto difficilmente inquadrabile e definibile a livello dogmatico. Il dato normativo la caratterizza con il solo aggettivo «manifesta» e, in generale, essa viene considerata come violazione del principio di buona fede, ardua risultando una specificazione dettagliata del suo contenuto.

Alcune pronunce giurisprudenziali si sono espresse parlando di «colpa grave equiparabile a dolo», «collusione», «frode o errore evidente e manifesto paragonabile all'*iniquitas*»⁴⁸⁷: riferimenti, quindi, alle figure sintomatiche del dolo e dell'errore.

La dottrina ha chiarito fin da subito che le difficoltà che si incontrano nel definire esattamente i parametri valutativi dell'arbitratore sono dovute al fatto che i principi ai quali egli deve attenersi sono i criteri di lealtà, onestà, buona fede: nozioni, quindi, di stampo non tanto giuridico, quanto piuttosto, è stato detto, «equitativo»⁴⁸⁸.

Sulla base di tali considerazioni, tra l'altro, è stato affermato che la problematica della manifesta iniquità nell'arbitraggio presenterebbe i medesimi profili di incertezza ravvisabili nell'istituto dell'arbitrato libero o irrituale⁴⁸⁹.

L'equità ha dunque un contenuto che non è determinato in modo preciso ed assoluto, bensì è mutevole in quanto costituisce la misura di riferimento di ogni singolo rapporto e situazione. Si tratta di un concetto duttile che «appare quale virtù e quale norma, o compendio di norme»⁴⁹⁰.

La legge ha previsto che nel caso in cui l'arbitratore assuma una determinazione iniqua, non rilevi la sua buona fede: la statuizione è impugnabile per il semplice fatto che il terzo – pur in assenza di mala fede – non abbia tenuto conto di quei parametri cui le parti abbiano fatto riferimento nel contratto⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Fra le altre, Corte d'Appello di Catania, 6 marzo 1983, inedita.

⁴⁸⁸ Per approfondimenti a questo proposito: G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 60 ss.

⁴⁸⁹ G. COLLURA, *Manifesta iniquità*, cit., 102 ss.

⁴⁹⁰ «Die Billigkeit erscheint als Tugend und als Norm, bzw. als ein Inbegriffe von Normen»: così M. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, 1921, 2.

⁴⁹¹ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 65.

La volontà dei contraenti svolge, come si è detto, un ruolo fondamentale nell'individuazione dei criteri sulla base dei quali valutare l'iniquità, o meno, della determinazione arbitrale. Tale componente soggettiva infatti, viene in rilievo non solo nel momento iniziale in cui conferisce al terzo arbitratore l'incarico di determinare l'oggetto del contratto, ma anche nel prosieguo, in quanto può fissare nel contempo i parametri minimi e massimi entro i quali la determinazione potrà ritenersi equa⁴⁹².

Questa forbice di valutazione di cui l'arbitratore si serve consente di graduare l'intensità della portata della relativa determinazione, di modo che anch'essa potrà corrispondere a differenti gradi e livelli di equità. Tali possibili oscillazioni spesso impediscono di assoggettare la statuizione dell'arbitratore ad un unico criterio di valutazione e ciò costituisce frequente motivo di dissenso fra le parti circa la rispondenza, o meno, della determinazione del terzo all'assetto di interessi da loro effettivamente voluto.

Tutte queste considerazioni assumono rilevanza laddove, appunto, si ragioni di arbitraggio secondo equo apprezzamento, il quale è un metro di giudizio variegato, che fa riferimento a tutti gli elementi del rapporto oggetto di valutazione da parte dell'arbitratore. Da un lato vi sono gli aspetti negoziali considerati dalle parti: lo scopo da loro perseguito, la suddivisione costi-benefici tra loro, gli interessi generali, la durata, la natura e l'entità delle prestazioni. Dall'altro lato vi sono gli interessi più prettamente soggettivi, quali le loro condizioni economiche, gli interessi personali perseguiti, la posizione sociale e quella lavorativa di ciascun contraente⁴⁹³.

Sia concesso a questo punto un richiamo alla nozione tedesca di *billiges Ermessen* – corrispondente al nostro 'equo apprezzamento' – di cui ai §§ 315 ss. BGB. Parte della dottrina ha ritenuto che tale espressione sarebbe poco appropriata in quanto combinerebbe due concetti aventi tra loro significati contraddittori. L'*Ermessen* sta infatti ad indicare la possibilità di un giudizio, di una scelta che può esplicarsi nell'ambito di uno spazio discrezionale, caratterizzato quindi da una certa libertà. Esso parrebbe tuttavia limitato dall'aggettivo *billig*, il quale sembra accennare alla circostanza che la scelta dell'arbitratore spazierebbe nell'ambito ricompreso fra due parametri: *unbillig* e *billig*, molteplici essendo le possibili determinazioni inique, una sola, invece, quella veramente equa⁴⁹⁴.

⁴⁹² G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 55 ss.

⁴⁹³ A. BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, cit., 88.

⁴⁹⁴ P. POULAKOS, *Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt*, Hamburg, 1970, 134.

Nella dottrina tedesca si sono contrapposte fundamentalmente due teorie a proposito del contenuto da attribuire all'equo apprezzamento.

Una si schiera a favore della compressione dell'ampiezza della facoltà di scelta dell'arbitratore che provvede secondo equo apprezzamento, in modo che possa ritenersi praticabile una sola scelta, l'unica veramente equa⁴⁹⁵. L'argomentazione che sta alla base di tale ragionamento è quella per cui se il principio dell'equità richiede che nel caso concreto possa essere ammissibile solo una certa decisione, si dovrebbe escludere qualsiasi possibilità di scelta alternativa da parte del terzo. Egli assumerebbe infatti l'unica scelta possibile, la quale esiste già ma necessita di essere esternata. Quindi nella combinazione dei concetti 'equità' ed 'apprezzamento' stando a tale interpretazione l'elemento che dovrebbe prevalere sarebbe il primo, poiché nel giudizio secondo equità non vi sarebbe spazio per l'apprezzamento.

A conclusioni diverse perviene invece chi ritiene che nel caso in cui l'arbitratore svolga il suo incarico secondo equo apprezzamento, egli disporrebbe di un'ampia facoltà di scelta in ordine all'individuazione della determinazione che gli pare essere, fra le varie possibili rimesse alla sua discrezione, quella più equa, ovvero di individuare differenti soluzioni parimenti eque⁴⁹⁶.

Sulla scorta di tali riflessioni vi è chi ha osservato che, probabilmente, chi ritiene che il compito dell'arbitratore sia quello di individuare l'unica soluzione corrispondente ad equità sarebbe stato influenzato dalle considerazioni sulla perizia⁴⁹⁷. È con riferimento ad essa, e non all'arbitraggio, che le valutazioni del terzo dovranno consistere in un'indagine puramente oggettiva volta a individuare l'esatta stima o natura della prestazione contrattuale⁴⁹⁸.

Inoltre, si dice, l'argomentazione su cui poggia l'opinione secondo cui una sola potrebbe essere la determinazione vincolante, non troverebbe una valida giustificazione dal punto di vista giuridico. Non necessariamente, infatti, alla *Billigkeit* corrisponderebbe sempre e solo un'unica scelta. Rievocando le radici romanistiche del concetto di *arbitrium boni viri* emergerebbe infatti come in realtà l'equità che connota tale apprezzamento non

⁴⁹⁵ U. KORNBLUM, *Die Rechtsnatur der Bestimmung*, cit., 461.

⁴⁹⁶ H. NEUMANN-DUESEBERG, *Gerechliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB*, in *JZ*, 1952, 705 ss.

⁴⁹⁷ In questo senso M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte*, cit., 329 s.

⁴⁹⁸ Sulle differenze tra arbitraggio e perizia contrattuale nell'ordinamento italiano si veda *supra*, § 3.

sia a senso unico, e quindi non comporti l'assunzione di una decisione univoca bensì valori, invece, l'apprezzamento discrezionale del *bonus vir*, il quale si serve dell'equità quale metro di giudizio che lo conduce a considerare vari aspetti e ad assumere una fra le possibili decisioni eque.

Tali considerazioni critiche si pongono altresì in linea con la logica considerazione che, opinando diversamente, si priverebbe di portata le stesse norme sull'arbitraggio, la cui finalità è invece quella di consentire una valutazione successiva di varie circostanze di fatto e di diritto e che può realizzarsi pienamente solo se all'arbitratore sia lasciato (almeno) un minimo apprezzamento discrezionale⁴⁹⁹.

4. L'equità quale criterio relazionale di interessi

Si è già detto che nell'effettuare la determinazione secondo equo apprezzamento l'arbitratore dovrà tenere in considerazione non solo gli usuali criteri di buona fede e correttezza, ma anche gli interessi negoziali delle parti nonché le loro soggettive attitudini.

Ciò premesso, va ora considerato quel profilo del giudizio secondo equo apprezzamento secondo il quale l'arbitratore nell'assumere la determinazione deve primariamente porre in relazione e a confronto tutti gli aspetti coinvolti nella fattispecie concreta. È stato infatti affermato che l'equità sarebbe un criterio relazionale di valutazione degli interessi volto ad operare un vero e proprio bilanciamento degli stessi in modo da addivenire al cosiddetto equilibrio equitativo, cioè ad un'equanime ripartizione tra vantaggi ed oneri⁵⁰⁰.

Tale valutazione implica l'individuazione di quali tra gli interessi coinvolti nel giudizio dell'arbitratore debbano essere ritenuti meritevoli di tutela e quali invece non lo siano, nonché di un temperamento fra gli stessi nel caso in cui appaiano, anche solo in parte, confliggenti⁵⁰¹.

La meritevolezza degli interessi coinvolti sarà frutto di un giudizio condotto dall'arbitratore su basi soggettive. Poiché tali interessi saranno di natura differente e potranno riguardare differenti tipologie di soggetti (persone fisiche, persone giuridiche, enti di vario tipo), il giudizio non solo dovrà tener conto delle caratteristiche proprie e partico-

⁴⁹⁹ M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte*, cit., 328 ss.

⁵⁰⁰ G.M. CHIODI, *Equità*, Torino, 2000, 43.

⁵⁰¹ G.M. CHIODI, *Equità*, cit., 44 s.

lari di ciascuno ma dovrà anche porle in relazione con quelle degli altri. Infatti «il giudizio equitativo è sempre ed esclusivamente relazionale»: la presenza di una molteplicità di interessi è quindi condizione caratteristica del giudizio equitativo⁵⁰². Quest'ultimo infatti presuppone di per sé che le valutazioni che ne siano oggetto tengano conto di una pluralità di fattori che, ponendosi in relazione gli uni con gli altri, necessitano di una comparazione. Il giudizio secondo equità non ha ad oggetto i singoli interessi, bensì le relazioni esistenti fra loro⁵⁰³.

È stato osservato che il legislatore del 1942 avrebbe mostrato un certo disinteresse a tentare una soluzione della questione della proporzione fra valori e prestazioni nell'ambito dei rapporti economici⁵⁰⁴. Tra le norme considerate invece strumentali al raggiungimento di un'equa distribuzione degli interessi fra le parti viene ricordato proprio l'art. 1349 cod. civ. in cui, appunto, la determinazione dell'oggetto del contratto da parte del terzo si presume rimessa al suo equo apprezzamento.

5. La manifesta iniquità

Il primo comma dell'art. 1349 cod. civ. consente alle parti di impugnare la determinazione dell'arbitratore – richiedendo l'intervento sostitutivo del giudice – nel caso di sua 'manifesta' iniquità (o erroneità o, semplicemente, mancanza). La specificazione che l' 'evidenza' introduce nel parametro dell'equità è ovviamente finalizzato, nell'ottica del legislatore, a diminuire il carico del contenzioso ponendo quindi un limite ad una indiscriminata impugnabilità della determinazione arbitrale.

Alla questione problematica, dunque, di cosa debba intendersi per iniquità della determinazione, si aggiunge quella, dai profili incerti anch'essa, di accertare quando tale iniquità rivesta il carattere dell' 'evidenza'. La sua natura è stata più volte affrontata da dottrina e giurisprudenza ma tuttora non riceve un'interpretazione univoca. I criteri che sono stati utilizzati avevano carattere elastico, più che quantitativo, scelta questa, dovuta alla convinzione che i primi consentissero di interpretare più agevolmente la volontà del legislatore.

⁵⁰² G.M. CHIODI, *Equità*, cit., 46.

⁵⁰³ Sulla distinzione fra interessi morali ed utilitaristici: G.M. CHIODI, *Equità*, cit., 49.

⁵⁰⁴ R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, 77.

Uno degli approcci alla questione è stato quello di chiedersi se l'evidenza dell'iniquità della determinazione assunta secondo equo apprezzamento dovesse essere misurata sulla base del suo evidente manifestarsi oppure, invece, della sua intrinseca inattendibilità⁵⁰⁵.

Si faccia subito un esempio che serva da iniziale punto di riflessione sul concetto di manifesta equità. Se la determinazione del terzo concerne la stima del valore di un bene e ne risulti una valutazione difforme del 30% rispetto al prezzo usualmente praticato, tale differenza sarà presumibilmente manifesta se si tratti di prodotti di serie appena usciti dalla fabbrica, mentre altrettanto non varrebbe per un quadro d'autore o un'area fabbricabile⁵⁰⁶. Si è soliti ritenere, quindi, che l'iniquità per essere manifesta dovrà essere macroscopica e non opinabile: non è stato ad esempio ritenuto sufficiente ai fini della sua esistenza il fatto che l'arbitratore si fosse servito di criteri di valutazione di tipo esclusivamente soggettivo⁵⁰⁷.

Già la dottrina tedesca, all'inizio del secolo scorso, discuteva sull'essenza di tale 'evidenza', osservando che essa ricorrerebbe allorché una persona dotata di giudizio e che analizzi il concreto caso specifico giunga alla conclusione che il contenuto della determinazione non corrisponde a quello che invece, secondo le massime di esperienza, ci si potrebbe attendere. Di più, v'è chi ha precisato, come si è già visto, che l'evidenza andrebbe considerata dal punto di vista non di un qualsiasi soggetto, bensì di colui che possieda competenze specifiche in materia⁵⁰⁸.

Il presupposto dell'evidenza viene spesso collegato a quello della rilevanza, in quanto introduce un metro di valutazione che implica una gradazione di intensità. Non si tratterebbe, quindi, di contrapporre l'equità all'iniquità, quanto, piuttosto, da un lato, l'equità e le forme 'non rilevanti' di iniquità e, dall'altro lato, quelle determinazioni viziate da un'iniquità talmente rilevante da renderle, appunto, 'manifestamente inique'.

Sotto la vigenza del codice del 1865 in dottrina si levarono autorevoli voci secondo le quali tale impostazione, pur fondata, sarebbe stata formulata in termini poco appropriati. È stato infatti osservato che sarebbe una contraddizione in termini attribuire all'arbitratore

⁵⁰⁵ R. SACCO, voce *Determinatezza dell'oggetto*, cit., 533 s.

⁵⁰⁶ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 127.

⁵⁰⁷ R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, cit., 420. Significativa, in giurisprudenza, è la sentenza della Corte d'Appello di Genova, 17 maggio 1951, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce «Obbligazioni e contratti», n. 166.

⁵⁰⁸ Si veda la dottrina tedesca citata da Scaduto in G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 66 s.

la facoltà di adottare una determinazione secondo *arbitrium boni viri* – equa appunto – e poi di fatto consentirgli di assumerne anche una che, seppur in forma non così rilevante – *rectius* manifesta – da consentire alle parti di impugnarla, risulti comunque viziata da iniquità. La prestazione del terzo potrebbe addirittura essere considerata quale *aliud pro alio*. Va ricordato, tuttavia, che l'apprezzamento del terzo in termini di *arbitrium boni viri* è caratterizzato di per se stesso dal non avere limiti precisi, bensì un margine di oscillazione tra un minimo ed un massimo, all'interno del quale la determinazione può sempre essere ritenuta equa, non invece iniqua⁵⁰⁹.

Pertanto l'iniquità non necessiterebbe di essere particolarmente rilevante – tale quindi da essere riconoscibile da un profano, un 'non esperto' – bensì sarebbe sufficiente, al fine della sua impugnabilità, che essa sussista in modo palese, indipendentemente dal suo grado di rilevanza. Addirittura, al fine dell'accertamento di tale condizione – cioè l'evidenza – potrebbe rendersi necessario l'esame di un soggetto particolarmente esperto e sarebbe opportuno che la sua verifica si spingesse fino a valutare la intrinseca inattendibilità della determinazione dell'arbitratore⁵¹⁰. L'iniquità esiste ovvero non esiste: in quest'ultimo caso la pronuncia sarà equa, non rilevando se essa si ponga sui valori minimi o massimi dei limiti che la circoscrivono rispetto all'iniquità.

Proprio in questo senso si esprime l'opinione attualmente maggioritaria, la quale interpreta il carattere 'manifesto' dell'iniquità come consistente in un grado di intensità tale da renderla riconoscibile e percepibile, senza che siano necessarie approfondite indagini, da parte di un soggetto munito di adeguata competenza tecnica e professionale in materia⁵¹¹. E, aggiungono in molti, l'evidenza sussiste di sicuro nel caso in cui l'interesse di una parte venga sacrificato notevolmente in assenza di un'opportuna giustificazione nell'equilibrio contrattuale⁵¹².

⁵⁰⁹ G. SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., 67 ss.

⁵¹⁰ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 127.

⁵¹¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 138; M.S. CATALANO, *Le clausole di arbitraggio*, cit., 793.

⁵¹² R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 393; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 836; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 336; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 138. Secondo Cass., 19 agosto 1992, n. 9654, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce «Arbitrato», n. 190, la disciplina prevista dall'art. 1349 cod. civ. sarebbe finalizzata alla tutela contro la rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte. Una certa giurisprudenza ha appoggiato la tesi per cui l'iniquità potrebbe anche non essere rilevabile a prima vista: così, ad esempio, Corte d'Appello di Caltanissetta, 29 dicembre 1958, in *Mass. App. Giust. civ.*, 1958.

È stato tuttavia sottolineato che il rischio insito in questa opinione, quella cioè della rilevabilità a prima vista dell'iniquità, è che si arrivi a ritenere manifestamente iniqua o erronea qualsiasi determinazione che sconfini dai limiti ritenuti normali ed usuali⁵¹³.

A chiusura di tali osservazioni si ricordi infine che è opinione invece pacifica quella secondo cui l'impugnabilità della determinazione manifestamente iniqua o erronea ha carattere oggettivo: non ha infatti alcun rilievo la condizione soggettiva di colpa o dolo dell'arbitratore⁵¹⁴.

6. Indici di iniquità

I problemi che la presente ricerca incontra e deve superare sono dovuti alla combinazione di due fattori, già emersi durante l'analisi fino ad ora condotta.

Da un lato, il fatto che il legislatore abbia dimostrato una netta preferenza per l'arbitraggio secondo equo apprezzamento porta inevitabilmente a focalizzare l'attenzione sul concetto di equità. Si tratta tuttavia di un tema che, seppur dibattuto in tutte le sue variegate ramificazioni sin dalle origini della storia del diritto, mantiene tutt'oggi profili irrisolti e poco chiari.

Dall'altro lato, proprio la difficoltà di stabilire dei criteri univoci sulla cui base valutare l'effettiva corrispondenza, o meno, della determinazione dell'arbitratore ai parametri dell'equità e quindi di quali siano i limiti della discrezionalità del terzo, rende talora complicata la sussunzione della realtà concreta in categorie dogmatiche e nelle fattispecie legali astratte, nonché la conseguente applicazione delle prescrizioni previste per i casi di iniquità.

Come è già stato accennato, l'apprezzamento secondo equità che svolge l'arbitratore non è considerato un giudizio in quanto il suo equo apprezzamento ha funzione integrativa, la stessa che possiede il giudice in ambito contrattuale ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. Ciò nonostante va osservato che, molto spesso, la determinazione del terzo coincide in concreto con una valutazione la quale, pur perseguendo il fine di integrazione negoziale, si identifica di fatto con un vero e proprio giudizio – che si serve come criterio

⁵¹³ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 161.

⁵¹⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 393; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 138; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 836; G. SANTORO, in *Commentario al codice civile*, cit., 550; così anche Cass., 2 febbraio 1999, n. 858, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Contratto in genere», n. 417.

principale dell'equità – seppure con funzione diversa da quella giurisdizionale svolta dall'organo giudicante⁵¹⁵.

L'accertamento dell'equità della determinazione della prestazione oggetto del contratto è demandata alla valutazione del giudice di merito e, come si è avuto modo di osservare, non è sindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata e immune da vizi logici e giuridici⁵¹⁶.

Rinviando al capitolo successivo l'analisi approfondita dei motivi di impugnazione della determinazione dell'arbitratore, ci si concentri ora sull'iniquità e sulla questione specifica che concerne i presupposti sulla base dei quali individuarla.

Essi vanno ricercati tenendo conto che l'iniquità va considerata in generale quale inosservanza di tutti quei criteri che dovrebbero caratterizzare la valutazione secondo equo apprezzamento dell'arbitratore e ai quali quest'ultimo non si sia attenuto⁵¹⁷.

È necessario tracciare sin d'ora una prima linea di demarcazione quanto ai possibili motivi di iniquità della determinazione arbitrale.

Si tratta di una tematica che abbiamo già affrontato dal punto di vista dogmatico e che mostra ora i suoi riflessi pratici: la questione della natura negoziale o non della determinazione del terzo, dalla quale discende l'applicabilità, o meno, del regime previsto per l'impugnazione dei negozi giuridici. Tra i sostenitori della teoria negoziale vi è chi si mostra favorevole a riconoscere l'annullabilità della determinazione e chi, invece, ipotizza una sorta di nullità⁵¹⁸.

Anche a volersi ammettere, seguendo così l'opinione dottrinarie minoritaria, che l'atto di arbitraggio abbia natura negoziale, non pare comunque sostenibile la teoria della nullità: tutti gli elementi distintivi e caratterizzanti, quali la legittimazione ad agire, l'efficacia dell'atto, la rilevabilità dei vizi, portano invero a riconoscere nella determinazione arbitrale un atto passibile, al più, di annullamento⁵¹⁹.

In realtà, anche affermando la natura non negoziale della determinazione del terzo, i principi che devono essere applicati alla fase dell'impugnazione sono quelli che concernono-

⁵¹⁵ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 196.

⁵¹⁶ Si veda *supra*, cap. 1, § 8.

⁵¹⁷ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale e arbitraggio*, Milano, 1963, 73 s.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 160; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 136.

⁵¹⁸ Afferma la nullità della determinazione del terzo che si riveli manifestamente iniqua C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 333.

⁵¹⁹ In questo senso G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 139.

no l'annullamento dei negozi giuridici: essi costituiscono la fonte più idonea tenuto conto delle caratteristiche giuridiche della determinazione e del contesto in cui si inserisce. Infatti il giudice, quando sarà chiamato a valutare l'ammissibilità della determinazione del terzo, giudicherà non tanto l'equità o la correttezza in sé e per sé considerate, bensì le porrà in relazione con il negozio esistente fra le parti, al quale la determinazione stessa è funzionale. La pronuncia del giudice che 'annulli' la determinazione arbitrale avrà come conseguenza il fatto che l'oggetto del contratto, che era divenuto 'determinato' a seguito della statuizione arbitrale, in assenza di questa – in quanto annullata – ritornerà ad essere 'determinabile'; il contratto non viene tuttavia inficiato in punto validità ed efficacia⁵²⁰.

Come si è detto parlando in generale delle modalità di determinazione del terzo, egli deciderà secondo equo apprezzamento in tre casi: per espressa volontà delle parti in tal senso; se esse nulla abbiano detto in proposito; ovvero, infine, se si siano richiamate a parametri e principi precisi di cui l'arbitratore è obbligato a tener conto nell'assumere la determinazione.

Mentre in quest'ultima ipotesi è più facile ipotizzare quali saranno contenuto e limiti dell'equo apprezzamento del terzo, più difficile risulta stabilire in cosa esso consista quando questo criterio di valutazione entri in gioco a seguito di un richiamo, per volontà espressa o tacita delle parti⁵²¹.

Da un punto di vista generale è opinione comune che la nozione di equo apprezzamento debba comprendere tutti gli aspetti del rapporto intercorrente fra le parti, e ciò sia se si faccia riferimento all'arbitramento del terzo, sia a quello di parte, nelle ipotesi in cui questo sia ammesso⁵²².

Ciò significa che l'arbitratore dovrà considerare numerosi aspetti, oggettivi e soggettivi, conosciuti o conoscibili.

Fra i primi rientrano sicuramente il contenuto del contratto, il tipo di prestazioni previste, l'allocazione del rischio, eventuali dettagli dell'incarico affidato al terzo, dati di mercato, lo scopo contrattuale, la ripartizione costi-benefici, i costi di produzione, circostanze sopravvenute alla determinazione del rapporto negoziale⁵²³.

⁵²⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 140.

⁵²¹ E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 235.

⁵²² Si veda, per tutti A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, 73 e 151 s.

⁵²³ In questo senso G. VILLA, *La determinazione*, cit., 856.

Vi sono poi delle circostanze soggettive da considerare, cioè le condizioni delle parti, in particolare la loro situazione economica, i loro interessi patrimoniali, la posizione sociale, nonché le circostanze personali e familiari che possano influire su quelle a carattere prettamente economico-finanziario⁵²⁴.

Di tutti questi aspetti l'arbitratore dovrà effettuare una rielaborazione in termini obiettivi ed equilibrati, tenendo sempre in opportuna considerazione l'intento soggettivo dei contraenti e contestualizzandolo, secondo criteri oggettivi e di stampo anche economico, nel particolare settore tecnico in cui si trova ad operare⁵²⁵.

Spesso un indice di manifesta iniquità è stato ravvisato in «una palese irragionevolezza e sproporzione del risultato finale della determinazione», non essendo sufficiente «una iniquità di dubbio o scarso rilievo»⁵²⁶.

Altre volte la giurisprudenza è stata più vaga, affermando semplicemente che l'iniquità si verifica quando vi è «assenza di proporzione tra il risultato dell'attività del terzo e gli elementi di fatto»⁵²⁷. Sempre che, tuttavia, ciò non sia dovuto ad una precisa intenzione dell'arbitratore giustificata dall'intento delle parti o da parametri di valutazione concordati preventivamente⁵²⁸. Inoltre ciò dipende anche, come si è già accennato, dall'ampiezza che si vuole dare all'aggettivo 'manifesta' con riferimento all'equità.

A criteri di economia mercantile ha fatto riferimento la Suprema Corte quando ha ritenuto che, nel caso in cui l'arbitratore fosse stato incaricato di stabilire il prezzo di un appalto, per poter riscontrare un'eventuale iniquità di tale determinazione il giudice avrebbe dovuto indagare se «il prezzo dell'arbitratore, anche se scarsamente remunerativo» abbia costituito o meno «una perdita» per una delle parti⁵²⁹.

⁵²⁴ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 73; ID., *Note sull'arbitramento*, cit., 88 s.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 236.

⁵²⁵ A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione*, cit., 151. Come osserva S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in *L'equità, Atti del convegno di studi organizzato dal Centro Nazionale di prevenzione e Difesa Sociale*, Milano, 1975, 52, lo stesso terzo comma dell'art. 1349 cod. civ., che fa riferimento alle 'condizioni generali della produzione', fosse anche da considerarsi implicitamente abrogato, esplicita l'intento del legislatore di inquadrare l'attività di determinazione dell'oggetto non già secondo criteri di «eccezionalità equitativa», bensì di «normalità economica».

⁵²⁶ Cass., 11 giugno 1971, n. 1784, in *Mass. Giur. lav.*, 1971; Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, cit.; Cass., 18 ottobre 1960, n. 3093, in *Mass. Foro it.*, 1960; Cass., 12 ottobre 1960, n. 2665, in *Foro it.*, 1961, I, 72.

⁵²⁷ Corte d'Appello di Genova, 17 maggio 1951, cit.

⁵²⁸ Nuovamente, Corte d'Appello di Genova, 17 maggio 1951, cit.

⁵²⁹ Cass., 9 luglio 1962, n. 1804, in *Foro it.*, 1963, I, 97 s.

È stato più volte affermato che l'iniquità, comunque, deve emergere dal risultato finale della determinazione del terzo e non semplicemente dall'irregolarità del procedimento da lui seguito⁵³⁰.

Dottrina e giurisprudenza sembrano essersi orientate nel senso di ritenere l'attività dell'arbitratore un incarico che deve essere svolto con la diligenza del buon padre di famiglia. Si avrà iniquità quando il giudizio dell'arbitratore contrasti con i principi di ragionevolezza, equilibrio, buona fede e proporzione cui si sarebbe dovuto ispirare in qualità di *bonus vir*⁵³¹. Infatti, si è detto, i principi appena menzionati pur venendo riconosciuti dal nostro ordinamento sono talora disattesi da norme che incidono sul formalismo negoziale (ad esempio la forma scritta) ovvero stabiliscono particolari oneri onde evitare determinate conseguenze (ad esempio la decadenza dalla garanzia per vizi). Il potere di decidere secondo equità che viene affidato all'arbitratore gli consente di applicare i menzionati principi di buona fede e ragionevolezza disattendendo i limiti imposti dalle suddette regole di dettaglio⁵³².

In dottrina si afferma che l'iniquità dovrebbe possedere alcuni requisiti ed in particolare avere un certo grado di rilevanza, comportare il sacrificio dell'interesse di una parte e non esser giustificata dall'economia contrattuale⁵³³.

Mentre in generale l'individuazione dei criteri sulla base dei quali valutare l'iniquità della determinazione è tutt'altro che semplice, in alcune ipotesi speciali di arbitraggio, come ad esempio quella di cui all'art. 1473 cod. civ., tale riconoscimento è più agevole⁵³⁴.

Nell'esempio della vendita, infatti, la determinazione del prezzo da parte dell'arbitratore sarà considerata 'giusta' quando farà riferimento ai valori di mercato. Ciò significa che egli dovrà considerare, da un lato, il prezzo normalmente praticato per quel tipo di bene o simili e, dall'altro, le caratteristiche di quel particolare contratto (ad esempio eventuali agevolazioni di pagamento, natura delle garanzie legali)⁵³⁵.

⁵³⁰ Pret. Taranto, 15 maggio 1981, in *Giur. merito*, 1982, 274.

⁵³¹ M.S. CATALANO, *Le clausole di arbitraggio*, cit., 790; G. VILLA, *La determinazione*, cit., 856; *ex multis*, Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, cit.

⁵³² Ancora, G. VILLA, *La determinazione*, cit., 856.

⁵³³ F. SANTINI-N. BORTOLUS, *I contratti in generale*, cit., 147; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 334.

⁵³⁴ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 521 ss.

⁵³⁵ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 521.

Per quanto concerne invece i riferimenti spazio-temporali cui l'arbitratore deve fare riferimento, essi corrispondono al momento e al luogo dell'alienazione del bene. Nella vendita generica si farà quindi riferimento alla consegna; nella vendita di specie invece bisognerà distinguere: se si tratta di un bene già esistente si guarderà al momento della conclusione del contratto; se invece si tratta di vendita di un bene futuro ci si riferirà al momento in cui esso verrà ad esistenza⁵³⁶.

Quelli finora enunciati sono dei generici parametri di riferimento. Il problema sta però nel verificare quando accade, in concreto, che essi non vengano adeguatamente considerati e rispettati. A tale scopo ci concentreremo in un primo momento sull'analisi di alcune recenti sentenze della Suprema Corte e, successivamente, sulla possibilità di elaborare un ulteriore criterio di valutazione dell'iniquità della determinazione.

7. L'iniquità nella giurisprudenza

A seguito dell'analisi fino ad ora condotta possiamo affermare che la giurisprudenza si è occupata di rado e in modo poco approfondito della questione dei criteri sulla base dei quali valutare l'equità, o meno, della determinazione dell'arbitratore. I rinvii all'equo apprezzamento hanno infatti assunto per lo più connotazioni generiche, senza che venisse precisato con dovizia di particolari in cosa effettivamente si differenziasse una determinazione equa da una iniqua.

A questo punto si ritiene interessante passare in rassegna due pronunce della Corte di Cassazione (una del 2004 e una del 2005) nelle quali essa si è occupata, meno di un decennio fa e partendo da prospettive molto diverse nell'uno e nell'altro caso, della problematica dell'equità nell'arbitraggio e dei limiti di impugnabilità della determinazione del terzo nel caso in cui questa sia ritenuta iniqua⁵³⁷.

Per ragioni di ordine logico-sistematico verrà analizzata per prima la pronuncia del 2005. Essa merita in particolare attenzione in quanto può essere considerata un'ulteriore conferma del punto d'arrivo cui è giunta la giurisprudenza con riferimento alla questione dell'ampiezza e del contenuto del criterio dell'equo apprezzamento nell'arbitraggio.

⁵³⁶ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 521.

⁵³⁷ Per un approfondimento si veda M. FARNETI, *Equo apprezzamento*, cit., 318 ss.; D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., 531 ss.

a. Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, e l'equo apprezzamento

Nella sentenza n. 13954 del 2005 la Suprema Corte è stata molto chiara sul *modus procedendi* che deve caratterizzare l'attività dell'arbitratore: «trattandosi di integrare un rapporto giuridico patrimoniale incompleto mediante la determinazione della prestazione, tale determinazione deve essere effettuata secondo un criterio di equità contrattuale, ispirato alla ricerca di un equilibrio economico, di un rapporto di corrispettività e proporzionalità mercantile. Come, in situazioni già affette da squilibrio, l'equità contrattuale è chiamata a svolgere una funzione riequilibratrice (mediante la riconduzione ad equità del contratto: ad es. artt. 1450, 1467 cod. civ.), così, in via preventiva, la determinazione della prestazione con equo apprezzamento da parte dell'arbitratore è volta ad assicurare, nel momento del completamento del contenuto del contratto, l'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte, la perequazione degli interessi economici in gioco. L'equo apprezzamento (in contrapposizione al mero arbitrio) non si risolve in valutazioni latamente discrezionali, in quanto tali insindacabili, bensì in valutazioni che, sia pur scontando un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri oggettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive (come è dato desumere dal riferimento alle condizioni generali della produzione di cui al terzo comma), in quanto tali suscettivi di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione. Al controllo in sede giudiziale può tuttavia dare adito soltanto una evidente sproporzione tra prestazioni, un manifesto squilibrio mercantile»⁵³⁸.

Questa pronuncia, nel tratteggiare le distinzioni fra la figura dell'arbitraggio e quella della perizia contrattuale, ha colto l'occasione per precisare i tratti caratteristici del primo con specifico riguardo al giudizio secondo equo apprezzamento.

In particolare ribadisce che quest'ultimo, pur consistendo in valutazioni caratterizzate da un certo margine di soggettività, dev'essere fermamente ancorato a criteri oggettivi, desumibili dal settore economico cui appartiene il contratto stipulato fra le parti. Posto che l'eventuale controllo giudiziale interverrà sulla determinazione dell'arbitratore nel solo caso in cui essa risulti manifestamente iniqua (o erronea), è necessario che a tal fine emerga

⁵³⁸ Così, la più volte citata Cass. 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, 482.

una «rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte» che incida sull'equilibrio economico determinato sulla base di criteri mercantili e che l'arbitratore dovrà considerare tramite una valutazione di tipo discrezionale – a differenza, come già si è avuto modo di approfondire, della perizia, in cui il perito è vincolato ad un'attività di tipo strettamente tecnico.

È stato osservato che nella pronuncia in esame la Corte utilizza in modo quasi interscambiabile la terminologia 'equilibrio economico', 'equità mercantile', 'proporzionalità mercantile', delineando in realtà una dimensione dai confini non ben precisati⁵³⁹.

L'arbitratore sarebbe tenuto ad assumere la propria determinazione sulla scorta di un sistema condiviso ed accertabile di valori obiettivi ancorati all'economia e ai costumi sociali. Saranno i dati che emergono dal mercato ad essere i parametri più affidabili per verificare la correttezza e l'equità della determinazione arbitrale: non si tratta di criteri di eccezionalità equitativa, bensì di normalità economica. L'iniquità emergerà allora dove manchi una corrispondenza fra i valori stabiliti dall'arbitratore e quelli che si deducono dai livelli del settore economico di riferimento, quindi dai dati riscontrabili sul mercato⁵⁴⁰. Questi ultimi costituiranno il parametro principale in tutti quei casi in cui l'arbitratore sia tenuto ad individuare nell'ambito dell'oggetto del contratto un bene, una quantità o una durata, elementi dunque che necessitano di un valore di mercato per essere espressi in modo compiuto. Un prezzo, perciò, risponderà ad equità a seconda che corrisponda o meno al parametro di mercato corrispondente.

Da quanto detto emerge chiaramente la funzione riequilibratrice dell'equità⁵⁴¹. È stato infatti autorevolmente osservato che a quest'ultima viene in generale riconosciuta una funzione di riequilibrio contrattuale dove vi sia «un fattore di turbamento del normale funzionamento del mercato; l'aver profittato dell'altrui stato di bisogno e la lesione enorme nella rescissione; il rischio dell'usura e la sproporzione con il danno effettivamente subito nella clausola penale. In questi casi cioè, ci si preoccupa non già di garantire l'adeguatezza, ma di fronteggiare situazioni abnormi, il cui ripetersi turberebbe il formarsi dei normali equilibri sul mercato». In questo contesto, inoltre, l'art. 1349 cod. civ. «disponendo che il

⁵³⁹ M. FARNETI, *Equo apprezzamento*, cit., 320.

⁵⁴⁰ Conformemente si esprimono Cass., 26 aprile 2002, n. 6087, in *Foro pad.*, 2002, I, 498 ss.; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12155, cit.; In questo senso anche G. VILLA, *La determinazione*, cit., 856.

⁵⁴¹ D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., 531.

terzo deve procedere con equo apprezzamento ... vuole evidentemente sottrarre alla discrezionalità dell'arbitratore questa operazione»⁵⁴².

La pronuncia in commento non affronta quindi direttamente il tema della manifesta iniquità della determinazione arbitrale, restando vaga sul punto ed utilizzando la già nota formula secondo cui la determinazione risulterà viziata da iniquità manifesta ogni volta in cui possa ravvisarsi una «sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte»⁵⁴³.

b. Un parametro oggettivo per la manifesta iniquità: la portata innovativa di Cass., 30 dicembre 2004, n. 24183

La pronuncia della Suprema Corte n. 24183 del 2004 assume, nell'ambito della presente analisi, una posizione di assoluto rilievo. Si tratta infatti della prima occasione in cui la Corte tenta l'individuazione di un parametro oggettivo alla stregua del quale valutare l'iniquità manifesta della determinazione arbitrale, ai fini della sua impugnazione *ex art.* 1349 primo comma cod. civ.

Oltre a trattarsi, dunque, di una novità sul piano giurisprudenziale, il criterio oggettivo cui la Corte fa riferimento in questa pronuncia è un parametro sconosciuto anche alle elaborazioni dottrinali, dove si era sempre fatto riferimento ad un concetto di iniquità manifesta di tipo oggettivo e più generico⁵⁴⁴.

La particolarità dell'inquadramento effettuato dai Supremi Giudici consiste nel fatto che essi, per valutare il requisito dell'«evidenza» dell'iniquità, abbiano fatto riferimento al principio desumibile dall'art. 1448 cod. civ. in materia di rescissione per lesione *ultra dimidium*. Quest'ultima valutazione corrisponde, a essere precisi, ad un valore inferiore alla metà di quello ritenuto equo.

Come si è appena evidenziato nel paragrafo precedente, l'interconnessione tra i concetti di (in)equità e rescissione per lesione non è nuova. Nel contesto in cui essa era stata precedentemente menzionata si voleva tuttavia, più che altro, evidenziare la funzione riequilibratrice dell'equità contrattuale, la quale si manifesta – con riferimento

⁵⁴² Entrambe le citazioni sono tratte da S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in *L'equità*, cit., 52.

⁵⁴³ Alla «rilevante sperequazione» fanno altresì riferimento, oltre alla sentenza *de quo*, anche Cass., 29 agosto 1995, n. 9070, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce «Arbitrato», n. 166; Cass., 19 agosto 1992, n. 9654, cit.

⁵⁴⁴ J. COSTOLA, *Arbitraggio*, nota a Cass., 30 dicembre, n. 24183, in *Studium Iuris*, 2005, 644.

all'arbitraggio – proprio nel caso in cui l'arbitratore effettui la determinazione secondo equo apprezzamento, in quanto vincola la sua discrezionalità a criteri obiettivi⁵⁴⁵.

Il caso che ha originato la pronuncia in commento era il seguente.

Nel 1984 un Comune aveva acquistato la proprietà di alcuni terreni boschivi. Il dan-
te causa si era riservato il diritto di far proprio il prodotto che sarebbe risultato dal taglio
dei relativi boschi. I contraenti si erano altresì accordati nel senso che se il taglio non fosse
avvenuto entro due anni, il Comune ne avrebbe potuto acquistare il diritto verso il corri-
spettivo di un prezzo che, in assenza di accordo fra le parti, sarebbe stato determinato con
un atto del Corpo forestale dello Stato.

Trascorso il termine dei due anni senza che fosse stato effettuato il taglio, il Comu-
ne pretendeva il trasferimento del diritto. Mancando l'accordo, la fissazione del prezzo ve-
niva rimesso ad un arbitratore, il quale lo determinava in un valore di 30 milioni di lire.
Poiché tale somma non veniva accettata dal venditore – in quanto ritenuta iniqua – egli era
convenuto in giudizio dal Comune affinché fosse condannato al trasferimento della pro-
prietà boschiva (correva l'anno 1993).

Nel corso del primo grado di giudizio veniva richiesta ed espletata c.t.u., all'esito
della quale si stabiliva che il prezzo corretto ammontasse a 67 milioni di lire. Il tribunale
rigettava la domanda del venditore, il quale proposto gravame lo vedeva tuttavia respinto.
La Corte d'Appello rilevava infatti che nel 1992 l'appellante aveva dichiarato di essere di-
sposto ad accettare una determinazione del prezzo pari a 27 milioni di lire (dell'anno
1986), corrispondenti a 49,5 milioni di lire dell'anno 1992. I giudici di appello ritenevano
perciò che il venditore non avesse motivo di invocare l'applicazione della più elevata stima
effettuata dal consulente tecnico.

Esauriti i due primi gradi di giudizio il venditore soccombente proponeva ricorso
alla Suprema Corte la quale, con la pronuncia de quo, lo respingeva.

Fra i motivi di impugnazione il ricorrente lamentava che i giudici di merito non a-
vessero rilevato la manifesta iniquità dell'atto di arbitraggio, la quale sarebbe emersa
dall'eccessivo divario fra il prezzo fissato dall'arbitratore e l'effettivo valore dei beni og-
getto di trasferimento. Divario che sarebbe risultato anche dalle considerazioni svolte dal
c.t.u. ma, a detta del ricorrente, non tenute in adeguata considerazione dai giudici
d'appello. La Suprema Corte, invece, sulla base della ricostruzione giuridica che ora ana-

⁵⁴⁵ Così S. RODOTÀ, *Quale equità?*, cit., 52.

lizzeremo ha ritenuto che nella richiamata divergenza di valutazione non sarebbe stata ravvisabile quella gravità lesiva tale da giustificare l'invalidità della determinazione.

Nel giustificare il rigetto del motivo di ricorso la Corte afferma che «in mancanza di un criterio legale per stabilire quando la determinazione del terzo arbitratore sia impugnabile per manifesta iniquità ai sensi dell'art. 1349 cod. civ., ritiene il collegio che, in linea di principio, possa farsi riferimento al principio desumibile dall'art. 1448 cod. civ. Applicando tale principio al caso di specie, poiché gli stessi ricorrenti sostengono che una valutazione corretta riferibile all'anno 1992 era quella di lire 49.695.210, è evidente che non ricorre la manifesta iniquità (in quanto non inferiore alla metà di quella equa)». E questo infatti perché, calandoci nella fattispecie concreta, un valore iniquo sarebbe stato quello al di sotto della soglia dei 24,75 milioni, anziché dei 30 stimati dal Corpo Forestale.

Va subito precisato che esula dal nostro ambito di indagine la questione di merito attinente la qualificazione del rapporto principale intercorrente tra i contraenti, i cui tratti caratteristici rimangono piuttosto oscuri se si guarda alla sola ricostruzione storica che ne fa la Corte in sentenza. Pare infatti che l'applicazione dell'art. 1349 cod. civ. alla fattispecie in esame non fosse del tutto corretta visto che dallo svolgimento dei fatti sembrava emergere che tra i contraenti fosse stato stipulato un contratto di compravendita. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui la determinazione del prezzo di compravendita venga rimessa ad un terzo arbitratore andrebbe applicato non l'art. 1349 bensì l'art. 1473 cod. civ., in quanto disciplina speciale rispetto alla prima, che ha invece carattere generale e si riferisce a quelle ipotesi di determinazione dell'oggetto del contratto da parte di un terzo che non trovino già un'apposita disciplina.

Emerge chiaramente che le parti avessero inteso l'arbitraggio rimesso al Corpo forestale quale arbitraggio secondo equo apprezzamento. Infatti, poiché nulla di difforme era stato specificato nel contratto, vale la presunzione di cui all'art. 1349 primo comma cod. civ. Tale assunto, non contestato nel corso del giudizio, è confermato dalla circostanza che l'atto di arbitraggio sia stato impugnato per supposta iniquità, essendo questa possibilità prevista ed ammessa, appunto, per il solo arbitraggio secondo equo apprezzamento.

La Corte ha puntualizzato che nel nostro ordinamento manca un criterio legale per stabilire se e quando la determinazione dell'arbitratore possa ritenersi impugnabile per manifesta iniquità. La scelta del legislatore si spiega con il fatto che egli ha voluto caratterizzare le norme relative con una certa elasticità in modo da consentire l'impugnabilità

dell'atto di arbitraggio in un ventaglio di ipotesi più variegato, senza vincolare l'interpretazione della norma a parametri rigidi e precisi⁵⁴⁶. Come si è avuto già modo di vedere nel considerare esempi in cui l'espressione numerica del valore di un bene non costituisce spesso il criterio più idoneo o addirittura corretto per valutare l'equità, non esistono metri di giudizio validi in assoluto ma, a seconda del caso concreto, vi saranno determinate circostanze con specificità proprie che è necessario considerare.

Tenendo conto di ciò, allora, dalla lettura della pronuncia in esame emerge in modo chiaro che i giudici, invece di motivare adeguatamente il ragionamento logico-giuridico che li ha condotti ad assumere in via analogica quale parametro di valutazione dell'iniquità, la lesione *ultra dimidium* di cui all'art. 1448 cod. civ., si sono semplicemente limitati a un richiamo normativo. Questa lacuna risulta ancora più evidente se si pensi alla portata innovativa di tale ricostruzione giuridica e al fatto che nell'arbitraggio un ruolo fondamentale è rivestito proprio dall'analisi della motivazione della determinazione, non essendo perciò sufficiente, per censurare quest'ultima, la mera enunciazione di una norma di riferimento senza che essa venga contestualizzata e giustificata⁵⁴⁷.

V'è inoltre da rilevare che il parametro quantitativo della lesione enorme, a causa dei suoi limiti, mal si concilia già ad un primo sguardo, con l'impostazione seguita dalla citata sentenza della Suprema Corte n. 13954 del 2005 la quale, come si è detto, si richiama al criterio dell'equilibrio economico e mercantile⁵⁴⁸.

c. Le azioni di rescissione: in particolare la rescissione per lesione *ultra dimidium*

Fra gli strumenti esperibili nei confronti dei contratti sperequati si collocano le azioni di rescissione, concepite in difesa del contraente leso per consentirgli di liberarsi, a determinate condizioni, da un vincolo contrattuale iniquo⁵⁴⁹.

Mentre l'art. 1447 cod. civ. disciplina l'azione di rescissione del contratto stipulato in condizioni di necessità di una delle due parti, l'art. 1448 cod. civ., cui si è appunto richiamata la Suprema Corte nella sent. n. 24183 del 2004, concerne l'ipotesi in cui il con-

⁵⁴⁶ M. FARNETI, *Equo apprezzamento*, cit., 324.

⁵⁴⁷ M. FARNETI, *Equo apprezzamento*, cit., 326.

⁵⁴⁸ In questo senso: M. FARNETI, *Equo apprezzamento*, cit., 328.

⁵⁴⁹ R. LANZILLO, *La proporzione*, cit., 78 e 262.

tratto sia viziato da una sproporzione delle prestazioni che sia dipesa dallo stato di bisogno di una delle parti e del quale l'altra abbia approfittato⁵⁵⁰.

Si tratta di previsioni normative i cui precedenti storici si rinvencono sia nel Code civil (art. 1673 cod. civ. in materia di vendita immobiliare), sia nel codice civile italiano del 1865 (all'art. 1529 cod. civ.)⁵⁵¹.

Concentriamoci ora sulla disciplina dell'azione di rescissione per lesione *ultra dimidium ex art. 1448 cod. civ.* onde verificare l'opportunità e l'effettività dell'applicazione di tale costruzione anche all'arbitraggio al fine di accertare, in particolare, l'eventuale iniquità della determinazione dell'arbitratore⁵⁵².

Come si è detto, la Suprema Corte nell'effettuare un parallelismo tra le due fattispecie non ha però illustrato in modo analitico le ragioni della sua scelta che, anche in ragione della sua innovatività, avrebbe avuto bisogno di un maggiore e più coerente approfondimento giuridico.

L'art. 1448 cod. civ. si caratterizza innanzitutto per lo stato di bisogno in cui doveva trovarsi il contraente che ha esercitato l'azione di rescissione nel momento in cui ha stipulato il contratto. Tale stato di bisogno dev'essere caratterizzato da un'assolutezza tale da aver offuscato la volontà del contraente, privandolo della piena libertà decisionale⁵⁵³.

Se guardiamo ora all'ipotesi della determinazione arbitrale iniqua, lo stato di bisogno potrebbe, forse, rinvenirsi nella situazione di affidamento in cui i contraenti – ed in particolare la parte che dovesse poi risultare svantaggiata dalla determinazione del terzo – si siano trovati nei confronti dell'arbitratore. Essi infatti, non riuscendo ad accordarsi su di un elemento dell'oggetto del contratto e demandando tale potere di determinazione ad un terzo da loro nominato, si sono poste nella condizione di affidarsi a quest'ultimo, dipendendo dal suo (equo) arbitrio in virtù, appunto, di una situazione di bisogno legata all'impossibilità di far fronte da soli alla lacuna contrattuale. Ma anche così intesa questa

⁵⁵⁰ Per approfondimenti sull'istituto della rescissione per lesione: S. ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997, 21 ss.; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2005, 593 ss.; P. VITUCCI, *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Milano, 2006, 453 ss.; E. MINERVINI, *La rescissione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, II, Milano, 2006, 1661 ss.; G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2007, 13 ss.; U. PERFETTI, *La rescissione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *Obbligazioni*, II, Milano, 2009, 1110 ss.

⁵⁵¹ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 595; R. LANZILLO, *La proporzione*, cit., 274.

⁵⁵² Al concetto di *laesio enormis*, seppure con riferimento all'*arbitrium merum* e al carattere iniquo della determinazione dell'arbitratore, faceva già riferimento G. PACCHIONI, *Arbitrium merum*, cit., 372.

⁵⁵³ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 600.

impostazione non convince perché lo stato di bisogno coinvolgerebbe entrambe le parti, e non una sola di esse, come invece prevederebbe l'art. 1448 cod. civ., del quale la Corte fa evidentemente un'applicazione molto estensiva. Va detto comunque, per completezza, che si è giunti ad equiparare allo stato di bisogno reale anche lo stato di bisogno putativo, cosicché tale parametro potrebbe essere valutato in modo meno assoluto di quanto possa sembrare ad una prima analisi⁵⁵⁴.

La specificazione della portata dello stato di bisogno è meno approfondita nell'art. 1448 cod. civ. rispetto a quanto non avvenga per la definizione dello stato di pericolo di cui all'art. 1447 cod. civ., in quanto nel primo l'elemento rilevante è che si sia verificata una lesione di un certo tipo, cioè che superi di oltre la metà il valore consentito⁵⁵⁵.

Ulteriore requisito ai fini dell'esperibilità dell'azione di rescissione è che un contraente abbia approfittato dello stato di bisogno dell'altro al fine di trarne vantaggio. Quest'ultimo non deve necessariamente essere conseguenza di un particolare stato soggettivo o comportamento attivo del contraente, essendo invece sufficiente che egli tragga un qualsiasi beneficio dalla situazione venutasi a creare e cioè, calando questo ragionamento nella fattispecie dell'arbitraggio, dalla determinazione dell'arbitratore che risulti iniqua.

Per quanto poi concerne l'aspetto che qui più interessa analizzare, ovvero il valore che deve assumere la lesione per essere tale da consentire al contraente svantaggiato di impugnare la determinazione arbitrale, la lettera dell'art. 1448 cod. civ. dice appunto che deve trattarsi di un valore che ecceda la metà del valore che la controprestazione aveva al momento del contratto. Si è giustamente osservato che la stima di tale valore non deve essere fatta in termini meramente soggettivi dal punto di vista del contraente 'svantaggiato' il quale, proprio perché si trova in uno stato di bisogno, nello stipulare il contratto manifesta la convinzione che la propria prestazione abbia un valore indicativamente pari a quello di controparte⁵⁵⁶.

La lesione va dunque intesa in senso oggettivo e, si dice, dev'essere valutata con riferimento al mercato, in modo che il rapporto contrattuale delle parti sia posto in relazione con la contrattazione che si sarebbe svolta⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 67.

⁵⁵⁵ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 602.

⁵⁵⁶ Così, in particolare: R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 603.

⁵⁵⁷ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 603.

Ovviamente anche per quanto concerne la nozione di ‘mercato’ sono opportune delle precisazioni. L’andamento del mercato è infatti differente a seconda del momento storico, del luogo geografico, delle situazioni peculiari in cui si trovano i soggetti che vi operano. Anche con riferimento a tale aspetto dunque, l’applicazione dell’art. 1448 cod. civ. va necessariamente parametrata ad un determinato momento spazio-temporale, sulla base del quale considerare la correttezza della determinazione dell’arbitratore.

La lesione di cui parla l’art. 1448 cod. civ. al fine di essere rilevante deve risultare al momento della stipulazione del contratto, in quanto se dovesse emergere più tardi, ad esempio in virtù di una variazione dei prezzi, non avrebbe rilievo⁵⁵⁸. Tale presupposto non sarebbe però applicabile all’ipotesi dell’arbitraggio, dove invece la potenziale lesione che può derivare dall’iniquità della determinazione è una conseguenza di quest’ultima e quindi è per forza successiva all’accordo contrattuale delle parti, sul cui assetto incide, ma in quanto fatto sopravvenuto.

d. Gli aspetti poco soddisfacenti della sentenza n. 24183 del 2004

Nell’analisi della sentenza in oggetto sono già emersi alcuni profili criticabili, tra i quali la difficile applicazione analogica all’arbitraggio dei presupposti della rescissione quali lo stato di bisogno e l’approffittamento dello stesso da parte di uno dei contraenti.

Un ulteriore aspetto di incongruenza della sentenza in esame consisterebbe in una certa dissociazione tra il ragionamento svolto in astratto dalla Corte e l’applicazione dello stesso alla fattispecie concreta. Infatti, se da un lato i giudici hanno richiamato il principio di cui all’art. 1448 cod. civ. secondo cui ricorrerebbe iniquità manifesta «in presenza di una valutazione inferiore alla metà di quella equa», dall’altro lato, nell’applicare tale principio hanno individuato quale riferimento per l’equità non tanto il prezzo che più ragionevolmente poteva corrispondere a quello ‘equo’ – nel caso specifico quello che il consulente tecnico aveva individuato nella sua perizia – bensì quella somma cui il venditore aveva fatto riferimento e che aveva dichiarato di accettare, attribuendole il carattere di ‘prezzo equo’. Più in concreto: nell’escludere la manifesta iniquità della stima effettuata dal Corpo forestale per un valore di 30 milioni, la Corte non ha utilizzato quale metro di paragone i

⁵⁵⁸ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 603.

67 milioni stimati dal c.t.u., bensì quei 49,5 milioni che costituivano la rivalutazione dei 27 milioni accettati dal venditore nel 1986.

Quindi, applicando il principio di cui all'art. 1448 cod. civ. discende che la manifesta iniquità sarebbe esistita solo se la stima effettuata dall'arbitratore, pari a 30 milioni, fosse risultata di un valore inferiore alla metà di quello su cui le parti si erano accordate: la metà, perciò, di 49,5, cioè 24,75 milioni.

Secondo qualche autore desta perplessità il fatto che la Corte abbia ritenuto che il parametro 'equo' dovesse ritenersi quello su cui le parti si erano già preventivamente accordate. E ciò perché, a ben vedere, in concreto tale 'valore concordato', finalizzato ad evitare l'instaurarsi di un giudizio, si è collocato su livelli piuttosto bassi⁵⁵⁹.

Inoltre si potrebbe osservare che la discutibilità dell'utilizzo di tale valore quale parametro è data altresì dalla circostanza che esso farebbe comunque riferimento ad un accordo delle parti, e avrebbe dunque carattere soggettivo. Mancherebbe, quindi, una componente più oggettiva, funzionale al raggiungimento di quella valutazione equa alla quale si è accennato quando si trattava in generale dei criteri cui è necessario che il terzo faccia riferimento per operare secondo equo apprezzamento.

Infine va ricordato quanto già si è detto a proposito del fatto che, affinché un criterio sia idoneo a stimare l'equità o meno di una valutazione arbitrale, è necessario che esso possa spaziare tra un livello minimo ed un livello massimo. Ciò tuttavia non si realizza agevolmente nel caso in cui sia preso a riferimento un valore che non debba essere inferiore alla metà di quello equo. In una situazione del genere, infatti, la forbice di parametri risulta di difficile individuazione.

Anche il tentativo di vincolare l'attività del terzo a soli parametri oggettivi indebolisce la portata e l'influenza che altri elementi caratteristici della fattispecie concreta possono rivestire sulla determinazione finale. Infatti la soluzione adottata dalla Suprema Corte sembra essere caratterizzata da una certa assolutezza se si tiene conto che i giudici applicano alla fattispecie concreta la disciplina della rescissione per lesione senza richiamare la regola, ormai assodata anche nella prassi, secondo la quale anche una determinazione sproporzionata potrebbe non essere iniqua, laddove tale incongruenza sia giustificata da criteri di valutazione di tipo soggettivo⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ M. FARNETI, *Equo apprezzamento*, cit., 332.

⁵⁶⁰ Corte d'Appello di Bologna, 27 aprile 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1359; Corte d'Appello di Genova, 17 maggio 1951, cit.; G. COLLURA, *Manifesta iniquità*, cit., 121.

8. Riflessioni sull'*Unbilligkeit* quale metro di paragone dell'iniquità

Dal confronto tra la disciplina dell'arbitraggio in Italia e in Germania, nonché dal tenore letterale dell'art. 1349 cod. civ. e quello del § 319 BGB è emersa una notevole affinità fra le due disposizioni.

Innanzitutto in entrambe v'è un richiamo alla duplice modalità con cui l'arbitraggio del terzo può svolgersi: equo apprezzamento ovvero mero arbitrio.

In linea con l'ordinamento italiano, poi, quello tedesco prevede che l'iniquità della determinazione per essere idonea ad invalidare il contratto debba essere *offenbar*, cioè manifesta.

Infine, nell'evenienza in cui la determinazione del terzo sia iniqua, erronea o manchi, entrambi i sistemi giuridici prevedono che essa potrà essere assunta in via sostitutiva dal giudice tramite sentenza.

Tuttavia, nonostante queste similitudini, bisogna tener conto della diversa impostazione dogmatica elaborata dall'ordinamento tedesco con riguardo all'istituto dell'arbitraggio: quella tedesca infatti, come si è avuto modo di osservare, è più articolata rispetto a quella italiana.

Evidentemente la suddivisione in differenti categorie – *vertragsergänzende, feststellende, rechtsabändernde Schiedsgutachten* rientranti rispettivamente, il primo, nella figura dell'arbitraggio in senso stretto e, gli altri due, in quella dell'arbitraggio in senso ampio – non può non ripercuotersi sull'eventuale fase patologica dell'atto di determinazione, con relative conseguenze anche sull'individuazione dei criteri alla stregua dei quali valutare l'iniquità della decisione dell'arbitratore.

Di iniquità, come si è già accennato, potrà parlarsi quasi esclusivamente – fatta eccezione per le ipotesi in cui l'*Unrichtigkeit* assuma contorni tali da sfociare in *Unbilligkeit* – con riguardo al cosiddetto arbitraggio in senso ampio. Qui infatti, essendo il terzo tenuto a completare la volontà dei contraenti, la sua determinazione potrà assumere un contenuto dalle sfumature più varie in quanto non esiste un'unica statuizione giusta, bensì una molteplicità di scelte più o meno eque. La determinazione arbitrale dovrà essere il più possibile in linea con la volontà delle parti e con i parametri oggettivi propri del tipo contrattuale, quanto più si discosti da questi tanto più si avvicinerà a valori iniqui.

Dall'analisi svolta nel precedente capitolo è emerso che anche la giurisprudenza tedesca, nel valutare l'iniquità della determinazione del terzo, ha fatto di volta in volta riferimento a criteri differenti, a seconda della fattispecie concreta portata alla sua attenzione. E così i giudici si sono più volte richiamati ad una violazione del generale principio di buona fede; all'esistenza di una rilevante e conclamata parzialità dell'arbitratore che abbia avuto ricadute sulla sua determinazione; ancora, quando l'arbitratore fosse tenuto ad effettuare una stima, l'eventuale iniquità della stessa è stata individuata sulla scorta di parametri percentuali che esprimevano una valutazione in termini oggettivi e che teneva conto di tutti i fattori che deve considerare l'arbitratore.

La conclusione cui deve prevenirsi è dunque quella per cui anche in Germania non è stato individuato un criterio che, più di altri, sia idoneo ad identificare nella determinazione dell'arbitratore certe ed inequivocabili tracce di iniquità. I parametri di riferimento sono sempre quelli della buona fede, dell'equilibrio contrattuale e della volontà delle parti. L'iniquità rimane dunque un concetto che possiede ancora profili di indeterminatezza e necessita di volta in volta di una specificazione in termini casistici.

Il criterio della lesione *ultra dimidium* cui ha fatto riferimento la Suprema Corte nella sentenza poc'anzi analizzata, non sarebbe parimenti configurabile in Germania posto che questo ordinamento non contempla il rimedio della rescissione.

Una fattispecie simile può, semmai, ravvisarsi nel § 138 BGB il quale disciplina la nullità dei negozi giuridici contrari al buon costume⁵⁶¹. Al secondo comma in particolare si dice che «è nullo in particolare un negozio giuridico attraverso cui qualcuno, sfruttando lo stato di costrizione, l'inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza della volontà di un altro, si lascia promettere o lascia promettere ad un terzo vantaggi patrimoniali per una prestazione che si pongono in evidente sproporzione rispetto alla prestazione»⁵⁶². Così, lo stato di costrizione o di diminuita capacità di giudizio in cui verrebbe a trovarsi uno dei contraenti potrebbe essere avvicinata allo «stato di bisogno» quale condizione di squilibrio contrattuale che costituisce il presupposto per l'esperimento dell'azione generale di rescissione per lesione *ex art. 1448 cod. civ.* Ma qui si renderebbe necessario un approfondimento del § 138 BGB, disposizione che è fonte di grande dibattito in Ger-

⁵⁶¹ F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 837.

⁵⁶² Il riferimento è sempre alla traduzione contenuta in S. PATTI, *Codice civile tedesco*, cit.

mania e tale analisi, seppur interessante, non risulterebbe pertinente all'obiettivo della nostra indagine.

9. L'iniquità tra *Geschäftsgrundlage* e risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: un criterio di valutazione alternativo?

Ciò detto con riguardo alla possibilità che il modo di concepire l'iniquità nel sistema tedesco possa essere di ausilio anche nel nostro ordinamento, potrebbe invece condurre ad esiti interessanti proseguire la riflessione seguendo profili diversi, che emergono dalla teoria della già menzionata *Geschäftsgrundlage*.

Il § 313 BGB, rubricato *Störung der Geschäftsgrundlage* (alterazione del fondamento negoziale) se collegato al § 319 BGB potrebbe infatti fornire elementi di riflessione utili all'individuazione di un possibile e ulteriore criterio – alternativo a quello che la Suprema Corte ha tratto dalla disciplina della rescissione – per valutare quando la determinazione del terzo sia in contrasto con l'equità che deve caratterizzare il rapporto contrattuale tra le parti.

In particolare l'obiettivo che qui ci si prefigge non è tanto quello di richiamarsi puramente e semplicemente, come ha fatto la Corte di Cassazione nella sentenza n. 24183 del 2004, ad una disposizione del nostro ordinamento da cui ricavare un parametro, originariamente concepito per un istituto specifico, e applicarlo in via analogica alla questione di cui trattasi.

L'intento, invece, è di andare oltre. E cioè verificare la possibilità di richiamarsi bensì ad una disposizione del nostro codice – l'art. 1467 come a breve si dirà – ma solo in virtù del fatto che ciò si renderebbe opportuno sulla scorta di una riflessione e ricostruzione dogmatica che coinvolge primariamente due disposizioni del codice civile tedesco, i §§ 319 e 313 BGB appunto, e che può parallelamente riproporsi anche nel nostro sistema.

In questo modo, servendoci di riflessioni elaborate all'interno del sistema giuridico germanico e ricollegabili anche al nostro ordinamento – nel prosieguo vedremo come – si vorrebbe rendere più concreto e soprattutto pertinente il rinvio ad una disposizione del nostro codice che, se fosse invece richiamata *sic et simpliciter*, sembrerebbe – come accaduto per l'art. 1448 cod. civ. sulla rescissione – avere ben pochi punti di contatto con la figura dell'arbitraggio.

a. La relazione tra i §§ 319 e 313 BGB

La questione primaria da affrontare consiste nel verificare l'effettiva opportunità e fondatezza della connessione fra i §§ 319 e 313 BGB.

Come si è avuto modo di approfondire nel capitolo relativo all'istituto dell'arbitraggio nel diritto tedesco, il § 319 BGB disciplina il caso dell'inefficacia della determinazione dell'arbitratore. In particolare il suo primo comma afferma che, se il terzo opera secondo equo apprezzamento, la sua determinazione non sarà vincolante per i contraenti quando sia manifestamente iniqua.

Il collegamento con il § 313 BGB ci viene suggerito essenzialmente da due ordini di ragioni.

La prima concerne l'ambito di applicazione oggettivo delle due disposizioni: in entrambi i casi si verifica infatti un turbamento della fase negoziale che incide sull'equilibrio fra prestazioni.

Guardando al contenuto del primo comma del § 313 BGB emerge che, se successivamente alla conclusione del contratto alcune delle circostanze che costituivano il fondamento negoziale siano mutate e risulti che le parti, avendole conosciute prima, non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero fatto ma a condizioni differenti, l'adeguamento dello stesso può essere richiesto solo in tanto in quanto non si possa pretendere dalla parte svantaggiata che essa rimanga ancora vincolata al contratto originario⁵⁶³.

Delle circostanze (*Umstände*) di cui parla la legge, tali da alterare l'assetto contrattuale, la giurisprudenza ha individuato alcuni tipi, fra i quali si annoverano: turbative in genere dell'equilibrio contrattuale (classico esempio è la svalutazione monetaria); situazioni che rendano più gravosa la prestazione; alterazione o vanificazione dello scopo contrattuale (con la conseguenza che, ad esempio, il creditore potrebbe non aver più interesse

⁵⁶³ Precisamente, così recita il § 313 BGB, rubricato «Alterazione del fondamento negoziale»: « (1) Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato. (2) Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono diventate fondamento del contratto si rivelano false. (3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, al posto del diritto di recesso subentra il diritto di disdetta».

all'adempimento della prestazione); ovvero, ancora, modifiche legislative o mutamenti giurisprudenziali che coinvolgano aspetti rilevanti del contratto in questione⁵⁶⁴.

Profili di indubbia concatenazione con il § 319 BGB emergono se si consideri che l'iniquità che può colpire la determinazione del terzo, in quanto integrazione successiva del contenuto contrattuale e quindi circostanza sopravvenuta, potrebbe causare una delle circostanze di cui parla il § 313 BGB ovvero addirittura coincidere con una di esse (si pensi all'*Äquivalenzstörung* ovvero allo *Zweckstörung*). Infatti può accadere che, se la determinazione sia iniqua, si profili una situazione tale per cui i contraenti, se avessero saputo che l'arbitratore avrebbe adottato una siffatta statuizione non avrebbero concluso il contratto ovvero lo avrebbero fatto ma a condizioni differenti (ad esempio ricorrendo ad un criterio alternativo per la determinazione dell'oggetto contrattuale).

In merito alle affinità esistenti nell'ordinamento tedesco tra il § 313 BGB e le disposizioni sull'arbitraggio, assume contorni molto interessanti una recente sentenza di un tribunale di merito⁵⁶⁵. La fattispecie concreta concerneva l'aumento unilaterale dei prezzi del gas metano da parte di una società che si occupava della sua fornitura e distribuzione in città. In motivazione venne rilevato che, quale fondamento e metro di giudizio utile ai fini del controllo giudiziale sull'ammissibilità della determinazione unilaterale della prestazione, oltre al § 315 terzo comma BGB potrebbero utilizzarsi altri principi. Fra questi anche quelli che si traggono dal § 313 BGB ed in particolare quello che concerne l'adeguamento del contratto in ragione del mutamento di elementi fondamentali dello stesso. E il metro di valutazione sarà, appunto l'esigibilità, o meno, nei confronti del contraente svantaggiato, al fatto che egli rimanga vincolato al contratto.

Un secondo profilo che avvicina le due disposizioni a confronto concerne l'aspetto strutturale e cioè il rapporto fra prestazioni contrattuali, sostanziandosi nell'incidenza che la turbativa abbia sull'esigibilità della controprestazione.

Le espressioni – e i concetti sottesi – che danno adito a tale riflessione sono quella di *Unzumutbarkeit* di cui al § 313 BGB da un lato, e quella di *Unbilligkeit* di cui al § 319 BGB, dall'altro. Con tale richiamo non si vuole affatto intendere una similitudine in senso stretto fra le due nozioni, bensì evidenziare come entrambe facciano riferimento a situazio-

⁵⁶⁴ A titolo esemplificativo si veda H. RÖSLER, *Geschäftsgrundlage*, cit., 712.

⁵⁶⁵ Si tratta della pronuncia dell'Amtsgericht Heilbronn, in *NJOZ*, 2005, 3543.

ni nelle quali si sia verificato un impedimento oggettivo che avrebbe come conseguenza quella di rendere l'adempimento di una delle due prestazioni non più esigibile.

Unzumutbarkeit infatti deve tradotto con 'inesigibilità' e, contestualizzato nella disposizione in cui è contenuto, fa riferimento alla situazione in cui si troverebbe quel contraente nei confronti del quale, in ragione delle mutate circostanze contrattuali, non può esigersi che rimanga vincolato alle condizioni contrattuali originarie e quindi, in sostanza, all'esecuzione della propria prestazione così come previsto nel contratto⁵⁶⁶.

Il primo comma del § 313 BGB parlando di mutamento delle circostanze contrattuali, pur avendo riguardo alla fattispecie concreta e ad un mutamento oggettivo delle prime, lascia comunque spazio anche ad una valutazione soggettiva delle parti nel senso che si è affermato che verrebbe dato rilievo al fatto che il contraente svantaggiato dall'alterazione contrattuale non avrebbe concluso il negozio se avesse potuto prevedere in anticipo i mutamenti poi effettivamente intervenuti⁵⁶⁷.

Il criterio della *Unzumutbarkeit* così contestualizzato sarebbe espressione del principio valido per i negozi giuridici secondo il quale solo uno squilibrio di interessi di portata decisamente rilevante può giustificare un allontanamento dalle regole che sottendono al principio di buona fede. Il § 313 BGB presupporrebbe l'inadeguatezza di un certo valore anche con riguardo al coinvolgimento delle parti: infatti per ottenere il rimedio previsto dalla legge è necessario che venga superata una determinata soglia di 'ammissibilità'⁵⁶⁸ e di rischio contrattuale⁵⁶⁹.

L'*Unbilligkeit* del § 319 BGB, come più volte è stato detto, concerne l'iniquità della determinazione dell'arbitratore. Tale concetto è bensì basato su parametri oggettivi, ma deve poi necessariamente essere osservato nel suo sviluppo complessivo e, per ciò che qui interessa, anche con riguardo alle conseguenze effettive per i contraenti.

Infatti tale iniquità, concernente un elemento che si inserisce in un contenuto contrattuale già predisposto dalle parti, si ripercuote sull'atteggiamento che una di esse, quella cioè che risulti svantaggiata dalla determinazione arbitrale, manifesterà nei confronti del proprio coinvolgimento contrattuale. In particolare, come nel caso in cui si sia verificata

⁵⁶⁶ Per approfondimenti sul § 313 BGB si veda: G. ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2007, 1747; R. SCHULZE, in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., 485.

⁵⁶⁷ G. ROTH, *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., 1759.

⁵⁶⁸ G. ROTH, *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., 1765.

⁵⁶⁹ R. SCHULZE, *Kommentar zum BGB*, cit., 488 s.

una circostanza sopravvenuta tale da rendere *unzumutbar* che uno dei contraenti rimanga legato al vincolo contrattuale originario, così anche nell'ipotesi in cui il rapporto contrattuale sia integrato da una determinazione iniqua non sarà *zumutbar* (esigibile, appunto) nei confronti della parte che risulti svantaggiata, un adeguamento al nuovo assetto che il contratto assumerebbe se tale determinazione venisse a farne parte.

Anche dall'iniquità di cui al § 319 BGB, così come dalla *Unzumutbarkeit* del § 313 BGB, potrebbero emergere dei profili rilevanti dal punto di vista soggettivo: la determinazione sarebbe iniqua anche in quanto non corrispondente alla (ipotetica e pregressa) volontà delle parti.

Un ulteriore aspetto emerge se si dà rilievo al modo in cui l'*Unbilligkeit* essa deve manifestarsi: l'iniquità, dice la legge, dev'essere *offenbar*. Tale connotazione richiama un approccio in parte anche soggettivo al concetto di iniquità la quale, in tanto può essere manifesta, evidente, anche in quanto venga in questi termini recepita da un individuo (per quanto si tratti per lo più, come si è visto, di un tecnico).

Il problema della nozione di *Offenbarkeit* (o *Offensichtlichkeit*) consiste nella maggiore o minore ampiezza che le si voglia dare. Si è infatti già accennato al dibattito che coinvolge tale concetto e la tesi attualmente maggioritaria propende per ritenere che «l'iniquità deve violare il principio di buona fede in maniera tale da risultare chiaro, anche se non a chiunque, almeno ad un osservatore con un certo grado di esperienza e che possieda conoscenze specifiche in materia»⁵⁷⁰. Anche il modo di intendere l'«evidenza» dell'iniquità, avvicina quest'ultima al concetto di inesigibilità di cui al § 313 BGB.

Illustrata la connessione che esiste fra i due paragrafi va precisato che, mentre tutte le ipotesi di *Unbilligkeit* che comportino una *Störung der Geschäftsgrundlage* di cui al § 313 BGB rientrano nelle alterazioni menzionate nel § 319 BGB, non vale invece l'inverso. Questo perché il § 313 BGB, in punto di iniquità, ha un ambito applicativo più ristretto non potendo ricomprendere tutte le ipotesi che possono essere incluse nel § 319 BGB, la quale è infatti disposizione speciale rispetto alla prima.

⁵⁷⁰BGH, 26 aprile 1991, cit.

b. Le circostanze dell'art. 1467 cod. civ. quali *Umstände* del § 313 BGB

Quanto finora detto con riferimento al sistema tedesco è funzionale a supportare un'osservazione già svolta commentando la soluzione proposta dalla Suprema Corte nella sentenza del 2004 – quella cioè di utilizzare il parametro della lesione *ultra dimidium* – nel senso di ritenerla non idonea.

È pacifico che, per rinvenire nel nostro ordinamento criteri utili a chiarire quando la determinazione del terzo possa ritenersi iniqua, ci si possa richiamare ad altre fattispecie astratte del nostro codice, purché però esse possiedano dei principi ed una struttura dogmatica comuni con la figura dell'arbitraggio. Poiché si è visto che l'istituto della rescissione non soddisfaceva adeguatamente tali requisiti, l'obiettivo dell'impostazione che si sta seguendo è quello di affermare che lo strumento adatto a tal fine sarebbe, invece, la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

Come abbiamo già evidenziato, le circostanze modificative cui si richiama il § 313 BGB possono essere varie. In questa sede ci interessa rilevare come fra esse sia astrattamente possibile ricomprendere altresì l'eccessiva onerosità sopravvenuta per circostanze straordinarie ed imprevedibili di cui parla l'art. 1467 primo comma cod. civ. e in questo modo creare un parallelismo fra le due disposizioni⁵⁷¹.

Prima si rendono però opportune alcune precisazioni in merito all'ambito applicativo dell'art. 1467 cod. civ.

In primo luogo, mentre il § 313 BGB è inserito fra le disposizioni sul contratto in generale, l'art. 1467 cod. civ. concerne solamente i contratti a prestazioni corrispettive. Questo non costituisce tuttavia un ostacolo posto che la prima disposizione, dall'ambito applicativo più ampio, può comunque costituire nella nostra analisi un parametro di riferimento per la seconda e comprenderla.

In secondo luogo va precisato che il fatto che l'art. 1467 cod. civ. faccia riferimento ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita non si pone in contrasto con la natura del contratto cui accede la clausola di arbitraggio, il quale rientra infatti nella terza e ultima categoria.

⁵⁷¹ In un'analisi comparata richiama questo parallelismo anche H. RÖSLER, *Geschäftsgrundlage*, cit., 713 s.

La questione dell'esecuzione del contratto è strettamente connessa a quella della sua efficacia. A questo proposito, gli autori si sono espressi in modo differente: da un lato vi è chi ha sostenuto che il contratto con clausola di arbitraggio sarebbe efficace già a partire dal momento della sua conclusione⁵⁷², dall'altro invece, vi è chi lo ha negato⁵⁷³. Aderire alla tesi dell'efficacia immediata del contratto con clausola di arbitraggio significa ritenere che esso produrrà dunque tutti i suoi effetti – tranne quelli, ovviamente, che dipendono dall'elemento non ancora determinato⁵⁷⁴ – e sarà perciò eseguibile, sempre che le parti non abbiano provveduto ad escluderlo tramite apposita clausola⁵⁷⁵. In particolare a tal fine è necessario che l'oggetto venga precisato in modo completo e quindi che il terzo assuma la determinazione: fino a questo momento le parti non potrebbero validamente eseguire ciò che di fatto risulta essere ancora un *quid* indeterminato.

Tenendo conto delle osservazioni già svolte con riguardo al tema della completezza o meno del contratto con clausola di arbitraggio, si ritiene di dover aderire alla posizione di chi sostiene che l'efficacia del contratto con clausola di arbitraggio sia sospesa fino al momento in cui l'arbitratore adotti la determinazione. Infatti si è visto che il contratto con clausola di arbitraggio è bensì già perfetto, ma ancora incompleto sotto il profilo dell'oggetto, in quanto la prestazione dev'essere ancora determinata quanto a natura ovvero modalità di esecuzione. Per questa ragione, soltanto nel momento in cui l'arbitratore adotterà la determinazione il contratto potrà dirsi completo e, di conseguenza, solo allora le parti potranno darvi esecuzione. E ciò, a maggior ragione, se si pensi che la determinazione molto spesso ha ad oggetto un elemento essenziale del contratto⁵⁷⁶.

Non rileva inoltre, ai fini dell'inquadrabilità del contratto nella categoria dei contratti ad esecuzione differita, l'arco temporale che l'arbitratore impieghi per adottare la determinazione: il contratto concluso dalle parti è comunque soggetto ad un'esecuzione differita.

Per le ragioni appena esposte il contratto cui accede la clausola di arbitraggio, come tutti i contratti a esecuzione differita, potrebbe essere soggetto al sopravvenire di circostanze

⁵⁷² G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 55.

⁵⁷³ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 204 e 230 ss.; nonché R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 388.

⁵⁷⁴ L. BARASSI, *La teoria generale*, cit., 129 ss.

⁵⁷⁵ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 56.

⁵⁷⁶ In questo senso, per l'appunto, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 388.

ze che alterino l'equilibrio economico contrattuale delle prestazioni, a pregiudizio di un contraente rispetto all'altro, con le relative conseguenze sul riparto costi-benefici⁵⁷⁷.

Ciò premesso in ordine all'applicabilità dell'art. 1467 cod. civ., l'elemento che più sembra avvicinare questa disposizione al § 313 BGB è quello della *Unzumutbarkeit*. In entrambi i casi, infatti, si verificano delle circostanze sopravvenute imprevedibili tali da pregiudicare uno dei contraenti al punto da far ritenere che non sia esigibile (*unzumutbar*) nei suoi confronti che egli rimanga vincolato al contratto. L'art. 1467 cod. civ. riconosce al contraente il diritto di chiedere la risoluzione del contratto, il § 313 BGB concede il rimedio del diritto di recesso.

In particolare, la connessione fra queste due disposizioni è data anche dal fatto che in entrambe possa esser dato rilievo ad una certa percezione soggettiva delle circostanze sopravvenute.

In Germania infatti la giurisprudenza, nel considerare la natura e la portata della turbativa dell'equilibrio contrattuale di cui al § 313 BGB, si è recentemente espressa nel senso di ritenerla ancorata a parametri non solo oggettivi, ma anche soggettivi, in quanto dovrebbe farsi riferimento anche alla percezione che le parti abbiano del mutato assetto contrattuale rispetto a quello originario⁵⁷⁸.

In Italia secondo l'opinione maggioritaria l'eccessiva onerosità (causa dell'inesigibilità della prestazione) dovrebbe essere valutata sulla scorta di criteri oggettivi, senza che in tale giudizio possa esser data rilevanza alla rappresentazione delle parti⁵⁷⁹. In generale si avrà allora 'eccessiva onerosità' quando si verifichi una notevole alterazione del rapporto originario delle prestazioni e quindi non solo in caso di aumento del costo della prestazione, bensì anche di eccezionale diminuzione del valore reale della controprestazione (ad esempio in caso di svalutazione monetaria)⁵⁸⁰.

Un altro indirizzo, invece, fa invece leva su un altro aspetto, e cioè sulla distinzione fra straordinarietà e imprevedibilità delle circostanze sopravvenute, lasciando aperto uno spiraglio ad una nota di soggettività. La straordinarietà farebbe riferimento a elementi og-

⁵⁷⁷ In questo senso anche C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinnezzazione*, in *Giust. civ.*, 2010, 5, 235.

⁵⁷⁸ H. ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 241-432, München, 2007.

⁵⁷⁹ Si veda, per tutti: R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VI, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, 996 ss.

⁵⁸⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 395; R. SACCO, *Il contratto*, cit., 998.

gettivi, l'imprevedibilità, invece, a elementi soggettivi, in quanto dipendenti dalla percezione e dalla conoscenza che ne abbiano gli individui. Così infatti si esprime la giurisprudenza: «l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per poter determinare, ai sensi dell'art. 1467 c.c., la risoluzione del contratto, richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza»⁵⁸¹.

c. L'iniqua determinazione dell'arbitratore quale circostanza imprevedibile ai sensi dell'art. 1467 cod. civ.

Si è visto il parallelismo nell'ordinamento tedesco fra due norme tra loro avvicinate – sotto profili diversi – una al nostro arbitraggio (§ 319 BGB) e l'altra alla risoluzione per eccessiva onerosità (§ 313 BGB). Ora non può tralasciarsi di evidenziare che anche l'art. 1467 cod. civ. può essere ricollegato all'art. 1349 cod. civ.

Nell'arbitraggio infatti, successivamente alla conclusione del contratto, si verifica un evento che muta l'equilibrio contrattuale e può – se iniquo od erroneo – giustificare la volontà di uno dei contraenti di non voler più rimanere vincolato ad esso. I rimedi sono certo differenti: la risoluzione del contratto o la modificazione secondo equità delle sue condizioni nell'ipotesi di cui all'art. 1467 cod. civ.; il ricorso al giudice nell'arbitraggio. Ma non è questo l'aspetto che ci interessa, quanto piuttosto l'individuazione dei criteri che conducono a ritenere *unzumutbar* che la parte svantaggiata dall'evento-determinazione pregiudizievole, sia obbligata ad adeguarvisi.

La determinazione iniqua – evento che introduce un elemento di disarmonia nel rapporto giuridico fra le parti – può essere equiparata proprio ad una delle circostanze di

⁵⁸¹ Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 10; Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 310.

cui parla l'art. 1467 cod. civ. in quanto costituirebbe un evento imprevedibile che renderebbe eccessivamente onerosa la prestazione del contraente svantaggiato dalla determinazione stessa.

L'assimilazione della determinazione iniqua ad una delle circostanze imprevedibili appare coerente con il seguente ragionamento. Ovviamente è prevedibile dalle parti il fatto che l'arbitratore assuma la determinazione, posto che loro stesse lo hanno a tal fine incaricato. Non prevedibile invece, in quanto non corrispondente alle loro intenzioni è, e questo va sottolineato, che la determinazione abbia un contenuto iniquo. L'obiettivo avuto di mira dai contraenti che si rimettono all'(equo) apprezzamento del terzo è proprio quello di ottenere una decisione che consenta lo sviluppo e la prosecuzione del loro rapporto negoziale, che sia quindi 'equa'. Il metro di prevedibilità cui deve farsi riferimento è quello delle capacità di dell'uomo medio: deve ritenersi prevedibile soltanto l'evento che appaia normale e probabile ad un individuo di cultura ed intelligenza medie⁵⁸².

Appurata ora la relazione esistente fra le disposizioni fino ad ora citate, in un'ottica comparatistica queste concatenazioni possono permetterci di affermare che gli strumenti utilizzati per individuare le circostanze che rendono eccessivamente onerosa – stando alla lettera dell'art. 1467 cod. civ. (*unzumutbar* ai sensi del § 313 BGB) – la prestazione di una delle parti del contratto, possono altresì servire per apprezzare l'eventuale iniquità della determinazione arbitrale.

Richiamarsi all'art. 1467 cod. civ. porta inevitabilmente l'attenzione su un argomento ampio e complesso, qual è quello dell'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente mole di letteratura e giurisprudenza che ha affrontato approfonditamente l'argomento⁵⁸³. Ciò che qui però interessa analizzare sono i criteri di giudizio dell'evento che rende eccessivamente onerosa una prestazione e questo, nella nostra ricerca, significa parlare dei parametri sulla cui base ritenere se la determinazione del terzo sia tale da creare uno squilibrio fra prestazioni (sia, cioè, è, iniqua).

Per individuare tali parametri può essere utile guardare non solo ai presupposti finora passati in rassegna del primo dell'art. 1467 cod. civ., ma anche a quelli del secondo e terzo comma i quali, rispettivamente, escludono poi dal novero delle circostanze rilevanti

⁵⁸² In questo senso anche Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1706.

⁵⁸³ Si veda, per cenni introduttivi all'argomento: A. RICCIO, *Eccessiva onerosità. art. 1467-1469*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, 23 ss.

quelle che rientrano «nell'alea normale del contratto» e aggiungono che controparte potrà evitare la risoluzione offrendosi di modificare equamente le condizioni contrattuali⁵⁸⁴. A breve si richiameranno queste disposizioni con finalità pratica ma prima ci si soffermerà, in generale, sul concetto di eccessiva onerosità ai sensi del primo comma dell'art. 1467 cod. civ.

d. Possibili punti di contatto fra 'eccessiva onerosità' e 'iniquità'

La nozione di 'eccessiva onerosità', come si è detto, si richiama all'esistenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili, ma cosa si intenda realmente per eccessiva onerosità non è chiaro né pacifico. Il legislatore infatti non si è espresso sul punto, a differenza di quanto è accaduto per altri istituti quali l'appalto dove l'art. 1664 cod. civ. prevede il limite di un decimo, o la rescissione dove l'art. 1448 cod. civ. richiede uno squilibrio fra prestazioni pari a un valore di oltre la metà.

Alcuni autori sostengono che tale lacuna comporterebbe che ai giudici sarebbe rimessa una certa arbitrarietà di valutazione nei casi in cui l'aumento dei costi sia eccessivo cosicché una loro variazione, pur elevata, potrebbe non condurre alla risoluzione del contratto⁵⁸⁵.

Quanto ai parametri utilizzabili in concreto per una valutazione oggettiva dell'eccessiva onerosità, in Italia si sono affermate fondamentalmente due teorie⁵⁸⁶.

Secondo la prima si avrebbe eccessiva onerosità quando si verifici una dissociazione fra costo originario e costo attuale della prestazione che sia divenuta più onerosa⁵⁸⁷. Anche nei Paesi di Common Law – dove tuttavia il rimedio della risoluzione non è contemplato – per accertare se la prestazione sia o meno eccessivamente onerosa si effettua una comparazione tra il valore della prestazione ed il costo necessario per realizzarla⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Si ricordi che specularmente l'art. 1468 cod. civ., ma con esclusivo riferimento ai contratti unilaterali, prevede che nell'ipotesi di cui all'articolo precedente il contraente svantaggiato potrà chiedere una riduzione della prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione al fine di ricondurla ad equità.

⁵⁸⁵ P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 239. In particolare Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, cit., ha ritenuto che una variazione in aumento dei costi non desse luogo a risoluzione.

⁵⁸⁶ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 120.

⁵⁸⁷ P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità*, cit., 240.

⁵⁸⁸ P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità*, cit., 239; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 110.

Un'opinione differente nonché maggioritaria afferma invece che, affinché si abbia eccessiva onerosità, sia necessaria un'alterazione dell'originario rapporto fra le prestazioni. E in effetti tale posizione è avallata dalla casistica giurisprudenziale da cui emerge che una delle ipotesi più frequenti di eccessiva onerosità delle prestazioni è quella la cui causa sia ravvisabile nella sopravvenuta svalutazione monetaria, che ha quindi ad oggetto una rottura dell'equilibrio fra prestazioni⁵⁸⁹.

Una critica mossa a questa teoria è stata quella secondo cui, vigendo il principio della libera contrattazione, può accadere che per scelta consapevole e mirata dei contraenti manchi una corrispondenza tra i valori intrinseci delle rispettive prestazioni⁵⁹⁰.

Tuttavia, eccettuata questa osservazione, la concorde opinione della dottrina si schiera a favore della necessità di servirsi di parametri oggettivi ai fini della valutazione dell'eccessiva onerosità delle circostanze in parola⁵⁹¹, facendo così riferimento ad un *tertium comparationis*⁵⁹².

L'utilità del parametro oggettivo si riscontra in particolare nei casi in cui l'eccessiva onerosità potrebbe sussistere anche se le condizioni economiche particolarmente favorevoli del debitore – ovvero, nella nostra ottica, del contraente svantaggiato dalla determinazione arbitrale – non siano sensibili ad un aggravio economico che potrebbe invece risultare dannoso per chi viva una condizione economica media⁵⁹³.

Più incerti risultano invece – e questo è ciò che ci interessa – i parametri che possono fungere da riferimento per l'individuazione in concreto di tale onerosità.

La prevalente giurisprudenza ha accolto la teoria secondo la quale l'eccessiva onerosità sopravvenuta deve essere considerata sulla base di un confronto fra il valore delle prestazioni al momento della conclusione del contratto ed il loro valore al momento dell'adempimento⁵⁹⁴. In questo modo fra i criteri utilizzati verrebbe in considerazione non solo la valutazione di ogni prestazione in sé e per sé e quindi l'eventuale l'aggravio che

⁵⁸⁹ Si veda, per tutti, A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, 24.

⁵⁹⁰ R. SACCO, *Il contratto*, cit., 998.

⁵⁹¹ P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità*, cit., 239; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 110. Così anche la relazione n. 133 al Codice civile ed in particolare al libro delle obbligazioni: «l'eccessiva onerosità va determinata con un criterio rigorosamente obiettivo».

⁵⁹² A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 39.

⁵⁹³ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 114.

⁵⁹⁴ *Ex multis* si vedano: Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Giur. it.*, 2008, 326; Cass., 29 maggio 1998, n. 5302, in *Mass Giust. civ.*, 1998, 1160; Cass., 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 163.

ciascuna possa subire nell'arco di un certo periodo tempo, bensì anche la correlazione fra prestazioni corrispettive, perciò l'eventuale squilibrio che dovesse tra loro verificarsi⁵⁹⁵.

Queste stesse considerazioni possono essere applicate, alla luce delle riflessioni finora svolte, anche alla valutazione della difformità che colpisca, a seguito dell'iniqua determinazione dell'arbitratore, il rapporto contrattuale principale. E quindi iniqua dovrà considerarsi la determinazione arbitrale quando comporti uno squilibrio fra il valore delle prestazioni al momento in cui il contratto è stato concluso e quello che possiedono a seguito della determinazione arbitrale.

e. L'alea contrattuale normale quale limite per la determinazione arbitrale

Al fine dell'individuazione di criteri utili all'individuazione dell'iniquità della determinazione è molto importante fare riferimento anche al modo di intendere l'alea contrattuale di cui parla l'art. 1467 secondo comma cod. civ.

Quest'ultima ha riguardo all'incertezza del risultato economico dell'affare concluso e al rischio, cui le parti si sottopongono stipulando un certo contratto, di successive variazioni di costi e valori che rimangano entro i limiti accettabili della normalità⁵⁹⁶. È stato anche detto che l'alea normale deve essere considerata come il rischio economico che incide sul valore delle prestazioni in coincidenza di eventi non straordinari né imprevedibili⁵⁹⁷.

Queste considerazioni si coordinano con il principio codicistico secondo il quale per attivare il rimedio risolutorio è necessario che lo squilibrio contrattuale causato da circostanze straordinarie ed imprevedibili si sia assestato su valori superiori a quelli dell'alea normale⁵⁹⁸.

Va detto innanzitutto che tale rischio varia a seconda del tipo contrattuale, per cui non è possibile prescindere dal caso concreto. Esistono infatti dei tipi contrattuali, come l'appalto o il trasporto, caratterizzati da un margine di rischio più elevato rispetto alla media, di talché la valutazione dell'alea contrattuale va necessariamente condotta sulla base delle caratteristiche proprie di ciascuna categoria, posto che oltretutto non ogni ipotesi di

⁵⁹⁵ A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit. 141.

⁵⁹⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 492.

⁵⁹⁷ Cass., 11 giugno 1991, n. 6616, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2826.

⁵⁹⁸ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 119 ed ivi nt. 30.

superamento dell'alea stessa conduce ad un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione⁵⁹⁹.

Bisognerà inoltre avere anche riguardo all'aspetto soggettivo: le parti hanno l'onere di prevedere un possibile mutamento dell'onerosità delle prestazioni, con la conseguenza che, solo nel caso in cui l'onerosità sopravvenuta comporti un'alterazione eccedente la normale prevedibilità, sarà consentito esercitare il rimedio risolutorio⁶⁰⁰.

In particolare è stato affermato che il superamento di tale soglia andrebbe valutato sulla base di presupposti quantitativi, qualitativi e temporali. I primi consistono nell'eccessiva onerosità della prestazione con specifico riferimento alla causa tipica del contratto. I criteri qualitativi concernono la difformità dal modello legale. Quelli temporali, infine, riguardano l'eventuale modificazione del rapporto tra prestazione e controprestazione⁶⁰¹. Mentre i primi due criteri hanno più che altro ad oggetto l'alterazione dell'impegno economico richiesto alla parte che si trovi nella situazione di svantaggio, quello temporale effettua una comparazione dell'equilibrio delle prestazioni fra il momento in cui sono sorte e quello dell'esecuzione.

L'interprete dovrà verificare l'esistenza – sotto vari profili – di un eventuale squilibrio, trattandosi di un giudizio di valore: dati tecnici, circostanze concrete, interessi legislativamente tutelati, nonché l'intero rapporto obbligatorio comprensivo di prestazioni accessorie e strumentali; il tutto in aderenza agli orientamenti della coscienza sociale al momento in cui si emette il giudizio⁶⁰². Per questa ragione v'è chi afferma che la verifica dell'equilibrio non può basarsi su criteri di proporzione puramente matematici, dovendo essere considerati anche altri profili⁶⁰³.

Fra le molteplici definizioni date dalla dottrina alla nozione di 'alea contrattuale' e quindi, ai fini della nostra indagine, degli ulteriori limiti entro i quali dovrà essere contenuta la determinazione dell'arbitratore al fine di essere ritenuta equa (*rectius* non manifestamente iniqua), sono stati così menzionati fra gli altri: il rischio delle variazioni di costi e valori contenuti nell'ambito della normalità; la compensazione prevedibile tra costo e ren-

⁵⁹⁹ A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., 166 s.

⁶⁰⁰ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 119; A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., 166 s.

⁶⁰¹ Per riferimenti si veda: A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., 170.

⁶⁰² A. PINO, *La eccessiva onerosità*, cit., 64 s.

⁶⁰³ A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 446 s.

dimento della prestazioni; le normali oscillazioni di valore dovute alle fluttuazioni di mercato⁶⁰⁴.

Esaustivamente è stato affermato che «il parametro oggettivo di identificazione dell'onerosità sopravvenuta è costituito da un aggravio quantitativamente importante del costo della prestazione (o dell'impegno economico del debitore), percepibile al momento dell'esecuzione, che ecceda la prevedibile oscillazione di valore connessa all'incertezza economica propria del tipo contrattuale (affare in concreto concluso), a sua volta collegata all'ordinaria fluttuazione di mercato, o al maggior rischio economico convenzionalmente assunto con la previsione di specifiche clausole»⁶⁰⁵.

Ecco dunque che anche dalla panoramica emerge come i criteri cui fare riferimento siano duplici. Quelli aventi natura oggettiva fanno riferimento al contenuto contrattuale, a valori di mercato, a criteri di giudizio di tipo tecnico. Quelli soggettivi invece, impongono di tener conto delle aspettative dei contraenti e della loro rappresentazione del vincolo contrattuale che li lega.

f. Il ruolo della riconduzione ad equità del contratto

In particolare i parametri oggettivi sono richiamati anche dalla giurisprudenza che si è espressa sul terzo comma dell'art. 1467 cod. civ. a proposito delle modalità con cui deve essere effettuata la proposta di riconduzione ad equità della prestazione contrattuale eccessivamente onerosa. L'offerta dovrebbe fare infatti riferimento a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico quali i valori di mercato e non solo al generico criterio di equità⁶⁰⁶.

Solamente per inciso e senza alcuna pretesa di approfondimento dell'amplessimo tema della *Vetragsanpassung* in Germania, è opportuno sottolineare un ulteriore punto di raccordo fra la disciplina italiana e quella tedesca. Sia il terzo comma dell'art. 1467 cod. civ. che il § 313 BGB menzionano infatti l'adeguamento contrattuale, il quale si svolge se-

⁶⁰⁴ Per riferimenti dettagliati cfr. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., 167 s. Sull'adeguamento contrattuale in generale si veda F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 1 ss.; in particolare, sull'adeguamento nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie: T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 197 ss.

⁶⁰⁵ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 128.

⁶⁰⁶ Cass., 8 settembre 1999, n. 8857, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1865; Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 944.

condo modalità differenti ma che fornisce un'ulteriore conferma del fatto che le due disposizioni, pur con le diversità contenutistiche proprie, sono avvicinati sotto vari profili.

Verificare quali debbano essere le caratteristiche dell'offerta di riconduzione ad equità può essere d'aiuto anche per valutare, *a contrario*, i limiti entro i quali dovrebbe muoversi l'arbitratore nell'effettuare la determinazione. Infatti è stato osservato che, per essere adeguata al suo scopo, l'offerta dovrebbe essere tale da proporre condizioni che determinino un'attenuazione dell'onerosità sopravvenuta, eliminando così il carattere dell'«eccessività» (cioè dell'«iniquità») ⁶⁰⁷. Sposta una teoria più restrittiva chi invece afferma che la riconduzione ad equità dovrebbe consentire una ricostituzione dell'equilibrio iniziale delle posizioni, in modo che le prestazioni siano così ricondotte ad una piena ed obiettiva equivalenza ⁶⁰⁸.

In particolare è stato affermato che il criterio di riferimento per valutare l'«iniquità» delle condizioni del contratto (e poterlo perciò ridurre ad equità) sarebbe il valore di mercato della prestazione che ne sia oggetto. La disposizione dell'art. 1467 terzo comma cod. civ. (così come quella dell'art. 1450), come si è già avuto modo di rilevare, fa riferimento ad un concetto di equità che non corrisponde all'accezione per così dire normale, bensì ad un criterio tecnico: non significherebbe giustizia nel caso singolo bensì «equilibrio fra le prestazioni» ⁶⁰⁹.

Una delle modalità attraverso le quali è possibile ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni contrattuali – e questo, traslato nel nostro ambito di ricerca, significa appunto il raggio di azione consentito all'arbitratore per l'adozione di una determinazione equa – è quello di contestualizzare la fattispecie concreta alla luce di oggettivi criteri di mercato in modo da ricondurre ad equità l'economia del rapporto ⁶¹⁰.

Il giudice nell'effettuare le sue valutazioni, sia quando venga effettuata una proposta di riduzione ad equità sia quando le parti impugnino la determinazione dell'arbitratore per supposta iniquità, dovrà considerare dunque il valore dei beni sia al momento della conclusione del contratto sia al momento della statuizione del terzo e quindi anche tutti i

⁶⁰⁷ F.A. MAGNI, *Ancora sull'offerta di riduzione ad equità*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 218; R. SACCO, *Il contratto*, cit., 1003.

⁶⁰⁸ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 196; A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in *Corriere Giur.*, 1992, 665, nonché, *ex multis*, Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, cit.

⁶⁰⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 60.

⁶¹⁰ E. GABRIELLI, voce *Offerta di riduzione ad equità del contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003, 981.

fattori esterni (incremento di valore dei beni, svalutazione monetaria) intercorsi in quel periodo. Le sue considerazioni muteranno a seconda del bene oggetto della determinazione arbitrale: se si tratta, ad esempio, di beni industriali, il giudice dovrà considerare i costi ed il meccanismo della produzione; vertendosi in materia di proprietà fondiaria sarà opportuno guardare al valore dell'immobile per metro quadro ovvero basarsi sulla perizia di un esperto⁶¹¹.

La duplicità di visioni che emerge dalle teorie poco fa citate a proposito della riconduzione ad equità del contratto rispecchia la discussione che è stata alimentata circa il fondamento dell'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

Già opinioni risalenti, ragionando su tale questione, avevano affermato che tale fondamento fosse rinvenibile e giustificabile proprio sulla base dei principi dell'equità⁶¹². Infatti era stata avallata l'idea per cui tale norma costituirebbe applicazione del principio dell'equivalenza ed equilibrio fra prestazioni e, appunto, di quello dell'equità, i quali, in virtù del richiamo al principio di buona fede, devono essere rispettati nell'adempimento delle obbligazioni⁶¹³.

Pur non volendo addentrarci nella tematica dell'adeguamento del contratto, va comunque sottolineato che il modo in cui l'equilibrio fra prestazioni contrattuali viene inteso gioca un ruolo fondamentale sulla valutazione dei criteri con cui apprezzare la determinazione del terzo e verificare la sua eventuale iniquità.

Si spazia da concezioni soggettive, in base alle quali l'equivalenza va vista nell'ottica delle parti quale metro di paragone fra prestazione e controprestazione⁶¹⁴, a concezioni oggettive, secondo cui l'equivalenza ci sarà in tutti i casi in cui la controprestazione sia di valore simile a quello della prestazione⁶¹⁵, nonché teorie miste, secondo cui bisogna tener conto della volontà delle parti e di quanto essa eventualmente si discosti da valutazioni obiettive⁶¹⁶.

La funzione cui risponde tale previsione normativa è, comunque, quella per cui l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non incide sulla causa del contratto in

⁶¹¹ A. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., 281 s.

⁶¹² C. BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1947, 65.

⁶¹³ L. BENEDICENTI, *Premesse allo studio della eccessiva onerosità nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1944, I, 1 ss.

⁶¹⁴ F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 491.

⁶¹⁵ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1935, 253.

⁶¹⁶ E. TILOCCA, *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 65.

quanto si sia verificata un'alterazione del sinallagma funzionale, ma si fonda sull'esigenza di contenere entro limiti di normalità il rischio dell'aggravamento economico, in modo da tutelare il contraente che si veda esposto a gravi turbamenti dei suoi rapporti socio-economici⁶¹⁷.

L'analisi fin qui condotta sembra aver portato a risultati concreti. Infatti ha consentito, posto che il concetto di equità sarà comunque sempre foriero di dubbi interpretativi e di non facile concretizzazione, di fare un passo in avanti ampliando gli strumenti a disposizione dell'interprete – il giudice per primo – per valutare l'iniquità della determinazione arbitrale.

Si è cercato di dimostrare come possa essere giuridicamente fondato, grazie anche alla comparazione fra diversi ordinamenti, prendere a riferimento parametri utilizzati nella disciplina di una fattispecie dai presupposti simili all'arbitraggio – pur con contenuti ed effetti diversi – quale appunto la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

Senza pretese di fornire soluzioni sistematiche esaustive, è opportuno trarre ora le conclusioni dalla ricerca appena svolta ed evidenziarne i profili di rilievo.

L'approccio metodologico seguito è stato quello di evidenziare come possa essere non solo interessante ma altresì di grande impatto pratico riflettere su possibili ulteriori agganci normativi forniti dal nostro ordinamento grazie, anche e soprattutto, al collegamento con l'ordinamento tedesco.

Tale *modus procedendi* ha consentito di richiamarsi all'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità facendo emergere altri possibili criteri sulla base dei quali valutare la determinazione del terzo e rilevarne l'eventuale iniquità. In particolare il principale parametro di riferimento individuato ha carattere oggettivo e fa riferimento ad un aumento rilevante del costo della prestazione che non fosse prevedibile per quello specifico tipo contrattuale sulla base delle variazioni dei valori di mercato. Si avrà iniquità, dunque, in caso di rilevante squilibrio del rapporto fra prestazioni, avendo riguardo a prima e dopo che fosse assunta della determinazione arbitrale.

La portata caratteristica delle conclusioni cui si è pervenuti sembra potersi ravvisare sotto due punti di vista.

⁶¹⁷ Così Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, cit.

Da un lato è stato infatti individuato un criterio più elastico rispetto a quello più prettamente aritmetico della lesione *ultra dimidium* cui si è richiamata la Corte di Cassazione che ha svolto, tra l'altro, una sussunzione giuridica della fattispecie concreta non scevra da dubbi.

Dall'altro lato, anche se apparentemente può sembrare che la formulazione generica di tale parametro oggettivo non introduca profili particolarmente nuovi rispetto al passato, in realtà costituisce un duttile e innovativo strumento interpretativo ancorato a valori ben precisi (valore di mercato, tipo contrattuale). Inoltre, fungendo da collegamento tra la fattispecie dell'arbitraggio e quella della risoluzione per eccessiva onerosità consentirà di richiamarsi a quest'ultima, secondo le modalità già viste, attraendone di conseguenza anche i criteri interpretativi che la giurisprudenza utilizza per dare maggior concretezza al parametro dell'eccessiva onerosità.

Capitolo quarto

L'invalidità della determinazione del terzo: rimedi e intervento del giudice

1. In generale sull'impugnazione della determinazione

Dopo aver approfondito nel precedente capitolo uno specifico caso di invalidità della determinazione adottata dall'arbitratore – quello dell'iniquità – verranno ora analizzate ulteriori ipotesi. In particolare non si farà più esclusivamente riferimento all'arbitraggio secondo equo apprezzamento, bensì anche a quello secondo mero arbitrio, dove le parti hanno affidato all'arbitratore l'incarico di effettuare la determinazione con l'intenzione che svolgesse una ponderazione di interessi sulla base di criteri soggettivi propri.

Data la peculiarità dell'arbitraggio e del relativo regime di controllo del giudice, v'è chi ha affermato che più che di 'impugnazione' della determinazione arbitrale sarebbe opportuno parlare di sua 'invalidazione' in quanto condurrebbe ad un giudizio cui manca quello specifico tecnicismo proprio del regime delle impugnazioni. Questo perché le parti non invocherebbero l'applicazione di determinate norme giuridiche: oggetto del giudizio sarebbe bensì un'analisi sul contenuto della statuizione del terzo⁶¹⁸. A dire il vero siffatta precisazione terminologica non appare necessaria posto che in realtà, come si vedrà in seguito parlando degli aspetti più prettamente processuali, il menzionato giudizio si svolge secondo le modalità del normale giudizio di cognizione, cioè davanti ad un giudice individuato sulla base dei principi di competenza del codice di procedura civile.

Rinviando alle prossime pagine la trattazione degli aspetti più prettamente processuali dell'impugnazione della determinazione dell'arbitratore, è di fondamentale importanza sottolineare che nell'individuazione dei motivi di impugnazione della determinazione arbitrale riveste un ruolo cardine la definizione della natura dell'atto di arbitraggio quale atto negoziale ovvero non negoziale. E, quindi, se la determinazione dell'arbitratore abbia valore dichiarativo, costitutivo ovvero si tratti del compimento di una mera attività materiale o intellettuale in adempimento dell'incarico assegnato.

⁶¹⁸ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 71.

A questo proposito, in particolare, assume rilievo il profilo dell'impugnabilità per incapacità e vizi del volere dell'autore della determinazione, con riguardo al quale si sono affermati due orientamenti differenti⁶¹⁹.

Si è visto che quello più recente, nonché sostenuto in via maggioritaria è nel senso di negare l'impugnabilità dei vizi della volontà dell'arbitratore. Non si ritiene opportuno un approfondimento delle ragioni di tale orientamento, posto che i motivi sui quali si fonda la concezione non negoziale sono già stati a loro tempo analizzati⁶²⁰, ma può esser utile tenerne conto, piuttosto, in vista delle conseguenze cui l'opposta impostazione condurrebbe sul piano dei rimedi.

I sostenitori della tesi negoziale – affermatasi soprattutto in epoca più risalente ed attualmente abbracciata in via minoritaria – avevano infatti sostenuto, concordemente con una parte della giurisprudenza, che fosse possibile impugnare la determinazione del terzo per incapacità e vizi della volontà dell'arbitratore anche nei casi in cui queste difformità non si risolvessero in iniquità o erroneità manifeste⁶²¹. Seguendo tale ragionamento fu proposta la suddivisione dei motivi di impugnazione della determinazione arbitrale in tre categorie diverse: motivi invocabili in qualsiasi tipologia di arbitraggio, motivi invocabili solo nell'arbitraggio rimesso all'equo apprezzamento del terzo e, infine, motivi invocabili nell'arbitraggio secondo mero arbitrio⁶²².

Le ragioni delle ripercussioni che i vizi della volontà avrebbero sulla validità della determinazione sono state individuate nel fatto che, nel momento in cui le parti si rimettono alla decisione di un terzo, ne conseguirebbe la necessità che la sua determinazione venga adottata sulla base di un processo cognitivo genuino, cosciente e libero da vizi⁶²³. Così opinando, poiché per la valida assunzione della determinazione arbitrale è richiesta la capacità naturale del terzo, in caso di sua inabilitazione o interdizione – sia preesistente che

⁶¹⁹ Sul punto si veda E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 142; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, 369 s.

⁶²⁰ Vedi *supra*, cap. 1, § 9.

⁶²¹ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 71 ss.; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 836 ed ivi giurisprudenza citata in nt. 8. Fra gli altri si legga Trib. Lanusei, 13 novembre 1989, in *RG Sarda*, 1990, 448: «Poiché l'arbitratore non formula un giudizio né risolve una controversia e la sua determinazione integra un negozio giuridico, la stessa è soggetta non alle impugnazioni di carattere processuale di cui agli artt. 827 ss. c.p.c., bensì ai rimedi che la legge sostanziale appresta contro i negozi nulli o annullabili, quali l'impugnazione per dolo, manifesto errore o violazione dei limiti del mandato». Una posizione intermedia è assunta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 332, il quale pur qualificando la determinazione arbitrale quale atto e non quale negozio giuridico, ammette l'impugnabilità dello stesso per vizi della volontà dell'arbitratore.

⁶²² G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 71.

⁶²³ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 837.

sopravvenuta alla nomina, ma comunque antecedente o concomitante alla determinazione – la statuizione sarà annullabile. Parimenti annullabile sarà la determinazione che risulti viziata da errore, violenza o dolo.

Benché tali situazioni possano talvolta costituire esse stesse causa di (manifesta) erroneità o iniquità della determinazione arbitrale, non sempre ciò avviene. In particolare, sulla base di un'interpretazione di tipo logico è stato affermato che mentre dolo, errore e violenza rileverebbero nell'arbitrio secondo equo apprezzamento solo in tanto in quanto conducano ad una determinazione erronea o iniqua, nel caso in cui si tratti di *arbitrium merum* sarebbero già di per sé sole idonee all'annullamento della determinazione⁶²⁴.

A questo proposito, diversamente dal nostro ordinamento dove il legislatore tace sul punto, quello tedesco ha invece espressamente previsto, al § 318 BGB, la possibilità per una delle parti di chiedere l'annullamento della determinazione che sia affetta da vizi della volontà, e ciò senza che si faccia distinzione tra arbitraggio secondo equo apprezzamento ovvero secondo mero arbitrio⁶²⁵.

Va operata una distinzione circa le conseguenze che derivano dalla concezione sulla rilevanza attribuita ai vizi del volere dell'arbitratore, dove la si accolga. Se l'impugnativa della determinazione si fonda sull'incapacità del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, nel caso di arbitraggio secondo equo apprezzamento il giudice sarà tenuto ad assumere la determinazione in sostituzione dell'arbitratore; viceversa, nell'arbitraggio secondo mero arbitrio, il giudice dichiarerà la nullità del contratto. Invece in tutti i casi di dolo, errore o violenza a danno dell'arbitratore, a quest'ultimo spetterà il compito di effettuare una nuova determinazione che si sostituisca a quella viziata⁶²⁶.

In generale, il discorso svolto per i vizi della volontà vale anche con riguardo ai casi in cui il terzo ecceda i confini dell'ambito entro il quale le parti lo hanno vincolato ad agire. Se l'arbitratore si muovesse dunque al di fuori dell'ambito di propria competenza la sua determinazione sarebbe annullabile – salvo ratifica da parte di entrambi i contraenti – in

⁶²⁴ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 71 s.; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 836 s.; F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 418.

⁶²⁵ § 318 BGB rubricato „Anfechtung der Bestimmung“: « (1) Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden. (2) Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Die Anfechtung muss unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn 30 Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist».

⁶²⁶ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 73.

quanto adottata in assenza del relativo potere. Lo stesso dicasi quando l'arbitratore agisca in totale assenza di incarico⁶²⁷.

Pacifica è invece la rilevanza dei vizi che inficino la volontà non dell'arbitratore, bensì dei contraenti, e che quindi concernano la clausola di arbitraggio, la quale potrà essere annullata. Gli effetti dell'invalidità si ripercuoteranno direttamente sul contratto principale, che ne risulterà colpito indipendentemente dalla sorte della determinazione del terzo⁶²⁸.

Ciò detto, poiché in tempi recenti con il prevalente affermarsi della teoria non negoziale dell'atto di arbitraggio è stata negata la possibilità di impugnare la determinazione arbitrale per vizi della volontà dell'arbitratore⁶²⁹, si ritiene ora preferibile trattare dei motivi di impugnazione sulla base di una loro suddivisione che rispecchi le due tipologie legali di arbitraggio.

2. Motivi invocabili nell'*arbitrium boni viri* e nell'*arbitrium merum*

Quando le parti abbiano incaricato il terzo di assumere la determinazione secondo equo apprezzamento, essa sarà impugnabile solamente nei casi previsti dall'art. 1349 cod. civ., cioè per sua manifesta iniquità o erroneità.

Di iniquità si è già parlato approfonditamente. L'erroneità si sostanzia invece nell'inesatta valutazione di elementi fattuali o tecnici, tale da alterare notevolmente il contenuto della determinazione del terzo. Come è già emerso nel capitolo precedente, tuttavia, spesso si verifica che l'erroneità abbia tra i suoi effetti anche quello di rendere iniqua la determinazione arbitrale, di talché la prima si tradurrà nella seconda⁶³⁰.

La determinazione che risulti iniqua o erronea, come si è detto a suo tempo, prescinde dallo stato soggettivo dell'arbitratore e sarà quindi impugnabile indipendentemente dal fatto che egli si sia trovato in dolo o in colpa⁶³¹.

⁶²⁷ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 72.

⁶²⁸ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 73.

⁶²⁹ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 135; P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., 971; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 5; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit. 41.

⁶³⁰ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 836; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 131.

⁶³¹ Per tutti: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 138.

Il giudice, chiamato a pronunciarsi sull'annullamento dell'atto di arbitraggio per iniquità o erroneità manifeste, non potrà procedere autonomamente all'adozione della nuova determinazione, ma dovrà esservi incaricato espressamente dalle parti⁶³².

Nel caso in cui invece i contraenti si siano rimessi al mero arbitrio del terzo, ai sensi dell'art. 1349 secondo comma cod. civ. la sua determinazione, come si è visto, potrà essere impugnata solo provando la sua mala fede.

Tale regola si fonda sull'esistenza del vincolo fiduciario che viene a crearsi tra parti e arbitratore. Le parti ripongono nell'attività del terzo e nell'esito della stessa una fiducia spiccata, di conseguenza si cerca di limitare il più possibile l'impugnazione della sua determinazione⁶³³. La loro scelta di rimettersi al mero arbitrio del terzo comporta una rinuncia preventiva ad un controllo sull'operato dell'arbitratore in virtù dell'affidamento fatto sulla sua capacità di assumere una decisione corretta, ragionata e imparziale. L'attività del terzo è tendenzialmente insostituibile perché la scelta delle parti è legata all'*intuitus personae*⁶³⁴.

L'unica possibilità di impugnare la determinazione si avrà, appunto, nel caso in cui egli contravvenga allo spirito fiduciario che ha informato la scelta dei contraenti agendo in mala fede, cioè quando si verifichi una «voluta parzialità della determinazione a favore di uno dei contraenti»⁶³⁵ ovvero siano presenti motivi illeciti quali «corruzione, intenzione di nuocere, esibizionismo»⁶³⁶. Non è invece richiesto che la mala fede si concreti nella consapevolezza di adottare una determinazione diversa da quella usuale⁶³⁷, essendo sufficiente che una delle parti venga volontariamente danneggiata in ragione di motivi illeciti che abbiano mosso il terzo all'adozione di una determinazione inadeguata⁶³⁸.

Da quanto detto emerge indirettamente – la legge, a differenza di quanto avviene per l'equo apprezzamento, non ne parla – che la determinazione assunta secondo mero arbitrio non possa essere impugnata per manifesta iniquità; a ciò si aggiunge che, se la de-

⁶³² G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 74.

⁶³³ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 141.

⁶³⁴ E. CONTINO, *Arbitrato, arbitraggio*, cit., 3029.

⁶³⁵ G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 76; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 334.

⁶³⁶ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 135.

⁶³⁷ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 128; E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1208.

⁶³⁸ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 142.

terminazione manca e le parti non si accordano per sostituire l'arbitratore, il negozio sarà nullo⁶³⁹.

3. Un'ipotesi peculiare: la mancanza della determinazione del terzo

L'art. 1349 cod. civ. contempla al primo e al secondo comma l'ipotesi della mancata determinazione dell'arbitratore. Le cause possono essere molteplici e diverse saranno le conseguenze.

Può accadere che le parti non siano riuscite ad accordarsi sulla nomina del terzo; oppure abbiano concordato sulla persona da nominare ma si trovino successivamente in disaccordo, non riuscendo a provvedervi concretamente; ovvero, se la nomina è stata riservata ad una delle parti o al terzo, essi si rifiutino di assumerla; ancora, può accadere che il terzo non accetti la nomina ovvero, dopo aver accettato, non effettui la determinazione per rifiuto espresso o per impossibilità dovuta, ad esempio, a sopravvenuta incapacità o morte⁶⁴⁰.

In particolare, quando manchi la designazione del terzo da parte dei contraenti, la nomina giudiziale sostitutiva – salvo i casi previsti dalla legge, come ad esempio l'art. 1473 cod. civ. – è generalmente ritenuta inammissibile, così come la determinazione sostitutiva, in quanto quest'ultima si inserirebbe in un rapporto contrattuale incompleto.

Per quanto attiene l'aspetto della nomina, va detto che alle parti è concessa ampia facoltà di scelta: esse possono individuare l'arbitratore già al momento della conclusione del contratto ovvero rinviare la scelta ad un momento successivo, eventualmente rimettendola ad un soggetto esterno, quale il Presidente del Tribunale⁶⁴¹. V'è chi ammette anche la possibilità che la nomina sia rimessa ad uno solo dei contraenti, ma si tratta di questione discussa⁶⁴². Inoltre, anche se le parti non dovessero nominare fin da subito l'arbitratore, si ritiene sufficiente che predeterminino almeno i criteri attraverso i quali la nomina debba essere effettuata.

⁶³⁹ F. GALLO, voce *Arbitrio del terzo*, cit., 418.

⁶⁴⁰ G. SANTORO, in *Commentario al codice civile*, cit., 550.

⁶⁴¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 71; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., 54.

⁶⁴² D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 253. In senso contrario la Corte d'Appello di Trento con sentenza del 18 febbraio 1975, in *Giur. merito*, 1975, I, 424.

Con specifico riferimento al caso in cui i contraenti, al momento della conclusione del contratto, non individuino l'arbitratore rinviando tale incombenza ad un momento successivo, e in seguito il terzo non voglia accettare l'incarico, alcuni autori ammettono la possibilità che il giudice intervenga e, in virtù del principio di conservazione del contratto e per dargli esecuzione, effettui la determinazione lui stesso. Per la verità tale ipotesi è specificamente ammessa in materia di vendita e quindi dovrebbe essere a questa opportunamente limitata⁶⁴³.

Per quanto concerne le conseguenze della mancata determinazione riconducibile a circostanze soggettive dell'arbitratore, al pari di quanto avviene nell'ipotesi dell'erroneità o iniquità manifesta della determinazione, il legislatore ha distinto a seconda che si tratti di *arbitrium boni viri* (art. 1349 primo comma cod. civ.) ovvero di *arbitrium merum* (art. 1349 secondo comma cod. civ.)⁶⁴⁴.

Come si è visto, infatti, nell'ipotesi in cui il terzo sia stato incaricato dalle parti di assumere la determinazione secondo equo apprezzamento, il giudice potrà successivamente essere chiamato a intervenire adottando, tramite sentenza, una determinazione sostitutiva di quella dell'arbitratore. Tale intervento esterno è ammesso e giustificato sulla base della considerazione che le parti ricorrono così ad uno strumento oggettivo finalizzato a consentire che lo stesso giudice possa inserirsi nel procedimento di integrazione della volontà contrattuale.

Quando invece i contraenti si siano rimessi al mero arbitrio – ovvero all'equo apprezzamento del terzo ma con esclusione di ogni altro (si tratta del cosiddetto *arbitrium boni viri* personale, nel quale come si è visto le parti escludono la possibilità di sostituire l'arbitratore⁶⁴⁵) – se egli non può o non vuole procedere alla determinazione e le parti non si siano accordate per sostituirlo, il contratto, come si è già detto, sarà nullo. Si tratta di una invalidità assoluta in quanto, se la determinazione fosse effettuata da un terzo diverso da quello scelto dalle parti, essa non corrisponderebbe a quella originariamente prevista e non soddisferebbe i necessari requisiti di validità. Poiché in tal caso diventerebbe impossibile determinare un elemento del rapporto contrattuale, ne discenderebbe l'impossibilità so-

⁶⁴³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 333; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 112.

⁶⁴⁴ Sul punto si legga: E. GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., 1203 ss.; ID, voce *Arbitraggio*, cit., 140 s.; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 131 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, Napoli, 1995, 239 s.;

⁶⁴⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 392.

pravvenuta della determinazione⁶⁴⁶. Tale previsione è una conseguenza della natura soggettiva e fiduciaria propria del criterio sulla base del quale l'arbitratore è incaricato di agire⁶⁴⁷. Il principio della conservazione del contratto in tale contesto non spiegherebbe i suoi effetti: il contratto è nullo in quanto vi è un ostacolo insuperabile, a meno di non snaturare l'intento contrattuale originario delle parti⁶⁴⁸.

Se invece il terzo non potesse procedere alla determinazione per cessazione dalla carica che ricopriva è stato affermato che, non essendo il potere attribuito dai contraenti legato alla persona fisica bensì alla carica stessa, un intervento da parte del giudice sarebbe precluso: il potere determinativo spetterebbe al successore del soggetto inizialmente nominato dalle parti e poi decaduto dall'incarico⁶⁴⁹.

La giurisprudenza ha avuto occasione di affermare che nell'*arbitrium boni viri* se la determinazione del terzo manca perché quest'ultimo non è stato nominato dai contraenti, potrebbe comunque ammettersi l'intervento del giudice «qualora le parti non addivengano ... alla nomina del terzo per la determinazione della prestazione dedotta in contratto, né provvedano direttamente a tale determinazione, e tuttavia una di esse adisca il giudice chiedendo la condanna della controparte all'adempimento della prestazione, in tal caso sono le parti stesse a dar vita, con il loro comportamento, ad una controversia ... » che «... anche per il principio generale dell'economia processuale, bene può essere risolta direttamente dal giudice nel suo duplice oggetto, con una decisione il cui risultato ha la funzione d'integrare ... il contratto nel suo elemento manchevole»⁶⁵⁰. Si tratta di una posizione che desta non poche perplessità⁶⁵¹ e rimasta per lo più isolata perché, seppur ripresa da una giurisprudenza più recente, questa ha però riformulato il nodo centrale del ragionamento affermando che «qualora il terzo – cui sia stato demandato dalle parti il relativo compito – non addivenga alla determinazione della prestazione dedotta in contratto né ad essa provvedano le parti direttamente ed una di esse adisca il giudice ... la relativa controversia ... può essere risolta direttamente, anche per il principio generale dell'economia processuale, dal giudice ...»⁶⁵². In tal caso, dunque, il ricorso al giudice viene bensì consentito, ma non

⁶⁴⁶ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 142.

⁶⁴⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 334; A. CATRICALÀ, voce *Arbitraggio*, cit., 5.

⁶⁴⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 332.

⁶⁴⁹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 131.

⁶⁵⁰ Cass., 6 giugno 1969, n. 1989, in *Foro it.*, 1969, I, 2520; Cass., 19 giugno 1962, n. 1569, in *Rep. Foro it.*, voce «Obbligazioni e contratti», n. 149.

⁶⁵¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 132.

⁶⁵² Cass., 5 agosto 1983, n. 5272, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 163.

nell'ipotesi in cui la mancata determinazione sia dovuta all'assenza di nomina del terzo da parte dei contraenti, bensì in quella in cui sia l'arbitratore a non aver assunto la determinazione, né ad essa provvedano le parti.

La particolarità dell'ipotesi in cui la determinazione del terzo manchi del tutto consiste nel fatto che, non essendovi alcunché da impugnare, il procedimento davanti al giudice avrà ad oggetto solamente la richiesta che egli si sostituisca al terzo, con la conseguenza che la sua attività non avrà carattere strettamente giurisdizionale bensì, piuttosto, di giurisdizione volontaria⁶⁵³.

Per quanto concerne il momento a partire dal quale il giudice potrà intervenire, esso coinciderà con la scadenza del termine entro il quale l'arbitratore doveva assumere la determinazione, se previsto; in caso contrario, l'intervento giudiziale sostitutivo sarà possibile in qualsiasi momento.

Nell'assumere la determinazione il giudice sarà vincolato agli stessi parametri e modalità che avrebbero vincolato l'arbitratore e dovrà entrare nel merito del contenuto negoziale senza sostituire alla volontà delle parti la propria, bensì integrandola. Di norma nel momento in cui il giudice si attiva per assumere la determinazione sostitutiva il rapporto che si era instaurato tra il terzo e le parti è già venuto meno. Se così non fosse, tuttavia, è stato affermato che potrebbe ritenersi che tale 'risoluzione' avvenga in modo automatico nel momento in cui le parti attribuiscono il medesimo incarico non necessariamente a un secondo arbitratore – posto che in tal caso ciò potrebbe anche significare la volontà di affiancarlo al primo – bensì al giudice. In questa ipotesi, infatti, l'intenzione delle parti è che l'integrazione della propria volontà venga realizzata con modalità differenti⁶⁵⁴. Se invece i contraenti non avessero rescisso il loro rapporto con il terzo, a quest'ultimo spetterebbe il diritto di recesso e potrebbe chiedere nei loro confronti il risarcimento dei danni eventualmente patiti⁶⁵⁵.

Si rinvia al paragrafo seguente per una trattazione più specifica della questione dell'intervento sostitutivo del giudice, mentre quanto all'approfondimento del tema dell'(in)completezza del contratto di arbitraggio, ci si richiama a ciò che è stato detto nei capitoli che precedono.

⁶⁵³ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 240 s.

⁶⁵⁴ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 135 s.

⁶⁵⁵ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 133 ss.

4. L'intervento del giudice

a. In generale

Dalla lettura dell'art. 1349 cod. civ. emerge chiaramente come il ruolo del giudice, nell'ambito dell'arbitraggio, abbia carattere eventuale e sussidiario; alla stessa conclusione si perviene, come è risultato dall'analisi dei §§ 315-319 BGB, con riguardo all'ordinamento tedesco⁶⁵⁶.

Dall'analisi fino ad ora condotta sull'arbitraggio è risultato che l'intervento del giudice potendo astrattamente realizzarsi in momenti temporali e con riguardo a profili differenti avrà un contenuto diverso a seconda dei casi.

Trattandosi di arbitraggio secondo equo apprezzamento, se la determinazione dell'arbitratore risulti manifestamente iniqua o erronea, il giudice può essere richiesto dalle parti del suo annullamento e, successivamente, dell'adozione di una nuova statuizione con sentenza (art. 1349 primo comma, prima parte, cod. civ.); ovvero potrà intervenire per assumere in via sostitutiva la determinazione nel caso in cui il terzo abbia omissso di adottarla (art. 1349 primo comma, seconda parte, cod. civ.).

Nel caso dell'arbitraggio secondo mero arbitrio, se il terzo ha agito secondo mala fede la sua determinazione è annullabile dal giudice (art. 1349 secondo comma cod. civ.).

Per quanto attiene poi l'eventuale annullamento della determinazione affetta da vizi della volontà o da incapacità dell'arbitratore, ci si richiama alle precisazioni fatte nelle pagine che precedono: la sua effettiva possibilità va opportunamente verificata⁶⁵⁷.

È stato osservato che l'intervento del giudice potrebbe concernere sia la nomina dell'arbitratore sia l'adozione della determinazione⁶⁵⁸. Tuttavia, come detto poc'anzi, la prima possibilità è in realtà molto discussa⁶⁵⁹. La tesi che nega l'ammissibilità di questa ipotesi fa infatti leva sul dato letterale dell'art. 1349 cod. civ., il quale prevede che il giudice possa intervenire solamente se la determinazione manchi e non menziona, invece, la facoltà di nominare l'arbitratore nei casi in cui le parti non vi abbiano provveduto. Se ne de-

⁶⁵⁶ Per un approfondimento, a tal proposito, si legga: A. BARENGHI, *Note sull'arbitramento*, cit., 89 ss.

⁶⁵⁷ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 130.

⁶⁵⁸ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 73.

⁶⁵⁹ Vedi *supra*, cap. 4, § 3.

duce che il legislatore farebbe dunque riferimento all'ipotesi in cui il terzo sia stato già nominato e, ciò che manca, sia invece la sua determinazione⁶⁶⁰.

Diversamente l'art. 1473 cod. civ. – il quale come si è visto disciplina il caso in cui all'arbitratore sia stato affidato il compito di determinare il prezzo della compravendita – prevede espressamente, al suo secondo comma, la possibilità che il terzo non possa o non voglia accettare l'incarico ovvero che le parti non si accordino per la sua nomina o sostituzione, spettando al Presidente del Tribunale, in tal caso, suddetta designazione.

b. La decisione del giudice: natura e profili processuali

L'opinione maggioritaria ritiene che la legittimazione ad impugnare la determinazione dell'arbitratore spetti solamente alle parti del contratto e non invece al terzo, che non avrebbe un interesse giuridicamente rilevante ad intervenire in via principale bensì, al più, in via adesiva⁶⁶¹.

Vediamo ora in dettaglio le particolarità dell'intervento del giudice, occupandoci per prima dell'ipotesi dell'arbitraggio secondo equo apprezzamento.

Si pensi all'ipotesi in cui una parte chieda all'autorità giudiziaria il solo annullamento della determinazione arbitrale ritenuta iniqua o erronea. Il processo che si instaura con l'impugnazione della stessa avrà natura di un ordinario giudizio di cognizione che la parte dovrà promuovere avanti al giudice tramite un atto di citazione da notificare sia a controparte sia al terzo arbitratore⁶⁶². Salvo la legge preveda dei termini di decadenza ovvero si tratti – per chi la ammette – di impugnativa della determinazione per vizi del volere del terzo per la quale vale il termine di prescrizione quinquennale, l'azione è soggetta a prescrizione decennale⁶⁶³.

La richiesta della parte potrebbe poi avere un contenuto duplice: non solo, cioè, l'annullamento della determinazione del terzo, ma anche, in subordine, l'assunzione di una nuova statuizione che sostituisca quella viziata, in modo da raggiungere così l'obiettivo avuto di mira dai contraenti con l'accordo di arbitraggio.

⁶⁶⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 74.

⁶⁶¹ Per tutti: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 156; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 837.

⁶⁶² E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 143; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 156; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 837.

⁶⁶³ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 157; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 837; G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale*, cit., 72 s.

In tal caso molto si è discusso sul tipo di attività svolta dal giudice e, conseguentemente, sulla natura della sua pronuncia.

Correttamente è stato infatti osservato che esiste una distinzione tra l'attività che il giudice svolge quando è chiamato a valutare l'iniquità ovvero l'erroneità della determinazione arbitrale e quando, invece, viene incaricato dalle parti di assumere una nuova determinazione che sostituisca quella viziata del terzo.

Nel primo caso, infatti, il giudice interviene sulla base di una richiesta di parte che, nel domandare l'accertamento della corrispondenza, o meno, della determinazione ai parametri fissati ed eventualmente il suo annullamento, esercita un vero e proprio potere d'azione, concessogli dalla legge a tutela della propria situazione giuridica soggettiva. Il giudice, dunque, si trova a svolgere un'attività di tipo giurisdizionale perché è chiamato a risolvere una controversia giuridica sorta tra le parti.

Quando una di esse chiede al giudice che provveda anche ad adottare una nuova determinazione, sostituendola a quella impugnata, egli svolgerà inevitabilmente un'attività di natura differente rispetto a prima, cioè dispositiva, rientrando nella cosiddetta volontaria giurisdizione. In particolare egli dovrà attenersi ai medesimi parametri che le parti avevano stabilito per l'arbitratore, servendosi pur sempre dei valori di mercato e procedendo anch'egli con valutazione equitativa⁶⁶⁴.

La menzionata distinzione tuttavia si dissolve, se osservata dal punto di vista processuale, nel caso in cui la domanda giudiziale proposta dalla parte comprenda sia la richiesta di annullamento della determinazione che quella dell'adozione di una sostitutiva. In questa ipotesi, infatti, l'attività del giudice è unitaria ed esprime il suo carattere prettamente giurisdizionale: il vizio che inficia la determinazione del terzo deve essere accertato in via preliminare e costituisce il presupposto non solo per l'annullamento ma anche per la successiva adozione di una determinazione sostitutiva da parte del giudice, con la conseguenza che l'attività dispositiva verrà attratta in quella giurisdizionale⁶⁶⁵.

L'ipotesi in cui, invece, emerge in tutta la sua pienezza – anche processuale – la natura dispositiva dell'attività del giudice, è quella di cui all'art. 1349 primo comma, parte seconda cod. civ., in cui cioè manchi la determinazione dell'arbitratore. In tal caso la ri-

⁶⁶⁴ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 158; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 162 s.; F. GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., 477.

⁶⁶⁵ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 157.

chiesta delle parti al giudice consisterà unicamente nell'adozione da parte sua della determinazione che il terzo avrebbe dovuto effettuare ma non ha compiuto.

In questa evenienza si ritiene che trovi applicazione l'art. 737 cod. proc. civ., il quale viene ritenuto applicabile a tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione privi di apposita disciplina⁶⁶⁶. In particolare il giudizio dovrà essere introdotto tramite ricorso della parte interessata al giudice, il quale provvederà sulla richiesta con decreto⁶⁶⁷.

Altri ritengono che, poiché la legge nulla prevede con riferimento alla procedura da seguire per l'ipotesi della determinazione giudiziale, possa ritenersi applicabile in via analogica la disciplina di cui all'art. 82 disp. att. cod. civ. che concerne il procedimento di nomina del terzo al fine della fissazione del prezzo della vendita⁶⁶⁸. Si tratta, in realtà, di una disciplina per lo più parificabile a quella del rito camerale di cui agli artt. 737 cod. proc. civ., ancorché prevista per un'ipotesi speciale di arbitraggio. L'atto dispositivo del giudice dovrebbe in tal caso esser richiesto da una delle parti tramite ricorso da notificare all'altra, ovvero tramite una richiesta congiunta di tutte le parti. Il Presidente del Tribunale del luogo in cui deve essere eseguita la prestazione da determinare provvede con decreto, impugnabile per reclamo⁶⁶⁹.

Anche in merito alla natura del provvedimento giudiziale emesso al termine del procedimento è opportuna una precisazione. La pronuncia consisterebbe, per quanto concerne l'accertamento in via contenziosa dell'iniquità o dell'erroneità, in un atto di giurisdizione, mentre invece, relativamente all'adozione in via sostitutiva della determinazione, in un atto dispositivo⁶⁷⁰. Dal punto di vista formale comunque – eccettuato il caso in cui manchi la determinazione del terzo e il giudice si pronunci con decreto al termine del procedimento camerale – il provvedimento giudiziale assumerà la veste di sentenza, in quanto l'atto dispositivo verrà attratto dalla natura giurisdizionale del provvedimento di annullamento⁶⁷¹.

Per quanto poi concerne la natura giuridica sostanziale della pronuncia del giudice, trattasi di questione discussa e condizionata dalla natura che si voglia attribuire all'atto di

⁶⁶⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 243.

⁶⁶⁷ Per approfondimenti sul punto si veda F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 241 ss.

⁶⁶⁸ Vedi *supra*, cap. 1, § 4.

⁶⁶⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 332.

⁶⁷⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 157 s.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 162 s.

⁶⁷¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 157 s.

determinazione del terzo, nonché dal contenuto dell'istanza di parte, che può essere di accertamento del vizio, annullamento della determinazione, sostituzione della determinazione viziata ovvero assunzione di una nuova in mancanza di quella del terzo⁶⁷².

Da un lato è stato ritenuto, evidenziando il profilo della determinazione della prestazione, che la sentenza avrebbe natura determinativa⁶⁷³.

Altri sostengono che la pronuncia del giudice avrebbe natura dichiarativa in quanto la sua attività, rivolta alla determinazione della prestazione equa, avrebbe carattere di mero accertamento⁶⁷⁴.

Secondo l'opinione maggioritaria la sentenza resa al termine di un procedimento contenzioso in contraddittorio tra le parti – e ciò sia che sia stato chiesto unicamente l'annullamento della determinazione sia, in aggiunta, anche la sua sostituzione – avrebbe natura di accertamento costitutivo della non conformità della determinazione del terzo ai parametri fissati dalle parti stesse⁶⁷⁵.

Potrebbe trattarsi di un'unica pronuncia che, da un lato, annulli la determinazione dell'arbitratore in accoglimento dell'istanza di parte e, dall'altro, assuma la nuova statuizione, ovvero di due sentenze distinte – una di annullamento, avente appunto natura costitutiva, e l'altra invece, avente natura determinativa. A tale pronuncia potrebbe accompagnarsi poi anche una ulteriore, quella cioè di condanna del terzo al risarcimento dei danni, nel caso in cui la parte ricorrente ne abbia fatto domanda⁶⁷⁶.

Per quanto concerne il ruolo svolto dal giudice, è stato affermato che l'autorità giurisdiziativa, determinando l'oggetto del contratto in sostituzione del terzo, svolgerebbe un'attività integrativa della volontà dei contraenti, pur dovendo comunque fare riferimento, quale parametro oggettivo, ai valori di mercato⁶⁷⁷. Mentre di massima l'ordinamento giuridico sembra accordare ampio spazio alla discrezionalità del giudice, in alcune ipotesi specifiche, quale è l'arbitraggio, è la stessa norma a vincolare il giudice a criteri di giudizio specifici, quali la volontà delle parti e lo scopo avuto di mira⁶⁷⁸.

⁶⁷² E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 143 s.; G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, cit., 40.

⁶⁷³ M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 837.

⁶⁷⁴ G. SCADUTO, *Gli arbitralori*, cit., 141.

⁶⁷⁵ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 236; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 162.

⁶⁷⁶ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 239; A. DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., 201.

⁶⁷⁷ F. GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., 477.

⁶⁷⁸ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 112 s.

Anch'egli sarà tenuto ad assumere la determinazione secondo equità e buona fede ma, è stato sottolineato, esse andrebbero considerate come parametri sulla base dei quali il giudice dovrebbe valutare la congruità della determinazione dell'arbitratore e non – come invece valeva per il terzo – quali criteri di integrazione del contratto⁶⁷⁹.

Per quanto concerne, poi, il profilo dell'impugnabilità della pronuncia giudiziale, va osservato quanto segue.

È pacificamente accettato che anche la determinazione assunta dal giudice in sostituzione ovvero in mancanza di quella del terzo, sia a sua volta impugnabile per la presenza dei medesimi vizi: iniquità o erroneità manifeste⁶⁸⁰. Il giudice svolge infatti lo stesso compito che i contraenti avevano affidato al terzo ed è tenuto all'adozione della relativa determinazione nel rispetto dei limiti legali e negoziali. Agisce cioè da arbitratore come se tale fosse stato nominato dalle parti già nell'accordo di arbitraggio⁶⁸¹.

Anche a questo proposito bisogna fare una distinzione. Nell'ipotesi in cui le parti abbiano adito il giudice seguendo l'ordinario procedimento di cognizione, chiedendo cioè non solo l'annullamento della pronuncia del terzo ma anche una determinazione giudiziale che sostituisca la prima, la pronuncia giudiziale avrà la forma di sentenza e sarà quindi impugnabile secondo le procedure di impugnazione ordinaria⁶⁸².

Se invece il giudice sia stato richiesto unicamente dell'adozione della determinazione che il terzo non aveva effettuato, essa, adottata con decreto del giudice, sarà poi impugnabile in sede di reclamo nei modi e con le forme previste dall'art. 739 cod. proc. civ.⁶⁸³.

È stato però giustamente osservato – avvicinando così i piani di tutela concessi alle parti nei confronti dell'arbitratore, da un lato, e nei confronti del giudice, dall'altro – che non sarebbe corretto ritenere il reclamo l'unica modalità con cui le parti possono impugnare la determinazione giudiziale. Diversamente verrebbe infatti a crearsi una disparità di trattamento fra chi ha ottenuto la pronuncia dell'arbitratore e chi, invece, in ragione del suo inadempimento, debba attivarsi per veder soddisfatte le proprie pretese. Sulla scia delle e-

⁶⁷⁹ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 239.

⁶⁸⁰ E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 144; G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 158; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 234 s.

⁶⁸¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 158.

⁶⁸² E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 144.

⁶⁸³ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 243 ss.; E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 144.

laborazioni processualistiche in materia di efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria, è stato affermato che essi potrebbero essere annullabili in sede di giurisdizione contenziosa⁶⁸⁴. In particolare, le parti potranno instaurare un giudizio ordinario in cui chiedono al giudice di inibire l'efficacia del negozio giuridico cui acceda la determinazione giudiziale, la quale potrà essere annullata dal medesimo giudice in via incidentale⁶⁸⁵ ovvero, è stato altresì sostenuto, disapplicata⁶⁸⁶. Va tuttavia puntualizzato che non tutti i vizi sarebbero impugnabili bensì solo quelli di legittimità, restando invece quelli di opportunità di competenza onoraria⁶⁸⁷. Se si accoglie tale impostazione, nel caso specifico in cui la determinazione giudiziale si riveli erronea o iniqua, bisognerà distinguere a seconda che tale vizio consegua ad una falsa applicazione di una norma di legge ovvero sia il risultato di una valutazione di opportunità, essendo preclusa alla parte, in quest'ultimo caso, la possibilità di adire il giudice in via ordinaria.

Un'ultima precisazione sull'impugnabilità del provvedimento del giudice va fatta con riguardo all'orientamento giurisprudenziale già ricordato secondo il quale, poiché l'impugnazione della determinazione per iniquità manifesta dà luogo ad un accertamento di fatto, l'apprezzamento del giudice non è sindacabile in sede di legittimità, salvo per quanto attiene ai vizi della motivazione⁶⁸⁸.

Ciò detto con riferimento all'arbitraggio secondo equo apprezzamento, diversamente si profila l'aspetto dell'impugnabilità della determinazione e dei relativi rimedi nel caso in cui essa sia rimessa all'*arbitrium merum* del terzo, come si è già accennato nelle pagine che precedono.

In questa tipologia di arbitraggio, infatti, se la parte vuole impugnare la determinazione adottata dal terzo è necessario che provi che quest'ultimo abbia agito in mala fede⁶⁸⁹. La parte pregiudicata impugnerà la determinazione secondo il procedimento ordinario di cognizione chiedendo al giudice la declaratoria della sua inefficacia e l'accertamento della mancanza di un elemento del negozio⁶⁹⁰. Il giudice si dovrà limitare, laddove riscontri l'effettiva mala fede del terzo, ad annullare la determinazione: il carattere personale pro-

⁶⁸⁴ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, II, Napoli, 1960, 15.

⁶⁸⁵ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 244; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2011, 384 s., in particolare si legga la dottrina richiamata in nt. 39.

⁶⁸⁶ Cass., 25 luglio 1972, n. 2546, in *Mass. Giust. civ.*, 1972, 1422.

⁶⁸⁷ Cfr. Cass., 13 marzo 1992, n. 3055, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1418.

⁶⁸⁸ Cfr. *supra*, cap. 1, § 8.

⁶⁸⁹ Su come debba essere intesa la mala fede vedi *supra*, cap. 1, § 10.

⁶⁹⁰ F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 238.

prio dell'incarico affidato al terzo dalle parti impedisce che la determinazione da lui assunta e annullata possa essere sostituita con una propria. Le parti hanno l'onere di nominare un arbitratore sostituto ma, se non vi provvedono, il contratto cui l'accordo di arbitraggio accedeva sarà nullo⁶⁹¹.

Alla stessa conseguenza si perviene se il terzo non ha adottato la determinazione: la legge consente alle parti di nominare un sostituto e, se ciò non avviene, non v'è alcuno spazio per un intervento sostitutivo del giudice: il contratto principale sarà affetto da nullità, così come dispone il secondo comma dell'art. 1349 cod. civ.⁶⁹².

5. Le azioni esperibili dai contraenti e dall'arbitratore

Si è già osservato che le considerazioni svolte in merito alla natura dell'atto di arbitraggio e della determinazione del terzo hanno grande rilievo nell'analizzare diversi profili dell'istituto in esame. Uno di questi è di tipo processuale e concerne i rimedi esperibili dai contraenti e dall'arbitratore⁶⁹³.

In particolare può essere utile distinguere fra le seguenti tipologie di rimedi: azioni di cui all'art. 1349 cod. civ., azioni contrattuali, azioni derivanti dallo stato di incapacità dell'arbitratore, azioni contrattuali esperibili *ex art.* 1324 cod. civ. e azioni di mero accerciamento.

Al primo gruppo di azioni si è già fatto cenno. Esse spettano alle parti nei casi previsti dalla legge e cioè, nell'arbitraggio secondo equo apprezzamento, in caso di manifesta iniquità o erroneità della determinazione, nell'arbitraggio secondo mero arbitrio, per mala fede dell'arbitratore. Inoltre, sulla scorta della critica mossa nei confronti della sentenza della Suprema Corte del 2004, in cui essa si richiamava all'istituto della rescissione per valutare l'effettiva iniquità della determinazione dell'arbitratore, si può affermare che il concetto di iniquità in presenza della quale è esperibile l'azione *ex art.* 1349 cod. civ. sia piuttosto quello della sproporzione del rapporto delle prestazioni fra il momento della conclu-

⁶⁹¹ E. GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, cit., 144; M. VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., 837.

⁶⁹² G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 142; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 237 s.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento*, cit., 164.

⁶⁹³ Per approfondimenti G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 146 ss. Per riflettere invece sulla possibilità delle parti di limitare il proprio diritto ad impugnare la determinazione arbitrale, si legga F. PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in contract: the common rules for a european law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 179 ss.

sione del contratto e il momento dell'adozione della determinazione, sproporzione che dev'essere valutata alla stregua dei valori di mercato.

Le azioni contrattuali invece, a differenza delle precedenti, si riferiscono al sottostante rapporto fra le parti e l'arbitratore che sarebbe identificabile con quello scaturente da un contratto d'opera intellettuale ovvero di mandato, a seconda di quale delle teorie di cui si è già parlato a suo tempo si voglia sostenere⁶⁹⁴.

Tali azioni sono esperibili da parte dei contraenti – anche congiuntamente – nei confronti dell'arbitratore, e viceversa. Esse avranno ad oggetto l'inattuazione del rapporto e quindi, ad esempio, il mancato compimento dell'incarico o lo svolgimento di un'attività diversa rispetto a quella contrattualmente prevista. Perciò potrà essere chiesta la risoluzione del contratto per inadempimento oppure potrà essere esercitato il diritto di recesso salvo il risarcimento del danno. La risoluzione, a differenza del recesso che non ha efficacia retroattiva, eliminerà con effetti *ex tunc* il contratto e farà venir meno la determinazione del terzo ovvero lo priverà di tale potere determinativo⁶⁹⁵.

È interessante comprendere che tipo di rapporto intercorre fra le azioni *ex art.* 1349 cod. civ. e quelle contrattuali: le seconde rientrano nelle prime, concorrono con esse o sono alternative a queste?

Opportunamente è stato osservato che va sottolineata l'autonomia delle due diverse tipologie di azioni in quanto esse, pur consentendo talora il raggiungimento del medesimo effetto, cioè il venir meno della determinazione del terzo, perseguono di massima obiettivi differenti. Infatti le azioni *ex art.* 1349 cod. civ. consentono di ottenere dal giudice non solo un accertamento del rapporto giuridico in essere (che potrebbe ad esempio essere nullo nel caso di cui al secondo comma dell'art. 1349 cod. civ.) ma anche una nuova determinazione. Invece le azioni contrattuali, che mirano sostanzialmente a sciogliere il rapporto contrattuale, permettono altresì di giungere a risultati ulteriori (ad esempio il risarcimento del danno)⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 146 ss.: egli fa riferimento al solo contratto d'opera intellettuale, ma tale discorso è estendibile altresì al contratto di mandato, per chi ritiene ad esso assimilabile il contratto di arbitraggio.

⁶⁹⁵ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 147.

⁶⁹⁶ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 147 s.

Appare poi condivisibile la posizione secondo la quale i due diversi tipi di azioni siano alternativi ovvero concorrenti nel senso che, tenuto conto delle loro peculiarità, potrà essere utile esperire l'una o l'altra a seconda dell'obiettivo che si voglia raggiungere.

Proseguendo nell'analisi delle azioni esperibili, per quanto concerne l'ipotesi dello stato di incapacità dell'arbitratore, si ripropongono le questioni poc'anzi affrontate circa rilevanza e rilevabilità dell'incapacità quale vizio della volontà dell'arbitratore. Se parte della dottrina l'ha ammessa, altra parte la nega anche sulla scorta della configurazione dell'arbitratore non quale rappresentante bensì quale soggetto che assume personalmente la determinazione, la quale corrisponde però al comune volere dei contraenti. L'eventuale inabilitazione o interdizione del terzo, si dice, verrebbe in rilievo in quanto sarebbe causa di annullamento del contratto sottostante (di mandato, d'opera intellettuale, etc.) e ciò soccorrerebbe anche nelle ipotesi in cui l'arbitratore versi in una situazione di incapacità naturale⁶⁹⁷.

Per quanto concerne poi l'esperibilità delle azioni contrattuali in applicazione dell'art. 1324 cod. civ., una trattazione completa della questione necessiterebbe un'analisi più approfondita: qui si evidenzia solamente che si tratta di questione controversa in quanto andrà di volta in volta verificata la compatibilità fra l'azione prescelta (di nullità, di rescissione, etc.) e le particolarità proprie della determinazione unilaterale del terzo⁶⁹⁸.

Pacificamente ammesso è invece l'esercizio delle azioni di accertamento con cui si adisce il giudice affinché chiarisca se sia stata effettuata una certa determinazione ovvero se questa non sia più possibile perché il rapporto contrattuale non è più efficace.

Ai rimedi specificatamente previsti dalla legge nell'art. 1349 cod. civ. si affiancano dunque soluzioni alternative che in taluni casi, cioè se si rivelano più confacenti e idonei alla fattispecie concreta, possono sostituirsi ai primi.

Si pensi all'ipotesi in cui l'arbitratore abbia assunto la determinazione in modo approssimativo poiché si trovava in stato di ubriachezza ed alle conseguenze sul piano dei rimedi. Se l'erroneità della statuizione appaia in modo manifesto le parti potranno agire in giudizio ai sensi dell'art. 1349 cod. civ. Se si ammette l'impugnabilità della determinazione dell'arbitratore per vizi del volere i contraenti potrebbero esperire l'azione di annullamento, la quale comporta tuttavia un più gravoso onere probatorio. In alternativa e se

⁶⁹⁷ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 149 s.

⁶⁹⁸ Si veda, più nel dettaglio, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 150 s.

l'erroneità o l'iniquità non dovessero essere manifeste – non integrino cioè i requisiti di cui all'art. 1349 cod. civ. – potrebbe venire in soccorso l'azione di risoluzione per inadempimento o, almeno, un'azione di risarcimento danni⁶⁹⁹.

Per quanto concerne i rimedi esperibili dall'arbitratore ci si è chiesti se, oltre al potere di rettifica e correzione della propria determinazione, egli possa esercitare ulteriori strumenti di controllo sulla stessa.

La questione da affrontare è se, dato per assodato che l'arbitratore può esercitare le azioni di accertamento e quelle contrattuali caratterizzanti l'incarico svolto (contratto d'opera o mandato), possa altresì essere titolare delle azioni di nullità ed annullamento che spettano ai contraenti. La conclusione cui pare possa pervenirsi è quella per cui in realtà l'esercizio di suddette azioni, anche laddove sia consentito sulla base della natura – negoziale o non – dell'atto di arbitraggio, risulterebbe spesso essere inutile per il terzo, nonché troppo gravoso⁷⁰⁰. Lo stesso obiettivo è infatti raggiungibile con rimedi più rapidi e pratici (revoca o ritiro dell'atto) che non soggiacciono alle regole probatorie delle azioni di nullità e di annullamento⁷⁰¹.

A chiusura di questo quadro generale sui rimedi esperibili dalle parti nel caso in cui il contratto cui accede la clausola di arbitraggio non sia stato integrato da una valida determinazione del terzo – perché mancante ovvero perché erronea o iniqua – può essere interessante riflettere sull'eventuale opportunità di applicare l'art. 2932 cod. civ.

Tale disposizione consente alla controparte di chi si sia obbligato a concludere un contratto, ma sia inadempiente, di ottenere dal giudice una sentenza costitutiva che produca i medesimi effetti del contratto non concluso. Si tratta infatti di una possibilità accolta pacificamente con riguardo al binomio contratto preliminare-contratto definitivo, nonché spesso richiamata anche in tema di contratto incompleto. In particolare, ci si è chiesti se l'obbligazione di determinare (in modo completo e definitivo) il contratto possa essere intesa quale obbligazione a contrarre e sia dunque suscettibile di esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.⁷⁰².

Il presupposto sulla base del quale la dottrina ha ammesso il potere di intervento del giudice ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. in materia di contratto preliminare, è sempre stato

⁶⁹⁹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 152.

⁷⁰⁰ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 154 ed ivi nt. 66.

⁷⁰¹ G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 153 s.

⁷⁰² A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 437.

quello dell'identità del contenuto fra contratto preliminare e definitivo, per cui la sentenza potrebbe essere validamente ammessa solo se sussista un obbligo a fornire il consenso con riferimento a un preciso contratto avente un certo contenuto⁷⁰³.

Vi è chi, con riguardo in generale al contratto incompleto e al relativo obbligo di contrarre, ammette in via generale l'utilizzo dello strumento fornito dall'art. 2932 cod. civ.⁷⁰⁴.

I sostenitori della tesi negativa, invece, si richiamano a due ordini di ragioni. Innanzitutto rilevano che nel caso in cui il contenuto non sia sufficientemente determinato la sentenza non sarebbe sostitutiva di una specifica volontà dei contraenti, bensì di una volontà generica e finirebbe per determinare essa stessa il regolamento contrattuale⁷⁰⁵. Un altro motivo a sostegno di tale posizione consiste nella considerazione che, posto che l'obbligo di contrarre deve essere certo e provato, il suo eventuale inadempimento nel caso in cui il contenuto non sia adeguatamente determinato ma presupponga una successiva trattativa integrativa delle parti, sarà di difficile prova, poiché ciascuna potrebbe ben richiamarsi a personali intenzioni non manifestate o interpretazioni soggettive del contenuto contrattuale⁷⁰⁶.

La mancata completezza dell'accordo iniziale potrebbe costituire un ostacolo per un intervento del giudice ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. Egli infatti potrebbe ritrovarsi nella situazione di dover verificare, specificare e integrare un precedente accordo fra le parti da loro delinato solo per sommi capi. Decisivo, a questo proposito, è quindi verificare quale fosse la reale volontà delle parti nonché il contenuto effettivo del loro accordo nel momento in cui abbiano concluso il contratto. Infatti è stato affermato che non sarebbe possibile richiamarsi all'art. 2932 cod. civ. nel caso in cui le parti non abbiano previsto nel contratto né dei meccanismi automatici ovvero normativi di integrazione né il ricorso all'attività di un arbitratore. In una situazione del genere, infatti, il giudice dovrebbe prima interpretare il contenuto dell'accordo inizialmente concluso dalle parti e, di fatto, integrarlo, ma sarebbe impossibilitato a farlo nel caso in cui gli manchino le indicazioni sostanziali necessarie per emettere correttamente e validamente una sentenza costitutiva che risolva l'*empasse* costituito dall'inattività di uno dei contraenti⁷⁰⁷.

⁷⁰³ A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 437 s.

⁷⁰⁴ In senso affermativo: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 421 ss.

⁷⁰⁵ A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 437.

⁷⁰⁶ A. FICI, voce *Contratto incompleto*, cit., 438.

⁷⁰⁷ D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., 540 ss.

A favore del rimedio dell'art. 2932 cod. civ. si potrebbe addurre la circostanza che il contratto cui accede la clausola di arbitraggio sarebbe un contratto non ancora del tutto 'completo'⁷⁰⁸ ma in cui le parti hanno manifestato chiaramente e compiutamente le loro volontà contrattuali, residuando solo un'integrazione 'guidata' del contenuto contrattuale di un elemento sul quale le parti hanno deciso di rimettersi *in toto* all'apprezzamento di un terzo soggetto. In questo senso l'intervento del giudice che emetta una sentenza esecutiva, si inserirebbe in uno spazio già ben contemplato e determinato dalle parti, non si risolverebbe dunque in una libera integrazione di un contenuto contrattuale incompleto.

Problemi applicativi si pongono però dal punto di vista soggettivo e della legittimazione ad agire. In particolare l'art. 2932 cod. civ. presuppone l'inadempimento da parte di uno dei contraenti dell'obbligo scaturente dal contratto da loro concluso. Ciò che si verifica nell'arbitraggio, invece, è un inadempimento del terzo arbitratore, il quale assumendo una determinazione erronea o iniqua ovvero non adottandone alcuna, viene meno agli obblighi che discendono dall'incarico che le parti gli hanno affidato. La questione problematica è se gli obblighi scaturenti da questo rapporto possano essere azionabili nei confronti del giudice con un'autonoma istanza *ex art.* 2932 cod. civ. Tale problema possiede una matrice comune a quanto si dirà sulla possibilità per le parti di adire il giudice chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento del terzo e quindi per sanzionare ovvero – nel caso dell'art. 2932 cod. civ. – rimediare in via integrativo-sostitutiva all'inadempimento dell'arbitratore. A questo proposito si rimanda perciò a quanto verrà detto nelle pagine che seguono.

6. Affinità tra arbitraggio e risoluzione del contratto anche sul piano rimediale?

Fino ad ora si è parlato di un certo parallelismo ravvisabile tra l'istituto dell'arbitraggio, da un lato, e quello della risoluzione per eccessiva onerosità, dall'altro. In particolare si è fatto riferimento all'aspetto che attiene ai presupposti, cioè alla possibilità di servirsi dei criteri sulla base dei quali una prestazione contrattuale viene considerata 'eccessivamente onerosa' per stabilire in quali ipotesi la determinazione del terzo nell'arbitraggio possa ritenersi 'iniqua'.

⁷⁰⁸ Quanto al modo di intendere tale (in)completezza si veda *supra*, cap. 1, § 6.

Con riguardo ai rimedi all'iniquità, già si è accennato al contenuto e alla portata della previsione legislativa di cui all'art. 1349 cod. civ., il quale appresta una tutela per la parte che risulti svantaggiata dalla determinazione manifestamente iniqua dell'arbitratore, consentendole di adire l'autorità giudiziaria per ottenere una nuova statuizione. Un interrogativo che ci si può porre è se le parti dispongano di rimedi o azioni ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 1349 cod. civ.

In ragione delle similitudini ravvisate nel precedente capitolo con la risoluzione per eccessiva onerosità, può essere interessante verificare se proprio l'istituto della risoluzione possa esser utile, in caso di determinazione iniqua, anche sul piano rimediale. E quindi non, come si è accennato al paragrafo precedente, quale azione contrattuale generica, bensì come rimedio specifico per i casi di iniquità manifesta della determinazione arbitrale.

Si tratta quindi di indagare se, accertata tale iniquità, ciascun contraente possa, invece che domandare una determinazione sostitutiva al giudice, chiedere direttamente la risoluzione del contratto concluso con controparte – se si ravvisi un'eccessiva onerosità della prestazione – ovvero del contratto concluso con l'arbitratore, in quanto egli, nell'assumere una determinazione iniqua avrebbe adempiuto la propria prestazione in modo inesatto⁷⁰⁹.

a. Risoluzione per inadempimento: il rapporto giuridico fra i contraenti e il terzo

Si è già accennato alla possibilità, di cui parla anche la dottrina, che la determinazione iniqua dell'arbitratore possa condurre alla risoluzione per inadempimento del contratto concluso tra le parti e il terzo. Questa conclusione si fonderebbe sulla considerazione che, in virtù di tale contratto, l'arbitratore assume il ruolo di debitore nei confronti delle parti di una certa prestazione (cioè una determinazione valida). Nel caso in cui egli adotti una determinazione viziata ovvero non ne adotti alcuna, si renderà perciò inadempiente rispetto agli obblighi assunti nei confronti delle parti.

Tale inadempimento concerne un aspetto essenziale del rapporto e quindi, possedendo il requisito della 'non scarsa importanza' di cui all'art. 1455 cod. civ., sarebbe idoneo a far sorgere in capo alle parti il diritto a domandare al giudice la risoluzione del con-

⁷⁰⁹ Così G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 152. Sull'esatto inadempimento si veda in particolare A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, art. 1453-1454, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1990, 32 ss.

tratto stipulato con l'arbitratore, in quanto quest'ultimo non avrebbe correttamente adempiuto l'obbligo assunto nei loro confronti.

Ma a prescindere da tale questione, su cui non ci si soffermerà in questa sede, è opportuno considerare l'opportunità e l'utilità effettiva dell'esperimento del rimedio risolutivo in parola nell'arbitraggio.

Nel caso in cui il giudice accogliesse la domanda avanzata dalle parti e annullasse il contratto stipulato con il terzo, la sua efficacia verrebbe meno con effetto retroattivo e con obblighi restitutori in capo ai contraenti. Inoltre, potrà esser concesso anche il risarcimento degli eventuali danni subiti.

Tuttavia, il venir meno del rapporto obbligatorio fra le parti e l'arbitratore, pur liberandoli dai reciproci vincoli giuridici, non soddisfa l'interesse che ha spinto le parti a stipulare la clausola di arbitraggio, quello cioè di veder determinato l'oggetto del contratto. Risolto il contratto con l'arbitratore, rimane in piedi quello stipulato fra le parti, cui la clausola di arbitraggio accedeva: oggetto del contratto però è rimasto indeterminato impedendo così al contratto di spiegare tutti i suoi effetti e di essere eseguito. Le parti dunque, nell'adire il giudice chiedendo la risoluzione del contratto con l'arbitratore, per inadempimento di quest'ultimo, potrebbero congiuntamente esperire anche l'azione di cui all'art. 1349 primo comma cod. civ., affinché egli intervenga in sostituzione dell'arbitratore inadempiente e adotti la determinazione con sentenza.

Il rimedio della risoluzione per inadempimento si rivela quindi opportuno quando le parti decidano di adire il giudice chiedendo una determinazione sostitutiva, e vogliano esser certi di ottenere una completa e sicura rimozione di ogni rapporto giuridico intercorso con l'arbitratore, con in più la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni eventualmente patiti.

A chiusura di queste riflessioni in tema di risoluzione per inadempimento, è interessante accennare anche all'azione di esatto adempimento. Si tratta di una figura prevista in specifiche ipotesi dalla legge, la cui ammissibilità quale rimedio a carattere generale è tuttavia molto discussa; ad essa è ritenuto applicabile il regime di cui all'art. 1453 cod. civ.⁷¹⁰ In particolare l'azione di esatto adempimento soccorre al creditore nelle ipotesi in cui abbia ricevuto una prestazione inesatta dal debitore e voglia ottenere l'eliminazione di tale difformità ovvero la sostituzione della prestazione, con una nuova e conforme alle sue richie-

⁷¹⁰ A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 35.

ste. Un aspetto molto discusso è se tale azione sia ammissibile, oltre al caso pressochè pacifico di inesattezza quantitativa della prestazione, anche a quello di inesattezza qualitativa⁷¹¹.

Non è tuttavia questa la sede opportuna per occuparci di tale aspetto, bensì di verificare semmai l'utilità di esperire un'azione di esatto adempimento anche nell'arbitraggio. Questo strumento sarebbe infatti utilizzabile dalla parte svantaggiata dalla determinazione viziata assunta dall'arbitratore, al fine di domandare a quest'ultimo una nuova determinazione. In realtà, avendo riguardo all'arbitraggio non sembra che l'utilizzo dell'azione di esatto adempimento possa essere di grande utilità. Data la tecnicità e specificità del compito normalmente attribuito all'arbitratore, nel caso in cui la sua determinazione non rispecchi i criteri e le aspettative avute di mira dalla parte, rivolgersi nuovamente a lui affinché proceda ad un'ulteriore determinazione potrebbe probabilmente non rivelarsi la scelta più corretta né garantire alla parte di ottenere il soddisfacimento della sua pretesa. Il rischio sarebbe infatti quello che l'arbitratore non si discosti dalla precedente determinazione. La parte che volesse ottenere una nuova determinazione potrebbe quindi più opportunamente servirsi del classico rimedio di cui ampiamente si è parlato: l'art. 1349 primo comma cod. civ. e, quindi, rivolgersi direttamente al giudice quale organo imparziale e affidabile.

b. Risoluzione per eccessiva onerosità: il rapporto giuridico fra i contraenti

Sotto il profilo della risoluzione per eccessiva onerosità, l'art. 1467 cod. civ. dispone che in presenza di determinati presupposti – di cui già si è parlato – una parte possa chiedere la risoluzione del contratto se la propria prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa. Sulla base dei ragionamenti svolti nel capitolo precedente, si è concluso che il concetto di eccessiva onerosità può esser fatto corrispondere, traslato nell'arbitraggio, a quello dell'iniquità.

Oltre a ravvisare un parallelismo fra risoluzione del contratto per eccessiva onerosità e arbitraggio iniquo in ordine ai presupposti, come si è ampiamente osservato nel capito-

⁷¹¹ Per approfondimenti sull'azione di esatto adempimento: A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 32 ss.

lo precedente, si ritiene che la relazione fra queste figure giuridiche possa trovare uno sviluppo anche con riferimento al piano rimediabile.

E così, il contraente che si reputi svantaggiato dalla determinazione iniqua dell'arbitratore potrebbe adire l'autorità giudiziaria chiedendo la risoluzione del contratto (per eccessiva onerosità) nel quale sarebbe intervenuto un fattore – la determinazione arbitrale iniqua appunto – che ha creato un forte squilibrio nel rapporto fra prestazioni.

La risoluzione è un rimedio eccezionale e la legge prevede possa essere evitato ricorrendo a soluzioni alternative. Il terzo comma dell'art. 1467 cod. civ. stabilisce infatti che nei contratti a prestazioni corrispettive la parte contro cui sia domandata la risoluzione del contratto può, per evitarla, offrirsi di modificare equamente le clausole del contratto, in modo da eliminare così la sopravvenuta onerosità della controprestazione. L'articolo successivo contempla una simile previsione per i contratti unilaterali, dove la parte che ha assunto l'obbligazione può chiedere, per ricondurla ad equità, una riduzione della propria prestazione o una modificazione nell'esecuzione della stessa.

La questione dell'esperibilità dei menzionati rimedi anche nell'arbitraggio, da parte del contraente che sia pregiudicato dalla manifesta iniquità della determinazione del terzo, sembra ammissibile e può essere così impostata. Il contratto concluso tra le parti e contenente (o al quale accede) una clausola di arbitraggio risulta essere, in presenza di una determinazione manifestamente iniqua, incompleto, in quanto la statuizione non può validamente integrare il rapporto giuridico instauratosi fra le parti, che rimane così privo di oggetto. Di conseguenza l'interesse di uno dei contraenti, se da un lato può trovare soddisfazione nell'ottenimento di una nuova determinazione (assunta dal giudice *ex art. 1349* primo comma cod. civ.), dall'altro lato, per ragioni di opportunità contrattuale, potrebbe spingersi fino allo scioglimento del rapporto contrattuale. Quindi, poiché si è detto che l'iniquità della determinazione sarebbe in questo caso equiparabile ad una circostanza sopravvenuta eccessivamente onerosa, essa consentirebbe a ciascun contraente di chiedere la risoluzione del contratto stipulato con controparte.

Le parti nell'esperire il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità, optano infatti per far ritornare la situazione nello stato *quo ante*, mostrando di non aver più interesse alla conclusione dell'originario contratto o, comunque, non alle condizioni inizialmente pattuite. A questo punto, ottenuta la risoluzione del contratto, il rimedio di cui all'art. 1349 primo comma cod. civ. non sarebbe ovviamente più esperibile poiché non esiste più il rela-

tivo fondamento giuridico. Le parti potrebbero decidere allora di non concludere più alcun contratto ovvero di concluderne uno nuovo con un contenuto diverso o uguale, incaricando un altro arbitratore di effettuare la determinazione.

Più complessa appare invece la possibilità di applicare all'arbitraggio il rimedio della riconduzione ad equità del contratto. A chi spetterebbe infatti il compito di effettuare l'offerta di riconduzione di equità?

Nella costruzione degli articoli 1467 e 1468 cod. civ. legittimati attivi sono, rispettivamente, il contraente non svantaggiato dall'eccessiva onerosità e quello che abbia assunto l'obbligazione.

Nell'arbitraggio tuttavia, posto che l'iniquità è riconducibile all'attività di un soggetto terzo rispetto a quelli del contratto principale, non sarebbe concepibile una proposta di controparte di ricondurre ad equità il rapporto fra prestazioni, visto che l'iniquità non è a lui imputabile, bensì ad un soggetto terzo (l'arbitratore appunto). Parimenti di discutibile utilità risulterebbe l'offerta di riconduzione ad equità che si sostanzia nella richiesta di una delle parti nei confronti dell'arbitratore affinché effettui una nuova determinazione. Si tratta di una possibilità bensì consentita ma alla quale le parti presumibilmente preferiranno – per la maggior fiducia e garanzia offerte – quella di cui all'art. 1349 primo comma cod. civ. (come si è detto a proposito della risoluzione per inadempimento) cioè la richiesta al giudice di adottare una determinazione sostitutiva.

Conclusioni

In considerazione dei propositi da cui aveva preso le mosse la presente ricerca, il percorso si è articolato sotto vari profili e ha condotto ad esiti che ci si ripropone di compendiare qui di seguito.

Inizialmente è stata delineata una panoramica storico-normativa dell'arbitraggio, evidenziando la compresenza di una disciplina generale con una speciale e, pur tenendo conto degli aspetti di somiglianza con figure affini, sono stati delimitati i confini da queste, evidenziando così i tratti maggiormente caratteristici dell'arbitraggio⁷¹².

Si è dato poi spazio all'approfondimento di alcune tematiche strettamente collegate alla natura dell'arbitraggio, fra le quali: il discusso inquadramento del contratto di arbitraggio quale contratto incompleto, la natura del negozio concluso tra i contraenti e l'arbitratore, nonché la natura della determinazione arbitrale⁷¹³. Questioni, quelle appena menzionate, meritevoli di approfondimento anche in vista della successiva discussione sull'inquadramento giuridico dell'intervento del giudice e della natura della sua pronuncia nei casi in cui, mancando o essendo viziata la determinazione arbitrale, la parte si rivolga all'autorità giudiziaria.

Un intero capitolo è stato poi dedicato allo studio della figura dell'arbitraggio nell'ordinamento giuridico tedesco⁷¹⁴. Si è trattato di un approfondimento molto utile, in quanto ha costituito uno degli strumenti attraverso i quali approfondire successivamente la questione dell'individuazione di criteri e relativi rimedi all'iniqua determinazione del terzo.

Il nucleo centrale del lavoro è coinciso infatti con l'aspetto dell'iniquità nell'arbitraggio. Dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali sul punto è emerso che il criterio della manifesta iniquità è stato inteso dalla giurisprudenza italiana in modo molto ampio e variegato⁷¹⁵.

Da un lato, il carattere 'manifesto' è stato interpretato per lo più univocamente quale attributo di un evento riconoscibile immediatamente ad un soggetto che possieda le

⁷¹² Si veda cap. 1, §§ 1-4.

⁷¹³ In particolare cap. 1, §§ 6-9.

⁷¹⁴ Si tratta del cap. 2.

⁷¹⁵ Si veda in particolare cap. 3, §§ 5-7.

competenze tecniche specifiche del settore cui l'arbitraggio attiene. Dall'altro lato, l'iniquità in sé e per sé è stata variamente configurata: talora si richiedeva la sussistenza di una «palese irragionevolezza e sproporzione del risultato finale della determinazione»; altre volte è stata ritenuta sufficiente «un'assenza di proporzione tra il risultato dell'attività del terzo e gli elementi di fatto».

A differenza delle pronunce che, nell'identificare l'iniquità della determinazione, facevano riferimento ai consueti criteri di «sperequazione fra prestazioni contrattuali contrapposte», particolarmente innovativa è risultata invece la sentenza della Suprema Corte n. 24183 del 2004. Essa infatti ha individuato, quale parametro per valutare l'iniquità della determinazione arbitrale, quello della lesione *ultra dimidium* di cui parla l'art. 1448 cod. civ. a proposito dei presupposti per l'esperimento dell'azione di rescissione per lesione. Si sarebbe dovuta dunque considerare iniqua la determinazione dell'arbitratore nel caso in cui consistesse in un valore inferiore di oltre la metà rispetto a quello ritenuto equo⁷¹⁶.

La ricerca successiva si è concentrata nell'individuazione di un criterio – diverso da quello indicato dalla Cassazione nel 2004 – per valutare l'iniquità della determinazione arbitrale⁷¹⁷. Per raggiungere tale obiettivo il punto di partenza è stato quello di verificare i profili di criticità della sentenza appena menzionata⁷¹⁸. In seguito, analizzate alcune disposizioni dell'ordinamento tedesco, sono stati individuati possibili collegamenti fra l'arbitraggio iniquo e le circostanze che, generando una sproporzione fra le prestazioni contrattuali, costituiscono il presupposto – nel nostro ordinamento – per l'esperimento della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

In particolare, l'aspetto che si è maggiormente esposto a critiche concerne l'utilizzo in via analogica che la Suprema Corte ha fatto del criterio della lesione *ultra dimidium* senza tuttavia argomentare in ordine all'affinità dal punto di vista giuridico-strutturale – che, per l'appunto, non esiste – tra la figura dell'arbitraggio e quella della rescissione.

Tenendo conto di queste osservazioni la ricerca, seguendo lo stesso procedimento logico, si è spinta oltre. Si è guardato innanzitutto all'ordinamento giuridico tedesco dove l'arbitraggio, figura di origine giurisprudenziale, si caratterizza per una peculiare suddivisione in categorie e sottocategorie. Per quanto concerne il criterio della 'manifesta iniqui-

⁷¹⁶ Per approfondimenti: cap. 3, § 7, b.

⁷¹⁷ Il fulcro della riflessione è stata svolta al cap. 3, § 9.

⁷¹⁸ In particolare cap. 3, § 7, d.

tà', l'analisi delle pronunce giurisprudenziali tedesche non ha tuttavia condotto a conclusioni risolutive al fine di fornire maggior concretezza a tale nozione.

È stato invece osservando un'interessante connessione fra due disposizioni del codice civile tedesco che è nata l'intenzione di verificare se fosse possibile individuare un simile parallelismo anche nel nostro ordinamento e cioè, in particolare, fra l'art. 1349 cod. civ. e l'art. 1467 cod. civ.

Il § 313 BGB infatti, rubricato «alterazione del fondamento negoziale», concerne le ipotesi in cui, dopo la conclusione del contratto, mutino delle circostanze che costituivano il fondamento negoziale in modo tale che le parti, se le avessero conosciute prime, non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso a condizioni differenti. La giurisprudenza ha individuato, quali esempi di tali possibili situazioni, quelle che si sostanziano in turbative dell'equilibrio contrattuale. Il pensiero è corso perciò immediatamente al § 319 BGB, cioè all'ipotesi in cui la determinazione arbitraria del terzo risulti viziata da iniquità: tale evenienza può essere infatti considerata causa di una vera e propria turbativa dell'equilibrio contrattuale, in quanto crea uno squilibrio fra le prestazioni a sfavore di uno dei due contraenti.

Nell'ordinamento tedesco non esiste un'apposita disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: le circostanze sopravvenute che incidono sull'equilibrio fra prestazioni, rendendo quindi eccessivamente onerosa l'una rispetto all'altra, vengono ricomprese fra quelle di cui al § 313 BGB. Inevitabile è parso quindi sottolineare il legame fra il § 313 BGB e l'art. 1467 cod. civ. sulla risoluzione per eccessiva onerosità, proprio perchè le circostanze sopravvenute di cui parla quest'ultimo articolo, quelle cioè che aggravano la prestazione rendendola eccessivamente onerosa, possono essere equiparate alle ipotesi di turbativa ricomprese nel § 313 BGB.

Il passo successivo è stato, quindi, quello di sostenere che anche nel nostro ordinamento si potrebbe ravvisare un legame fra l'arbitraggio in cui la determinazione del terzo sia iniqua, pregiudicando una delle parti, e il contratto in cui si verificano circostanze sopravvenute che rendano eccessivamente onerosa la prestazione di uno dei contraenti.

Tale considerazione ha costituito il fulcro su cui sviluppare due profili che interessavano la ricerca.

Il primo, in tema di indici dell'iniquità della determinazione dell'arbitratore. Infatti, avendo presente il rimedio di cui all'art. 1349 cod. civ. primo comma – cioè la possibilità

che le parti adiscano il giudice per ottenere una determinazione sostitutiva di quella viziata – posto che il criterio della lesione *ultra dimidium* di cui alla citata sentenza del 2004 non si è rivelato lo strumento adatto per valutare l'iniquità della determinazione arbitrale, e viste le affinità tra arbitraggio iniquo e prestazione divenuta eccessivamente onerosa, si è ritenuto di poter individuare quale nuovo criterio indice dell'iniquità lo stesso che viene utilizzato per qualificare le circostanze che rendono 'eccessivamente onerosa' la prestazione, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ.⁷¹⁹.

L'opinione maggioritaria in giurisprudenza afferma che, affinché si abbia eccessiva onerosità della prestazione, sia necessario che la circostanza che ne è causa conduca ad un'alterazione dell'originario rapporto fra le prestazioni contrattuali, sulla base quindi, della differenza di valore che le prestazioni hanno, prima, al momento della conclusione del contratto e, poi, al momento dell'adempimento. La concorde opinione della dottrina si schiera a favore della necessità di servirsi di parametri oggettivi ai fini della valutazione dell'eccessiva onerosità delle circostanze, i quali contemplano anche i valori dell'economia di mercato.

Il secondo profilo che è stato individuato è quello del richiamo alla figura della risoluzione per eccessiva onerosità anche dal punto di vista dei rimedi ad un arbitraggio iniquo. E quindi, escluse le ipotesi in cui la parte svantaggiata dalla determinazione arbitrale viziata decida di servirsi del rimedio concesso dall'art. 1349 cod. civ., quando invece non voglia più rimanere vincolata all'originario contratto potrebbe esperire il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità nei confronti di controparte, cosicché il giudice, accertata l'iniquità della determinazione, risolverà il rapporto contrattuale, con gli effetti retroattivi e restitutori che ne conseguono⁷²⁰.

Si tratta di una soluzione più radicale che, seppur meno in linea con il principio di conservazione contrattuale che ispira la disciplina dell'arbitraggio così come emerge dall'art. 1349 cod. civ., costituisce una possibilità ulteriore per la parte svantaggiata da un arbitraggio iniquo che voglia optare per una netta conclusione dei suoi rapporti negoziali con controparte.

In conclusione dunque, si può affermare che gli obiettivi principali perseguiti durante questa analisi siano stati, da un lato, quello di approfondire, conferendole maggior

⁷¹⁹ Cap. 3, § 9, d.

⁷²⁰ Cap. 4, § 6, b.

concretezza, la nozione di iniquità della determinazione arbitrale e, dall'altro, quello di verificare la possibilità, anche sulla scorta di nuove riflessioni sui presupposti della manifesta iniquità, di consentire alla parte svantaggiata dalla determinazione arbitrale iniqua di ricorrere a rimedi diversi da quelli contemplati dalla disciplina positiva sull'arbitraggio.

Bibliografia

- AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, a cura di G. Cian, Padova, 2004.
- ALPA G.-MARTINI R., *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999.
- ARANGIO-RUIZ V., *La società in diritto romano*, Napoli, 1982.
- ARNDT F., *Bestimmung der Leistung durch einen Dritten*, Rostock, 1910.
- ASCARELLI T., *Arbitri ed arbitratori*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 205.
- AURICCHIO A., *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963.
- BARBARESCHI L., *Gli arbitrati*, Milano, 1937.
- BARENGHI A., *Note sull'arbitramento della parte*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998.
- BARENGHI A., *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, 2005.
- BARENGHI A., *L'oggetto del contratto*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *Obbligazioni*, II, Milano, 2009.
- BENATTI F., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 221.
- BENATTI F., *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Rim. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 837.
- BENEDETTI G., *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2007.
- BENEDICENTI L., *Premesse allo studio della eccessiva onerosità nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1944, I, 1.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, Torino, 1993.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000.
- BIGLIAZZI GERI L.-BRECCIA U.-BUSNELLI F.D.-NATOLI U., *Diritto civile*, 1.2, Torino, 1987.

- BONIFACIO F., *Arbitro e arbitratore (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 925.
- BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.
- BOVE M., *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 688.
- BOVE M., *La perizia arbitrale*, Torino, 2001.
- BRACCIANTI C., *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1947.
- BROX H.-WALKER W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, Köln, 2009.
- BRUNO C., *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, 5, 235.
- BUGLIANI G., *Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2007, 377.
- BYDLINSKI P., *Die Übertragung von Gestaltungsrechten*, Wien, 1986.
- CARBONNIER J., *Droit civil, IV (Les obligations)*, Paris, 1988.
- CARNELUTTI F., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 347.
- CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1916, 308.
- CARNELUTTI F., *Arbitri e arbitratori*, in *Studi di dir. processuale*, Padova, 1925, 55.
- CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 491.
- CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, I-II, Milano, 1987.
- CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XXIV, 1.
- CATALANO M.S., *Le clausole di arbitraggio*, in *Le acquisizioni societarie*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2011.
- CATRICALÀ A., voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1.
- CATTANEO V.-BORDA C., *Il codice civile italiano annotato*, Torino, 1865.
- CHIODI G.M., *Equità*, Torino, 2000.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1950.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di dir. proc. civ.*, II, Napoli, 1960.
- CHITO M.B., in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, I, Milano, 2008.
- CIAN G., *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969.
- COLLURA G., *Manifesta iniquità e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 89.

- COTTINO G., *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2004.
- CRISCUOLO F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995.
- CRISCUOLO F., in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2010, 587 ss.
- DALBOSCO M.C., *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 321.
- DALLA MASSARA T., *Obbligazioni pecuniarie, struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012.
- DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1935.
- DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2002.
- DI MAJO A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in *Corriere Giur.*, 1992, 665.
- DIMUNDO A., *L'arbitraggio, la perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, Torino, 1999.
- DI PACE P., *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.
- DÜTZ W., *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht. Zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit*, Bad Homburg, 1970.
- FACCIN N., in *Commentario delle società*, a cura di G. Grippo, *sub art. 2264*, Milano, 2009.
- FACCIOLI M., in *Comm. breve al cod. civ.*, a cura di G. Cian-A. Trabucchi, *sub art. 1349*, Padova, 2011, 1416 ss.
- FARNETI M., *Equo apprezzamento e manifesta iniquità dell'arbitraggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2006, 318.
- FAZZALARI E., voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 389.
- FAZZALARI E., *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, 583.
- FERRARA F.-CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009.
- F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, II, *art. 14-24. Formazione del contratto*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2006, 1 ss.

- FERRI G., *Delle società. art. 2247-2324*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1955.
- FICI A., *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005.
- FICI A., voce *Contratto incompleto*, in *Dig. disc. priv.*, - *Sez. civ.*, Aggiornamento, I, Milano, 2007, 412.
- FURNO C., *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 157.
- GABRIELLI E., *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987.
- GABRIELLI E., *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 291.
- GABRIELLI E., voce *Arbitraggio*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2003, 125.
- GABRIELLI E., voce *Offerta di riduzione ad equità del contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003, 972.
- GABRIELLI E., *Il contratto di arbitraggio*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti di composizione delle liti*, II, Milano, 2005.
- GABRIELLI E., *Il contenuto e l'oggetto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, Milano, 2006.
- GABRIELLI G., *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 693.
- GALGANO F., *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto e impresa*, 1991, 461.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 2002.
- GALGANO F., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2006.
- GALGANO F., *Le società in genere; le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2007.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010.
- GALLO F., *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970.
- GALLO F., voce *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1989, 414.

- GALLO P., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 234.
- GALLO P., *Trattato del contratto*, Torino, 2010.
- GAMBINO A., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 440.
- GARETTO L., voce *Arbitro e arbitratore (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 928.
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.
- GEHRLEIN M., in H.G. Bamberger-H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 1-610, München, 2007.
- GERNHUBER J., *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989.
- GHIDINI M., *Società personali*, Padova, 1972.
- GITTI G., *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006.
- GOLDSCHMIDT L., *Ein Reglement für internationale Schiedsgerichte*, in *GrünhutsZ*, 1875, 719.
- GOTTWALD P., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 241-432, München, 2007.
- GREGER R.-STUBBE C., *Schiedsgutachten. Außergerichtliche Streitbeilegung durch Drittscheidungen*, München, 2007.
- GROSSO G., *Obbligazioni - Contenuto e requisiti della prestazione - Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966.
- GRÜNEBERG C., in Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2010.
- GUERINONI E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007.
- GUIDOTTI R., *Comm. breve al diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, sub art. 2264, Padova, 2007.
- HABSCHEID W.-J., *Das Schiedsgutachten*, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Berlin und Frankfurt, 1956, 789.

- HABSCHEID W.-J., *Das Schiedsgutachten als Mittel der Streitentscheidung und der Streitvorbeugung*, in *Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien, 1986, 189.
- HAGER J., in W. Ertmann, *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, Köln, 2008.
- HONSELL H., *Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten*, in *JuS*, 1976, 621.
- HUBER P.-FAUST F., *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002.
- INZITARI B., *Limiti dell'ammissibilità della 'relatio' nella determinazione per iscritto degli interessi ultralegali*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile*, Padova, 2006.
- JESGARZEWSKI T., *Die Grenzen formularmäßiger Vereinbarung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte*, Baden-Baden, 2006.
- JOUSSEN J., *Das Gestaltungsrecht des Dritten nach § 317 BGB*, in *AcP*, 203, 2003, 429.
- JOUSSEN J., *Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten*, München, 2005.
- KASER M.-KNÜTEL R., *Das römische Privatrecht*, München, 2008.
- KLOCKE W., *Der Sachverständige und seine Auftraggeber*, Wiesbaden-Berlin, 1987.
- KORNBLUM U., *Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315–319 BGB*, in *AcP*, 168, 1968, 450.
- KORNBLUM U., *Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit*, München, 1968.
- KÖTZ H.-PATTI S., *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006.
- KRONKE H., *Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB*, in *AcP*, 183, 1983, 113.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003.
- LARENZ K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Berlin, 1951.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, München, 1987.
- LARENZ K., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München, 2004.
- LEVI G., *L'arbitrato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, V, Torino, 1991.
- LÜKE G., *Buchbesprechung*, in *AcP*, 162, 1963, 534.

LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, art. 1453-1454, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1990.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2011.

MANNA L., *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, I, *La struttura e l'adempimento*, III, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2010.

MARANI G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1983, 610.

MARTINI R., *Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, *sub art.* 1349, 2005.

MATTEO G., *La tutela degli obblighi di protezione*, in *I Contratti*, 1997, 490.

MEDICUS D., *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002.

MEDICUS D.-STÜRNER M., in *BGB Kommentar*, a cura di H. Prütting-G. Wegen-G. Weinreich, Köln, 2011.

MENGONI L., “*Obbligazioni di risultato*” e “*obbligazioni di mezzi*”, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1973.

MINERVINI E., *La rescissione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, II, Milano, 2006.

MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.

MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962.

MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, in *Comm. al cod. civ.*, IV, Torino, 1968.

MIRABELLI G.-GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994.

NATOLI U., *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, in *Giur. compl. Cass.*, 1946, II, 178.

NEUMANN-DUESEBERG H., *Gerechtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB*, in *JZ*, 1952, 705.

NICOLÒ R., *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 117.

OERTMANN P., *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921.

ORRÙ S., *La rescissione del contratto*, Padova, 1997.

- PACCHIONI G., *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 369.
- PADOVINI F., *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in *Remedies in contract: the common rules for a european law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 179.
- PARENZO E., *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, 130.
- PATTI S., *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch*, traduzione e presentazione a cura di S. Patti, Milano, 2005.
- PERFETTI U., *La rescissione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *Obbligazioni*, II, Milano, 2009.
- PINO A., *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952.
- POULAKOS P., *Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt*, Hamburg, 1970.
- REITER C., *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002.
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Milano, 2000.
- RICCA-BARBERIS M., *L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico*, in *Arch. giur.*, LXX, 1903, 60.
- RICCIO A., *Eccessiva onerosità. art. 1467-1469*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010.
- RIEBLE V., in J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 315-326, Berlin, 2009.
- ROCCO A., *La sentenza civile*, Torino, 1906.
- RODOTÀ S., *Fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970.
- RODOTÀ S., *Quale equità?*, in *L'equità, Atti del convegno di studi organizzato dal Centro Nazionale di prevenzione e Difesa Sociale*, Milano, 1975.
- ROPPO E., voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 87.
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001.
- RÖSLER H., *Geschäftsgrundlage*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, I, Tübingen, 2009.
- ROTH H., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 241-432, München, 2007.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1971.

- RUBINO-SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006.
- RÜMELIN M., *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, 1921.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VI, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, 529.
- SACCO R., *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2002.
- SACCO R., in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I-II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2005.
- SACCO R., voce *Determinatezza dell'oggetto del contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Milano, 2010.
- SANTINI F.-BORTOLUS N., *I contratti in generale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, VI, Torino, 2000.
- SANTORO-PASSARELLI F., *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. priv.*, 1932, I, 293.
- SANTORO-PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1975.
- SANTORO G., in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, IV, Torino, 2001.
- SATTA S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931.
- SAVIGNY F.-K., *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1850.
- SCADUTO G., *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *AUPA*, XI, 1923, 5.
- SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato irrituale e arbitraggio*, Milano, 1963.
- SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio ed arbitraggio*, Milano, 1967.
- SCHLECHTRIEM P., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2000.
- SCHLOSSER P., in F. Stein-M. Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 2002.
- SCHOLZ S., *Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht*, Berlin, 2010.
- SCHULZE R., in R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden, 2012.
- SCIALOJA A., *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649.
- SCIALOJA V., *Sull'art. 37 del codice del commercio*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1909, 477.
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. art. 1321-1352*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1970.
- STADLER A., in Jauernig, *BGB Kommentar*, München, 2011.

- STOLL H., *Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 136, 1932, 258.
- TERRANOVA C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995.
- TILOCCA E., *Onerosità e gratuità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 53.
- TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007.
- TROIANO S., *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999.
- VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2008, 509.
- VASETTI M., voce *Arbitraggio*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 823.
- VILLA G., *La determinazione mediante arbitraggio*, in *Studium Iuris*, 2001, 850.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999.
- VITUCCI P., *La rescissione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Milano, 2006.
- WEISMANN J., *Das Schiedsgutachten*, in *AcP*, 1888, 269.
- WEISMANN J., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, Stuttgart, 1903-1905.
- WINTER H.-J., *Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§ 315 bis 319 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., 1979.
- WITTMANN A., *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages*, Köln, 1978.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990.
- ZUDDAS G., *L'arbitraggio*, Napoli, 1992.