

PREMESSE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive generali – 2. Prospettiva dell'indagine.

1. Considerazioni introduttive generali.

Affatto infrequente risulta il ricorso, da parte dei soggetti di diritto che fanno uso della privata autonomia quali parti contraenti un negozio, ovvero potenziali od attuali litiganti, all'attività determinativa di un terzo estraneo alla sfera di efficacia dell'atto negoziale o della lite di riferimento, al fine di rimettere al di lui arbitrio il completamento di taluni elementi dell'atto da perfezionare, o la risoluzione del conflitto, *in nuce* od *in fieri*, per mezzo di una determinazione che produce effetti di natura contrattuale.

Molteplici sono difatti le previsioni legislative che disciplinano ipotesi nelle quali l'operato di una fonte esterna contribuisce alla definizione di una parte mancante o indeterminata del negozio o dell'atto già concluso, e dunque irretrattabilmente voluto; altre, in realtà forse meno numerose, disegnano invece sequenze procedimentali, più o meno processualizzate ⁽¹⁾, che vedono il terzo privato procurare alle parti, senza

⁽¹⁾ Come rilevato, tra procedimento e processo vi è un rapporto di continenza, giacché ogni processo è procedimento, qualificato da una struttura improntata alla sequenza ordinata *ex lege* di atti, di pertinenza delle parti e del giudice statale, unificati tra loro dal vincolo del procedimento, e come tali ciascuno presupposto del successivo e presupponente il precedente: così FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, Estratto da *Studi Urbinati*, XXV, Varese, 1956-1957, p. 110, il quale, nell'indagare le intime connessioni tra processo e diritto soggettivo sostanziale, dimostra come proprio la situazione soggettiva a monte contribuisce a legittimare gli atti di ciascuna parte, anche del giudice, che vengono ad unificarsi proprio attraverso la sequenza procedimentale che li lega e riconduce al rispettivo autore. Il processo è così la risultante sul piano concreto della sequela degli atti procedimentali, in cui confluiscono astrattamente la serie di situazioni giuridiche di diritto sostanziale facenti capo alle parti, e da esse dedotte nel processo quale *causa petendi*, ossia quale presupposto (*rectius*: condizione) della decisione del merito. In precedenza CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, p. 260 e ss., coglieva la particolare complessità del processo nell'essere strutturato sopra una serie consecutiva di procedimenti, ognuno consistente in un certo grado di giudizio.

obbligarle ad accedere alla giurisdizione dello stato, un *decisum* contenente la soluzione di una controversia dotata della medesima efficacia di un contratto direttamente da loro concluso.

In entrambe le ipotesi, la figura del terzo si mostra appetibile poiché più perita, imparziale, disinteressata e, per ciò stesso idonea, vuoi a completare l'elemento mancante dell'assetto regolamentare privato precedentemente concluso ⁽²⁾, vuoi a risolvere il conflitto tra le avverse pretese in ordine ai contrapposti diritti ed interessi, ma anche solo inerenti più ristrette questioni fattuali o giuridiche ⁽³⁾ aventi riflesso sulla complessa soluzione della lite.

Sovvengono subito alla mente, con riferimento ai rimedi solutori delle controversie, la figura dell'arbitrato irrituale e, con riguardo ai mezzi di integrazione delle lacune pattizie, l'arbitraggio, a previsione del quale sussiste peraltro l'unica disposizione di portata generale specificamente approntata dal codice civile, in aggiunta a tutte quelle inerenti materie settoriali che, a torto od a ragione, allo stesso vengono ricondotte quali applicazioni peculiari ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Sottolinea l'utilità di ricorrere alla valutazione del terzo, proprio in ragione della auspicata imparzialità del medesimo, in particolare, SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 337.

⁽³⁾ Sembra doversi convenire infatti con l'opinione che nega che l'ambito dell'oggetto della giustizia privata debba essere di necessità identico a quello della giustizia statale, e che quindi in quella come in questa possa aversi una decisione soltanto riguardo tutto il rapporto giuridico, e non anche solo una o più questioni di fatto o di diritto per lo stesso rilevanti: LUIISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 669 e ss.; ID, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Studi in onore di FAZZALARI*, II, Milano, 1993, p. 205 e ss., che sostiene la teorica deducibilità anche nel giudizio statale della decisione circa una questione giuridica concreta che sia conseguenza collegata a determinati fatti. Così anche BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, pp. 28 e ss. e 175 e ss.; ID, *La perizia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI-LUIISO, in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005, II, p. 1256 e ss. In precedenza SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, p. 105; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 113. Cfr. anche FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, p. 216 e ss., che ritiene ammissibile l'accertamento da parte del privato, mediante un negozio giuridico, tanto un diritto quanto un fatto o una questione.

⁽⁴⁾ Ci si riferisce a quel novero di interventi dell'ausilio del terzo previsti dal codice civile in materia di disposizioni testamentarie (ad es., agli artt. 631 e 632), del diritto delle obbligazioni in generale (art. 1286),

D'altra parte, pare opportuno che sia un terzo estraneo a risolvere (o suggerire come risolvere) una controversia, potendola osservare da una prospettiva che si presume ed auspica disinteressata. Altrettanto non parrebbe potersi affermare di primo acchito quanto all'opera di completamento di un contratto altrui da parte di un terzo, specie laddove l'intervento sopraggiunga a negozio concluso; tuttavia la frequente prassi, diffusasi sulla scorta del dato normativo che ne legittima l'esistenza, si fa portatrice di problematiche di non scarso rilievo ⁽⁵⁾.

In particolare, mentre la determinazione dell'oggetto del contratto (o più in generale l'interferenza su di esso) che deriva da un fatto naturale non solleva dubbi di sorta, se non in relazione alla deducibilità dell'accadimento previsto in condizione, quella che avviene per mezzo della dichiarazione del fatto umano, della parte stessa o di un terzo, sottende doverose verifiche circa il rispetto dei poteri determinativi previsti a monte, del regolamento della determinazione, delle qualità del soggetto investito del potere stesso ⁽⁶⁾.

Ancor prima, sussiste il rischio che l'indeterminatezza si protragga *sine die* a cagione della non operatività del sistema del rinvio alla fonte di completamento

dei singoli contratti (art. 1474), del diritto societario (art. 2603 e 2264) e di quello cambiario (artt. 14 e 102 R.D. 1669/1933, L. camb.), oltre alle altre figure di frequente applicazione che sono venuti all'attenzione della giurisprudenza, e che più ampiamente saranno trattate tutte nel corso del lavoro.

⁽⁵⁾ Come sottolineato da SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da SACCO, Torino, 1993, II, p. 126, il quale pone l'accento sulla valenza dell'art. 1349 quale unica fattispecie di "determinabilità volontaria" per opera di "un atto integrativo seguente", differente dalle ipotesi nelle quali invece l'integrazione per determinazione *ab esterno* avviene per volontà della legge, grazie all'intervento di un fattore di integrazione non consistente nell'atto del terzo; in sostanza, a seguito di una regola di legge interpretativa e/o integrativa contenente la clausola di rinvio, che a questo punto però sembra prescindere, ovviamente, dalla volontà delle parti, per contro imponendosi alle stesse quale integrazione cogente a tutela di interessi ritenuti insuperabili dall'ordinamento. Non è escluso peraltro che i contraenti decidano di omettere volutamente un aspetto del rapporto concluso, ed altrettanto volutamente omettano la previsione di sistemi di susseguente definizione dello stesso, ad opera, per l'appunto, delle norme integrative di legge.

⁽⁶⁾ Cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 134. Lo stesso A. rileva come il variegato spettro delle fonti determinative esterne preclude l'edificazione di una teoria unitaria della figura in esame. Sulla stessa linea di pensiero IRTI, in *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 243.

estriore, frustrando in pratica gli stessi effetti giuridici perseguiti; dal che si giustifica l'ulteriore intervento legislativo a disciplina dell'evenienza in cui l'inerzia del terzo, volontaria o meno, impedisca il raggiungimento dello scopo voluto dai contraenti precludendo così che la causa negoziale cominci ad operare ⁽⁷⁾.

Discussa si mostra anche la compatibilità del sistema di completamento in parola con alcune singole tipologie contrattuali, nonché, in virtù di interpretazione estensiva o di applicazione analogica, con gli stessi negozi unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale ⁽⁸⁾, o ancora con quelli a contenuto personalissimo ⁽⁹⁾.

Proseguendo sempre sul punto, occorre fugare i dubbi sollevati dalla possibile confliggenza di un accordo *ab origine* incompleto, per volontà delle stesse parti, con la indefettibile determinazione o determinabilità di cui al disposto combinato degli artt. 1346 e 1418 c.c., imposta a pena di nullità dell'accordo.

Ancora, deve argomentarsi persuasivamente se il contratto da completare, che pure è un contratto concluso, possa ritenersi immediatamente valido e produttivo di tutti gli effetti, a parte di essi, o diversamente di nessuno.

Soccorre in aiuto alla soluzione del dilemma anche il portato del fecondo sforzo dottrinale e giurisprudenziale teso a delineare una nozione specifica e sufficientemente

⁽⁷⁾ La preoccupazione veniva già avvertita, prima dell'attuale codificazione, da DI PACE, *Il Negozio per relationem*, Torino, 1940, pp. 22 e 48 e ss.; quindi, veniva riaffermata da IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 199.

⁽⁸⁾ La ammette ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, p. 27 e ss., sulla scorta della possibilità prevista di affidare l'incarico al terzo dell'individuazione del beneficiario dell'attribuzione nelle promesse al pubblico. Per l'elencazione dell'ammissibilità del rinvio determinativo con riguardo ad alcuni tipi contrattuali vedasi DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di ALPA, in *Giurisprudenza sistematica civile commentata*, Torino, 1999, I, p. 154 e ss.

⁽⁹⁾ Esclusa da SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, p. 770, sul rilievo che, se nell'ambito di questi è preclusa la rappresentanza, al pari deve escludersi il ricorso alla decisione del terzo.

esaustiva di oggetto del contratto ⁽¹⁰⁾ e dell'obbligazione ⁽¹¹⁾, che sia tale da apparire distinguibile da quella di "contenuto", pure ricorrente nel codice ⁽¹²⁾.

Al riguardo conviene sin da subito premettere che la rimessione all'altrui arbitrio per l'identificazione dei contorni precisi dell'oggetto dell'accordo soddisfa il requisito della richiesta determinabilità dello stesso: determinabilità che viene infatti a chiare lettere assimilata alla determinatezza dall'art. 1346 c.c.

Peraltro, mentre la determinatezza tradizionalmente si ritiene soddisfatta o dalla specificazione dei caratteri essenziali delle prestazioni in modo espresso e completo, o comunque facilmente ricostruibile con un certo grado di immediatezza ⁽¹³⁾ risalendo dalla volontà esplicitata nel regolamento negoziale, la sola determinabilità si risolve in un meccanismo di formazione progressiva relazionale dell'assetto dell'accordo, per mezzo del quale le parti manifestano indirettamente la volontà già consacrata nell' *in idem placitum consensum*, rinviandone tuttavia a fonti esterne la necessaria ulteriore

⁽¹⁰⁾ L'oggetto è previsto nel codice civile quale requisito generale del contratto all'art. 1325, n. 3 c.c., è richiamato dalla sezione III che se ne occupa precipuamente, ricorre negli artt. 1347 (per la possibilità sopravvenuta), 1349 (in tema di arbitraggio), 1350 n. 13 (circa la forma della transazione), 1376 (in tema di trasferimento nei contratti reali), 1378 (trasferimento di cosa generica), 1429 (errore essenziale), infine 1465, 3° co. (nell'impossibilità sopravvenuta).

Per ulteriori approfondimenti si rimanda, tra i numerosi, ad ALPA-MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 34 e ss.; BIANCA, *Il Contratto. Diritto civile*, III, Milano, 2000; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1987; E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, I, Torino, 1993; SACCO, *Il contratto*, cit.

⁽¹¹⁾ Definita dall'art. 1174 c.c. come la prestazione. Una differenziazione è operata dal codice laddove discerne tra l'errore involgente l'oggetto del contratto e quello inficiante la prestazione (art. 1429, nn.1 e 2). Tende ad identificare l'oggetto con il contenuto del negozio IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1957, p. 799 e ss.; SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 20 e 21, il quale reputa in particolare che l'oggetto assorba e nella sostanza coincida con l'intero regolamento contrattuale, cioè con il contenuto di volontà; e ciò troverebbe conforto, tra l'altro, nell'art. 1322 c.c. che definisce "contenuto" l'oggetto della determinazione delle parti e nell'art. 1376 che definisce "oggetto" l'obbiettivo ultimo dell'accordo. La coincidenza tra oggetto e contenuto del contratto sembra allo stato attuale la concezione preponderante tra gli studiosi.

⁽¹²⁾ Liberamente determinabile dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, co. 1°, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, e nel rispetto delle norme inderogabili. Parlano di contenuto anche gli artt. 1419 (in tema di nullità parziale), 1431 (in tema di riconoscibilità dell'errore), 1432 (in tema di rettifica).

⁽¹³⁾ Così PIOLA, *Osservazioni in tema di oggetto del contratto*, in *Riv. not.*, 1976, p.902; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 179.

identificazione (¹⁴). E' questo il fenomeno della *relatio* sostanziale, riferentesi, appunto, al contenuto del negozio, che si affianca a quella formale, quale strumento indiretto dell'espressione di una volontà già perfetta e completa in tutti i suoi elementi, mediante rinvio ad una forma altrove consacrata (¹⁵).

Il rilievo consente di dare conto di quell'ulteriore concetto della "determinabilità in senso lato", esplicabile nella doverosa esecuzione dell'opera determinativo-specificativa da parte del contraente, a ciò vincolatosi (¹⁶), o del terzo a ciò designato, nel quadro dell'attività di accertamento del contenuto non specificato in ossequio a criteri così rigorosamente apprestati dalle parti da lasciare poco o niente alla discrezionalità.

Per contro, viene qualificata come determinabilità "in senso proprio" quell'attività determinativa che si estrinseca con un certo grado di autonomia, a partire dai necessari criteri minimi indicati dalle parti non esaustivamente ed in dettaglio, in conformità al

(¹⁴) La tematica della *relatio* quale strumento di perfezionamento progressivo del negozio risulta indagata non tanto in generale, quanto con particolare riferimento a singole categorie di atti e negozi giuridici, specie per quelli dichiaratori delle ultime volontà: cfr. GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966; DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit. In generale sul fenomeno, vedasi CECCHETTI, *Negozio per relationem*, in *Enc. Giur.*, XX, Milano, 1990.

(¹⁵) Le parti potranno rinviare la sostanza dell'atto alla legge, ad un regolamento, oppure, come più spesso accade, ad un fatto o atto del terzo o delle parti, sia questo una dichiarazione di volontà, di scienza, un giudizio, oppure una semplice operazione di calcolo. La *relatio* è un meccanismo perfezionativo fruibile dalle parti in vista della conclusione di ogni contratto, salvo divieti imposti dall'ordinamento (ve ne sono svariati, ad es., come si dirà, nel campo del diritto testamentario); addirittura, esistono contratti che per loro natura esigono la duttilità di alcuni degli elementi costitutivi: il contratto di conto corrente (art. 1823 c.c.), quello di fornitura (art. 1559) in cui frequentemente difetta la predeterminazione della durata, del prezzo, dell'entità della fornitura e la scadenza delle singole prestazioni; l'appalto con la P.A. che rinvia sempre al relativo capitolato generale; i titoli di credito emessi al portatore, a fronte dei quali i creditori sono sempre identificati per via di *relatio*. La causa di detti negozi, intesa quale funzione concretamente operante sul piano economico-sociale, a ben vedere, non potrebbe mai operare in difetto del sistema di rinvio. Per altri negozi invece, la *relatio* pare di frequente ma non indefettibile applicazione: i contratti per adesione e quelli perfezionati mediante moduli e formulari (artt. 1341 e 1342 c.c.) sovente rinviano l'identificazione dell'altro contraente, oltre a lasciare spazio per il completamento di talune clausole in vista delle esigenze che potrebbe reclamare dal singolo futuro contraente.

(¹⁶) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p.179 e ss., ritiene in coerenza con le premesse l'atto seguente un atto giuridico dovuto, come tale non negoziale; non così SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 362, per il quale l'atto, seppure dovuto, riveste talvolta natura parzialmente discrezionale a seconda del contenuto del dovere determinativo che ne è oggetto.

disposto dell'art. 1346 c.c., in guisa tale da individuare solo i punti di partenza della futura determinazione ⁽¹⁷⁾ che renderà specifica la prestazione dovuta, in qualità e/o quantità.

Non può nascondersi tuttavia che, al di là dell'anzidetta bipartizione interna al medesimo concetto, i dati del sistema non paiono fornire limpidi appigli per enucleare una definizione sufficientemente esauriente dello stesso.

Occorre pertanto giungersi gradualmente e per esclusione, accantonando quelle figure che solo in apparenza si prestano a chiarire il fenomeno, anzitutto distinguendo il meccanismo integrativo, che soccorre anche prescindere dalla volontà dei contraenti qualora vi siano lacune regolamentari ⁽¹⁸⁾, dalla determinabilità operante sulla base dei criteri predisposti dalle parti e, quindi, strettamente convenzionale ⁽¹⁹⁾.

Il negozio avente oggetto determinabile non per ciò solo può peraltro reputarsi incompleto: esso è perfettamente concluso ed efficace, solo che i contorni precisi dei producendi effetti sono rimessi alla prossima determinazione degli elementi necessari perché la parte del regolamento mancante possa anch'essa pienamente operare ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Per approfondimenti sulla distinzione si vedano MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 179; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 125. Come esattamente rileva CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1987, p. 227 e ss., finché l'oggetto del contratto non risulti determinato, neppure in senso lato (e quindi nei suoi rigidi criteri determinativi), sarà impossibile valutarsene non solo la possibilità o la liceità, ma, ancor prima, l'esistenza stessa; e ciò perché sin quando manca l'identificazione o la identificabilità del minimo contenuto contrattuale, l'accordo sarà "*tamquam non esset*".

⁽¹⁸⁾ Si parla di "determinabilità *ex lege*" qualora le parti rinviano alla regolamentazione della legge il completamento del contratto negli aspetti mancanti. L'ipotesi quindi inerisce la sfera della formazione e degli effetti del contratto, con la conseguenza che l'eventuale intervento giudiziale tenderà a determinare autonomamente l'elemento difettoso, proprio giacché le parti non hanno fornito criteri se non, appunto, il rinvio alla legge. La norma poi potrà integrare con disposti direttamente applicabili, cogenti o dispositivi (artt. 1339 e 1474 c.c.), oppure con l'attività del giudice a ciò facoltizzato (artt. 1657, 2225, 2233 c.c.). In ogni caso l'attività integrativa presuppone che sia certo il tipo di contratto voluto dalle parti, al fine di identificare natura e quantità di un certo *genus* di prestazione. In proposito si veda ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 728 e ss.; ed ancora SACCO, *Il contratto*, cit. p. 126.

⁽¹⁹⁾ La quale invece opera nell'ambito della conclusione stessa del contratto, investendo un elemento senza il quale la fattispecie non potrebbe dirsi completa: così BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 327; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 125.

⁽²⁰⁾ In questo senso SACCO, *Il contratto*, cit., p. 132.

E', dunque, un negozio la cui sostanza è destinata a definirsi pienamente solo *per relationem* verso un fatto naturale, umano, una dichiarazione di scienza o di volontà.

Non vi sono grandi dubbi ⁽²¹⁾ comunque che la *relatio* determinativa non sia ammissibile senza limiti di sorta, con riferimento pertanto ad ogni elemento del contratto: quantomeno la minima unità effettuale, la causa, deve risultare determinata, anche al fine di apprezzare la serietà di intenti delle parti ⁽²²⁾. Entro siffatti limiti, sarà poi ammissibile determinare l'oggetto del contratto nei soli aspetti essenziali i quali, letti nel complesso, rivelino univocamente l'identità del tutto, senza che la determinazione degli aspetti non essenziali lasciati in bianco possa portare ad individuare un oggetto diverso da quello emergente *prima facie* dagli elementi già palesati dalle parti ⁽²³⁾.

Posti detti minimi indefettibili, l'attività del giudice in ipotesi chiamato ad accertare la sussistenza della determinabilità dell'oggetto di un contratto dovrà informarsi

⁽²¹⁾ Se si eccettua chi ammette il deferimento al terzo dell'individuazione di ogni elemento del negozio, nonché addirittura del tipo: CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 206; RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1971, p.133.

⁽²²⁾ Lo conferma DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 33; BIANCA, *Il contratto*, cit. p. 327.

⁽²³⁾ La giurisprudenza si esprime in tal senso, ritenendo l'oggetto determinabile ove i contraenti abbiano dichiarato criteri "precisi e concreti" ai quali attenersi nel completamento: cfr. Cass., 5 marzo 1984, n. 1513; ancora, Cass. 22 maggio 1981, n. 3363; infine, Cass. 27 giugno 1985, n. 3853, che reputa determinabile in base a criteri oggettivi il prezzo di una compravendita immobiliare, se riferito a quello frutto di libera contrattazione o a quello che l'acquirente verserà per acquistare altri immobili nelle vicinanze dell'unità comprata. Ancora, la Suprema Corte si è rifatta a più riprese ai criteri determinativi della pratica corrente, alla natura del contratto, alla logica delle cose o, infine, ad elementi esterni quali atti e documenti menzionati dalle parti nel contratto, oppure a dati di fatto oggettivamente ed indubbiamente esistenti: cfr., tra le altre, Cass., 24 novembre 1983, n. 7047; Cass., 8 settembre 1970, n. 1345. A ben vedere, si tratta di criteri tendenzialmente coincidenti con quelli che informano l'ermeneutica oggettiva del contratto, risolvendosi in sostanza nella lettura del complesso delle clausole, delle pratiche negoziali del luogo di raggiungimento dell'accordo, delle circostanze che accompagnavano la conclusione del negozio e, soprattutto, il tipo di contratto voluto dalle parti. E' questo il canone interpretativo decisamente prediletto dai giudici per risalire al completamento dell'oggetto lasciato indeterminato dalle parti, come bene evidenzia ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 728 e ss.. Anche il canone soggettivo del comportamento tenuto dalle parti dopo il perfezionamento dell'accordo è attinto sovente dalla giurisprudenza, con la sola esclusione dei contratti formali: vedi ad es. Cass., 2 giugno 1995, n. 6201.

al principio di conservazione del negozio di cui all'art. 1367 c.c., essendo la declaratoria di nullità per difetto del requisito dell'oggetto *extrema ratio* alla quale ricorrere ⁽²⁴⁾.

La concorde richiesta del contributo al terzo estraneo al negozio, affinché renda quell'elemento volutamente lasciato "in bianco" ⁽²⁵⁾, risulta basarsi su di un precetto privato che sprigiona forza vincolante tra le parti ⁽²⁶⁾, ed origina una determinazione che obbliga i contraenti come, e forse più ⁽²⁷⁾, che se provenisse direttamente da costoro. Per meglio intendere, i disposti normativi, quali fonti sulla produzione, elevano la manifestazione del terzo a fonte di produzione dell'autoregolamento dei privati interessi, equiparando (anzi antepoendo) quella che potrebbe sembrare una fonte di secondo grado, a quella primaria fonte dei diritti e degli obblighi reciproci costituita dalla diretta volontà delle parti.

⁽²⁴⁾ Come rilevano diffusamente ALPA-MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 41. Non è mancato chi, al fine di corroborare un assunto di una eccessiva equivocità e certa inutilità dell'aggettivazione "indeterminatezza", ha perspicuamente avvertito del rischio che contraenti inadempienti convenuti in giudizio possano pretestuosamente eccepire la nullità del contratto proprio in ragione dell'indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto, con riflesso sulla impossibilità, tra l'altro, di individuare la prestazione che si assume inadempita: così ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto" e su una sua recente applicazione a tutela di "contraenti deboli"*, in *Giur. It.*, 1979, II, p. 146 e ss.

⁽²⁵⁾ Giova evidenziare come, tra i meccanismi di possibile determinazione progressiva dell'accordo, è dai più reputato inammissibile quello per il quale le parti rimettano ad una loro futura ulteriore espressione di volontà il completamento dell'accordo. La stessa giurisprudenza, dopo averne dapprima ammesso la percorribilità, ha di seguito mutato orientamento statuendone la nullità: Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, 697, con nota di Alpa, "Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede". Si ritiene di dover convenire con i dubbi espressi posto che, a ben vedere, un impegno delle parti di rimettersi ad una loro prossima manifestazione di intenti onde definire il contenuto stesso del vincolo in pratica (non) concordato, non sembra molto dissimile dall'alienazione di un diritto o dall'assunzione di un obbligo che dipendano, rispettivamente, dalla condizione sospensiva della mera volontà dell'alienante o del debitore, come noto inficiate da nullità ex art. 1355 c.c.. In definitiva non può avere rilievo giuridico alcuno, neppure a livello di contratto preliminare o di responsabilità pre-contrattuale, un accordo con il quale le parti si vincolino a volere ciò che entrambe delibereranno in seguito di volere; si tratterebbe in realtà di un volere non serio, difettando la possibilità di individuare la materia dell'obbligazione.

⁽²⁶⁾ Al pari di ogni altro contratto, avente "forza di legge" tra i contraenti, ai sensi dell'art. 1372 c.c.

⁽²⁷⁾ Il contratto è difatti soggetto alle regole di annullamento, declaratoria di nullità e/o inesistenza, rescissione e risoluzione comuni; la determinazione del terzo per contro, come si dirà, soggiace a differenti e più restrittive regole di impugnativa tesa ad ottenerne la caducazione, variamente modulate in relazione all'istituto in cui si colloca.

Vi è poi preponderanza di pensiero nel ricondurre al contratto da completare *per relationem*, almeno tendenzialmente, taluni effetti immediati derivanti dall'essere questo un negozio perfetto, eccettuati quelli riconnessi necessariamente agli elementi mancanti⁽²⁸⁾. Ne consegue che, in difetto di previsioni pattizie che subordinino la produzione dell'efficacia complessiva del negozio perfezionato al momento di formazione della futura determinazione⁽²⁹⁾, saranno da subito operanti tutte le clausole dotate di vita autonoma: per rendere un esempio di immediata percezione, una compravendita non avente come suo solito efficacia reale, e quindi immediatamente traslativa, perché con oggetto solo genericamente definito, produrrà l'obbligazione della consegna con il trasferimento del diritto solo al momento dell'individuazione; ancora, una compravendita che lascia indeterminato il corrispettivo del trasferimento del diritto, renderà esigibile l'adempimento del versamento del prezzo solo quando questo verrà determinato.

⁽²⁸⁾ Così, ad es., ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 55; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 125.

⁽²⁹⁾ Strutturando quindi un negozio condizionato sospensivamente, nella propria interezza, alla *condicio* del completamento degli elementi. L'opinione minoritaria che sostiene invece l'incapacità del contratto da completare (ai sensi dell'art. 1349 c.c.) di produrre un qualsiasi effetto risale a CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 356: l'A. giustifica l'assunto elevando il requisito difettevole a vero presupposto di validità del negozio, di talché nel periodo di attesa questo verserebbe in uno stato di quiescenza, di "invalidità sospesa" ed "eventuale", destinata a consolidarsi o meno soltanto quando l'elemento mancante sopraggiunga, oppure no, quando cioè si potrà concludere per la validità o l'invalidità retroattiva del negozio. Sulla medesima linea di pensiero si pongono CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 236, e SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit. p. 388. Si reputa tuttavia potersi opinare, innanzitutto, che la determinazione mancante, nella quasi totalità dei casi (eccettuato il rinvio al mero arbitrio del terzo), è destinata certamente a sopraggiungere (se almeno una delle parti lo vorrà) direttamente dal designato all'uopo, ovvero da altri chiamato in sua vece a sostituirla, sia esso privato o giudice: questa è da ritenersi pertanto accadimento *certus an, incertus quando*; e, di conseguenza, un termine piuttosto che una condizione, sicché il negozio potrà qualificarsi valido od invalido sin dalla sua perfezione. Inoltre e soprattutto, è la stessa previsione normativa dell'art. 1349 c.c. a consentire che il contratto sorga parzialmente incompleto, con oggetto determinabile successivamente, con ciò sottintendendo la *voluntas* di offrire ai soggetti di diritto tale particolare *iter* di formazione contrattuale, in perfetta coerenza, d'altra parte, con la prevista "determinabilità" dell'oggetto del contratto, in alternativa alla piena (*ab origine*) determinatezza. Ancora, sembra che la validità o l'invalidità *ex tunc* del negozio possa essere accertata, o dichiarata, solo da chi sia chiamato a giudicare della questione quale terzo (giudice o arbitro, anche irrituale), qualora tra i contraenti sorga contrasto; invece, ove costoro decidano concordemente di ritenersi non vincolati al negozio incompleto, in conseguenza dell'impossibilità che il terzo renda la determinazione mancante, sarebbe preferibile parlarsi di risoluzione consensuale di un contratto perfezionato ed in parte efficace, con eventuale salvezza degli effetti già dispiegati (salvo rinuncia della parte che abbia diritto a conseguirli o trattenerne i vantaggi).

2. Prospettiva dell'indagine.

Ovviamente, la facoltà di rimessione all'arbitrio del terzo, al pari dello *spatium deliberandi* del designato, non viene consentito dalla legge indiscriminatamente ed a prescindere dall'osservanza di taluni limiti minimi che, anzi, si palesano quanto mai opportuni e necessari alla luce del fatto che l'operazione comporta, per coloro che l'opzionano, l'assunzione di obbligazioni e l'acquisizione di diritti dai contorni incerti.

E per la medesima ragione, si impongono come doverosi taluni rimedi offerti alle parti, finanche irrinunciabili – se non una volta che la determinazione sia resa, e non già a priori dal momento della manifestazione di volontà di rimettersi al terzo – volti a far valere ed emendare gli eventuali vizi *lato sensu* intesi che possano inficiare la decisione del terzo designato.

Conviene ora porre in evidenza quelli che sono i fenomeni su cui si incentra la presente trattazione, ripartibili in due categorie concettuali generali.

Laddove si enuncia il proposito di approfondire la tematica delle determinazioni del terzo e dei rimedi definibili come di giustizia si vuole focalizzare l'attenzione, da un canto, sul novero dei multiformi e numerosi prodotti della cosiddetta attività volitiva ed autonoma del terzo con funzione di integrazione e formazione del regolamento privato di altri; dall'altro, sulle eterogenee epifanie degli atti sostanziali aventi fini di giustizia privata⁽³⁰⁾. Con una prospettiva che guardi attentamente altresì agli strumenti di tutela offerti

⁽³⁰⁾ GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, p. 25, intende la giustizia privata sia in senso lato, come complesso dei mezzi offerti dal diritto ai privati per tutelare i propri diritti o per conseguire l'attuazione degli obblighi, sia in senso ristretto, come attività svolta sul piano privato per raggiungere fuori del processo i fini tipici raggiungibili mediante questo, tra cui la composizione della lite, indipendentemente dal mezzo con cui si persegue. Cfr. al riguardo RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 170, che limita la funzione della giustizia privata alla funzione transattiva nell'ambito dei rapporti disponibili per i privati.

dall'ordinamento per reagire avverso i vizi in ipotesi inficianti le determinazioni, di mera volizione e sostanziali.

Il fondamento delle figure analizzate poggia sul generale potere di autonoma regolamentazione degli interessi attribuito ai privati dall'ordinamento ⁽³¹⁾, guardato nel duplice aspetto: 1) della facoltà di affidarsi ad altri per integrare, in loro sostituzione, il contenuto del negozio concluso; 2) della facoltà di affidarsi ad altri per dirimere, attraverso un *decisum* di natura e di efficacia di accordo privato, la composizione o la prevenzione di conflitti diversamente risolvibili con il ricorso agli strumenti rigidamente codificati della giurisdizione statale ⁽³²⁾.

Apprezzati da tale angolazione prospettica, addirittura, la legge non può che guardare con estremo favore ad istituti di tal fatta, attesa l'economicità e l'utilità – in termini di risparmio di costi processuali, di preservazione della *pax societatis* e di contribuzione alla stipulazione di accordi, con riflesso sulla proliferazione dei traffici giuridici – derivanti dall'avvalersi di uno dei variegati, duttili e celeri strumenti incentrati sulla determinazione privata, volitive e sostanziale.

In particolare, la soluzione del conflitto passa e prende corpo nello strumento del negozio, atto sostanziale di contenuto determinativo che riveste così una finalità di

⁽³¹⁾ La portata del concetto di autonomia privata è stato ampiamente indagato in ogni sfera del diritto, privato, pubblico e filosofico. Nell'impossibilità di darne esaustiva contezza, si richiamano i contributi di: PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 e ss.; SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 519; GIANNINI, voce *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 356. Per la concezione dell'autonomia nel quadro della teorica della pluralità degli ordinamenti giuridici, deve necessariamente rimandarsi a SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Autonomia*, Milano, 1983, p. 14; SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, p. 49 e ss. Ritiene invece BETTI, voce *Autonomia privata*, in *NN.D.I.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1560, che l'autonomia privata è anzitutto fenomeno sociale, che riveste la duplice funzione di fonte normativa regolamentare di un ordinamento giuridico superiore, oppure di fonte dei rapporti giuridici previsti e disciplinati dalle norme dell'ordinamento che la riconosce; quest'ultima è la reale privata autonomia, forma di autoregolamentazione dotata di potestà obbligatoria, ma priva di sanzioni giuridiche per la sua inosservanza.

⁽³²⁾ RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., p. 128 e ss.

giustizia, e che diverge dal mero atto volitivo di integrazione e completamento regolamentare che tale funzione non è capace né è deputata ad assolvere.

Come si evidenzierà a più riprese difatti, il *discrimen* tra i fenomeni delle determinazioni di volontà incidenti sull'assetto sostanziale di altri, come l'atto di arbitrato, e quelli delle determinazioni di natura sostanziale perseguenti risultati di giustizia tra i privati, risiede nella esistenza di una controversia giuridica (azionabile anche dinanzi al giudice statale), che se è estranea ai primi, qualifica invece i secondi.

D'altra parte, è opinione risalente e meritevole di approvazione quella secondo cui l'intervento volitivo del terzo arbitratore non si innesta in un rapporto preesistente oggetto di contrapposte pretese giuridicamente rilevanti, bensì al più di conflitti di interessi economici per l'attribuzione di beni, non tutelati dalla norma, che trovano la loro composizione fisiologica nella stipulazione del contratto ⁽³³⁾.

Altrimenti, l'atto sostanziale determinativo che compone una controversia particolarmente qualificata dalla presenza di una norma – la quale tutela gli interessi contrastanti del rapporto già esistente, elevandoli così a veri e propri diritti contrapposti – adempie alla funzione di rimedio di giustizia privata, in cui il *dictum* del terzo è stato oggetto di preventiva accettazione delle parti in lite, vincolante come se da loro congiuntamente emesso ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 70 e ss., che deriva dall'assunto la distinzione tra conflitto economico e conflitto giuridico. Cfr. anche CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 121 e ss.; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 e ss. In giurisprudenza, Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Rep. Foro it.*, 2002, 263; Cass., 16 maggio 1998, n. 4931, in *Rep. Giust. civ.*, 1998, voce *Compromesso e arbitrato*, 1. Contrariamente a siffatta distinzione, sostiene quella tra conflitto autonomo e conflitto accessorio, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 154.

⁽³⁴⁾ GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1988, p. 110; ID, *Della Nullità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1998, p. 123; BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*, p. 333.

Per meglio intendere pertanto, il conflitto economico scaturisce tra interessi giuridicamente rilevanti, ma ancora privi di tutela; mentre quello giuridico sorge tra diritti, una volta attuato il riconoscimento di beni della vita per opera dei disposti di legge ⁽³⁵⁾.

La quantomeno parziale coincidenza funzionale tra giustizia privata e giurisdizione statale offre un appiglio alla tesi, che si sosterrà oltre nella trattazione delle singole fattispecie di determinazione, in ordine alla opportunità (*rectius*: necessità) di applicare per via estensiva canoni e rimedi normativi processuali o para-processuali, ad un fenomeno invece propriamente di natura sostanziale. Anche in forza di tale rilievo, sembra consono rivolgere l'attenzione al procedimento arbitrale irrituale, nella misura in cui il suo frutto rappresenta un atto di determinazione sostanziale con funzione giustiziale, reso a seguito di una sequenza che, dopo l'ultima riforma, risente di una forte spinta verso la processualizzazione ⁽³⁶⁾.

Non pare doversi poi spiegare la *ratio* dello spazio riservato all'approfondimento dell'arbitraggio, passaggio fondamentale al fine di indagare a tutti quegli istituti peculiari rintracciabili nelle leggi di settore che ne rappresentano applicazioni specifiche.

Premesse così sintetiche osservazioni di contorno circa gli aspetti preganti degli istituti che si basano sull'intervento volitivo o determinativo del terzo, occorre indicare al lettore quelli che saranno gli snodi della presente trattazione, e gli obiettivi che si propone di raggiungere.

⁽³⁵⁾ NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 43, che rileva come il concetto di interesse precede la valutazione che dello stesso ne compie la legge; ID, voce *Conflitto di diritti*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 449; BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 24 e ss.; *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 19.

⁽³⁶⁾ La soggezione dell'arbitrato irrituale ad una disciplina che ne scandisce le fasi preordinate all'emanazione del lodo, ha l'evidente intento di costruire un procedimento nel quale il contraddittorio tra le parti accresce la probabilità di addivenire ad una composizione negoziale del conflitto quanto più possibile "giusta". Ma se è così, come pare, si rende quanto mai conveniente e sostenibile l'estensione di regole prettamente processuali anche ad altre atti sostanziali determinativi con funzioni di giustizia.

L'ampissima casistica costituente attuazione pratica dei fenomeni non potrà approfondirsi tutta nella sua interezza (stante la sconfinata estensione di un contributo che si prefiggesse di far ciò), dovendosi prediligere l'analisi anzitutto delle figure generali dell'arbitrato irrituale e dell'arbitraggio, perché ritenute "cardine", anche al fine di agevolare la lettura degli istituti di applicazione settoriale certamente meno noti, ma non per ciò solo meno interessanti e ricorrenti nella prassi. Si tenterà difatti di indagare altresì quelle fattispecie concrete che la pratica della contrattazione ha sottoposto al vaglio dei giudici, le quali, pur non rientrando a pieno rigore nelle figure tipiche, ne risultano in sostanza evoluzioni applicative spesso utilizzate dai soggetti di diritto nell'esercizio della propria autonomia.

L'indagine non sarà incentrata essenzialmente sulla sostanza degli istituti, circa la quale esiste già ampia e pregevole produzione monografica e trattatistica alla quale si farà richiamo per ulteriori approfondimenti, bensì verterà sulla loro natura giuridica, con particolare riguardo a quella che gode di maggior credito, non senza evidenziare quella che si reputa la più persuasiva, o la differente che si ritiene di poter suggerire. Ciò nella misura in cui a differenti impostazioni possono corrispondere differenti soluzioni nella prospettiva ultima dell'indagine, che mira all'indagine della fase per così dire patologica del rapporto, aperta da colui che assuma di essere stato leso nelle proprie ragioni dalla determinazione proveniente dal terzo, al fine di sanare la ritenuta ingiustizia od illegittimità. E' d'immediata percezione che alcune vie percorribili a fronte di una determinazione ritenuta ingiusta, se consentite assegnando una certa essenza giuridica all'intervento, saranno invece precluse laddove incompatibili con quella diversa che si preferisca assegnargli.

L'individuazione dei mezzi di impugnazione e revisione dell'operato del terzo sarà dunque accompagnata dai dovuti approfondimenti dei risvolti processuali connessi

all'iniziativa: dagli aspetti della *iurisdictio* e della competenza, passando attraverso quelli della forma della domanda e della natura della pronuncia, per giungere all'effetto del provvedimento emesso e della sua stabilità e definitività.

Si reputa opportuno prendere le mosse dal procedimento arbitrale irrituale, quale paradigma degli atti sostanziali di natura determinativa e funzione solutoria di un conflitto; in seguito, si passerà all'indagine della figura di atto volitivo alla quale sin qui si è fatto sino ad ora principalmente riferimento, ossia l'arbitraggio. Ad entrambi i suddetti istituti si farà sovente rimando nel corso dell'analisi di altre fattispecie, alla ricerca di punti di contatto, di analogia o differenziazione. Descritto poi il fenomeno non tipizzato di arbitrato estremo consistente nel cosiddetto biancosegno, ci si addenterà nella ricerca e spiegazione delle singole tipologie di atti volitivi e di atti sostanziali determinativi disciplinate dal codice e dalla legislazione speciale.

Infine, si cercheranno alcune fattispecie non tipizzate che, rientrando più o meno chiaramente nel fenomeno in parola, esigono la ricerca di quegli strumenti di controllo, tutela e censura che per via analogica o d'interpretazione estensiva possano trarsi dall'espressa disciplina di legge dettata per ipotesi assimilabili.

Lo sforzo ricostruttivo così come impostato, in definitiva, si propone di risultare decisamente pragmatico, nell'auspicio di recare utili spunti applicativi agli operatori del diritto che dovessero misurarsi con le problematiche sottese all'ingiustizia, tanto dell'atto di volontà quanto di quello sostanziale di determinazione compositrice di una controversia, derivanti di un terzo estraneo alle parti interessate che, con sempre maggior frequenza, sembrano affollare le aule della giustizia.

PARTE 1

GLI ATTI SOSTANZIALI DETERMINATIVI CON FUNZIONE DI GIUSTIZIA E GLI ATTI VOLITIVI.

LE FIGURE GENERALI DI RIFERIMENTO: TIPICHE, ATIPICHE E “DERIVATE”

CAPITOLO PRIMO

L'ARBITRATO IRRITUALE

SOMMARIO: 1. L'arbitrato irrituale. Rilievi preliminari di carattere generale – 2. Costruzione dogmatica dell'istituto e differenziazioni da quelli affini – 3. L'istituto alla luce dell'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c. – 4. I motivi di impugnazione del lodo irrituale.

1. L'arbitrato irrituale. Rilievi preliminari di carattere generale.

L'ultima riforma che ha investito l'istituto arbitrale ha finalmente consegnato all'arbitrato irrituale, altrimenti detto libero o improprio, la dignità che da tempo meritava.

Seppure con il solo isolato articolo 808-ter, il codice di procedura civile ha difatti sancito che le parti possono, con determinazione espressa per iscritto, stabilire che la lite sia decisa mediante una determinazione che conserva efficacia contrattuale e che non è suscettibile dell'*exequatur* di cui all'art. 825 c.p.c. ⁽³⁷⁾.

Così facendo, tra l'altro, il legislatore ha probabilmente inaridito la sorgente da cui sgorgavano le non infrequenti dispute che dividevano le parti dell'arbitrato riguardo

⁽³⁷⁾ La necessità che le parti esprimano in maniera inequivoca e formale la preferenza per l'arbitrato libero è degna di essere condivisa: il legislatore della riforma, che ha manifestato senza remore il proprio *favor arbitratus* come strumento di risoluzione alternativa delle controversie rispetto alla giurisdizione statale, ha nel contempo richiesto alle parti compromettenti di soffermarsi con una scelta ponderata laddove intendano derogare, oltre che a buona parte della disciplina apprestata per l'istituto gemello rituale,

l'interpretazione della clausola contrattuale o del compromesso, le quali finivano per appesantire ulteriormente il lavoro degli arbitri o dei giudici aditi ⁽³⁸⁾.

Pertanto ogni residuo dubbio interpretativo dovrebbe al più permanere in ordine al significato dei termini ambigui che, eventualmente, le parti abbiano formulato

all'elemento caratterizzante e qualificante il lodo rituale: la suscettibilità a divenire titolo per l'esecuzione forzata, e quindi parificarsi del tutto alla sentenza del giudice statale.

⁽³⁸⁾ Si segnala al riguardo che l'orientamento tradizionale dei giudici affermava la necessità di interpretare la clausola indagando attentamente l'effettiva e comune volontà delle parti, secondo i criteri comuni dell'ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss.; e, dunque, non attenendosi al senso letterale delle parole, con un ragionamento di merito insindacabile in punto di legittimità se immune da errori di diritto. E' pur vero che l'utilizzo di una terminologia giuridica riassuntiva per qualificare la convenzione conclusa è ritenuto indice guida importante nell'attività ermeneutica: SACCO, *Il contratto*, cit., II, p. 373. Non così però per Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Corr. Giur.*, 2002, 361 e ss., con nota di FITTIPALDI, *Ancora a proposito della svolta "negoziale" della Cassazione in tema di arbitrato*. L'eventuale presenza di locuzioni pregnanti poteva poi agevolare e guidare l'attività di interpretazione: espressioni quali "giudizio", "decisione" o similari, tutte peculiari del procedimento giurisdizionale, deponevano per quello rituale; altre, disvelatrici della volontà di perseguire intenti diversi da quelli di cui all'art. 825 c.p.c., quali la qualificazione della decisione come avente "valore convenzionale", o "contratto dalle stesse parti concluso", spingevano verso quello irrituale: così Cass., 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arb.*, 1999, I, p. 455, con nota di FAZZALARI; C. App. Milano, 29 novembre 1981, in *Arch. civ.*, 1982, p. 494 e ss.. Anche il comportamento concludente della consegna di un bianco segno agli arbitri, in presenza di un patto arbitrale, è stato considerato indice abbastanza inequivoco di volere un'efficacia contrattuale del lodo: C. App. Roma, 2 aprile 1991, in *Riv. Arb.*, 1993, p. 455 e ss. Invece, la contemplazione dell'esonero da "formalità di procedura o vincoli di forma" si riteneva un facoltà di alleggerimento dell'*iter* decisionale concessa secondo l'art. 816-bis c.p.c., pur nel rispetto dell'irrinunciabile osservanza dei principi inderogabili, primo tra tutti il giusto contraddittorio, compatibile con entrambe le tipologie arbitrali e la cui presenza non era quindi risolutiva in ordine alla natura del procedimento. Interpretava dette locuzioni come mezzo per limitare il potere degli arbitri, vincolandoli a seguire una procedura più leggera e deformalizzata, FAZZALARI, *Sulla libertà di forme del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 638. Vero è, peraltro, che non sarebbe giustificato desumere dall'assenza di siffatte espressioni, o dalla genericità della clausola, congetture in ordine all'una o all'altra conclusione. Di talché, ove l'indagine non riesca a fugare tutti i dubbi circa la qualificazione dell'arbitrato, l'opinione preponderante, almeno sino a qualche anno addietro, era quella dell'"*in dubio pro arbitrato irrituale*", in considerazione della natura atipica della figura dell'arbitrato irrituale, di quella eccezionale della deroga alla giurisdizione ordinaria che comporta quello rituale, e della possibilità garantita ai litiganti solo dall'arbitrato atipico di fruire di tutti i gradi del giudizio statale per dirimere la lite: *ex multis*, si vedano Cass., Sez. Un., 17 novembre 1984, n. 5838, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 953 e ss. Tra le più recenti Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, cit.; C. App. Firenze, 22 febbraio 1994, in *Riv. arb.*, 1995, p. 90 (solo massima). Non sono mancate tuttavia autorevoli voci, peraltro sempre più diffuse fino a divenire allo stato attuale prevalenti, tese a sostenere la soluzione opposta sulla scorta di taluni persuasivi rilievi; in primo luogo, quello della natura non per forza eccezionale delle norme di cui al titolo VIII del libro IV del codice di rito, che si vorrebbe desumere dalla necessità che vi sia un accordo dei litiganti finalizzato proprio alla sottrazione al giudice naturale statale del compito di decidere la controversia: così FESTI, *La clausola compromissoria. I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI-LUISO, nel *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, II, 2005, p. 1084 e ss., al quale si rimanda per un'ampia e convincente argomentazione della tesi. Si veda anche RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 400. Non sembra infine neppure decisivo per propendere verso l'irritualità la rinuncia al deposito del lodo, posto che l'effetto perseguibile mediante il relativo procedimento si atteggia come naturalmente

esplicitamente nel patto arbitrale, per comprendere se abbiano optato per la soluzione negoziale, oppure per quella parificata alla sentenza del giudizio ordinario. E' evidente peraltro che la statistica delle contese interpretative riguardo la natura della convenzione compromissoria è destinata a calare drasticamente; sarebbe sufficiente ad azzerarle del tutto la spendita di formulazioni lineari e semplici che, rifuggendo aspirazioni creative, richiamino il disposto normativo di riferimento dell'art. 808-ter, comma 1, o l'efficacia determinativa contrattuale della decisione a cui ci si vincola oppure, anche solo il termine "irrituale" od equivalenti ⁽³⁹⁾.

L'istituto così disegnato non sembra francamente interpretabile servendosi delle chiavi di lettura alle quali si è fatto ricorso prima della espressa codificazione ⁽⁴⁰⁾.

Tanto che allo stato attuale non più di arbitrato libero dovrebbe parlarsi, se non a mero fine classificatorio, rimandando l'aggettivazione a fenomeno non regolato dalla legge ⁽⁴¹⁾.

2. Costruzione dogmatica dell'istituto e differenziazione da quelli affini.

peculiare dell'arbitrato rituale e, come tale, rinunciabile per deroga espressa: RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 17.

⁽³⁹⁾ Pur in difetto del richiamo della efficacia contrattuale del lodo. Perché il *nomen*, proprio a seguito dell'espressa codificazione, è ormai identificativo di un istituto senza margine di dubbio riconducibile ad un determinato e peculiare regime normativo: così SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 27, nt.9. Sul profilo dell'interpretazione della clausola compromissoria dopo la riforma, cfr. MORELLINI, *Rilevanza della volontà delle parti per distinguere l'arbitrato rituale da quello irrituale*, in *Le società*, 2006, p. 235 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Degno di approvazione è dunque il rilievo di SASSANI, *Riv. arb.*, cit., p. 25, il quale prende le distanze dalla diversa opinione fattasi strada tra i primi commentatori che, invece, hanno fatto ampio ricorso alle "consuetudini" della passata esperienza: si veda per tutti BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it.

⁽⁴¹⁾ Solo gli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c. si occupavano dell'arbitrato libero nell'ambito della disciplina laburistica.

L'ultima innovazione legislativa sembra influenzare decisamente, travolgendola, la precedente visione dell'arbitrato irrituale quale fenomeno essenzialmente operante sul piano del diritto privato, libero dai formalismi processuali⁽⁴²⁾ imposti per quello rituale, consistente nel mandato collettivo⁽⁴³⁾, o nel contratto d'opera professionale⁽⁴⁴⁾, con oggetto il deferimento al terzo del compito di comporre una situazione di conflitto tra diritti sostanziali, mediante un accordo transattivo⁽⁴⁵⁾ o di accertamento⁽⁴⁶⁾ il cui contenuto le parti si obbligano preventivamente – con la sottoscrizione della clausola o del compromesso – ad accettare come se di loro diretta provenienza⁽⁴⁷⁾.

Così inteso, il lodo irrituale viene ad assimilarsi ad un contratto *per relationem*, stipulato da uno o più terzi per conto dei mandanti⁽⁴⁸⁾. Caratteristiche tutte tali da segnare una netta separazione rispetto al tipo rituale, connotato dal rigorismo procedurale, irrinunciabile quantomeno sotto taluni aspetti, e dalla natura pubblicistica del lodo, a dispetto di quella privata della decisione derivante dagli arbitri irrituali non soggetta al deposito presso la cancelleria del Tribunale.

⁽⁴²⁾ Formalismi definiti “ridicoli” da chi ha colto nell'istituto irrituale una trovata tipica del nostro ordinamento, ideata appunto al fine di aggirare i predetti: SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arbitrato*, 1974, p. 1 e ss.

⁽⁴³⁾ RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 78.

⁽⁴⁴⁾ DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 403.

⁽⁴⁵⁾ RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 78; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 255 e ss.

⁽⁴⁶⁾ ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 308; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1947, III, p. 572.

⁽⁴⁷⁾ MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 31; BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 925 e ss.

⁽⁴⁸⁾ MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale, Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, p. 104 e ss. In precedenza, qualificava il fenomeno come arbitraggio, rilevando l'importanza del fenomeno negoziale relazionale, ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 338.

L'istituto in parola cominciò a diffondersi nella pratica a partire dal 1880 nell'ambito delle transazioni commerciali, anche perché reso più appetibile dal regime fiscale di favore di cui godeva rispetto al lodo rituale ed alla sentenza ⁽⁴⁹⁾.

La nascita "formale" si deve, come risaputo, alla celeberrima decisione della Suprema Corte Torinese del 27 dicembre 1904, in cui venne statuito che l'inadempimento dell'obbligazione assunta di deferire certe controversie a terzi, senza dover osservare le forme di rito, e di accettarne ed eseguirne le determinazioni, non dava luogo ad un giudizio arbitrale né era soggetta alla regola del compromesso arbitrale, bensì causava una comune responsabilità per inadempimento contrattuale ⁽⁵⁰⁾.

La natura giuridica dell'arbitrato irrituale è stata oggetto di annose contese, le cui soluzioni hanno condizionato anche le opinioni circa la disciplina applicabile alla fase di gravame del lodo libero.

Tra le molteplici tesi propuginate ⁽⁵¹⁾, ha trovato in dottrina largo seguito quella definita unitaria ⁽⁵²⁾, propensa all'equiparazione delle funzioni di arbitri rituali ed irrituali, tutti investiti della mansione di giudicare e decidere la controversia loro sottoposta dalle parti. La legge 9 febbraio 1983, n. 28 ha quindi confermato l'efficacia naturalmente vincolante ed eventualmente esecutiva del lodo.

Per il vero la giurisprudenza a più riprese ha invece colto l'essenza dell'arbitrato irrituale non già nel deferimento della soluzione di una contesa sul piano privato, in

⁽⁴⁹⁾ ALPA, *L'arbitrato. Profili sostanziali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, p. 99.

⁽⁵⁰⁾ Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45, con nota di BONFANTE.

⁽⁵¹⁾ Per la rassegna delle quali si veda PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 3 e ss; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. priv.*, 1968, p. 459.

⁽⁵²⁾ Si veda tra gli altri FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato <<rituale>> e <<irrituale>>: qualcosa si muove?*, nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arb.*, 1999, II, p. 256.

sostituzione di quello statale in cui operano i giudici, bensì nell'attribuzione a terzi del potere di comporre le *quaestiones* sorte attorno un negozio mediante una transazione od un accertamento conciliativo, condotto servendosi di operazioni logico-giuridiche e dell'applicazione di norme, principi equitativi o di altri criteri ⁽⁵³⁾. Un'attività, pertanto, non giurisdizionale né derogatoria di quella dell'apparato della giustizia statale, caratterizzata dalla natura prettamente sostanziale ⁽⁵⁴⁾.

Sulla base di queste premesse il lodo irrituale si collocava nell'alveo degli strumenti di risoluzione stragiudiziale e contrattuale delle controversie di natura procedurale, ma non processuale, in buona compagnia con: clausole conciliative, ADR ⁽⁵⁵⁾, perizia contrattuale, transazione, negozio di accertamento, riconoscimento di debito ⁽⁵⁶⁾. Con una differenza strutturale, consistente nell'*iter* formativo progressivo proprio dell'arbitrato libero, della perizia contrattuale e della conciliazione, che invece sfugge alle residue figure.

Ciò detto, non nuoce ora tracciare in sintesi le linee di confine tra alcuni dei predetti istituti e quello che ci sta occupando, rimandando, quanto al raffronto con l'arbitraggio, a ciò che si dirà al riguardo nel prosieguo della trattazione.

⁽⁵³⁾ Eccettuate le due risalenti ed isolate pronunce di Cass., 23 settembre 1964, n. 2404, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce *Arbitrato*, 20-25; Cass., 30 giugno 1962, n. 1679, *ivi*, voce *Arbitrato*, 39. Concludono per la natura differenziale degli istituti arbitrali Cass., 9 giugno 1983, n. 3956, in *Rep. Giust. civ.*, 1983, voce *Compromesso e arbitrato*, 21; Cass., 25 giugno 1983, n. 4364, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Arbitrato*, 121. Infine, dopo l'entrata in vigore della riforma del 1983, Cass., 12 settembre 1984, n. 4794, in *Foro it.*, 1984, n. 8; più di recente, Cass., 26 aprile 2002, n. 6087, in *Dir. prat. soc.*, 2002, 22, 88.

⁽⁵⁴⁾ Tra gli autori, si veda BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 3, p. 688

⁽⁵⁵⁾ Per una visione generale delle forme di *alternative dispute resolutions*, unitamente all'approfondimento della relativa applicazione nell'ambito del diritto di matrice anglosassone, che è il campo di maggiore proliferazione, cfr. DE PAOLO-GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie-ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999.

⁽⁵⁶⁾ Già CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 117, definiva queste figure quali "equivalenti negoziali al processo". Riprende il concetto, contrapponendolo ai modelli di risoluzione processuale delle liti, di recente, CURTI, *Considerazioni*

Un primo orientamento legge la perizia contrattuale, o arbitrale, come ipotesi di arbitrato irrituale, in cui l'arbitro è investito, in ragione delle particolari conoscenze tecniche di cui è portatore, del compito di risolvere una controversia giuridica che interessa una porzione di un rapporto preesistente; e non, quindi, un conflitto di pretese antecedenti la formazione del contratto-lodo⁽⁵⁷⁾. Il terzo perito è dunque chiamato a formulare un apprezzamento tecnico che le parti si impegnano ad accettare come vincolante, giacché espressione diretta della loro volontà⁽⁵⁸⁾. La sua indagine è pertanto limitata ad una valutazione tecnica dalla quale esulano apprezzamenti discretivi e volitivi connotanti, per contro, l'attività degli arbitri irrituali.

Inquadrandolo, come persuasivamente suggerito, la perizia contrattuale come arbitrato su questione fattuale o giuridica, e quindi ad oggetto limitato⁽⁵⁹⁾, se ne ribadisce la natura processuale di strumento di privata giurisdizione, ma non si esclude che esso possa risolversi anche in un lodo irrituale su questione. Tanto che, in sostanza, alla luce della trasposizione operata dall'ultima riforma dal piano puramente sostanziale a quello processuale proprio dell'arbitrato rituale – della quale di qui a poco si dirà – ben potrebbe aversi un arbitrato irrituale avente ad oggetto la soluzione, con accertamento

generali sulla perizia contrattuale quale <<modello sostanziale di risoluzione delle controversie>>, nota a Cass., 21 maggio 1999, n. 4954, in *Foro Pad.*, 2000, I, 140.

⁽⁵⁷⁾ VECCHIONE, *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, cit., p. 407.

⁽⁵⁸⁾ Molteplici le pronunce che hanno ribadito la tesi: Cass., 21 maggio 1999, n. 4954, cit.; per Cass., 30 marzo 1995, n. 3791, in *Giur. civ. comm.*, 1995, p. 738, la differenza risiede nell'oggetto del contrasto, che attiene ad una questione tecnica (nella perizia), e non giuridica (come nell'arbitrato libero). Sulla stessa linea Cass., 23 ottobre 1998, n. 10554, in *Giur. civ. comm.*, 1998, p. 2166.

⁽⁵⁹⁾ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., p. 170 e ss., per il quale l'istituto può definirsi quale arbitrato irrituale quanto all'oggetto, con la precisazione che si è di fronte ad un fenomeno puramente processuale.

vincolante tra le parti, di una questione fattuale o giuridica rilevante per la composizione di un più ampio conflitto di interessi ⁽⁶⁰⁾.

Ne deriva ancora che il responso del *peritus arbiter*, trovandosi in rapporto di eventuale ⁽⁶¹⁾ continenza con l'arbitrato libero, sarà censurabile, se reso all'esito di un giudizio arbitrale qualificabile come irrituale, secondo gli stessi strumenti a disposizione per impugnare l'istituto generale di riferimento.

Netta e di palmare evidenza è invece la differenza tra l'arbitrato irrituale e lo strumento della conciliazione, giudiziale e stragiudiziale ⁽⁶²⁾.

Il primo è un istituto di natura attributiva, in cui al terzo viene attribuito il potere di risolvere una lite a seguito di un patto che deroga all'autorità giudiziaria, delineando

⁽⁶⁰⁾ Non così ovviamente per coloro che continuano a vedere nell'arbitrato libero *post* riforma un fenomeno operante sul piano esclusivamente negoziale, come lo stesso BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it, §1.

⁽⁶¹⁾ Nel caso in cui le parti deferiscano al terzo arbitratore la soluzione sul piano negoziale della questione tecnica, di fatto o di diritto, da cui dipende la parziale soluzione della controversia che li divide o dividerà, anziché rimettersi ad una di lui decisione azionabile in sé e per sé anche in via esecutiva.

⁽⁶²⁾ Per approfondire la tematica della conciliazione in generale, giova il rinvio a: DI ROCCO-SANTI, *La conciliazione*, Milano, 2004; SOLDATI-AA.VV., *La conciliazione*, in *I libri di guida al diritto del Sole 24 Ore*, 2007; BERNARDINI, *caratteristiche dell'istituto conciliativo*, in *la conciliazione – modelli ed esperienza di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di BERNARDINI, Milano, 2001. Nella specifica materia del diritto societario, cfr. BORTOLOTTI, *la conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Roma, 2003. Pur muovendosi sul piano esclusivamente negoziale, il tentativo di conciliazione infruttuosamente esperito può conservare una certa efficacia nel successivo procedimento giudiziale ai fini della valutazione del comportamento complessivo delle parti e, dunque, della ripartizione delle spese di lite. Non va sottaciuta la particolare pregnanza dell'istituto, giudiziale e stragiudiziale, nell'ambito del diritto societario, in virtù delle previsioni di cui agli artt. 38, 39 e 40 del d.lgs. n. 5, 17 gennaio 2003: la domanda di conciliazione produce gli stessi effetti interrottivi della prescrizione originati dalla domanda giudiziale o arbitrale; l'accordo è suscettibile di omologazione da parte del Tribunale, potendo acquisire efficacia di titolo esecutivo; la posizione delle parti consacrata in un verbale di mancata conciliazione, dinanzi alla prospettazioni del conciliatore, può essere valutata dal giudice nel successivo giudizio ai fini della ripartizione delle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. Non è un caso che la normativa riservi l'espletamento della procedura conciliativa in tale materia ad organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia, che offrano determinate garanzie di preparazione, riservatezza e professionalità rispetto ai nominativi dei propri conciliatori. In argomento si suggerisce la lettura di SASSANI-TISCINI, *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario. Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giur. Comm*, 2003, p. 2 e ss.; MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it.

direttamente un negozio che, formalmente e sostanzialmente, può assumere le stesse vesti di quello di conciliazione.

La clausola di conciliazione invece, integra un temporaneo *pactum de non petendo* ⁽⁶³⁾ che obbliga le parti ad attivare la procedura formalizzando l'apposita domanda prima di azionare dinanzi alla giustizia statale il negozio cui accede; é incentrata sul delicato ruolo del conciliatore (che è anche lo stesso giudice dinanzi cui le parti concilino) il quale, privo del potere di definire la contesa a prescindere dalla volontà dei litiganti, è chiamato a stimolare il buon senso conciliativo nelle parti, conducendole per mano verso la conclusione di un accordo a tacitazione delle pretese che, con maggior frequenza, assumerà forme analoghe a quelle disegnate (ma imposte) da un arbitro irrituale ⁽⁶⁴⁾. L'accordo conciliativo è quindi soggetto agli ordinari rimedi civilistici dell'impugnativa negoziale, per la quale rilevano i vizi della volontà dei litiganti.

E' doveroso poi separare il lodo arbitrale irrituale dal biancosegno, tradizionalmente dalla giurisprudenza assimilato al primo ⁽⁶⁵⁾, e ferme restando le considerazioni svolte in ordine al secondo atipico istituto nella successiva parte del lavoro, la differenza che balza prima agli occhi sembra risiedere nelle modalità di formazione progressiva del negozio sostanziale finale.

⁽⁶³⁾ La clausola di conciliazione determina quindi, se tempestivamente eccepita, la rilevazione della carenza di una condizione di procedibilità della domanda. In generale sull'argomento, cfr. Cass., 10 giugno 1994, n. 5646, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 222.

⁽⁶⁴⁾ E dunque una transazione, oppure un negozio di accertamento. Non infrequente nella prassi è altresì la novazione oggettiva integrale del rapporto litigioso, con uno differente che impegni sotto altri profili di fatto e di diritto, nell'ottica della salvaguardia e della prosecuzione degli affari tra le parti.

⁽⁶⁵⁾ Cass., 8 agosto 1990, n. 8010, in *Giur. civ. mass.*, 1990, 8, che qualifica "lodo per biancosegno" quel particolare arbitrato irrituale connotato dall'attribuzione del compito di determinare il contenuto di un accordo a soluzione della lite, da formarsi riempiendo il documento preventivamente sottoscritto dai litiganti che assume così forma e sostanza di diretta emanazione della loro volontà. Con la conseguenza che il lodo è impugnabile per vizi della volontà delle parti conferenti l'incarico, o dell'arbitro riempitore che

All'esito di un mandato di riempimento scaturisce un contratto direttamente riferito alla volontà delle parti, censurabile avvalendosi degli strumenti di natura civilistici che consentono di far valere i vizi della volontà, trattandosi di riempimento *contra pacta* che non richiede il previo esperimento della querela di falso, necessaria invece per sanzionare la falsità materiale del documento in bianco riempito *absque pactis*, integrante una vera falsità materiale che impone di contestare la provenienza stessa del documento come abusivamente formato dal sottoscrittore ⁽⁶⁶⁾.

Il procedimento arbitrale libero origina un negozio-lodo sottoscritto invece solo dall'arbitro, quale mandatario delle parti, giusta la volontà manifestata mediante la firma della convenzione compromissoria, il quale è ora impugnabile attenendosi alle prescrizioni del codice di rito civile di cui appresso.

I residui modelli di soluzione extraprocessuale e sostanziale delle liti quali la transazione ⁽⁶⁷⁾, il negozio di accertamento ⁽⁶⁸⁾ e la ricognizione di debito ⁽⁶⁹⁾ si

si sia falsamente rappresentato la realtà omettendo l'analisi di elementi della controversia, senza possibilità di censurare *error in iudicando*.

⁽⁶⁶⁾ Si approfondirà il tema più avanti, anticipando ora l'orientamento consolidato della giurisprudenza di cui si è dato conto: Cass., Sez. Un., 7 ottobre 1980, n. 5374; da ultimo, Cass., 10 marzo 2006, n. 5245. Non nuoce rammentare che per l'opinione maggioritaria attuale, nonostante i novellati artt. 819 e 819-bis, l'incidente di falso sorto riguardo una prova documentale dotata di fede privilegiata che sia rilevante per il giudizio non può essere oggetto di soluzione *incidenter tantum*, trattandosi di materia soggetta alla disponibilità delle parti; con la conseguenza del dovere di sospensione del procedimento, alla luce dell'art. 295 c.p.c., essendovi rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra soluzione dell'incidente di falso, e decisione del complesso della lite. Tuttavia, si lascia preferire la visione opposta che sostiene la risolubilità incidentale della questione di autenticità della prova documentale, atteso che il nesso tra le questioni inerenti la prova documentale ed il procedimento arbitrale non è propriamente il suddetto, giacché la falsità ricade su "fatti", non su diritti, che come tali non hanno efficacia pregiudicante. Inoltre, l'art., 831 c.p.c. assicura in ogni caso di esperire il rimedio della revocazione del lodo emesso sulla base del documento poi giudicato falso. Sul punto si rinvia a DI MEGLIO, nota a Lodo, 19 gennaio 2009, reso in Roma dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato dello Sport, di prossima pubblicazione nella *Riv. arb.*, 2009, consultato per la cortesia del suo Direttore, e dell'A.

⁽⁶⁷⁾ In argomento cfr. GITTI, *La transazione. I contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005, II, p. 69 e ss.; CARRESI, *La transazione*, Torino, 1954; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975.

⁽⁶⁸⁾ FORNACIARI, *Il negozio di accertamento, I contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, cit., t. II, p. 3 e ss.; BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000. Dato peculiare

discostano dall'arbitrato libero anzitutto per la formazione istantanea, piuttosto che progressiva e procedimentalizzata. Ancora, soggetti autori e sottoscrittori diretti dei primi due negozi, così come della terza dichiarazione unilaterale, risultano esclusivamente i titolari dei rapporti sostanziali coinvolti dalla controversia. Ciò determina talune conseguenze non trascurabili, quali, su tutte, l'impugnabilità della transazione promanante dalle parti entro i ristretti limiti di cui all'art. 1966 e ss. c.c.; la censurabilità del negozio accertativo secondo i rimedi civilistici dell'invalidità della formazione e manifestazione della volontà delle parti ⁽⁷⁰⁾; la necessità di superare l'efficacia di "astrazione processuale" di cui all'art. 1988 c.c., quanto alla ricognizione di debito pura (per mezzo della prova dell'inesistenza dell'atto costitutivo del debito), quanto a quella titolata, tramite la dimostrazione dell'inesistenza, dell'invalidità o dell'estinzione del rapporto causale.

3. L'istituto alla luce dell'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c.

del contratto di accertamento risiede nella efficacia meramente dichiarativa di uno *status* giuridico certo che viene ad essere fissato tra le parti, in luogo di uno precedente incerto e controverso. A differenza della portata dispositiva ed eventualmente costitutiva della transazione che, in astratto sempre idonea a modificare la situazione sulla quale interviene, non necessariamente modifica effettivamente il rapporto: così Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, p. 2456.

⁽⁶⁹⁾ In generale sul tema si veda DI MAJO, voce *Promessa unilaterale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988; BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 1966.

⁽⁷⁰⁾ Pur non potendo approfondire l'analisi ed ulteriormente argomentare l'assunto affermato, non si ritiene di poter approvare la conclusione a cui giunge FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 56-59, il quale esclude che possa scendersi nella verifica dell'erroneità o invalidità di un accertamento giuridico errato, poiché giammai sarebbe lecito appurare la premessa, ovvero sia l'erroneità stessa dell'accertamento, il quale rappresenta la fissazione di una "realtà convenzionale" come tale insuscettibile di sottostare ad un vaglio di correttezza o erroneità. Tuttavia la soluzione fortemente preclusiva non sembra convincere, posto che, se è vero che quanto fissato dalle parti nell'atto di accertamento è frutto di una convenzione, non è detto che la percezione della realtà che esse abbiano assunto come base di contrattazione possa essersi formata non genuinamente o serenamente (si pensi al caso del dolo di una delle parti in danno dell'altra, consistente nell'artificiosa imputazione di una realtà, oppure nell'errore giuridicamente rilevante, e dunque essenziale e riconoscibile, anche di diritto, non operando il limite stabilito in tema di transazione dall'art. 1969 c.c.).

La novella legislativa sembra davvero confermare la natura processuale dell'istituto in parola, disegnando con evidenza un procedimento le cui fasi ed i cui connotati distintivi risultano aggettivati con una terminologia che mal si concilia con la natura puramente sostanziale del fenomeno ⁽⁷¹⁾.

Assumere che il prodotto della pronuncia dell'arbitro irrituale, cioè la determinazione contrattuale, debba implicare di necessità che operi nel piano della sola negozialità anche l'*iter* progressivo di formazione della stessa, sembra una petizione di principio non più sostenibile alla luce del nuovo scenario che si offre all'interprete ⁽⁷²⁾.

Il lodo irrituale non può dunque più concepirsi come frutto autonomo della diretta *voluntas* dei litiganti, ma neanche del terzo compositore della lite ⁽⁷³⁾. Esso si atteggia invece a negozio con contenuto determinato dal terzo, e volto alla composizione eteronoma di una controversia ⁽⁷⁴⁾, avente quindi funzione decisoria, ed originato percorrendo un *iter* di formazione progressiva scadenzato dalla legge e connotato dalla contrapposizione conflittuale, sostanziale e procedurale, tra le parti.

⁽⁷¹⁾ Tra i quali: "pronuncia, eccezioni, conclusioni, contraddittorio, definizione della controversia": così SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., pp. 28-29.

⁽⁷²⁾ Come sottolinea FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv.*, p. 405, il lodo irrituale viene reso all'esito di un contraddittorio implicante allegazioni, ricognizioni e discussioni inerenti le posizioni sostanziali di cui si domanda ad ogni effetto tutela, seppure per la via negoziale.

⁽⁷³⁾ Osserva MONTALENTI, *La riforma dell'arbitrato: primi appunti*, in *Giur. it.*, 2007, p. 501 e ss., che la qualificazione di determinazione contrattuale di cui alla novella, alludendo alla sola natura degli effetti, differenti da quelli derivanti dal lodo rituale, consente di inferire l'infondatezza dell'interpretazione comune e tradizionale che vorrebbe il lodo irrituale come una transazione.

⁽⁷⁴⁾ Rileva peraltro correttamente ancora SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., p. 29, come l'art. 808-ter preveda la necessità della deroga espressa alla norma procedimentale dell'art. 824-bis, così sottintendendo l'assimilabilità piena dell'istituto a quello rituale. Lo stesso A. aggiunge che la potenzialità decisoria della controversia sottesa al lodo irrituale deriva dal "*munus*" conferito dai litiganti al terzo arbitro, al fine di rendere un giudizio che forma la "*regula juris*" che vincola il comportamento delle parti.

A conferma di ciò milita il fondamentale rilievo di ordine testuale per cui il relativo strumento di gravame, stabilito dettagliatamente dal comma 2 del medesimo disposto di riferimento, delinea specifiche cause a ben vedere ricalcanti i motivi di censura più rilevanti, e quindi irrinunciabili, previsti dall'art. 829 c.p.c. nel quadro del procedimento arbitrale tipico.

In definitiva il legislatore pare aver recepito la necessità di attrarre nella disciplina normativa un fenomeno nella prassi largamente diffuso, riaffermandone la pari natura arbitrale, a prescindere dalla denominazione, nel lodevole intento di rafforzare le garanzie di compartecipazione in pieno contraddittorio delle parti confliggenti alla formazione del convincimento del terzo chiamato a comporre la lite. Salvaguardando tuttavia la volontà delle stesse di derogare alla disciplina legale dello strumento rituale tipico, esclusivamente entro stretti e definiti limiti ed attenendosi a determinate forme ⁽⁷⁵⁾.

4. I motivi di impugnazione del lodo irrituale

Venendo ad occuparsi del punto nevralgico della trattazione, non può negarsi anzitutto che il quadro normativo scaturito dalla novella del 2006 abbia spostato di molto i termini di una questione che, in precedenza, era ricostruita sulla scorta

⁽⁷⁵⁾ Si allude a quelle necessarie per aderire al procedimento arbitrale irrituale di cui all'art. 808-ter. La volontà delle parti in ordine all'opzione dello strumento arbitrale contenuta nella convenzione d'arbitrato passa in ultima battuta attraverso il canone di ermeneusi della parte finale del comma 1 dell'art. 808-ter, che prevede appunto, in mancanza della volontà espressa di rimettere la determinazione della lite ad un assetto documentale contrattuale, la soggezione alle norme del titolo che si occupa dell'arbitrato rituale: in tal senso SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., p. 31. *Contra* BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit., § 1.

dell'elaborazione giurisprudenziale; posto che non poteva che essere così, dato che la figura stessa non era codificata.

La diffusa opinione in ordine all'essenza sostanziale e negoziale del lodo irrituale e della fase prodromica alla sua formazione ha indubbiamente condizionato in maniera decisiva la soluzione del problema della censura del lodo libero, già a partire dal mero dato della denominazione della fase di "gravame". Posto che il negozio-lodo non veniva assunto quale *decisum* paragiurisdizionale, o comunque ad esso assimilabile, stante la natura privatistica non solo del terzo arbitro, bensì, soprattutto, dell'assetto solutorio della *res litigiosa* che apporta, innova o accerta con efficacia vincolante come se promanasse direttamente dalle parti, mediante la regolazione del conflitto tramite un contratto che lo sostituisce.

Tant'è che la comune opinione dottrinale preferiva, dal proprio punto di vista anche comprensibilmente, discutere di azione di nullità e/o annullamento del lodo-contratto, piuttosto che di impugnazione in senso tecnico. Infatti, si osservava, il giudizio intrapreso non costituisce una fase e grado successivo alla precedente, svoltasi dinanzi alla giustizia privata ⁽⁷⁶⁾. Anche la giurisprudenza distingueva il giudizio di nullità del lodo rituale dinanzi la Corte d'Appello, ai sensi dei precedenti artt. 827 e ss. c.p.c., da quello

⁽⁷⁶⁾ A partire da VASETTI, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 871, che poneva l'accento sul rilievo di comodo della mutazione della terminologia del processo, non esattamente confacente con la struttura del gravame avverso il lodo irrituale. Su come fosse inquadrato il tema prima della riforma, si vedano: TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1987, p. 14; GIORGETTI, *Profili dell'impugnazione del lodo libero*, in *Riv. arb.*, 1999, II, p. 825; LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale*, in *Riv. arb.*, 1999, II, p. 450; GIORGETTI, *Lodo di diritto reso da arbitro di equità, lodo rituale reso da arbitro libero e ... viceversa*, in *Riv. arb.*, 2000, II, p. 741.

ordinario di fronte al Tribunale per l'annullabilità o nullità del lodo irrituale, invece soggetto alle ordinarie norme sulla competenza e sul doppio grado di giudizio ⁽⁷⁷⁾.

Vi era anche chi reputava censurabile il negozio formato dall'arbitro irrituale solo laddove viziato da manifesta erroneità o iniquità, secondo quanto prescritto dall'art. 1349 c.c. in tema di arbitraggio, e che per contro l'impugnazione per nullità ed annullabilità fosse limitata alle ipotesi di vizio della clausola compromissoria o del compromesso, l'invalidità dei quali non avrebbe potuto che ripercuotersi anche sul lodo, costituendone la base necessaria ⁽⁷⁸⁾.

In linea generale e per sintetizzare a conclusione della panoramica della situazione *ante riforma*, la corrente di pensiero definita come "privatistica" non ravvisava particolari differenze in ordine al sistema di impugnazione dell'arbitrato rituale ed irrituale, attesa la comune matrice privata dell'istituto ⁽⁷⁹⁾.

Quella "giurisdizionalista" ⁽⁸⁰⁾ per contro, muovendo dalla diversità ontologica dei due procedimenti e delle rispettive eccezioni, e di quella effettuale dei rispettivi lodi, separava nettamente il sistema di gravame del lodo rituale soggetto alla breve

⁽⁷⁷⁾ Cfr. da ultimo, Cass., 10 luglio 2002, n. 10035, in *Foro it.*, 2002, I, 3347. Per Corte App. Milano, 7 aprile 1998, in *Giur. it.*, 1999, 291, l'invalidità del lodo soggiace al principio della conservazione degli atti parzialmente invalidi di cui agli artt. 1420, 1445, 1459 e 1466 c.c., ma non comporta ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c. qualora la situazione sostanziale oggetto del lodo dedotto nella controversia risulti comune a più soggetti.

⁽⁷⁸⁾ MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., p. 196 e ss., che pone l'accento sul condizionamento solo univoco tra patto compromissorio e lodo, nel senso che se è vero che la caducazione del primo fa cadere anche il secondo, non è vero l'inverso quando viene rilevato un vizio proprio del lodo. Così anche TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, cit., p. 14. *Contra* VASETTI, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 871, per cui il fenomeno lodo irrituale, in quanto atto unitario a formazione progressiva, implica una valutazione unitaria e complessa che parta dalla fonte del potere per arrivare fino al prodotto dello stesso.

⁽⁷⁹⁾ FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, I, p. 1 e ss.; BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994, p. 10, per i quali l'accordo compromissorio, derogando alla giurisdizione dello stato, non determina una questione di competenza.

⁽⁸⁰⁾ TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, cit., 1987, p. 14 e ss.; RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la l. 9.2.1983 n. 28*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 635 e ss.

decadenza di novanta giorni dalla notifica o comunque entro l'anno dal deposito del lodo rituale ed i motivi in esso spendibili, ritenuti tipici ed a numero chiuso, da quello del lodo irrituale volto ad accertare entro i termini di prescrizione stabiliti per l'azione concretamente esperita, davanti l'a.g.o., qualsiasi vizio afferente il contratto-lodo, configurabile in relazione all'oggetto della controversia, al contenuto della clausola compromissoria ed al mandato conferito agli arbitri ⁽⁸¹⁾).

Il lodo irrituale reso all'esito di un procedimento arbitrale intrapreso per mezzo di domanda notificata in data successiva al 1 marzo 2006 è annullabile dal giudice, ai sensi dell'art. 808-ter, secondo le disposizioni del libro primo del codice di rito civile, investendo della domanda il tribunale competente. Dunque, l'individuazione dell'autorità giudiziaria ordinaria di cui all'art. 9 c.p.c. deve seguire le disposizioni dettate dagli artt. 18 e ss. c.p.c. in ordine all'individuazione dei fori giudiziari.

⁽⁸¹⁾ L'ipotesi di vizi inerenti il mandato conferito agli arbitri ha dato luogo ad un'ampia casistica giurisprudenziale, che ha permesso di enucleare la diversità tra abuso ed eccesso del mandato. Il primo, consistente la violazione delle regole imposte agli arbitri, che abbiano quindi operato contrariamente alla diligenza del buon padre di famiglia, porta soltanto alla responsabilità dell'arbitro verso le parti, ma non intacca la validità del lodo, poiché, altrimenti, sottenderebbe un errore di giudizio sulla valutazione di elementi esattamente percepiti, come tale inammissibile; tra gli esempi paradigmatici vi rientra la decisione di diritto in luogo di quella di equità: cfr. Cass., 13 marzo 1998, n. 2741, in *Giur. it.*, 1999, p. 1610, con nota di NELA, *Verso il riconoscimento giurisprudenziale di un nuovo motivo di impugnazione del lodo irrituale?*. Alcune decisioni recuperano però un margine di efficacia invalidante all'ipotesi in parola qualora l'abuso del mandato integri una violazione così grave da confermare il dolo dell'arbitro che ha deciso in modo manifestamente iniquo: così Cass., 29 agosto 1995, n. 9070, in *Giur. Civ. Mass.*, 1995, p. 1553, con la precisazione che nonostante l'identità del concetto espressivo del vizio del lodo non trova applicazione la disciplina prescritta per l'arbitraggio. L'eccesso del mandato, che origina la nullità radicale del *decisum*, presuppone invece che il lodo abbia disposto in ordine a situazioni, quesiti, eccezioni, diritti e negozi non ricompresi, esplicitamente o implicitamente, nel mandato conferito con l'accordo compromissorio oppure, sempre congiuntamente dalle parti, con gli atti del procedimento arbitrale quale fase progressiva di formazione del lodo. E' in sostanza il motivo di annullabilità per *ultra petita* di cui al vigente art. 808-ter, comma 2, n.1), lett. b). In merito ai limiti del mandato arbitrale vedi Cass., 21 maggio 1996, n. 4688, con nota di LAUDISA, *Arbitrato libero e corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 61, per la quale il relativo accertamento è indagine di fatto riservata al giudice del merito, insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato e conforme ai criteri dell'ermeneutica contrattuale.

E' lecito domandarsi se rientra nella potestà delle parti, che possono convenire la non impugnabilità del lodo per motivi che non siano nella loro disponibilità ⁽⁸²⁾, stabilire la competenza di un determinato foro in virtù dell'art. 28 c.p.c. ai fini dell'eventuale giudizio di cognizione avente ad oggetto il gravame del lodo ⁽⁸³⁾.

Non si vede perché ciò non possa avvenire atteso che, mentre l'art. 828 c.p.c. stabilisce *expressis verbis* la competenza della corte d'appello nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato ⁽⁸⁴⁾, l'art. 808-ter rimanda stringatamente e solamente alla competenza, e quindi alle norme di rito, con la libertà di derogarvi come e nei limiti entro cui queste consentono ⁽⁸⁵⁾.

I motivi esplicitati dal disposto in commento sono sei, alcuni dei quali raggruppati nello stesso numero del comma secondo, pur atteggiandosi, ciascuno, a causa dotata di propria autonoma identità e *ratio*.

Prima di analizzarli in dettaglio, occorre rilevare come la norma faccia espresso riferimento alla patologia invalidante della "annullabilità", spendendo una terminologia

⁽⁸²⁾ Occorre peraltro precisare che, secondo la tesi che si sosterrà nella trattazione, i motivi di annullamento del lodo irrituale prescritti dal codice sono tipici ed irrinunciabili, nonché (quasi) completamente esaustivi del novero delle cause invalidanti; ciò comporta che non vi sarebbe margine per altre cause di impugnativa alle quali i compromittenti possano rinunciare. L'assunto non esclude tuttavia la validità della considerazione svolta anche per la diversa visione, egualmente sostenuta come si dirà, che invece ritiene il quadro delle cause di impugnativa più esteso di quello del codice di rito.

⁽⁸³⁾ Ovviamente, nelle ipotesi in cui ciò possa avvenire ai sensi del disposto in commento. In particolare, qualora il lodo impugnato abbia attribuito la titolarità di un diritto reale su di un bene immobile, sembra corretto ritenere che il tribunale competente sia quello dell'ubicazione dell'immobile stesso ex art. 21 c.p.c.

⁽⁸⁴⁾ D'altra parte, considerato che le parti possono discrezionalmente individuare la sede del procedimento, possono indirettamente determinare la competenza della corte che deciderà dell'eventuale gravame.

⁽⁸⁵⁾ Ritengono competente invece il tribunale del luogo in cui è stato pronunciato il lodo SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., p. 33; BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit., § 5, che dopo aver dato atto che la competenza debba riguardarsi in base alle regole procedurali di cui al libro primo del codice di rito, conclude che, essendo oggetto di impugnativa non il contratto stipulato tra le parti ma il lodo, quale autonomo oggetto giuridico, occorre rivolgersi al luogo di conclusione dello stesso, cioè di pronuncia della decisione. Ancora, MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., p. 190 e ss.

che non può dirsi frutto di una scelta casualmente diversa da quella “nullità” prevista invece quale causa inficiante la validità del lodo rituale dall’art. 829 c.p.c.

Il rilievo consente anzitutto di evincere che il termine di prescrizione dell’azione va mutuato da quello generalmente stabilito dal codice civile con l’art. 1412, comma 1 c.c. e che, quindi, l’azione vada proposta entro cinque anni dalla ultima sottoscrizione del lodo; e pure che la relativa eccezione sia invece opponibile senza limiti di tempo da chi è convenuto dalla controparte vittoriosa in base al lodo, la quale reclama l’adempimento di quanto ivi sancito ⁽⁸⁶⁾.

La fonte del vincolo imposto alle parti di adire la via arbitrale risiede nella convenzione di compromesso: pertanto, il vizio dell’accordo alla base del procedimento si ripercuote anche sull’esito decisionale che ne scaturisce. Il lodo irrituale è quindi annullabile, quando il compromesso o la clausola compromissoria sono “invalidi”, ai sensi della prima parte del n. 1) del 2° comma, art. 808-ter c.p.c. Un profilo è degno di essere rimarcato giacché non di contorno: se da un canto il legislatore mostra, quanto alla convenzione d’arbitrato, indicando la generale categoria di classificazione giuridica degli atti improduttivi di effetti, di aver fatto consapevole riferimento ad ogni specie di vizio della convenzione ⁽⁸⁷⁾, di annullabilità, nullità e, a maggior ragione, nei casi limite, di inesistenza, diversamente, nell’occuparsi del lodo, si è limitato a stabilirne la annullabilità. In merito a tale rilievo si tornerà comunque più avanti quando si indagherà l’esaustività dei mezzi di impugnazione codificati.

⁽⁸⁶⁾ SASSANI, *L’arbitrato a modalità irrituale*, cit., p. 33.

⁽⁸⁷⁾ Si pensa all’ipotesi di carenza a monte del mandato conferito agli arbitri, oppure della sua cessazione per il superamento dei termini dettati per l’emanazione del lodo; o ancora perché le parti hanno compromesso in arbitri controversie inerenti diritti indisponibili.

L'ipotesi in parola è chiaramente parallela a quella prevista in materia di arbitrato rituale ⁽⁸⁸⁾ e desta solo i seguenti problemi esegetici: quello della diversa sorte della controversia che le parti intendessero proseguire all'esito dell'annullamento del lodo per tale motivo, piuttosto che per uno degli altri; quello della necessità o meno di eccepire il vizio in corso di procedura, per potersene poi dolere dinanzi al giudice statale.

Il tenore dell'articolo non è chiarificatore al riguardo, posto che contempla l'annullabilità del lodo "se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale".

La punteggiatura della virgola, seguita subito dalla congiunzione disgiuntiva, parrebbero tracciare una separazione tra i due motivi di censura e, di riflesso, legittimerebbe una lettura tale per cui la pregiudiziale del rilievo dell'*exceptio* nel procedimento dovrebbe riferirsi soltanto al secondo dei due; tanto più che si richiama una relativa eccezione usando il singolare. D'altra parte, la lettura delle disposizioni dettate per l'arbitrato rituale potrebbe confortare l'opposta soluzione argomentando per analogia, stante il rinvio al 3° comma dell'art. 817 c.p.c., operato sia dal n. 1), sia dal n. 4) dell'art. 829, comma 1 c.p.c., che obbliga a sollevare entrambe le eccezioni durante l'arbitrato, e precisamente nella prima difesa.

Dovendo sbilanciarsi e manifestare il *favor* per una soluzione, seppure con tutte le accortezze del caso derivanti dalla equivoca formulazione e senza pretesa di fornire

⁽⁸⁸⁾ Art. 829, 1° comma n. 1) c.p.c., il quale rinvia a quanto prescritto dal comma 3 dell'art. 817 c.p.c. riguardo il vizio di *ultra petita*, subordina l'impugnativa al rilievo dell'eccezione nel corso del procedimento. La formulazione chiara delle norme dispensa l'interprete dall'indagine, invece doverosa e poco oltre affrontata, quanto alla porzione dell'articolo in esame, circa la necessità del previo sollevamento della relativa eccezione ai fini della successiva doglianza avverso il lodo libero.

certezze assolute, sembra maggiormente fondato l'assunto per cui il previo sollevamento dell'eccezione di invalidità della convenzione di arbitrato libero non sia requisito pregiudiziale ai fini della successiva impugnazione basata sullo stesso motivo, e che non possa di per sé portare ad alcuna sanatoria. Proprio sulla scorta dei suddetti rilievi di ordine testuale e letterale, ed in considerazione dell'univocità con cui il legislatore ha sancito nell'ambito del lodo rituale, per contro, l'obbligatorietà dell'eccezione in pendenza di procedura ⁽⁸⁹⁾.

Il lodo irrituale è atto che dispiega la propria efficacia di decisione contrattuale vincolante per i litiganti nella misura in cui è stato emesso da un soggetto investito di tale potere, secondo le prescrizioni dettate dall'accordo arbitrale. Diversamente, può essere annullato se gli arbitri sono stati nominati in violazione delle forme e dei modi ivi stabiliti ⁽⁹⁰⁾. Il disposto non esige che siano state violate regole di forma e modo imposte dalle parti a pena di invalidità, analogamente a quanto previsto dal n. 4) del 2° comma dell'articolo in commento. Tuttavia è evidente che, relativamente alla materia della nomina del collegio giudicante una previsione siffatta sarebbe stata superflua, restando implicita nella stessa funzione e nello stesso ruolo di giudici privati degli arbitri, troppo fondamentale per consentire di ritenere non essenziali le indicazioni volute dai contraenti della convenzione ai fini della loro nomina.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Però BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in www.judicium.it, § 5, il quale, in coerenza con la costruzione sostenuta in ordine all'istituto, quale in sostanza arbitraggio applicato ad un contratto di soluzione della lite che vede la necessaria interdipendenza tra *dictum* del terzo e negozio di accertamento o transazione che ne fonda l'efficacia di obbligare le parti, distingue tra i motivi di annullabilità del lodo, soggetti a sanatoria, e vizi di nullità per i quali la sanatoria non è ipotizzabile.

⁽⁹⁰⁾ Art. 808-ter, co. 2, n. 2) c.p.c.

Come evidenziato, la fase della costituzione dell'organo giudicante è stata integralmente affidata alla volontà negoziale delle parti ⁽⁹¹⁾.

Tale vizio si giustifica in virtù di considerazioni di elementare evidenza: l'impegno delle parti a non ricorrere al giudice dello stato, in favore del giudice privato, impone quale contrappeso e presidio di garanzia, che il secondo venga individuato percorrendo le modalità formali e le scadenze temporali su cui le parti stesse hanno espresso il consenso. Questa osservanza deve ritenersi dunque una sorta di *condicio iuris* a cui è risolutivamente condizionato l'effetto dell'obbligazione di rinuncia alla via della giustizia statale, il cui difetto può vulnerare, con gli effetti retroattivi propri dell'avveramento della condizione, tutto il procedimento che si è sviluppato a seguito della nomina difforme.

I nodi che potrebbero venire al pettine in sede di impugnativa del lodo radicata su tale punto sembrano incentrarsi, in prima battuta, sulla necessità o meno che le parti abbiano sollevato la relativa eccezione nel corso del procedimento.

Francamente pare corretto muovere dalla considerazione che, quando il legislatore ha ritenuto imprescindibile sollevare l'eccezione del vizio nel corso della procedura, al fine di poterlo addurre a base della successiva azione dinanzi al giudice statale, lo ha esplicitato a chiare lettere, come nel caso della fattispecie di cui al n. 1), comma 2 dell'art. 808-ter. Pertanto, per il generale principio interpretativo espresso in un noto brocardo ⁽⁹²⁾, che induce tendenzialmente a ritenere che, se il legislatore intende

⁽⁹¹⁾ BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, cit., § 5, che deriva anche l'impossibilità di esperire gli strumenti della ricsuzione giudiziale, ammessi nell'ambito del procedimento rituale, con la conseguenza ulteriore che le parti possono dolersi della parzialità degli arbitri solo sotto l'aspetto della violazione del contraddittorio.

⁽⁹²⁾ *Ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit.*

“volere” qualcosa si esprime, altrimenti tacendo mostra di non “volere” nulla, si è portati a concludere che la contestazione in corso di arbitrato della violazione delle forme e dei modi da osservare nell'*iter* di nomina degli arbitri non costituisce condizione cui è subordinato l'accoglimento della domanda di annullamento in sede giurisdizionale intrapresa per detto vizio ⁽⁹³⁾.

D'altra parte è doveroso temperare l'assunto con un altro principio rilevante che, consacrato in tema di nullità degli atti del processo statale, dovrebbe estendersi anche al processo arbitrale, pure libero; specie se, come si sostiene nella presente trattazione, esso si struttura e costituisce in effetti un procedimento dinanzi a giudici privati: quello per cui la nullità non può opporsi da quella parte che l'ha causata, o che anche tacitamente vi ha rinunciato.

Il disposto dell'art. 157, comma 3 c.p.c. può prestarsi fondatamente a limitare l'impugnazione del lodo irrituale per il motivo della violazione delle forme e dei modi di nomina degli arbitri, qualora, e soltanto qualora, la parte lamenti che il vizio abbia inficiato la fase della nomina del proprio arbitro. Evidenti ragioni di giustizia e di economia processuale giustificano tale impedimento, che solo apparentemente pregiudica i diritti di difesa ed azione di una parte dell'arbitrato irrituale in nome di esigenze e principi di doverosa coerenza ⁽⁹⁴⁾.

Potrebbe peraltro opporsi la considerazione che, trattandosi di prescrizione afferente il diritto processuale, essa mal si concilia con un fenomeno di natura sostanziale quale quello in esame.

⁽⁹³⁾ Così anche BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, cit., § 5.

Tuttavia giova rammentare che, la funzionalizzazione verso fini di giustizia e di composizione dei conflitti propria del negozio-lodo irrituale, che il legislatore ha inteso far precedere da una sequenza scandita di atti unificati dal vincolo procedimentale – proprio al fine di garantire che, tramite la compartecipazione delle parti secondo il giusto contraddittorio alla formazione dell’assetto consacrato nella determinazione emessa dal terzo arbitro, questa pervenga ad un risultato accettabilmente “giusto” – pare giustificare lo soggezione della fase preparatoria preordinata alla formazione dell’atto sostanziale, nonché l’atto stesso, a quelle tra le regole di carattere processuale che, come quello in parola, possono senz’altro contribuire al raggiungimento risultato perseguito, e dunque alla giustizia dell’assetto solutorio della lite.

Inserita assieme al motivo di invalidità della convenzione arbitrale, nella seconda parte del numero 1) del comma 2, art. 808-*ter* c.p.c. vi è l’ulteriore causa di annullamento del lodo irrituale motivata da una pronuncia in ordine a conclusioni esorbitanti il limite dell’accordo stesso.

Il legislatore ha imposto, stavolta espressamente, che l’eccezione di ultrapetizione venga sollevata nel corso del procedimento, nell’intento di sollecitare i litiganti a prestare particolare attenzione alle domande dell’avversario sulle quali accettare o meno il contraddittorio. La mancata presa di posizione in ordine ad avversi quesiti di dubbia pertinenza con la convenzione arbitrale priverà dunque la parte distratta del diritto di censurare il lodo per tale motivo, in analogia a quanto disposto per quello rituale dagli artt. 829, 1° comma n. 4), e 817, comma 3 c.p.c. La prescrizione, che stimola

⁽⁹⁴⁾ Il noto divieto del *venire contra factum proprium* sorregge la tesi. Non si vede il perché meriti tutela la parte che abbia nominato il proprio arbitro calpestando, magari volutamente e proprio al fine di preconstituirsì un motivo di impugnativa avverso il lodo sfavorevole.

la responsabilizzazione dei litiganti e l'attenzione alle fasi del giudizio privato, merita senz'altro un giudizio di favore e non desta dubbi di sorta o difficoltà applicative nella prassi che esigano apposito approfondimento.

Si è dell'opinione che il motivo di censura vada inteso strettamente, in termini di eccedenza della materia oggetto del *decisum* arbitrale rispetto a quella dedotta nella convenzione arbitrale, che si verifica quando l'arbitro ha deciso in ordine a situazioni giuridiche soggettive che non vi erano comprese. Non sembra rientrare invece in questa ipotesi la contestazione della violazione dei dettami contenuti nel mandato, che potrà semmai rilevare ai fini dell'accoglimento della domanda basata sul motivo del 2° comma dell'art. 808-ter⁽⁹⁵⁾.

Rimane poi da chiedersi se il vizio sia o meno suscettibile di interpretazioni estensive al di là del significato chiaramente espresso, fino a coprire le lacune del lodo determinate dalla omessa pronuncia degli arbitri rispetto ad alcune delle conclusioni formulate da una delle parti. Si pensi al caso in cui l'arbitro nulla disponga riguardo una domanda, tacendo completamente sul punto, oppure stabilisca di non potersi né doversi pronunciare su di essa, poiché a proprio avviso esorbitante i limiti della convenzione, e quindi estranea alla propria sfera di competenza⁽⁹⁶⁾.

L'interrogativo è tutt'altro che peregrino, poiché la probabilità che possa registrarsi nella prassi il vizio di omessa statuizione non è poi così limitata, segnatamente nell'ipotesi in cui, dopo aver accolto i quesiti delle parti, esaurita la fase della istruzione

⁽⁹⁵⁾ In tale direzione BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, cit., § 5, che evidenzia come la mancata eccezione comporti un accordo compromissorio in corso di procedura, con questo denotando la diversa concezione del legislatore rispetto a carenza assoluta della convenzione arbitrale, insanabile, e sua "insufficienza oggettiva", sanabile per *facta concludentia*.

ed invitato a concludere, venga infine emessa dall'arbitro una decisione che dichiari di non doversi o potersi pronunciare su di una o più domande, poiché reputate estranee all'oggetto della convenzione, ma omettendo di segnalare in precedenza alle parti il proprio convincimento in ordine alla pertinenza delle domande.

In questa sede si suggerisce una risposta che sia coerente con la tesi sposata in ordine all'esclusività dei motivi di impugnazione di cui all'art. 808-ter c.p.c. In particolare, il lodo che non ha pronunciato riguardo qualche conclusione formulata dalla parti non si mostra per tale carenza invalido, e dunque annullabile; tanto se l'arbitro non si è affatto espresso, quanto se ha motivato la mancanza di pronuncia sulla base della ritenuta incompetenza per estraneità del quesito alla convenzione d'arbitrato.

La parte insoddisfatta potrà ricevere tutela avanzando domanda di risarcimento dei danni nei confronti dell'arbitro dinanzi al giudice statale, dolendosi dell'errore a questo imputabile per dolo o colpa grave secondo la disciplina dettata per il lodo rituale, giustamente ritenuta pienamente applicabile anche a quello irrituale, posto che disegna un particolare regime di responsabilità civile per l'opera e la funzione di giudizio svolta dal privato, senza discriminare in virtù dell'efficacia del lodo ⁽⁹⁷⁾. Disciplina che, pur facendo riferimento espresso ad determinati atti, provvedimenti o comportamenti, fissa un livello di diligenza, la cui misura è data dal coefficiente psicologico della

⁽⁹⁶⁾ Questa seconda ipotesi vede l'arbitro in sostanza omettere la pronuncia nella preoccupazione che possa risultare viziata ai sensi dell'ultima parte del 1° comma, art. 808-ter c.p.c.

⁽⁹⁷⁾ Così F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 745 e ss., e soprattutto pp. 767-768, laddove si rileva come: "E' degli <<arbitri>> senz'altro (quali sono anche i protagonisti dell'arbitrato irrituale) che viene delineata una normativa peculiare di responsabilità civile (capo II), e non della responsabilità civile in arbitrato; onde non si ha ragione nuova di discriminare il profilo in questione secondo che al *lodo* si applichino o meno le regole di efficacia, deposito e impugnazioni *altrimenti* riservate alla sentenza arbitrale". In argomento si veda anche CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2005, p. 189 e ss.

responsabilità, e che legittima le domande di risarcimento basate su quelli diversi non tipizzati, compiuti dagli arbitri ⁽⁹⁸⁾.

Sono opportuni comunque taluni necessari chiarimenti.

Infatti, ai sensi del 4° comma dell'art. 813-ter c.p.c., l'azione di risarcimento intrapresa dopo l'emissione del lodo ⁽⁹⁹⁾ deve essere preceduta dall'accoglimento dell'impugnazione dello stesso in ragione di quel motivo che si pone a fondamento della richiesta risarcitoria, eccezion fatta per quello della decadenza dell'arbitro. Parimenti, anche le ragioni di responsabilità differenti dalle cause di impugnazione del lodo, possono farsi valere solo dopo la pronuncia del lodo stesso ⁽¹⁰⁰⁾.

Di talché, se si reputa (come sembra opportuno) che il vizio di omessa pronuncia non possa addursi a motivo di impugnazione e quindi di annullamento del lodo irrituale, pare corretto inferire che la responsabilità dell'arbitro per dolo o colpa grave, in relazione alla mancata statuizione, sia azionabile subito all'esito della chiusura del procedimento, senza restare subordinato alla pregiudiziale della sentenza di accoglimento dell'impugnazione che mai potrebbe sopravvenire ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ Ancora F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, cit., pp. 753-754, il quale osserva però che, mentre è responsabile l'arbitro che per negligenza non scusabile si rende autore di una grave violazione di legge, o di un errore di fatto legittimante la revocazione, non può invece fondare la responsabilità l'errata attività di interpretazione delle norme giuridiche, o di valutazione del fatto e del corredo probatorio, secondo quanto prevede anche la normativa in ordine alla responsabilità dei magistrati (co. 2, art.2 legge n. 117/1998).

⁽⁹⁹⁾ Trattasi della evenienza più frequente, poiché la domanda di risarcimento in pendenza di procedimento presuppone che si lamenti l'ingiustificabile rinuncia all'incarico accettato, oppure l'omissione o il ritardo doloso o gravemente colposo di atti che abbiano originato la decadenza dell'arbitro.

⁽¹⁰⁰⁾ F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, cit., pp. 755-756.

⁽¹⁰¹⁾ Stante l'affermazione di responsabilità degli arbitri irrituali che non pare revocabile in dubbio, pur non essendo codificata al pari di quella dei colleghi rituali ma modellandosi nella sostanza su di essa, se si ritiene che il lodo irrituale è impugnabile solo per i motivi di cui all'art. 808-ter, e che l'arbitrato libero è un giudizio procedimentalizzato come quello rituale, ne deriva che per domandare il risarcimento dell'arbitro dei danni cagionati in ragione dell'imputabile errore dell'omessa pronuncia, dopo l'emissione del lodo, non può ritenersi necessario procurarsi prima una sentenza di annullamento sulla base di un motivo per cui il lodo libero non è invalidabile.

Allora sarà il giudice investito della richiesta di danni a dover valutare se l'omissione della decisione sia stata conseguenza della violazione da parte dell'arbitro, in modo cosciente e volontario, oppure secondo grave ed inexcusabile inosservanza, del dovere di diligenza che si è impegnato ad ottemperare all'accettazione della nomina. Ed ancora, se la domanda in ordine alla quale è mancata la statuizione sarebbe stata suscettibile di accoglimento o meno, secondo una ponderazione del *fumus boni iuris*; poiché la richiesta di danni non presuppone la sola negligenza dell'arbitro, bensì anche che da questa sia derivato eziologicamente un danno alla parte ⁽¹⁰²⁾.

Un'ultima precisazione si impone rispetto al *quantum* del risarcimento che, stando al comma 5 dell'art. 813-ter c.p.c., è prefissato entro un limite massimo, purché non vi sia stato dolo ⁽¹⁰³⁾.

Nell'ambito del lodo rituale la disposizione si giustifica considerando che la decisione dell'arbitro viene travolta dal gravame, e perciò la parte soccombente nel giudizio privato non risulterà tenuta ad adempiere quanto ivi sancito. Per contro il lodo irrituale, stando alla lettura proposta, non potrà essere annullato per il difetto di pronuncia su talune conclusioni. Quindi, verificata la responsabilità dell'arbitro e l'astratta fondatezza della domanda sulla quale è stata omessa la decisione, l'esigenza di emendare per altra via all'ingiustizia sottesa alla composizione della lite di cui al *dictum* dell'arbitro – che abbia colpevolmente o dolosamente omesso di decidere riguardo i

⁽¹⁰²⁾ Danno in tal caso quantificabile nel valore dell'obbligazione che il lodo avrebbe dovuto originare accogliendo la domanda della parte rimasta sfornita di tutela, detratto quello dell'obbligazione attribuita eventualmente in favore dell'altra, in accoglimento della avversa domanda.

⁽¹⁰³⁾ Entro il triplo del compenso convenuto, oppure di quello derivante dalla tariffa applicabile, in difetto di sua fissazione: sull'individuazione del tariffario di pertinenza, della possibile riduzione a fronte della nullità parziale del lodo, ed in generale sulla natura e la disciplina del credito dell'arbitro per l'attività prestata, si veda F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, cit., pp. 758 e ss.

quesiti di qualcuno dei litiganti –, potrebbe legittimare la parte soccombente nel lodo a domandare ed ottenere di venire integralmente manlevata e tenuta indenne dalle conseguenze pregiudizievoli tutte che gli derivano direttamente dall'errore dell'arbitro, a prescindere dal titolo della responsabilità appurato ⁽¹⁰⁴⁾.

Non si nasconde comunque la fondatezza dell'obiezione frapponibile da chi sostiene che la scelta della via arbitrale a discapito di quella della giurisdizione è atto di privata autonomia, di cui la limitazione del *quantum* risarcitorio per le sole ipotesi non dolose si rappresenta elemento caratterizzante, ed egualmente ponderato dalla parte; tanto che il tetto si mostra giustificabile nel quadro del contemperamento bilanciato tra i contrapposti interessi dei litiganti ⁽¹⁰⁵⁾.

L'art. 812 c.p.c. attribuisce la potenzialità di assumere il ruolo di arbitro in capo alle persone fisiche che abbiano l'intera capacità legale d'agire ⁽¹⁰⁶⁾. Ecco perché il lodo

⁽¹⁰⁴⁾ Per restare nell'esemplificazione della casistica, qualora la parte convenuta in arbitrato abbia svolto domanda riconvenzionale anche in via di compensazione avverso le pretese formulate dall'attore, l'omessa ed erronea statuizione su di essa giustificherà la condanna dell'arbitro al risarcimento in favore del danno coincidente con il *quantum* oggetto della *reconventio*, superato il vaglio della astratta fondatezza della stessa.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, cit., pp. 757-758, ed *ivi* per i riferimenti alle decisioni della Consulta in ordine al problema in parola sollevato in ragione delle forme di restrizione della responsabilità di fonte eteronoma. L'A. rileva a conforto della tesi il maggior rigore del regime di responsabilità degli arbitri, rispetto a quello di altri soggetti non appartenenti alla magistratura che compongono organi giudiziari collegiali, ai sensi dell'art. 7, 3° co., legge n. 117/1988, i quali non rispondono neppure per grave violazione della legge, anche se inescusabile, e d in confronto ai giudici di pace, che rispondono solo per atti o comportamenti dolosi.

⁽¹⁰⁶⁾ Quindi non possono assumere l'incarico i minori di età, gli interdetti, gli inabilitati, i soggetti destinatari di misura di interdizione dagli uffici pubblici, i falliti: si tratta dei soggetti che elencava il precedente art. 812 c.p.c. Qualche dubbio potrebbe permanere circa la possibilità di nominare arbitro il minore emancipato autorizzato all'esercizio dell'impresa commerciale ex art. 397 c.c., il quale, in virtù del 3° co. del medesimo disposto, è autorizzato a compiere da solo atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa. L'autorizzazione rilasciata dal Tribunale previo parere del giudice tutelare presuppone la verificata attitudine all'autodeterminazione patrimoniale del medesimo, ed è preordinata a consentire di porre in essere atti dispositivi di rilievo economico, nello svolgimento dell'impresa commerciale, senza osservare il vincolo formale del parere sistematico del curatore ("consenso") e dell'autorizzazione del tutore. Pertanto l'autorizzazione del tribunale, dietro parere positivo del tutore e dopo aver ascoltato il curatore, conferendo anzitempo la piena capacità di agire, quantomeno di fatto, in capo al minore emancipato imprenditore, si presterebbe a giustificare l'esercizio dei poteri e funzioni di

emesso dall'arbitro che non poteva essere nominato è suscettibile di annullamento ai sensi del n. 3) dell'art. 880-ter, comma 2 c.p.c.

Giova al discorso qualche opportuna distinzione e al riguardo.

La norma fa riferimento esplicito alla legittimazione alla nomina, lasciando intendere che l'eventuale sopravvenienza dell'intera capacità legale in corso di procedimento, in capo al soggetto che ne era in tutto o in parte privo quando fu nominato, non vale ad escludere il vizio del lodo. D'altra parte sarebbe illogico ed ingiusto, oltre che rischioso per le parti, affidare l'esito della contesa alla decisione di un arbitro che solo a partire da una certa fase procedurale in avanti abbia acquisito la piena capacità di acquistare diritti e contrarre obblighi, quantomeno agli occhi della legge (¹⁰⁷).

Quid est però se ad essere affetto da incapacità d'agire è uno solo degli arbitri di un collegio, il cui voto non è risultato determinante per raggiungere la maggioranza necessaria per emettere il lodo, poiché minoritario ed influente?

Il disposto di legge menziona l'ipotesi della pronuncia fornita da chi non poteva essere nominato arbitro; esprimendosi al singolare, sembra dunque riferirsi all'organo decidente nel complesso, sia esso monocratico o collegiale. Pertanto, se l'arbitro è unico *nulla quaestio*, il lodo sarà giustamente annullabile. Se a decidere è un collegio, pare sostenibile la necessità di sottoporre il lodo impugnato alla cosiddetta prova di resistenza: se senza l'apporto del deliberato dell'unico arbitro che non poteva essere

arbitro. Salvo che per esigenze di tutela dei terzi litiganti, le cui sorti patrimoniali sono rimesse nelle mani dell'arbitro che in quella veste non dispone del proprio, bensì dell'altrui patrimonio, non si preferisca interpretare rigorosamente la norma dell'art. 812 c.p.c., alla luce dell'art. 2 c.c., nel senso che, pertanto, solo il maggiore di età abbia la piena capacità legale di agire che consenta lui di essere arbitro; a prescindere dal provvedimento di emancipazione il quale verrebbe letto così come eccezione alla regola limitata agli atti incidenti nella propria sfera del patrimonio.

(¹⁰⁷) Senza che rilevi e basti di per sé perciò la mera capacità naturale di intendere e volere.

nominato il lodo non poteva essere emesso, la domanda di annullamento dovrebbe essere accolta. Per converso, qualora il voto dell'arbitro incapace fosse di minoranza, il lodo non potrebbe venire annullato, giacché non avrebbe avuto contenuto diverso, pur se il soggetto in minoranza fosse stato invece abilitato ad assumere la carica di arbitro.

Il lodo libero è annullabile altresì se i giudici privati non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità dello stesso.

La previsione del n. 4), comma 2 c.p.c. si pone in parallelo con quella di cui al n. 7) dell'art. 829 c.p.c., comma 1, che però letteralmente sanziona la nullità del lodo rituale emesso senza osservare le "forme" prescritte dalle parti a pena di nullità *expressis verbis*, e sempre che la nullità non sia stata sanata.

In primis deve dirsi che l'annullabilità non pare condizionata al sollevamento della relativa eccezione nel corso del procedimento, per le medesime ragioni argomentate *supra* circa il mancato rispetto delle regole disposte dalle parti per la composizione del collegio giudicante.

In secondo luogo, occorre osservare che gli elementi sui quali può ricadere il vizio che porta all'annullamento del lodo irrituale è di più ampia portata rispetto a quelli che si prestano ad originare la nullità del lodo rituale. Difatti le regole determinate dalle parti a disciplina dell'*iter* formativo del primo possono inerire, tra l'altro, anche le stesse forme del procedimento; invece, la menzione esplicita che delle forme fa la disciplina della procedura rituale non sembra lasciare margine ad interpretazioni estensive, riferendosi pertanto solo ai vizi attinenti le formalità della procedura e degli atti ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Il disposto si riferisce a vizi di forma prescritta a pena di nullità, ed è per questo che tiene in considerazione l'ipotesi dell'intervento della sanatoria della nullità stessa, al pari del regime a cui

Anche se la disposizione dettata per il lodo libero non contempla esaustivamente i termini dai quali debba desumersi l'essenzialità del rispetto delle regole, si ritiene corretto assumere che l'accordo arbitrale, oppure la regolamentazione del procedimento concordata dalle parti, debbano comminare espressamente, senza lasciare margine di dubbio, l'invalidità della pronuncia dell'arbitro resa in dispregio di talune determinate regole. Onde evitare impugnative pretestuose basate su contrarietà al regolamento davvero trascurabili e marginali, che in nulla abbiano potuto inficiare la regolarità, fondatezza e giustizia del lodo (¹⁰⁹).

E' evidente peraltro che l'interpretazione della volontà delle parti resta un problema di ermeneutica negoziale rimesso al giudizio del tribunale adito, destinato a sfuggire come noto a censure di illegittimità davanti alla Suprema Corte se congruamente e sufficientemente motivato.

Inoltre, la diversità dell'ambito di rilevanza del vizio non sembra consentire di ipotizzare nel campo dell'arbitrato irrituale l'operatività del regime di sanatoria del vizio in cui si concreta la violazione delle regole imposte dalle parti a pena di invalidità, intervenuta prima dell'emissione del lodo. Questo, sempre che le parti non si premurino di distinguere, come ben possono, tra le *species* della generica patologia dell'invalidità,

soggiacciono gli atti processuali (artt. 156 e ss. c.p.c.). Diversamente, il contenuto dell'art. 808-ter comma 2 n. 4) c.p.c. si riferisce più genericamente alle "regole" dettate dalle parti.

(¹⁰⁹) *Contra*, BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, cit., § 5, ed in particolare in nota n. 84, per cui invece sussisterebbe una presunzione *iuris tantum* di essenzialità del rispetto delle regole imposte dalle parti in ordine all'esercizio del mandato devono essere rispettate, posto che si tratta di sanzionare l'eccesso di potere dell'arbitro, strutturando una fattispecie di annullamento del genere di quella apprestata in tema di arbitraggio dall'art. 1349 c.c. Cfr. a tal riguardo quanto osservato però da SASSANI, *L'Arbitrato a modalità irrituale*, cit., pp. 32-33, il quale reputa che le parti possono, mediante la previsione in oggetto, determinare un motivo di impugnativa del lodo a pena di sua invalidità, qualora non sia stato emesso secondo "equo apprezzamento", o con altre espressioni del genere, motivo che consentirebbe di scongiurare il ricorso al rimedio dell'art. 1349 c.c. al quale spesso si attingeva prima della riforma come misura ultima di sanatoria dell'ingiustizia del lodo irrituale, del tutto impropriamente attesa il diverso piano effettuale su cui opera

riconnettendo all'infrazione di talune regole la nullità del lodo, ad altre per contro l'annullabilità, e richiamando la disciplina del codice civile per regolare le conseguenze derivanti da ciascuna (¹¹⁰).

Così opinando tuttavia deve tenersi in considerazione che, a ben vedere, la natura eccezionale nel campo della contrattualistica della sanatoria della nullità (¹¹¹), e quella alquanto restrittiva dell'annullabilità (¹¹²), finiscono per ridurre l'evenienza della sanatoria del vizio ad ipotesi quasi meramente scolastica.

Comporta l'annullabilità del lodo libero, infine, il mancato rispetto nel corso del procedimento del principio del contraddittorio, presidio irrinunciabile a garanzia anche del giusto processo tra privati (¹¹³).

l'integrazione della volontà negoziale, meramente dispositivo, in raffronto a quello di risoluzione della controversia su cui si muove il lodo.

(¹¹⁰) Oppure ancora, prevedano che l'eventuale violazione delle regole debba venire rilevata nel corso della procedura – magari nella prima difesa o atto successivo al manifestarsi della stessa – a pena di inimpugnabilità del lodo per lo stesso vizio: nulla vieta invero ai litiganti di far uso delle facoltà dispositive sia nel senso di stabilire l'invalidità del lodo reso all'esito di una procedura che abbia visto gli arbitri violare determinate regole, sia nel senso di sottoporre la rilevanza e la censurabilità del vizio a certe preclusioni, quali ad esempio quella della pronta rilevazione della violazione. Il tema della disponibilità ad opera delle parti dei motivi di annullabilità del lodo libero verrà comunque affrontato poco oltre.

(¹¹¹) Le regole imposte dalle parti agli arbitri costituiscono a tutti gli effetti, una volta approvate, un contratto plurilaterale di natura procedimentale: è lecito quindi ragionare in termini di disciplina negoziale. A tal riguardo, l'art. 1423 c.c. esige una disposizione specifica di legge al fine di derogare alla generale inammissibilità del contratto nullo, sicché dovrebbe rappresentarsi il caso in cui una certa nullità verificatasi per l'inosservanza delle regole imposte agli arbitri sia oggetto di una disposizione che ne consenta l'*emendatio*, la cui applicazione tutte le parti concordino di volere. In tal caso, è doveroso concludere che la parte che abbia dato assenso alla convalida del lodo potenzialmente nullo (*rectius*: annullabile) non possa successivamente chiederne l'annullamento sulla base del vizio che ha voluto convalidare.

(¹¹²) L'art. 1444, 1° comma c.c. legittima alla convalida del contratto annullabile la parte alla quale spetta l'*actio* di annullamento. Ma la parte che avrà interesse e legittimazione all'azione sarà, presumibilmente e ragionevolmente, quella soccombente, almeno parzialmente, nel giudizio arbitrale: perciò la convalida potrebbe aversi solo per *facta concludentia*, dopo l'emissione del lodo, dalla parte che, legalmente e naturalmente capace (3° comma, art. 1444), si astenga dall'impugnare la decisione entro il termine di prescrizione di cui al comma 1 dell'art. 1442, oppure che prima del decorso d'esso adempia a quanto il lodo lo abbia dichiarato come tenuto a fare o dare, purché consapevole del motivo di annullabilità (art. 1444, 2° comma c.c.).

(¹¹³) La giurisprudenza precedente la riforma confermava il vincolo dell'osservanza del contraddittorio per gli arbitri irrituali, senza esigere però l'osservanza di particolari e stringenti formalismi: Cass., 24 gennaio 2005, n. 1398, in *Riv. arb.*, 2006, 702, con nota di BERNINI, *Principio del contraddittorio e arbitrato irrituale*, per il quale il principio non è norma di ordine pubblico. Al contrario, affermano che il

La previsione contenuta nel n. 5) del 2° comma dell'art. 808-ter è norma di chiusura che importa e garantisce l'attuazione anche ⁽¹¹⁴⁾ nel modello arbitrale irrituale del fondamentale disposto costituzionale di cui all' artt. 24, confermandone, anche sotto tale ulteriore profilo, la natura prettamente procedimentale o para-processuale. La possibilità di affermare ed eccepire, dedurre e controdedurre, ed ancora provare e controprovare in situazione di perfetta parità è condizione di validità indefettibile della pronuncia emanata da ogni arbitro, irrituale e rituale. Le parti devono quindi poter contribuire alla formazione del convincimento del giudice privato avvalendosi dei medesimi poteri, facoltà e strumenti, nell'esercizio dell'attività assertiva ed asseverativa. Altrimenti, il lodo già solo per tale motivo si presta ad essere tacciato di ingiustizia, non nel senso di iniquità, bensì nel senso di derivazione da un procedimento contrario al diritto di eguaglianza, in cui ad una delle parti è stato impedito di muoversi con la pari libertà riservata all'altra.

Così correttamente inteso, il motivo si distingue da quello della violazione delle fondamentali regole procedimentali in ipotesi formulate dai litiganti; i requisiti di validità del lodo ivi enunciati sono dunque entrambi pienamente concorrenti e necessari, talvolta anche parzialmente sovrapponibili ⁽¹¹⁵⁾.

contraddittorio sia norma inderogabile in quanto attinente l'ordine pubblico, Cass., 29 agosto 1997, n. 8177, in *Mass. giust. civ.*, 1997, 1552; LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano, 2007, pp. 252-253. Cfr. anche CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 5 e ss.

⁽¹¹⁴⁾ Esattamente identica è la norma dettata per il lodo rituale dal n. 9), co. 1 dell'art. 829 c.p.c.

⁽¹¹⁵⁾ E' annullabile ai sensi dell'art. 808-ter, 2° comma n. 5) c.p.c., e non del n. 4) del medesimo articolo, una decisione resa nell'osservanza delle regole del procedimento volute dalle parti a pena di invalidità, le quali tuttavia siano impeditive del diritto al giusto contraddittorio per una delle parti, a cui nel concreto svolgimento dell'arbitrato sia stato impedito di equamente contraddire.

Occorre valutare se l'osservanza del principio sia avvenuta in concreto durante l'arbitrato, essendo fuorviante condurre il giudizio solo sulla scorta del rispetto o della violazione del regolamento di procedura dettato dalle parti (¹¹⁶).

Quanto detto consente di affermare altresì che l'eventuale accordo, concluso a pena di annullabilità del lodo, circa l'osservanza di talune regole del procedimento confliggenti con il principio del contraddittorio, non riveste efficacia determinante ai fini dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole stesse, che giammai potrebbe essere ammessa. Non si comprenderebbe la ragione per cui dovrebbe sanzionarsi con l'annullamento un lodo che, se da una lato è stato frutto di un procedimento regolare quanto ai canoni voluti dalle parti, dall'altro però è stato pronunciato in violazione del superiore principio del contraddittorio (¹¹⁷). Se così non fosse, invero, si avrebbe la paradossale situazione per cui le parti potrebbero anelare una decisione della lite, già sapendo a monte che sarà priva di effetti vincolanti risolvendosi nell'emissione di un lodo che sarà sicuramente annullabile entro i cinque anni prescritti per l'azione sempre che sia impugnato: o perché rispettoso delle regole del procedimento, ma infrangente il contraddittorio, o perché ossequioso di questo, ma confligente con quelle.

Le cause che possono condurre all'annullamento del lodo libero sembrano essere essenzialmente quelle analizzate, salvo taluni temperamenti indotti dall'ordinamento (¹¹⁸); pertanto la tipizzazione operata dal legislatore ad avviso di chi

(¹¹⁶) Così LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1006, p. 264.

(¹¹⁷) Da questo punto di vista il motivo della lettera f) dell'art. 808-ter comma 2 c.p.c. segna il limite dell'efficacia del motivo di cui alla lettera e).

(¹¹⁸) In tale direzione: MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 878, nota n. 47; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., p. 32; BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1173; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2008, II, p. 204, ID, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, p. 412; TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 247 e ss.

espone – lo si afferma peraltro con tutte le cautele obbligate dalla formulazione non esattamente illuminante delle norme in commento, e nell'attesa delle prime pronunce al riguardo ⁽¹¹⁹⁾ – disegna un quadro ragionevolmente ed orientativamente chiuso, ma nel contempo sufficientemente garantista.

Sufficientemente garantista giacché ricalca in sostanza i più pregnanti motivi di nullità del lodo rituale di cui all'art. 829 c.p.c., omettendone alcuni che mal si conciliano con la stessa tipologia e la natura di decisione in commento ⁽¹²⁰⁾.

Sostengono invece l'opposta tesi della spendibilità di motivi ulteriori non tipizzati di impugnazione, compresi quelli inerenti i vizi di nullità e annullabilità propri dell'atto negoziale: VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 674; BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, cit., § 5; VIGORITI, *Arbitrato del lavoro sportivo*, nota a Trib. Milano, 28 febbraio 2006, n. 736, in *Giur. it.*, 2007, II, p. 961 e ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, p. 400 e ss.; NELA, *Le recenti riforme del processo civile*, sub art. 808-ter, in *Commentario del diritto processuale civile*, diretto da CHIARLONI, Bologna, 2007, p. 1647

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, 21 ottobre-25 novembre 2008, n. 5782, in *Guida al diritto*, 2, 2009, p. 86 e ss., che ha manifestato l'opinione, che nella trattazione si tenderà di criticare, secondo cui il lodo irrituale sarebbe impugnabile anche per i motivi fondanti le azioni negoziali.

⁽¹²⁰⁾ I cinque punti dell'art. 808-ter c.p.c. accorpano alcune cause invece distinte in singoli numeri dall'art. 829 c.p.c. Il raffronto tra i due disposti consente di evidenziare come determinati motivi non sono riprodotti dalla disciplina espressa del lodo irrituale: anzitutto l'aver deciso il merito in ogni altro caso in cui questo non poteva essere deciso (art. 829, n. 4) ult. parte); questa ipotesi, che completa il vizio di pronuncia su conclusioni eccedenti i limiti della convenzione, si giustifica se tesa a sanzionare con la nullità il lodo che decida una materia non arbitrabile. Ebbene, giacché la non arbitrabilità della materia costituisce violazione di norma imperativa ed in derogabile, il lodo irrituale che decide una materia riservata alla giurisdizione statale, pur non essendo direttamente annullabile per detto vizio, sarà comunque destinato a restare lettera morta in virtù dell'accoglimento dell'opposizione all'ingiunzione di adempimento che sia stata emessa sulla base di esso. Neppure la mancanza di alcuni requisiti, quali la sommaria esposizione dei motivi, o il dispositivo, o ancora la sottoscrizione degli arbitri paiono poter fondare l'annullamento del lodo libero; certo è che il giudice statale a cui venga chiesta l'emissione di ingiunzione ex art. 633 c.p.c., ben potrebbe rifiutarla ritenendo carente il requisito dell'idonea prova scritta ai sensi del successivo art. 634. L'art. 808-ter non prevede l'annullabilità del lodo emesso dopo la scadenza del termine stabilito (art. 829, n. 6), sicché questo non dovrebbe ritenersi per ciò invalido, salvo che le regole convenute dalle parti non prevedano l'osservanza del termine come condizione di validità del lodo. Manca altresì la riproduzione della causa di nullità di cui all'art. 829 n. 8), per contrasto con altra decisione privata o statale in impugnabile che sia stata prodotta nel giudizio arbitrale: la *ratio* pare quella di evitare il contrasto tra giudicati tutti suscettibili di esecuzione forzata, congettura che ovviamente non può ricorrere per il lodo irrituale che non è soggetto all'art. 825 c.p.c.; qualora questo decida nel merito contrariamente ad altra sentenza o lodo rituale prodotto nel giudizio arbitrale libero, la causa non sarà l'annullamento, bensì l'accoglimento dell'opposizione all'ingiunzione chiesta ed ottenuta dalla parte vittoriosa a seguito del lodo difforme. Il lodo irrituale non è annullabile neppure perché difetta la decisione del merito della lite che invece doveva essere deciso, o perché non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti conformemente alla convenzione (art. 829, nn. 10 e 12): in tal caso, pare coerente ritenere che l'unica via a disposizione delle parti sia quella della responsabilità dell'arbitro, secondo quanto si è già avuto modo di osservare nel testo.

Per lo stesso rilievo pare altresì ragionevolmente chiuso, seppure orientativamente, nel senso che non è lecito dubitare dell'impugnabilità del lodo avente un contenuto viziato da contrarietà all'ordine pubblico, il cui rispetto costituisce un principio fondamentale evincibile dal sistema del nostro ordinamento e che non ammette deroghe ⁽¹²¹⁾.

Ma, al di fuori di queste ipotesi limite, si è dell'avviso di non potersi aderire all'opinione di chi vuole estendere sempre e comunque, a prescindere cioè dal contenuto della convenzione arbitrale, la disciplina dell'invalidità negoziale di cui al codice civile al lodo libero in difetto di disposizioni che ne precludono l'utilizzo ⁽¹²²⁾.

Invero, l'istituto in commento nella conformazione ricevuta dalla riforma si presta a vivere di vita propria, attingendo dal proprio quadro normativo la disciplina necessaria. Non pare pertanto invece ancora giustificabile, sulla scorta di una petizione di principio, il ricorso a quelle ragioni di invalidità che in precedenza rappresentavano l'*extrema ratio* per demolire il lodo libero, ivi compreso il travisamento del fatto e persino il dolo dell'arbitro ⁽¹²³⁾, che non abbia avuti riflessi pregiudizievoli per una delle parti in termini di violazione del contraddittorio, o di esorbitanza della pronuncia rispetto alla conclusioni; e

⁽¹²¹⁾ Il motivo, che non risiede nella violazione delle norme applicate dagli arbitri alla controversia, bensì nel contenuto del lodo che è contrario all'ordine pubblico, si assimila a quello della violazione del principio del contraddittorio: LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, p. 264.

⁽¹²²⁾ Così, tra gli altri, BOVE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, cit., § 5.

⁽¹²³⁾ Motivi di tradizionale ricorrenza nei giudizi di impugnazione del lodo libero, e che alcuni degli stessi sostenitori del regime della tipicità delle censure finiscono per ammettere: CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 2008, p. 412, che riconduce il travisamento del fatto alla violazione del contraddittorio; BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, cit., p. 1174 e ss., che pure consente l'impugnazione per lo stesso motivo, e per il dolo dell'arbitro.

così neppure il richiamo al vizio della manifesta iniquità o erroneità proprio dell'arbitraggio (¹²⁴).

Sembra per il vero che lo strumento di risoluzione delle controversie venga offerto ai contraenti dall'art. 808-*ter* con la facoltà:

- a) di aderire ad un modello base, che implica la soggezione ai soli motivi di annullamento irrinunciabili ed indisponibili dei nn. 1), 2), 3), e 5);
- b) di ampliare liberamente lo spettro dei motivi di annullamento, ai sensi del n. 4), prevedendone altri a pena di invalidità del lodo.

E così, optando per la seconda, come auspicabile, le parti possono imporre all'arbitro la decisione secondo stretto diritto, oppure secondo equità (intesa come giustizia del caso concreto), preconstituendosi rispettivamente i motivi di annullamento per violazione delle regole giuridiche relative al merito della controversia – analogamente al 3° comma dell'art. 829 c.p.c., e sempre che non sia già prevista *ex lege* in virtù della materia oggetto della procedura – e per l'iniquità od erroneità, che si prestano ad assorbire agevolmente anche il profilo del travisamento dei fatti.

D'altra parte non si comprenderebbe, diversamente opinando, come mai i *conditores* avrebbero dovuto sottoporre il lodo irrituale, insuscettibile di acquisire immediata efficacia di titolo esecutivo, ad un novero di motivi di invalidità assai più esteso di quello riferito al lodo rituale, che invece detiene in sé già un'efficacia pari alla sentenza giudiziale.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 668, per cui ostacola lo strumento la diversità delle determinazioni di arbitro ed arbitratore, la prima autonoma, la seconda vincolata. Per SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, cit., p. 32, nota n. 23, la *ratio* dell'impedimento risiede piuttosto nella tipicità dei motivi di impugnazione, perché anche la decisione dell'arbitro, pur se autonoma, potrebbe essere limitata dalla non manifesta arbitrarietà.

In conclusione, si reputa che, in mancanza di prescrizioni differenti nel patto compromissorio irrituale contemplate come condizioni essenziali, i tradizionali motivi di censura del lodo libero ancorati ai vizi del consenso possano assumere rilievo soltanto laddove riferiti alla sfera della volontà dei contraenti (e non dell'arbitro), perché in tal caso, invalidando la convenzione arbitrale, causerebbero altresì l'annullamento del lodo ai sensi della prima parte del n. 1), art. 808-ter.

Infatti la legge, tenendo distinti il lodo, che può essere "annullabile", dalla convenzione, che può essere "invalida", rivela l'intenzione di tenere separate anche le rispettive ragioni di invalidità; queste si sovrappongono esclusivamente nell'ipotesi in cui, accertato e dichiarato il vizio di invalidità dell'accordo compromissorio, deve accertarsi e dichiararsi l'annullamento del lodo che sul primo si fonda. Ma ciò non legittima certo ad inferire che la decisione sia inficiata dallo stesso vizio dell'accordo, né che possano automaticamente trasportarsi nel campo della prima tutte le patologie negoziali potenzialmente invalidanti il secondo, come pure si vuol sostenere perorando la tesi criticata (¹²⁵).

Il procedimento arbitrale irrituale mostra di confermare in definitiva la propria intima essenza procedimentale di giudizio privato che si snoda secondo le fasi che la legge detta e che le parti possono (entro taluni confini) modulare in base alle proprie esigenze, e che è destinato a concludersi con una determinazione che, ad onta della

(¹²⁵) Rileva esattamente a tal proposito TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, 11, p. 1621, che la garanzia del pieno riesame giuridico e fattuale del merito della decisione è incompatibile con la struttura contrattuale del giudizio arbitrale libero, in mancanza dell'inserimento nell'accordo compromissorio di fasi di impugnazione per il riesame del merito, che portino ad una decisione della stessa efficacia propria di quella impugnata. Si veda anche CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, a cura di CECHELLA, Torino, 2005, p. 274 e ss.

qualificazione contrattuale ⁽¹²⁶⁾, resta sempre decisione di una controversia con efficacia vincolante.

⁽¹²⁶⁾ Che si spiega, come detto, con la necessità di segnare il confine con l'efficacia del lodo rituale, che è parificata a quella della sentenza del giudice dello stato.

CAPITOLO SECONDO

ARBITRAGGIO E BIANCOSEGNO

SOMMARIO: 1. L'arbitraggio, un istituto dalla vita tormentata – 2. Differenziazione da istituti affini: rispetto agli arbitrati rituale ed irrituale – 3. Rispetto alla perizia contrattuale – 4. Arbitrium boni viri/merum. Le condizioni generali della produzione – 5. L'atto di determinazione del terzo – 6. I rimedi avverso i vizi della determinazione del terzo – 7. Profili processuali – 8. Gli effetti della pronuncia, i vincoli per il giudice e la censura della determinazione "togata" – 9. Il biancosegno – 10. I rimedi avverso la determinazione di riempimento viziata.

1. L'arbitraggio, un istituto dalla vita tormentata.

L'art. 1349 del codice civile, rubricato "determinazione dell'oggetto del contratto" reca, piuttosto che la definizione dell'istituto, le modalità, i limiti, i rimedi del fenomeno che vede le parti rimettersi all'intervento del terzo per completare l'oggetto del negozio voluto.

La ricerca di una nozione definitiva dell'arbitraggio ha impegnato schiere folte di studiosi, preoccupati anzitutto di individuare il referente del concetto: se da intendere *ex se* quale accordo, e quindi come clausola di rinvio alla determinazione altrui, oppure come accordo più vasto nel quale la clausola di rinvio stessa è contenuta o, ancora, come intesa con il terzo o la determinazione fornita da costui⁽¹²⁷⁾.

Al di là della definizione il fenomeno è stato affrontato ampiamente negli aspetti sostanziali⁽¹²⁸⁾, anche sulla scorta del fatto che di esso, e solo di esso, si occupa

⁽¹²⁷⁾ Si rimanda alle elaborazioni in materia di SANTORO-PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1157 e ss., il quale appella il fenomeno come "arbitramento", e DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, cit., p. 164.

⁽¹²⁸⁾ Già a partire da CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1924, I, p. 123 e ss., e da ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 320 e ss.; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozi formali per relationem*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, ora in *saggi di diritto civile*, Rimini, 1992, p. 220 e ss.; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 199 e ss.; ID, *Oggetto del negozio giuridico*, cit., p. 799 e ss.; CATRICALA', voce *Arbitraggio*, in

espressamente il nostro codice civile, nella parte disciplinante i contratti in generale, salvo poi dar conto di talune applicazioni specifiche nella disciplina di singoli contratti. Inoltre, si sono occupati dell'istituto altresì i processualisti, considerati i notevoli profili di aderenza con la figura dell'arbitrato, specialmente irrituale ⁽¹²⁹⁾.

Gettando un'occhiata veloce verso gli ordinamenti giuridici stranieri, merita segnalarsi che, mentre quello tedesco offre una disciplina generale dell'arbitraggio ⁽¹³⁰⁾, così come quello svizzero che al primo in larga parte si ispira, quello d'oltralpe ⁽¹³¹⁾, al nostro più vicino, non menziona un istituto eguagliabile, occupandosi però del meccanismo del completamento di singoli contratti da parte del terzo ⁽¹³²⁾.

Il sistema anglosassone di *common law* registra frequente ricorso all'altrui determinazione oggettiva del negozio tramite la via dell'arbitraggio, specie nella contrattazione commerciale, purché vi siano taluni criteri prefissati dalle parti a tal fine: il terzo opera così una *filling gap*, qualora investito del potere di integrazione del regolamento contrattuale lacunoso in alcuni elementi; rende invece una *valuation* se si limita a quantificare la prestazione dovuta.

E' proprio il computo del corrispettivo il campo di elezione dell'arbitraggio, nell'ottica di mantenerlo adeguato nel tempo nell'ambito dei contratti di durata, adeguandolo anche alle mutate condizioni del mercato.

Enc. Giur. Treccani, Roma, II, 1988; da ultimo, GABRIELLI, voce *Arbitraggio*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, Torino, 2003, I, p. 125 e ss.

⁽¹²⁹⁾ Tra i numerosi, deve citarsi CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1950, I, p. 69 e ss.; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato irrituale e arbitraggio*, Milano, 1963, *passim*; VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *NN.D.I.*, 2, Torino, 1958, I, 2, p. 820 e ss.

⁽¹³⁰⁾ §§ 319 e seguenti del BGB. Per l'approfondimento della disciplina tedesca si veda CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 47 e ss., con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁽¹³¹⁾ Neppure quello spagnolo e dei Paesi Bassi.

⁽¹³²⁾ Il Codice francese prevede all'art. 1592 la determinazione rimessa al terzo del prezzo della vendita. Il *Código civil* contempla analogo strumento all'art. 1447.

2. Differenziazione dagli istituti affini: rispetto all'arbitrato rituale ed irrituale.

L'esistenza di un'espressa disciplina generale del fenomeno, nonché di molteplici specifiche previsioni collocate nell'ambito della disciplina relativa a singoli contratti – i quali ne rappresentano applicazione precipua nella materia a cui ineriscono – rappresentano indici inequivoci di come l'arbitraggio sia figura che vive di vita propria; pertanto, ancor più doverosamente si impone di dettare una linea di demarcazione dagli istituti che maggiormente rispetto ad altri vi si accostano ⁽¹³³⁾: il rimando è chiaramente rivolto all'arbitrato libero ed alla perizia contrattuale.

Tali figure, per il vero, non sono sempre agevolmente discernibili né l'una dall'altra, né entrambe dall'arbitraggio; attesa anche la rilevante commistione che vi si è soliti rinvenire da tempo, nell'opinione dottrinale e giurisprudenziale, con il negozio transattivo e di accertamento ⁽¹³⁴⁾.

Come si è già accennato in precedenza, proprio nella natura dell'incarico attribuito al terzo, nell'attività da costui resa, nei poteri entro i quali è chiamato ad

⁽¹³³⁾ Argomento approfondito di recente, tra gli altri, da BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 688 e ss.; LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 211 e ss.

⁽¹³⁴⁾ Si allude a quanto evidenziato da: CALAMANDREI, *Studi sul processo civile. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Padova, 1930, II, p. 37 e ss., che distingue il compromesso, come strumento di deferimento dalle parti al terzo del compito di stabilire i termini di una transazione per i primi vincolante, dalla transazione direttamente conclusa dalle parti con l'individuazione delle reciproche concessioni; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 152, che invece reputa coincidente la natura delle figure, accomunate dal decreto pretorio che conferisce al lodo efficacia esecutiva, in quanto atto amministrativo. Più recentemente vedasi GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 11 e ss.; DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, p. 191 e ss. Tra la copiosa rassegna delle pronunce rese dalla Suprema Corte in merito all'efficacia del lodo arbitrale libero, principalmente aderenti alla lettura del Calamandrei, si menziona Cass., 29 gennaio 1981, n. 699, per la quale l'arbitrato irrituale comporta il conferimento del compito di risolvere in via transattiva la controversia tra le parti, che si impegnano a considerare il deliberato dell'arbitro quale diretta manifestazione della propria volontà; altre decisioni, come ad es. Cass., 18 luglio 1969, n. 2668, giungono alla medesima conclusione, con l'unica variante dell'ipotizzare, quale negozio i cui elementi saranno determinati dall'arbitro per comporre la lite, affianco al transattivo, anche quello di accertamento.

operare e nell'*occasus* del di lui intervento si rinvengono i dati sui quali valutare l'eterogeneità degli istituti.

Invero l'arbitrato, tanto rituale quanto libero, postula l'esistenza di una lite inerente rapporti già perfetti e completi nei loro elementi. Di tal che il mandato conferito dai litiganti all'arbitro è teso, nel primo, ad ottenere una decisione di efficacia potenzialmente pari a quella resa da un giudice statale; nel secondo, a dar vita ad un assetto di interessi negoziale, frutto di una altrui valutazione delle pretese contrastanti, che sarà vincolante per i mandanti come se da loro direttamente concluso, peraltro senza l'osservanza di tutte le norme di cui agli artt. 806 c.p.c. ⁽¹³⁵⁾.

Diversamente, l'arbitraggio si inserisce quale normale sviluppo del necessario (per le parti che lo hanno voluto nell'esercizio della privata autonomia) completamento di un contratto già perfezionato ma, appunto, difettoso di taluni elementi, purtuttavia non controverso; il terzo viene chiamato a determinare l'elemento mancante in sostituzione dei contraenti che subiranno gli effetti del negozio così come dallo stesso integrato mediante un'autonoma manifestazione di volontà ⁽¹³⁶⁾.

In sostanza, la rinuncia alla rigida ottemperanza ai disposti procedurali di cui agli artt. 806 e ss. c.p.c., imposta a pena di nullità non estromette di per sé l'arbitrato irrituale dalla sfera dei giudizi tra e davanti a privati, e non si atteggia ad elemento distintivo rispetto all'arbitraggio. Le parti che stipulano un compromesso o una clausola compromissoria irrituale anelano ad una soluzione di un conflitto tramite un *decisum* che, in ogni caso, si ricollega ad un rapporto giuridico allo stato già esistente in ogni suo elemento, sì che la contrapposizione delle pretese può essere all'attenzione del giudicante privato nella sua interezza.

⁽¹³⁵⁾ Così PUNZI, *Disegna sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 34 e ss.

⁽¹³⁶⁾ In tal senso RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 e ss. Nella giurisprudenza, si vedano Cass., 28 luglio 1995, n. 8289; Cass., 16 maggio 1998, n. 4931.

Nel ricorrere all'arbitraggio invece, i contraenti mostrano non già la volontà di risolvere una lite, se non quella nei termini di conflitto di interessi in ordine all'elemento negoziale su cui si è arenata la contrattazione ⁽¹³⁷⁾, bensì appunto quella di completare od integrare un rapporto tra loro perfezionato, nel senso di concluso, ma non ancora perfetto nel senso di completo.

Che la via arbitrale costituisca sostanzialmente un processo, discostandosi quindi dall'arbitraggio che invece consiste in un'attività produttiva di un atto di negoziale autonomia, è assunto rimarcato altresì da chi, proprio ponendo l'accento su taluni requisiti processualistici ed altri sostanzial-civilistici, ha nettamente distinto gli istituti in oggetto.

Nello specifico, si è evidenziato come l'arbitrato rituale, a differenza dell'arbitraggio, esige il rispetto del principio del contraddittorio, a pena di nullità, ed origina un lodo suscettibile di acquisire esecutività al pari di una pronuncia giurisdizionale contenente una decisione capace di dispiegare effetti nella sfera giuridico-patrimoniale delle parti.

Per quanto concerne poi il raffronto tra la via arbitrale libera e lo strumento di cui all'art. 1349 c.c., non dovrebbero sfuggire le somiglianze: il comune fenomeno della *relatio* all'altrui determinazione, l'eguale natura dell'atto del terzo, frutto dell'*agere*

⁽¹³⁷⁾ Come invece intende GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio. I contratti di composizione delle liti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005, II, p. 1154, precisando che "...nell'arbitraggio, invece, le parti stipulano un contratto in grado di comporre il loro conflitto di interessi...". Si ritiene di dover approfondire il contenuto sotteso all'affermazione dell'A., che altrimenti potrebbe risultare ingiustificata, posto che il fenomeno di cui all'art. 1349 c.c. pare prescindere da situazioni di vera conflittualità, intesa come contrapposizione di pretese azionabili dinanzi all'A.g.o. Invero, la confliggenza degli interessi sembra dover intendersi come mera situazione di *impasse* nella contrattazione, che vede le parti, arroccate ciascuna sulle proprie posizioni circa la valutazione di qualche elemento dell'oggetto (spesso accadrà che vi sia divergenza in ordine alla valutazione economica delle prestazioni), decidere di ricorrere all'altrui arbitrio piuttosto che rinunciare a stipulare il negozio. Si permette di interpretare così la tesi dell'A. in discorso, il quale difatti aggiunge a quanto sopra riportato, "...ma lo lasciano volutamente incompleto, poiché preferiscono rimettersi su qualche punto all'attività e all'atto del terzo, che opera a sua volta << come mezzo di determinazione o se si vuole di integrazione dell'autoregolamento negoziale >>.

dell'intelletto, produttivo d'effetti giusto il rinvio al contratto delle parti, e solo nell'ambito di quello. Le divergenze, poi, sarebbero da individuarsi nella causa della *relatio*, nell'arbitrato irrituale dovuta alla necessità di dare soluzione ad una lite sul rapporto già esistente; nell'arbitraggio reso necessario per completare un rapporto concluso ma solo parzialmente determinato (¹³⁸).

In definitiva deve concludersi che l'arbitrato irrituale ha vocazione intimamente processualistica, giacché comporta un giudizio, seppur privato e deformatizzato; l'arbitraggio, per contro, nient'affatto, risolvendosi in un particolare *iter* formativo della volontà privata giustificato dalla riconosciuta autonomia negoziale, che eventualmente può sottendere una conflittualità in ordine alla valutazione degli elementi del negozio incompleto (¹³⁹).

Si è anche osservato che nell'arbitrato irrituale l'intervento del terzo nelle vesti di compositore della controversia si risolve in una manifestazione di volontà negoziale direttamente obbligatoria per le parti confliggenti, nella misura in cui l'arbitro è investito di un potere di rappresentanza degli stessi; dunque, l'intervento del terzo compositore è frutto di una scelta consensuale degli interessati, a differenza di ciò che accade nell'arbitraggio, laddove, per contro, l'intromissione del terzo è per così dire fisiologica, dovuta e prevista dal disposto normativo di riferimento (¹⁴⁰).

Altra opinione, confortata dalla giurisprudenza maggioritaria, ha posto l'accento sull'essenza del mandato conferito agli arbitri, per trarne le debite differenze rispetto al compito assegnato all'arbitratore: ai primi sarebbe demandato il completamento di una

(¹³⁸) Si tratta delle argomentazioni spese da FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 583 e ss.; sulla stessa linea di pensiero si pone MARANI, *In tema di arbitraggio, arbitrato, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 611.

(¹³⁹) Così BERNINI, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992, p. 83 e ss.

(¹⁴⁰) E quindi nell'arbitraggio la consensualità si colloca a monte, nell'opzione delle parti per il meccanismo di perfezionamento progressivo del completo assetto negoziale. L'opinione è di BIANCA, *Il Contratto*, cit., p. 333.

volontà negoziale che le parti hanno già espresso per mezzo del compromesso o della clausola compromissoria, nei quali è implicito l'obbligo di considerare come propria la emananda deliberazione negoziale, transattiva o di accertamento, pur in difetto di un mandato collettivo senza rappresentanza in forza del quale farsi latori della diretta volontà delle parti. Pertanto, ottemperando alla prestazione d'opera intellettuale loro richiesta, gli arbitri porrebbero in essere un mero fatto giuridico che produce effetti solo in virtù della precedente volontà dei litiganti sottesa al compromesso; non già, quindi, un atto giuridicamente pregnante o, men che meno, una dichiarazione di volontà ⁽¹⁴¹⁾.

3. Rispetto alla perizia contrattuale.

Per quanto ora interessa occorre tracciare una ulteriore linea di confine che divide l'arbitraggio dalla perizia contrattuale.

Questa costituisce una figura i cui contorni sono stati delineati essenzialmente grazie all'attività dei giudicanti, e la cui autonoma esistenza è sostenuta dall'opinione prevalente ⁽¹⁴²⁾. In estrema sintesi è definibile come un accertamento o apprezzamento tecnico demandato dalle parti in lite ad un terzo, munito di specifiche cognizioni tecniche, unitamente all'impegno di farne proprie le risultante come se diretta espressione della loro volontà. Il punto di più lampante distacco dall'arbitraggio pare risiedere nella carenza in capo al terzo di ogni facoltà valutativa discrezionale.

⁽¹⁴¹⁾ Così GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1988, III, 1, p. 111. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 24 agosto 1993, n. 8910.

⁽¹⁴²⁾ In dottrina cfr. BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 218; RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 1994, p. 12; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 185. In giurisprudenza si vedano Cass., 1 aprile 1994, n. 3207; Cass., 13 aprile 1999, n. 3609.

Il perito rende dunque una dichiarazione di scienza, sulla scorta delle proprie conoscenze del settore di riferimento (¹⁴³).

Invero, mentre il chiamato ad integrare il regolamento negoziale incompleto ex art. 1349 c.c. “potrà” farlo secondo il proprio arbitrio, dell’uomo probo o totalmente discrezionale, il terzo perito “dovrà” diversamente agire ragionando secondo le proprie conoscenze tecnico-scientifiche che, in quanto tali, guideranno il procedimento determinativo attraverso rigide sequenze le quali, salvo errori, non gli permetteranno alternative (¹⁴⁴).

Giova anche precisare, ai fini del *discrimen*, che l’attività del perito presuppone logicamente l’esistenza di una controversia in ordine ai diritti-doveri scaturenti da un rapporto giuridicamente perfezionato e completo in ogni suo elemento (¹⁴⁵). Il responso tecnico porrà fine al *punctum controversum* che, nell’ipotesi di perizia, risulta limitato ad una questione tecnica; nel caso di arbitrato, ricade invece su di un aspetto giuridico (¹⁴⁶).

(¹⁴³) Concordano sulla natura di dichiarazione di scienza MARANI, *In tema di arbitraggio, arbitrato, perizia contrattuale*, cit., p. 614; SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano, 1982, p. 249 e ss.. Dubbioso invece DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 235, che ritiene la valutazione tecnica il semplice adempimento del mandato d’opera professionale ricevuto dai litiganti, al quale resta estraneo ogni profilo dichiaratorio di volontà non negoziale.

(¹⁴⁴) La Suprema Corte è piuttosto sedimentata su queste posizioni. Si vedano, *ex multis*, Cass., 21 maggio 1999, n. 4954; Cass., 29 ottobre 1999, n. 12155; Cass., 1 aprile 1994, n. 3207; più addietro, Cass., 5 aprile 1984, n. 2195; Cass., 29 gennaio 1981, n. 699. Infine, sottolinea la natura tecnica dell’incarico conferito al perito per via del negozio col quale le parti litigiose si vincolano all’osservanza dei risultati della perizia, Cass., 20 marzo 1972, n. 854.

(¹⁴⁵) La casistica sulla quale il giudice di legittimità è stato chiamato più sovente a rispondere riguarda l’indennizzo spettante agli assicurati danneggiati in conseguenza di un sinistro, in virtù di polizze assicurative che, come noto, prevedono clausole di obbligatorio ricorso alla perizia di un terzo tecnico al fine di quantificare le conseguenze pregiudizievoli patite (e pertanto, di riflesso, la misura monetaria dell’indennizzo dovuto), con efficacia vincolante per danneggiato e compagnia assicuratrice anche in sede di eventuale giudizio. Merita segnalarsi, al riguardo, Cass., 17 novembre 1982, n. 6162, interessante poiché esclude che rientri nel compito del perito indagare l’operatività del contratto alla base della lite, oppure interpretarlo, o ancora stabilirne validità ed efficacia o corretto adempimento degli obblighi derivanti dallo stesso. Ne consegue che l’eventuale soluzione di questioni sui predetti punti spetta al giudice ovvero, in presenza di clausola compromissoria o compromesso, all’arbitro.

(¹⁴⁶) Così Cass., 30 marzo 1995, n. 3791. A parte tale difformità, tanto la perizia quanto il lodo arbitrale irrituale sono produttivi di effetti verso il regolamento negoziale tra le parti, che queste si sono obbligate ad osservare come da loro direttamente e personalmente voluto. Deve segnalarsi l’opinione di chi (ZUDDAS, *L’arbitraggio*, cit., p. 218) esclude invece che la perizia contrattuale presupponga l’esistenza di una lite tra le parti, potendo derivare dalla sola imperizia nel risolvere circostanze di fatto di particolare tecnicismo,

Per contro l'arbitratore non interviene a sedare una divergenza di vedute, componendo le avverse pretese, bensì ad integrare un regolamento negoziale lacunoso ⁽¹⁴⁷⁾.

Non sempre al fenomeno in discorso viene attribuita autonoma dignità, registrandosi infatti diverse opinioni da parte di coloro che, evidenziandone i contorni particolarmente sfumati, tendono a ricondurlo all'arbitrato, ove il terzo sia chiamato a rendere l'accertamento nella veste di arbitro al fine di dirimere una lite circa un rapporto giuridico perfettamente integro; ovvero all'arbitraggio, quando l'accertamento intervenga per determinare l'elemento difettoso nel negozio concluso ⁽¹⁴⁸⁾.

tanto che non sarebbe necessario alla base un apposito preventivo compromesso. Nello stesso senso sembra pensarla MARANI, *In tema di arbitraggio, arbitrato, perizia contrattuale*, cit., p. 614, che evidenzia come, qualora il *peritus* sia chiamato ad intervenire non per completare un elemento del negozio del tutto mancante, ma soltanto per individuarlo sulla base delle rigide indicazioni fornite dai contraenti, sopperendo alla loro mancanza di perizia e quindi incapacità di esplicitarlo da sole, si avrebbe perizia contrattuale e non invece arbitraggio; giacché l'attività risulterebbe essenzialmente intellettuale, tesa ad un accertamento di fatto limitato ad una "constatazione" mediante "regole tecniche". Esemplificando, per l'A. si avrebbe arbitraggio se le parti hanno espresso i mezzi tramite i quali il terzo individuerà l'elemento mancante, pertanto determinabile; si avrebbe per converso perizia se il terzo compie una mera operazione tecnico matematica dall'esito univoco, chiarendo un elemento non mancante, non determinabile ma solo indirettamente determinato. Si ritiene tuttavia di dover dissentire dalle affermazioni riportate, innanzitutto poiché, analizzando l'ultima d'esse, pare davvero labile la differenziazione tra elemento solo "determinabile", ed elemento "indirettamente determinato". Ancora, anche laddove l'elemento fosse solo indirettamente determinato, come ad es. un prezzo della compravendita stabilito a misura con definizione della estensione e del prezzo per unità, con affidamento al terzo del calcolo, ciò non toglie che sempre di arbitraggio si tratterebbe, comportando l'intervento del terzo un completamento/integrazione del regolamento contrattuale senza cui taluni effetti (l'obbligo di adempiere il versamento del prezzo) non si vede come potrebbero prodursi, restando *sub* condizione sospensiva *sine die*. Inoltre, occorre ribadirsi che il ricorso all'attività del terzo perito, con l'obbligo di attenersi alle di lui determinazioni, deve di necessità implicare una conflittualità di pretese, anche se solo in punto di fatto o di elemento tecnico, che proprio e solo grazie all'intervento del tecnico potranno essere superate. Altrimenti, non già di perizia dovrebbe parlarsi, bensì, più correttamente, di arbitraggio operato da un perito, al fine di determinare un elemento oggettuale del negozio mediante attività che richiede particolari cognizioni tecniche.

⁽¹⁴⁷⁾ Concorda sul dato stavolta anche MARANI, *In tema di arbitraggio, arbitrato, perizia contrattuale*, cit., p. 613, per il quale nell'ambito dell'arbitraggio si verificherebbe, a seguito della determinazione resa dal terzo, una modifica del rapporto giuridico già concluso dalle parti. L'A. poi, al fine di differenziare l'arbitraggio dalla perizia contrattuale, illustra l'ipotesi di una perizia non decisoria sul punto, bensì meramente ricognitiva degli elementi potenzialmente decisivi che, dati i connotati, non potrebbe mai vincolare le parti, difettando la chiara assunzione di un obbligo in tale direzione. Pertanto, il responso del perito non potrebbe comporre l'assetto del contratto, che rimarrà manifestazione della *voluntas* dei contraenti, diversamente dall'efficacia integrativa propria della determinazione del terzo nell'arbitraggio.

⁽¹⁴⁸⁾ Lo sostiene BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 333, ritenendo non decisivo, ai fini della distinzione, la natura tecnica dell'incarico deferito al terzo. Concorda sul punto anche ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 219, il quale anzi reputa normale che il terzo, arbitro o arbitratore, possieda cognizioni tecniche precise,

La diversa qualificazione della determinazione del terzo produce, come si vedrà, conseguenze di non poco momento in ordine al regime dell'impugnabilità e delle censure spendibili, collegate alla discrezionalità riconosciuta al terzo arbitratore, e negata in assoluto al perito (¹⁴⁹). Quest'ultimo difatti è chiamato a rendere un giudizio tecnico, dal quale esula, per definizione, l'equo apprezzamento; e, in definitiva, la soggezione ai rimedi radicati sui criteri di controllo della valutazione di chi, come l'arbitratore, può determinarsi con un certo grado di libertà (¹⁵⁰).

Ciò posto, ipotizzando che un terzo sia chiamato a rendere contestualmente una determinazione (decisoria) nella veste di arbitro circa una parte del negozio in contestazione, una determinazione di un elemento negoziale mancante in quella di arbitratore e, infine, un apprezzamento tecnico circa profili anch'essi controversi relativi al negozio concluso, pare corretto sottoporre ogni porzione dell'attività compiuta ciascuna alla rispettiva peculiare disciplina impugnatoria; piuttosto che individuare la funzione determinativa ritenuta prevalente, applicandone il relativo rimedio a tutta l'attività nel complesso (¹⁵¹).

ritenendo piuttosto elemento utile per la individuazione dell'arbitraggio il riferimento ad un contratto da completare, per l'identificazione dell'arbitrato irrituale, la previa esistenza di una controversia. Si ricordi che per l'A. in discorso (cfr. nota 50 alla pagina che precede, con le obiezioni sollevate al riguardo) la perizia contrattuale non presuppone l'esistenza di una lite, ma la sola ignoranza di taluni dati di fatti prettamente tecnici: dalla considerazione l'A. trae la coerente conclusione che la perizia sia in realtà un particolare arbitraggio. Si allineano ancora alla tesi SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 385; CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrale e contratto a favore di terzi*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 69, nota a Cass., 1 aprile 1994, n. 3207; PUNZI, *Disegna sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 38 e ss.

(¹⁴⁹) In tal senso Cass., 22 dicembre 1970, n. 2738, per la quale solo l'arbitratore determina con equo apprezzamento, censurabile esclusivamente per giudizio erroneo o manifestamente iniquo, diversamente dal perito, che determina senza alcuna discrezionalità. L'orientamento della Suprema Corte è quello di ritenere spendibili contro la determinazione del perito, ritenuta dichiarazione di volontà, i rimedi sottesi all'eventuale sussistenza di vizi o violazioni (dei limiti) del mandato (coniuntivo), quali l'errore, la violenza, il dolo, l'incapacità delle parti, eccettuate le lamenti circa la non esatta interpretazione della volontà negoziale delle parti o delle prove. Si veda al riguardo Cass., 10 febbraio 1970, n. 317.

(¹⁵⁰) Secondo Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, l'arbitraggio tecnico consente di determinare solo secondo l'arbitrio *boni viri*, senza spazio per quello mero, non censurabile per iniquità o errore.

(¹⁵¹) Operando come chi segue la teoria dell'assorbimento (a discapito di quella della combinazione) nell'interpretazione dei contratti atipici che presentino commistioni di tipologie negoziali eterogenee, al fine di ricavarne la disciplina unicamente applicabile: così anche CATRICALA', voce *Arbitraggio*, cit., p. 2.

In conclusione merita segnalarsi che, ai fini della differenziazione delle figure analizzate sin qui, assume massima rilevanza l'indagine circa la volontà espressa dalle parti, al di là della terminologia spesa che potrebbe talvolta risultare fuorviante nella sua atecnicità, da evincersi altresì dal quadro del regolamento negoziale programmato ⁽¹⁵²⁾. Ancora, può giovare per il discrimine anche l'approfondimento del ruolo rivestito nell'intenzione delle parti dalla preventiva accettazione della determinazione che renderà il terzo: ciò porta a concludere verso la perizia contrattuale, ove siano individuati precisi ed esclusivi parametri tecnici di riferimento; verso l'arbitraggio, in difetto di vincoli alla discrezionalità del terzo ⁽¹⁵³⁾.

4. *Arbitrium boni viri/merum*. Le condizioni generali della produzione.

Il disposto codicistico di riferimento consente alle parti di rimettersi ad una determinazione del terzo per la definizione dell'oggetto del contratto, da emettersi secondo equo apprezzamento oppure, in alternativa, secondo il mero arbitrio.

Il *favor* del legislatore depone verso il primo, per l'elementare rilievo che i contraenti sono tenuti a fare espresso richiamo all'*arbitrium merum* laddove intendano lasciare la più ampia discrezionalità all'arbitratore. Tale rigore si allinea altresì ai ben più ristretti limiti entro i quali il *decisum* di mero arbitrio può venire censurato e travolto ⁽¹⁵⁴⁾. Atteso difatti che la norma distingue a chiare lettere, tra il primo ed il secondo alinea, i

⁽¹⁵²⁾ Cfr. in questo senso, nella giurisprudenza, Cass., 11 novembre 1976, n. 4151; Cass., 14 giugno 1978, n. 2941, in tema di perizia contrattuale.

⁽¹⁵³⁾ In tal senso MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale*, cit., p. 623. Critico ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 219, per cui infatti può permanere un certo grado di discrezionalità pur a fronte della dettatura di criteri tecnici.

⁽¹⁵⁴⁾ Nell'ipotesi di dubbio riguardo l'interpretazione della volontà delle parti dovrà pertanto prediligersi la scelta per l'arbitraggio secondo equità. Così CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 186; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 391.

rimedi impugnatori in relazione alla discrezionalità conferita all'arbitratore, si impone ora una opportuna enucleazione dei concetti in esame.

Il discernimento tra le due forme di potere è stata approfondita nell'ottica della efficacia del contratto da completare, ritenendola in entrambi i casi "sospesa"; con la precisazione che nell'ipotesi di equo apprezzamento si avrebbe un negozio perfetto *ab origine*, nel caso di mero arbitrio un negozio non ancora esistente, destinato a sorgere e produrre effetti mediante una formazione progressiva ⁽¹⁵⁵⁾.

L'equità determinativa è regola di giudizio essenzialmente oggettiva, che richiama l'applicazione del diritto positivo e dei criteri discretivi, tecnici e di giustizia, comunemente diffusi ⁽¹⁵⁶⁾. E' da ritenersi un concetto elastico, una clausola generale che sottende il richiamo alla comune diligenza incarnata dal referente obiettivo del buon padre di famiglia, ed al patrimonio conoscitivo del quale detto modello è portatore ⁽¹⁵⁷⁾.

Il *bonus vir* è l'uomo mediamente saggio ed avveduto capace, in base alla propria esperienza, di cogliere i dati concreti del negozio da completare e del contesto nel quale è sorto e dovrà produrre effetti – come ad es. gli usi e le consuetudini locali, nonché la capacità di adempiere del debitore e l'interesse creditorio al conseguimento della prestazione – rendendo una determinazione quanto più equa e ragionevole ⁽¹⁵⁸⁾.

Ne deriva che la determinazione resa secondo equo apprezzamento sarebbe la più confacente alle usuali esigenze delle parti, la più rispondente alle loro aspettative; la

⁽¹⁵⁵⁾ In proposito si vedano ancora CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 120; e CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 236.

⁽¹⁵⁶⁾ Criteri che, in ogni caso, sono meno variegati e numerosi di quelli dai quali attinge l'arbitratore che determina secondo libero arbitrio. Così SACCO, *Il contratto*, cit., II, p. 134, in nota 3.

⁽¹⁵⁷⁾ In questo senso SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 391, il quale ritiene persino dovuto che le parti indichino al terzo le circostanze di rilievo che dovrebbero portare ad una determinazione più favorevole per gli interessi di ciascuno, non potendo escludersi che indichino i criteri ai quali quegli dovrà attenersi, in luogo di quelli comuni da lui percepiti.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 831; DI PACE *Il negozio per relationem*, cit., p. 36 e ss.; in particolare BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. La struttura*, Milano, 1963, I, p. 173, accentua il valore del personale interesse della parte dante causa, che dovrebbe essere tenuto in debito conto nel computare nel prezzo anche una maggiorazione per il valore "d'affezione".

maggiormente imparziale, ragionevole e certa, proprio giacché informata a canoni oggettivi e quindi vincolati ⁽¹⁵⁹⁾.

Vi è poi una certa eterogeneità di vedute in ordine all'individuazione dei criteri e dei valori di riferimento per l'arbitratore d'equità.

Alcuni ritengono che la determinazione d'equità dovrebbe muoversi servendosi le regole della comune esperienza, al fine di individuare ed esplicitare, seguendo un procedimento di sussunzione spiccatamente tecnica, l'elemento mancante così desumibile dalla volontà espressa dalle parti ⁽¹⁶⁰⁾.

Altri invece, rifuggendo i parametri tecnici perché inadeguati ad indicare la soluzione più equa, fanno riferimento all'ambito del mercato quale misura dei valori da seguire nell'equo apprezzamento ⁽¹⁶¹⁾.

Vi è altresì qualcuno che ritiene di dover leggere nell'equità il dovere di ricercare la "giustizia del caso concreto", passando attraverso criteri valutativi extragiuridici ⁽¹⁶²⁾;

⁽¹⁵⁹⁾ Così SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo, Vol. XI*, Cortona, 1923, p. 56, per il quale il terzo rende una determinazione meramente dichiarativa di un fatto che egli si limita ad accertare senza margini di libertà; salvo poi precisare poco oltre (p. 68) che l'equità consentirebbe tuttavia qualche margine di apprezzamento se mantenuta entro limiti minimi e massimi, appunto, di equità. Anche SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 122, pone il caso del determinatore di un prezzo secondo equità, il quale giungerà, chiunque esso sia, a trovarlo sempre identico poiché identicamente dovrà ragionare. Cfr. ancora al riguardo BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 331, per cui il terzo che decide secondo equo apprezzamento deve perseguire un equilibrata sintesi delle ragioni delle parti. Anche CATRICALA', voce *Arbitraggio*, cit., p. 4, pone l'accento sulla necessità che l'equo determinatore giunga al più giusto equilibrio delle ragioni delle parti, tanto nei contratti sinallagmatici, quanto in quelli che non lo siano, nonché nei negozi unilaterali. Ancora, cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 133, il quale ritiene che il tenore della stessa norma (art. 1349 c.c.) dimostri l'intenzione del legislatore di assicurare che il terzo, agendo con giudizio d'equità, giunga a completare il negozio programmato dai contraenti senza apportarvi elementi irrazionali che ne alterino la stessa essenza. Critico invece ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 115, che reputa un affidamento del genere illusorio, e comunque riassunto in formule troppo generiche.

⁽¹⁶⁰⁾ Seguendo un procedimento con evidenza più rigido di quello percorso dal giudice che si muove seguendo il criterio della "giustizia": così REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, in *Dei contratti in generale*, a cura di REDENTI, Padova, 1934, I, p. 308 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. BERNINI, *L'arbitrato*, Bologna, 1993, p. 108, che sottolinea come, dovendo il terzo equamente fondere gli interessi delle parti, risulti opportuno e naturale rifarsi al normale *trend* del mercato di riferimento salvaguardando l'equilibrio dell'assetto economico del negozio da completare. Analoga la posizione di GALGANO, in *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto e Impresa*, 1991, p. 477.

oppure chi individua la base dell'apprezzamento equitativo in ciò che definisce la sensibilità propria del giudice ⁽¹⁶³⁾. Ovvero, infine, coloro che danno al concetto equitativo il contenuto di complesso di comandi non scritti tali da indurre a determinazioni equilibrate e sapienti ⁽¹⁶⁴⁾.

Ciononostante, l'opinione maggioritaria e probabilmente più aderente alla *voluntas legis*, è quella che ritiene l'equità un giudizio necessariamente ancorato alle norme di diritto positivo, di talché è la prima a dover seguire e conformarsi alle seconde, e non viceversa ⁽¹⁶⁵⁾.

Resta inteso peraltro che l'equo apprezzamento che guida l'arbitratore non debba confondersi *tout court* con quello che ispira il giudice alle prese con l'attività di ermeneutica del contratto, condotta ai sensi dei disposti degli artt. 1371 c.c., 114 c.p.c. ed 822 c.p.c. Difatti, al di là del rilievo che il giudice interviene (come l'arbitro) nel corso di una lite, su domanda di una delle parti, statuendo circa i diritti rispettivamente spettanti loro e con l'efficacia propri del provvedimento giurisdizionale, mentre il terzo che determina in via di arbitraggio non origina una pronuncia dotata di tale efficacia, deve precisarsi che l'opera dell'arbitratore è essenzialmente volta ad integrare il regolamento negoziale mediante il completamento dell'elemento mancante ⁽¹⁶⁶⁾, non già ad interpretarlo, perlomeno, non direttamente ed esclusivamente.

⁽¹⁶²⁾ Si allude principalmente a GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, cit., p. 461, che cita in proposito l'elaborazione di P. LALIVE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, p. 401.

⁽¹⁶³⁾ Così NASI, voce *Equità (Giudizio di)* in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 106 e ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Si veda FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 82.

⁽¹⁶⁵⁾ In argomento non può che rimandarsi alle parole di CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, IV, Napoli, 1968, p. 92, per il quale l'equità è "potere di adattare il diritto preesistente alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della codificazione vivente". Sulla medesima linea di pensiero si pongono GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1969, p. 129; S. ROMANO, voce *Equità*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 87 e ss.

⁽¹⁶⁶⁾ In ciò presentando una certa analogia, invece, con l'attività compiuta dal giudice ex art. 1374 c.c., chiamato ad individuare gli obblighi derivanti dal contratto oggetto di contesa attraverso l'integrazione per forza di legge, degli usi e dell'equità. Al riguardo GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 477, analizzando l'equità come fonte di integrazione, evidenzia come sovente quella integrativa finisca per

In sostanza l'arbitratore non necessariamente ⁽¹⁶⁷⁾ compie un'attività valutativa dell'atto posto in essere dalle parti, e dall'ordinamento imposta al giudice in ipotesi di contesa onde derivare la disciplina applicabile nel caso di specie, limitandosi a concorrere al perfezionamento dell'integrale complesso di effetti collegati al negozio concluso.

Forse appena meno dibattuto, ma sempre connotato da svariate sfumature, si mostra il concetto di mero arbitrio che, comunemente, risulta inteso quale potere di determinare l'oggetto difettivo del negozio senza obbligo di attenersi ai criteri ed al senso comunemente diffusi, agendo piuttosto secondo la propria sensibilità, le proprie avvertite opinioni; insomma seguendo la propria libera discrezionalità. Pertanto l'arbitratore che determina a propria discrezione può scegliere di adottare i criteri che ritenga meritevoli d'essere seguiti a fronte del caso sottoposto alla propria attenzione, apprezzando le contingenze della fattispecie senza il vincolo di prediligere quanto sarebbe invece imposto dalla *communis opinio* ⁽¹⁶⁸⁾.

contrapporsi a quella interpretativa o sostitutiva di cui all'art. 1371 c.c., stanti le differenti finalità sottesevi: la prima tende a completare il contratto, la seconda a dirimere una controversia allo stesso collegata. Colgono invece uno stretto collegamento tra la fase interpretativa e quella integrativa REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 308 e ss., e F. FERRARA sr., *Teoria dei contratti*, NAPOLI, 1940, p. 252.

⁽¹⁶⁷⁾ Certo non può escludersi a priori che il terzo determinatore ex art. 1349 c.c. possa o debba (a seconda della sufficienza o scarsità degli elementi messi a disposizione dai contraenti) compiere un'analisi del regolamento negoziale da completare che sia assimilabile ad un'interpretazione; sembra però che ciò sia destinato ad avvenire raramente posto che, il più delle volte, il terzo non avrà contezza di tutto l'assetto negoziale, non risultando ciò imprescindibile ai fini del proprio compito, che è limitato all'integrazione di una porzione limitata del rapporto. Per contro, il giudice che interviene ad integrare il contratto dedotto in giudizio ai sensi dell'art. 1374 c.c. sarà quasi sempre investito altresì del dovere di statuire in merito ai diritti ed obblighi reclamati dai contraenti litigiosi, dovendo in definitiva per far ciò interpretare il contratto (nel caso lo reputi opportuno o ne sia richiesto, anche secondo equità). Si parla al riguardo anche di "interpretazione integrativa", da parte di chi sostiene la coincidenza del procedimento di qualificazione, interpretazione ed integrazione del negozio, da condursi prettamente secondo criteri (anche equitativi) parametrati sui valori della nostra Carta fondamentale: PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 248 e ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Che per contro veicolerebbero la sua decisione qualora il parametro del suo giudizio dovesse essere quello dell'equità. Cfr. in questa direzione ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit.; CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 30, che individua l'aspetto pregnante del potere in oggetto nell'esonero, di cui si giova il terzo, dal dover esporre il filo argomentativo sotteso alla decisione, nonché dall'impossibilità di dolersi della determinazione resa. CATRICALA', *Arbitraggio*, cit., p. 4, ritiene che se al terzo sono stati imposti dei limiti

Solo alcuni ritengono, pur con gli opportuni adattamenti, che il mero arbitrio facoltizza il terzo a determinarsi secondo il proprio capriccio, preferendo motivazioni del tutto soggettive e personali, rendendo una decisione sottratta ad un regime di vaglio obiettivo, che comporta per le parti, le quali pure l'hanno preferito, di colorare il negozio di riferimento di un maggior grado di alea ⁽¹⁶⁹⁾.

Per altri poi l'affidamento alla totale discrezionalità del terzo si spiega in ragione della particolare fiducia riposta nel designato, che non esigerebbe la fissazione neppure di una soglia minimale di delimitazioni al suo potere ⁽¹⁷⁰⁾.

Prevale comunque la preoccupazione di fissare opportuni paletti, variamente identificati, tali da scongiurare che la rimessione al mero arbitrio si risolva nel vincolo ad un contratto totalmente aleatorio ⁽¹⁷¹⁾.

Traendo le fila del discorso in estrema sintesi, l'arbitraggio previsto dal nostro ordinamento prevede che il terzo: determini l'oggetto mancante del negozio di riferimento secondo un ragionamento vincolato a criteri di comune conoscenza, prettamente oggettivo e come tale verificabile (arbitraggio di equità); in alternativa, previa espressa

particolari nella decisione, quello dovrà rendere la determinazione più equa perlomeno entro quegli stessi limiti.

⁽¹⁶⁹⁾ Così SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 60; VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 832 e ss., per cui tuttavia la decisione del terzo deve pur sempre risultare disinteressata, senza preferenze per le ragioni di una delle parti e pertanto, in definitiva, equa. Cfr. in tal senso anche MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 186.

⁽¹⁷⁰⁾ Lo ritiene PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939, p. 373 e ss.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 213-214, esaltando l'elemento dell'*intuitus personae* nella fattispecie, ritiene che quando i contraenti optano per un arbitraggio secondo mero arbitrio, senza predeterminare taluni criteri minimi oltre a quelli in generale vincolanti il terzo – cioè quelli sottesi al tipo di negozio prescelto ed alla dovuta correttezza – intendono in sostanza apportare nel contratto da completare un elemento di alea che, diversamente, un equo apprezzamento non recherebbe. Ancora, ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 133, sostiene che alla base dell'art. 1349 c.c. vi sia l'esigenza di evitare l'affidamento alla totale irragionevole arbitrarietà del determinatore, imponendogli in ogni caso il rispetto di criteri di minima equità ed irragionevolezza, affinché il programma negoziale voluto dai contraenti non ne risulti pregiudicato. Non ritengono ammissibile la rimessione al totale ludibrio altrui GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 116, e SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 391.

scelta, determini l'oggetto stesso secondo il proprio libero apprezzamento soggettivo, come tale sottratto ad ogni successivo vaglio (arbitraggio di mero arbitrio) ⁽¹⁷²⁾.

Nel primo caso, i contraenti intervengono enucleando i parametri di riferimento preventivamente individuati, che influiranno sull'eventuale censura di un *decisum* che li abbia calpestati in violazione dei limiti così apposti al potere determinativo del terzo. Nella seconda delle ipotesi invece le parti, confidando pienamente nella sensibilità del determinatore e, in particolare, nella sua personale concezione dei valori, ritenuta idonea a percepire in maniera equilibrata le contrapposte loro esigenze, gli rimettono una ponderazione libera dell'elemento mancante, ritenendolo capace di soddisfare le aspettative riposte in lui.

Il disposto normativo impone all'arbitratore libero il rispetto del solo limite della buona fede ⁽¹⁷³⁾ lato *sensu* intesa; quindi, come regola di condotta e non soltanto crisma di valutazione, la cui definizione pare assimilabile al concetto enucleato dagli studiosi in merito all'apprezzamento equitativo ⁽¹⁷⁴⁾. La sanzione per il travalicamento dei paletti fissati, peraltro elasticamente, consiste nel rimedio unico dell'impugnativa per mala fede.

Un cenno infine, per doverosa sistematicità e completezza espositiva, deve farsi al contenuto dell'ultimo alinea dell'art. 1349 c.c., ai sensi del quale il terzo determinatore

⁽¹⁷²⁾ Critica la tradizionale contrapposizione tra i due arbitraggi ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 113 e ss., reputando che entrambi debbano comunque obbligare il terzo ad operare con correttezza e diligenza nell'adempimento del compito loro assegnato, e che anche l'arbitratore che segue il proprio arbitrio mero sia tenuto a rendere un giudizio pesato e seriamente valutato. In conclusione per l'A. l'unica differenziazione risiede nel regime delle sostituzioni e delle impugnazioni, posto che, per quanto esteso possa risultare il potere conferito al terzo, questi dovrà arrivare alla medesima determinazione che avrebbe tratto secondo equità, sussistendo sempre dei limiti entro i quali quella si colloca.

⁽¹⁷³⁾ Riguardo al concetto di buona fede si rimanda, a mero titolo esemplificativo, tra la copiosa letteratura manualistica esistente che, prendendo le mosse e/o giungendo a posizioni divergenti, ne ha indagato la portata e l'essenza, a: A. DI MAJO, *Lineamenti di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2000, p. 436 e ss.; E. RUSSO, *Istituzioni delle leggi civili*, di RUSSO-DORIA-LENER, Padova, 2006, pp. 94-95; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 533 e ss. Tra coloro che hanno approfondito il tema della buona fede quale fonte integrativa del negozio, idonea ad arricchirne il contenuto dei relativi obblighi di informazione, protezione, sicurezza ecc., si vedano E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

⁽¹⁷⁴⁾ Per il quale sia consentito il rinvio al relativo approfondimento delle pagine precedenti.

dovrà attenersi alle “condizioni generali della produzione” alle quali il negozio in ipotesi si riferisca.

E' pacifico innanzitutto che detto criterio debba informare l'attività tanto dell'arbitratore d'equità, quanto di quello di mero arbitrio. Trattasi di parametro di evidente matrice politico-ideologica, il fondamento del quale può leggersi difatti nella necessità – o meglio nel malcelato tentativo di far sì - che il terzo si ispiri, oltre che agli interessi delle parti nel quadro dell'economia del contratto, anche a criteri desumibili dal contesto generale del mercato, di cui la produzione è termometro indicativo ⁽¹⁷⁵⁾.

Si è anche osservato, tuttavia, che il tenore stesso del precetto, che menziona l'eventualità del rinvio in parola, renda il vincolo dell'osservanza del criterio in esame obbligatorio soltanto ove espressamente richiamato ⁽¹⁷⁶⁾.

Da altri per contro è stato opinato che la sterile forza cogente del disposto, tale da renderlo un'enunciazione di principio di carattere esortativo e programmatico, deriverebbe, oltre che dall'essere anacronistica (stante la scomparsa dell'ordinamento

⁽¹⁷⁵⁾ In tale direzione, cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 206, per cui il rinvio è da intendersi riferito alle contingenze del settore di mercato in cui il contratto dovrà produrre effetti. In senso critico nei confronti delle opportunità consentite all'arbitratore dalla norma, SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 396, che intravede nello specifico il tentativo “ingiustificato” di permeare il negozio di obiettivi ed elementi prettamente generali ed alieni rispetto al regolamento di interessi perseguito dai contraenti nell'esercizio dell'autonomia privata.

⁽¹⁷⁶⁾ Così ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 126, nel sottolineare come il terzo sia vincolato alle condizioni generali della produzione, testualmente, << a cui il contratto eventualmente abbia fatto riferimento >>. Ora, sembra di poter sovvertire l'assunto anche solo mantenendosi, come l'A. fa, sul piano della stretta lettera *legis*: difatti la norma non recita, come riportato dallo stesso, “a cui il contratto eventualmente abbia “fatto” riferimento”, bensì, solamente, “abbia riferimento”, con una differenza a ben vedere di non poco rilievo: atteso che il senso della seconda formulazione è quello di alludere alla pertinenza del negozio ad un certo settore del mercato, a prescindere dalla volontà espressa dalle parti (sottesa per contro al verbo “fatto”, inserito nel tenore del disposto dall'A. al quale si ribatte). In sintesi, pare non peregrino pensare che la *ratio* del criterio sia quello di imporre al determinatore di seguire il criterio in parola, per finalità di sostanziale equità ed equilibrio, laddove il contratto da completare gli consenta, per la parte a lui nota in funzione del compito da espletare – e si è visto come non sempre tutto il negozio gli è rivelato dalle parti, cfr. nota n. 69 – di individuare la porzione di mercato nella quale dovrà dispiegare efficacia.

socio politico che le diede linfa vitale), altresì dal risultare sfornita di sanzione e rimedi in caso di violazione ⁽¹⁷⁷⁾.

Si reputa di appoggiare come maggiormente persuasivo il pensiero minoritario di coloro che, diversamente, recuperano il senso e l'(ancora) attuale efficacia cogente del parametro in oggetto sul rilievo della sua portata di norma di carattere generale ed elastico, capace, specialmente laddove si tratti di arbitrato d'equità, di integrare il contratto, guidando il terzo verso una decisione tanto più equilibrata quanto più confacente ai valori del mercato ⁽¹⁷⁸⁾.

5. L'atto di determinazione del terzo.

L'accettazione della nomina ad arbitratore da parte del terzo, che può avvenire senza il rispetto di particolari forme ⁽¹⁷⁹⁾, origina un rapporto che è stato ricondotto principalmente alle figure del mandato e del contratto d'opera intellettuale, con la precisazione che, per taluni, la natura dipenderebbe dalla configurazione concretamente assunta dal rapporto ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ E' il pensiero di SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 397, e ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 126.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 260. Anche F. GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, Torino, 1987, I p. 415, seppure secondo una visione critica, vede nel criterio in esame una clausola legislativa generale suscettibile di duplice interpretazione: nel senso che le condizioni devono essere valutate nella misura in cui possono modificare il valore della prestazione; oppure nel senso che devono essere valutate anche oltre detti limiti, portando perfino a modificare in aumento o in ribasso la prestazione.

⁽¹⁷⁹⁾ L'accettazione può anche risultare per *facta concludentia* qualora il terzo dia esecuzione all'incarico rendendo la determinazione senza previamente esprimere alcunché: così ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 97.

⁽¹⁸⁰⁾ Come DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 51. Distingue tra le due forme di arbitraggio CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 224, per cui in quello di equità si ha contratto d'opera, in quello di mero arbitrio un mandato, posto che l'A. ricostruisce detta figura come fattispecie a formazione progressiva.

E' bene sottolineare peraltro che non a priori il rapporto può dirsi contrattuale; atteso che, laddove ad esempio il terzo si trovi a completare un negozio *mortis causa*, sarebbe dal punto di vista sistematico più corretto opinare che si verta in una singolare ipotesi in cui il potere di disposizione del *de cuius* viene esteso (*rectius*: trasferito) parzialmente all'arbitratore ⁽¹⁸¹⁾.

Certo, l'opzione per l'una piuttosto che l'altra tesi finisce per influenzare anche la ritenuta essenza della determinazione del terzo, con riflessi, in ultima analisi, verso il regime delle censure spendibili.

Assodato che il terzo arbitratore agisce quale ausiliario delle parti ⁽¹⁸²⁾, si nega generalmente l'esistenza di un suo potere rappresentativo, mancando l'attività di stipulazione di contratti in nome del rappresentato ⁽¹⁸³⁾; a differenza dell'arbitratore che agisce rispetto ad un contratto già concluso, senza entrare in contatto con altri ⁽¹⁸⁴⁾.

La distinzione viene poi talvolta condotta, dai sostenitori della concezione del mandato, sulla base del criterio ritenuto decisivo della gratuità della prestazione, con la precisazione che l'onerosità del compito non sarebbe necessariamente indice del fatto che non si verte in ipotesi di mandato ⁽¹⁸⁵⁾.

La ricostruzione dell'istituto quale contratto d'opera intellettuale sembra farsi prediligere e si motiva tanto in ragione dell'incarico di cooperazione prettamente

⁽¹⁸¹⁾ Osserva giustamente SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 86 e ss., che in detti casi non viene mai ad instaurarsi un rapporto contrattuale tra arbitratore ed erede, legatario o defunto, non foss'altro perché una delle parti (quest'ultimo) non sarebbe tale, difettando della soggettività giuridica. Per ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 320 e ss., ancora, il rapporto contrattuale può talvolta difettare persino nei negozi *inter vivos*.

⁽¹⁸²⁾ In questo senso CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 203; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 249.

⁽¹⁸³⁾ Così SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 379; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 316; CATRICALA', *Arbitraggio*, cit., p. 4; CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 203, che ipotizza che se l'arbitratore predetermina gli elementi del contratto che il terzo dovrà completare, sarà assai simile al rappresentato.

⁽¹⁸⁴⁾ Taluni opinano tuttavia sul punto che ogni parte, conferendo il potere determinativo all'arbitratore, si presenta come terza rispetto all'altra: RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 101 e 200.

⁽¹⁸⁵⁾ ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 215; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 50; BIANCA, *Il contratto*, cit., cit., p. 333; MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale*, cit., p. 619.

materiale (e non giuridico) svolto dal terzo (¹⁸⁶), quanto poiché la dichiarazione da costui resa, lungi dall'essere qualificabile come negoziale, è emessa per adempiere, appunto, l'incarico professionale conferitogli (¹⁸⁷). Quindi, è una manifestazione dovuta.

La posizione della giurisprudenza non sempre è stata univoca ed agevolmente decifrabile, pur denotando una certa propensione verso la tesi della rappresentanza (¹⁸⁸).

Quanto sin qui illustrato agevola il passaggio alla necessaria ulteriore analisi strutturale ed ontologica dell'atto di arbitramento del terzo, circa il quale si sono prodigati a lungo gli studiosi (¹⁸⁹), sostanzialmente schierati a favore di due soluzioni principali, volte rispettivamente ad affermarne od a negarne la natura negoziale.

(¹⁸⁶) Così VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 831. Anche ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 100 -101 giunge a detta soluzione qualificandola come obbligata, in forza della natura giuridica della determinazione resa dal terzo, da ritenersi un fatto giuridico, e non un atto o un negozio, che tipicamente connotano il fine del mandato; inoltre, l'A. rileva come non si rintracci nel fenomeno dell'arbitramento la sequenza che connota il mandato senza rappresentanza, che vuole un acquisto nomine proprio ed un successivo ritrasferimento al mandante.

(¹⁸⁷) CATRICALA', *Arbitraggio*, cit., p. 4; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 185; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 388; DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., p. 191, per cui il contratto d'opera intellettuale comporta che il terzo agisca quale libero professionista, ma non necessariamente secondo professionalità e verso corrispettivo, uniformandosi a diligenza e correttezza nonché ai criteri indicati dalle parti, senza poter sostituire altri a sé o servirsi della sua collaborazione solo qualora le parti ed il tipo di prestazione lo consentano. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 133 e ss., osserva che il terzo, una volta accettato l'incarico, potrebbe recederne esclusivamente per giusta causa, a differenza dei contraenti i quali rimarrebbero tuttavia obbligati a versare il corrispettivo convenuto. Così anche ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 101 e ss.

(¹⁸⁸) Cfr. Cass., 13 dicembre 1969, n. 3965, che precisa infatti come nell'arbitraggio le parti rimettano al terzo di determinare il contenuto mancante del negozio in loro vece, tanto che la procura attribuita del potere dovrebbe avere egual forma del contratto stesso. Obietta ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., pp. 96-97, che l'arbitratore in realtà non deve giustificare a nessuno i propri poteri, probabilmente intendendo le parti sono gli unici soggetti coinvolti dal procedimento integrativo del negozio. Potrebbe sostenersi tuttavia al riguardo che non sempre mancano altri soggetti al di là delle parti, disinteressati dalla verifica dei poteri del determinatore designato, come potrebbe verificarsi nell'ipotesi, non solo scolastica, di un contratto a favore di terzo, a fronte del quale non pare rifiutabile l'interesse (*rectius*: diritto) del terzo beneficiario (che come noto è immediatamente titolare del diritto alla prestazione a prescindere dalla sua accettazione, che ha il solo effetto di rendere la designazione irrevocabile) a che l'arbitratore esibisca il potere di delimitare l'entità economica della prestazione che andrà a conseguire.

(¹⁸⁹) CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 249, osserva che la tesi trovò terreno fertile in quel periodo che vedeva il proliferare degli studi in tema di negozio giuridico, a fronte dell'assoluta carenza di accurate indagini circa gli atti giuridici in generale. L'arbitraggio venne dapprima qualificato negozio giuridico in ragione della riduttiva constatazione che esso si risolve in una manifestazione di volontà: cfr., ad es., CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 38, nota n.5. Presto peraltro si rilevò diversamente che se tutti i negozi consistono in dichiarazioni di volontà, non tutte le dichiarazioni di volontà si risolvono in negozi, pur essendovi in comune la volontà e consapevolezza del comportamento dell'autore: così TRIMARCHI, *Atto*

Per il vero la teoria della negozialità ha riscosso inizialmente il maggior credito, anche nella giurisprudenza ⁽¹⁹⁰⁾, individuandosi nella determinazione del terzo un'attività volitiva, limitata dal canone dall'equità ⁽¹⁹¹⁾, idonea a completare l'elemento mancante nel negozio contenente il rinvio; originatrice, quale fonte negoziale autonoma ⁽¹⁹²⁾, di secondo grado, ausiliaria e strumentale, di quegli effetti rimessi dalle parti all'arbitrio altrui ⁽¹⁹³⁾. Così l'attività dell'arbitratore viene considerata un negozio solutorio ⁽¹⁹⁴⁾, oppure ancora di accertamento, espressione dello stesso potere negoziale accertativo che le parti avrebbero potuto esercitare in via diretta ⁽¹⁹⁵⁾.

giuridico e negozio giuridico, Milano, 1940, p. 95 e ss. Si aprì così la strada all'elaborazione dei noti criteri per distinguere tra la *voluntas* dei fatti e quella degli atti e negozi giuridici: vedasi ancora TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., p. 59 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 205 e ss. Nel tema specifico dell'arbitraggio, inizialmente si analizzò la natura dell'attività e dell'atto di arbitrato al fine di differenziarlo da quelli degli arbitrati rituali ed irrituali: CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit., p. 397 e ss., riteneva tanto l'arbitro quanto l'arbitratore dei giudici, il primo decidente una controversia giuridica, il secondo economica. Si attestano sull'anzidetta opinione anche: SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 250 e ss.; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 113 e ss.; CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, I, p. 224 e ss. Dal canto suo, CHIOVENDA, *Istituzione di diritto processuale civile*, cit., p. 70, individuava il criterio distintivo nella funzione rivestita da una parte dall'arbitro, di diritto processuale, e dall'altra dall'arbitratore, di diritto sostanziale. L'A. osservava che l'arbitratore è adito per determinare un elemento non individuato dalle parti nell'ambito di un rapporto giuridico pacifico, senza dichiarare diritti esistenti attraverso un'attività processuale. Critico avverso tali impostazioni del problema GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 159, ad avviso del quale non è corretto accomunare la determinabilità, aggettivazione dell'oggetto, con la volontà negoziale, rilevato che non è concepibile una volontà giuridicamente e logicamente intesa che abbia contenuto non determinato, giacché si tratterebbe di una "non volontà". In definitiva il rinvio alla fonte esterna per definire l'oggetto del volere non esclude che la volontà stessa sia già piena e completa.

⁽¹⁹⁰⁾ Che riteneva l'attività del terzo negoziale e sostitutiva di quella delle parti, ai fini dell'integrazione del rapporto in fase formativa. Al riguardo di tale indirizzo, cfr. Cass., 13 settembre 1963, n. 2492; Cass., 12 ottobre 1960, n. 2665 e Cass., 25 giugno 1958, n. 2254.

⁽¹⁹¹⁾ BIAMONTI, cit., p. 952 e ss., per il quale il rispetto del canone equitativo non implica che il giudizio discrezionale del terzo diventi mero giudizio logico.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. LEVI, *L'arbitrato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1985, XIII, p. 374.

⁽¹⁹³⁾ In tale direzione, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 277 e ss.; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 315. Ancora, CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 208 e ss., che argomenta l'assunto sulla scorta del regime di impugnazione, consentita infatti nelle ipotesi di errore, violenza, dolo ed incapacità naturale del terzo. Però è stato giustamente replicato (CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 167) che la norma in realtà non prevede espressamente tali cause di censura, che pertanto al più potrebbero risultare la conseguenza di ciò che si intende dimostrare, piuttosto che la ragione fondante l'assunto.

⁽¹⁹⁴⁾ Così SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 62, 135 e ss.

⁽¹⁹⁵⁾ In tale direzione ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 334. In sostanza la visione distingue due negozi, uno contenente l'attribuzione del potere di accertare, l'altro la concreta volontà accertativa.

Con il tempo è però prevalsa, come si dirà a ragione, la tesi non negoziale ⁽¹⁹⁶⁾, posto che l'atto di arbitramento a ben intendere non costituisce, modifica od estingue un rapporto non ancora sorto, bensì concorre a determinare un elemento di un contratto già concluso ⁽¹⁹⁷⁾; dunque, la capacità della determinazione di influire sull'assetto negoziale deriva esclusivamente dalla *voluntas* dei contraenti, che in tal senso così hanno deciso sottoscrivendo il patto di arbitraggio ⁽¹⁹⁸⁾.

Nell'ambito della suddetta lettura del fenomeno, si è inteso qualificarlo ulteriormente come atto giuridico *sui generis*, sotto il nomen di arbitraggio, avente finalità valutativa ed incidente sul contratto di riferimento ⁽¹⁹⁹⁾; oppure come atto giuridico in senso stretto, contenente l'adempimento dell'incarico conferito ⁽²⁰⁰⁾.

Ciò detto, merita favore la visione che legge l'atto determinativo come mero fatto giuridico, accadimento materiale privo di contenuto volitivo o normativo, bensì puramente logico e conoscitivo, ovvero imperativo e/o determinativo, oppure ancora di accertamento unilaterale. Dunque, atto di intelletto o di scienza, variamente denominato,

⁽¹⁹⁶⁾ Nell'attività decisionale delle Corti, si segnala Cass., 27 aprile 1976, n. 1479.

⁽¹⁹⁷⁾ Così BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 331. GAZZONI, *Il contratto in generale*, Napoli, 1987, p. 820, accenna all'estraneità del terzo rispetto al negozio concluso dalle parti.

⁽¹⁹⁸⁾ CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 171; ALLARA, *La teoria delle vicende del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 21 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 389 e ss., per cui il terzo non partecipa al negozio con la propria volontà, limitandosi a rendere un risultato; pertanto il fenomeno esula dall'ambito dell'autonomia contrattuale, atteso che, seppure il terzo esprime una volontà in una certa qual misura libera, non lo fa per disporre di propri interessi, bensì per rendersi strumento dispositivo dell'autonomia delle parti. Ne consegue infine che proprio il rispetto dei criteri dettati dalle parti si attegga a unico parametro di valutazione ed ipotetica censura. Invece per ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 100, gli effetti che discendono dall'atto determinativo, che apporta un mero elemento al contratto di rinvio, derivano dalla volontà dei contraenti e dall'ordinamento, non da quella del terzo.

⁽¹⁹⁹⁾ BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 328.

⁽²⁰⁰⁾ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 185, sottolinea in proposito che all'arbitratore non è attribuito alcun potere di manifestazione di una volontà vincolante verso i contraenti, ma solo il compito di identificare l'elemento che questi si sono obbligati ad inserire nel contratto. Così anche CATRICALA', *Arbitraggio*, cit., p. 4, e RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 134.

che reca in sé quella ponderazione tecnica o giuridica destinata ad inserirsi, quale dato fattuale ed elemento oggettuale, nel regolamento negoziale predisposto dalle parti ⁽²⁰¹⁾.

La umanità, e quindi volontarietà dell'atto in parola, non è la diretta fonte dell'effetto giuridico finale, che risulta prodotto invece dal completarsi della fattispecie a formazione progressiva, nel cui *iter* formativo l'atto del terzo si inserisce e rileva soltanto come fatto materiale ⁽²⁰²⁾.

D'altra parte, il tenore del disposto normativo di riferimento pare consenta di inferire che, sussistendo strumenti di impugnazione e sostituzione dell'atto del terzo, ed ancor prima della stessa nomina o accettazione dello stesso, il legislatore abbia inteso la determinazione come mero elemento fattuale oggettivo, vulnerabile e surrogabile da parte di un altro soggetto, purché con la concorrenza di determinati requisiti.

6. I rimedi avverso i vizi della determinazione del terzo.

Dopo aver illustrato gli aspetti dell'istituto irrinunciabili ai fini dell'indagine si viene ora ad affrontare il tema cardine della trattazione.

Non si intende dar conto di tutte le ipotesi di intervento giudiziale configurabili a fronte del patto di arbitraggio, che sono molteplici, ma solo di quelle, peraltro si maggiore ricorrenza, connesse ed occasionate dalla necessità di ovviare ai vizi della

⁽²⁰¹⁾ GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 111; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 244; FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, p. 157. Ritiene di scarsa utilità pratica tali tentativi di classificazione, TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., pp. 97 e 130.

⁽²⁰²⁾ Così ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 94. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 184, precisa che l'atto di arbitraggio d'equità non manifesta un potere di natura costitutiva idoneo a produrre effetti nella sfera giuridica delle parti, quanto piuttosto un accadimento di natura ricognitiva che dà solo il via all'effetto, senza però condizionarlo direttamente. Per contro, l'A. reputa la determinazione del terzo secondo il mero arbitrio una fattispecie a formazione progressiva, alla quale resta estranea l'idea del negozio *per relationem*. Distingue tra le due tipologie di arbitraggio altresì MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale*, cit., p. 820 e ss., definendo attività negoziale quella svolta dall'arbitratore di mero arbitrio, attività non negoziale quella espletata dall'arbitratore di equità.

determinazione del terzo, sia diretti, sia derivati dalla patologia del negozio attributivo del potere.

Resterà fuori invece, pur se interessante, l'intervento operato dal giudice a fini sostitutivi della decisione dell'arbitratore che non possa o non voglia pronunciarsi ⁽²⁰³⁾.

L'art. 1349 c.c. menziona due fattispecie espresse di impugnativa: quella della determinazione che, dovendo essere resa secondo equità, si ritenga manifestamente iniqua od erronea; quella della determinazione che, rimessa al mero arbitrio del terzo, si riveli frutto di mala fede.

Con riferimento alla prima delle evenienze, giova sottolineare il rilievo dell'avverbio "manifestamente" che, da intendersi riferito tanto all'iniquità quanto all'erroneità ⁽²⁰⁴⁾, indica la soglia di censurabilità del vizio richiesta dalla legge affinché si possa adire la via della giustizia statale. Sicché, è necessario che i vizi inficianti l'atto di arbitrato emergano con intuibile immediata evidenza, a prescindere quindi da particolari indagini ⁽²⁰⁵⁾; e che, soprattutto, si mostrino particolarmente conclamati, tanto da rendere il *decisum* palesemente inaffidabile, come ad esempio potrebbe verificarsi nel caso di una clamorosa sperequazione del rapporto tra le prestazioni ⁽²⁰⁶⁾.

La Suprema Corte al riguardo afferma da tempo che la manifesta iniquità deve evincersi dal complesso della determinazione e relativa motivazione, al fine di pesare i parametri oggettivi di cui il terzo ha fatto uso, non potendo l'iniquità emergere, pur se

⁽²⁰³⁾ Per l'approfondimento del tema si rinvia, tra gli altri, a SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 392 e ss.; BIANCA, *I contratti*, cit., p. 334 e ss.; GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., p. 1198 e ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 131 e ss.

⁽²⁰⁴⁾ VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 836; COLLURA, *Manifesta iniquità e arbitrato irrituale*, cit., p. 91 e ss., per cui l'obbiettivo del disposto normativo sarebbe proprio quello di ridurre i gravami, contemperando un criterio particolarmente elastico quale quello dell'uomo buono con un'intensità elevata del grado dei vizi.

⁽²⁰⁵⁾ In tal senso interpreta l'avverbio BERNINI, *Acquisizione di società e determinazione del prezzo*, cit., p. 243, con la puntualizzazione che l'analisi debba relativizzarsi nell'ambito della valutazione e della competenza professionale e tecnica del terzo, senza accedere a rilievi assoluti ed aprioristici dei vizi.

⁽²⁰⁶⁾ Così DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., p. 200, il quale fa salva la potestà discrezionale dell'arbitratore anche qualora vi siano dei paletti imposti dalle parti.

manifesta, *ictu oculi* ⁽²⁰⁷⁾. E che, ancora, l'accertamento dell'equità determinativa è rimesso alla prudente valutazione del giudicante, senza possibilità di censure di legittimità ove supportato da congrua e sufficiente motivazione ⁽²⁰⁸⁾.

Deve dirsi che la manifesta erroneità richiama il concetto di irragionevolezza conclamata della sproporzione economica tra i rispettivi sacrifici dei contraenti ⁽²⁰⁹⁾, così come originato dalla determinazione impugnata, ed ancor più ingiustificabile ed intollerabile alla luce degli elementi apprestati all'arbitratore, ma da costui palesemente ignorati, mal interpretati o usati ⁽²¹⁰⁾. Analogamente, la palese iniquità è vizio che emerge ad un tempo lampante, rilevante ed oggettivamente certo, di talché non rileva lo stato psicologico del terzo che ha reso la decisione ⁽²¹¹⁾.

Degna d'essere riportata è la ricostruzione di chi, muovendo dalla teorica impossibilità di ipotizzare un negozio ingiusto, nega che la norma sia volta al controllo del giusto operato del terzo, rinvenendone il fine ultimo nel controllo del rispetto delle indicazioni del mandato conferito dalle parti e, in definitiva, dell'eventuale sussistenza del vizio dell'eccesso di potere ⁽²¹²⁾. Ne conseguirebbe così che l'opzione verso l'arbitrio

⁽²⁰⁷⁾ Cass., 25 giugno 1983, n. 4364, consente il gravame del lodo per manifesta iniquità soltanto se vi è un arbitraggio. La Suprema Corte ricomprende anche il dolo del terzo o la violenza sullo stesso tra le cause della manifesta iniquità ed erroneità, oltre l'ingiustificabile squilibrio (alla luce dei criteri soggettivi utilizzati dal terzo) tra gli elementi fattuali del negozio e la determinazione fornita. Invece, i vizi dell'*iter* determinativo che non si riflettono nella determinazione, che dunque non risulta viziata come per contro richiesto dalla legge, non consentono il gravame. Tuttavia, Cass., 19 agosto 1992, n. 9654, statuisce che un lodo irrituale manifestamente iniquo per dolo dell'arbitro può censurarsi sotto il profilo della volontà contrattuale, e non con il rimedio di cui all'art. 1349 c.c., apprestato precipuamente per l'arbitraggio con l'intento di preservare l'equilibrio economico negoziale pregiudicato dall'evidente irragionevolezza della determinazione dell'arbitratore.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. Cass., 15 giugno 1963, n. 1598. Per una rassegna della posizione in merito ai poteri giudiziali di sindacato della determinazione, si vedano Cass., 27 marzo 1965, n. 536; Cass., 24 novembre 1966, n. 2795.

⁽²⁰⁹⁾ Così BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 336.

⁽²¹⁰⁾ BERNINI, *Acquisizione di società e determinazione del prezzo*, cit., p. 243, nel rilevare che vi può essere erroneità anche senza iniquità, menziona tra le cause del manifesto errore determinativo quello di calcolo o deduttivo, con esito contrario alle premesse consistenti in regole tecniche e d'esperienza indiscutibili.

⁽²¹¹⁾ SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 393. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 135.

⁽²¹²⁾ Si tratta dell'opinione di BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., pp. 710-711.

d'equità e quello mero non è causa di soggezione ad un differente sindacato giurisdizionale, quanto piuttosto di inclusione (nel caso sia scelto il primo) di un altro profilo di potenziale gravame: quello, appunto, della violazione del mandato dal punto di vista dell'iniquità manifesta, che origina una manifesta ingiustizia ⁽²¹³⁾. Ciò posto, l'unica differenziazione tra i due arbitraggi risiederebbe nel regime di fungibilità del giudice al terzo nell'atto determinativo, prevista difatti solo per quello di equità, il cui sottostante mandato, delineando le regole e quindi i limiti del potere del terzo – la cui violazione porterà all'annullamento – guideranno altresì il giudizio rescissorio del giudicante.

La determinazione dell'arbitratore *merus* è per contro censurabile, ai sensi del comma 2 dell'art. 1349 c.c., esclusivamente se frutto di mala fede; e, come accennato, a fronte del vittorioso esperimento dell'iniziativa, cagiona necessariamente la nullità del contratto, che risulterà *tamquam non esset*, salvo accordo dei contraenti in ordine alla sostituzione del terzo.

Secondo la visione che esclude ogni rilevanza ai fini impugnatori degli elementi soggettivi, incentrando il sindacato giudiziale sulla confacenza del *dictum* del terzo alle previsioni dei contraenti e della legge, occorrerebbe dimostrare l'ingiustificabile favoritismo appannaggio delle ragioni di uno degli interessati, concretizzatosi in una determinazione chiaramente e dolosamente parziale ⁽²¹⁴⁾. Non è sufficiente pertanto una

⁽²¹³⁾ BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., p. 711, per cui il giudice non valuta un possibile *error in iudicando*, bensì l'eventuale esorbitanza del potere conferito con il mandato, del quale le regole fissate dalle parti rappresentano i limiti imposti all'arbitratore.

⁽²¹⁴⁾ Così MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 186, che nell'ottica oggettivistica propugnata ritiene altresì impugnabile l'arbitramento d'equità solo per la mancata osservanza dei criteri tecnici dettati all'uopo dalle parti. Interpreta la mala fede come consapevole favore della determinazione per le ragioni di una delle parti BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 337. Sulla rilevanza dello *status* psicologico del terzo, la giurisprudenza distingue: riconoscendola, nell'arbitraggio di mero arbitrio (attesa la fiducia riposta nella correttezza ed imparzialità del determinatore, tanto che la decisione non sarà sindacabile nel merito neppure se irragionevole, bensì solo se resa in cosciente servizio delle ragioni di una parte, a discapito di quelle dell'altra), negandola, nell'arbitraggio *boni viri*, nel quale decisivo risulta il rispetto dei criteri e delle regole predisposte dalle parti, a prescindere dall'intenzionalità o meno della violazione.

decisione anomala, inconsueta, persino consapevolmente resa, se non si provi sia stata ispirata da motivi illeciti ⁽²¹⁵⁾.

Al di là dei rimedi codificati, residua la spinosa problematica che si incentra sulla percorribilità di ulteriori gravami radicati su di altre cause vizianti l'atto di arbitramento del terzo. Nello specifico, vengono in considerazione gli eventuali vizi soggettivi della volontà dell'arbitratore, la sua incapacità naturale o legale, l'abuso o eccesso di potere, nonché l'ipotesi limite del difetto assoluto del contratto di arbitraggio ⁽²¹⁶⁾.

Taluni escludono che sia ammissibile lamentare vizi soggettivi del terzo determinatore, e perché questi può validamente decidere anche se incapace legalmente, purché abbia facoltà di intendere e volere ⁽²¹⁷⁾, e giacché il silenzio eloquente del legislatore sul punto si accompagna al rilievo che, diversamente opinando, il potere di annullamento spetterebbe (secondo regola generale) all'autore dell'atto, il quale tuttavia non avrebbe interesse a farne uso essendo estraneo alla sfera di influenza del negozio ⁽²¹⁸⁾.

Altri ancora ritengono che ipotetiche cause vizianti la *voluntas* del determinatore sarebbero contraddittorie con il fatto che questi non esprime alcun consenso e che, di conseguenza, assumerebbero rilievo solo se si riverberassero nelle patologie codicistiche della manifesta iniquità o erroneità, oppure nella mala fede inficiante l'atto ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁵⁾ Come argomenta SACCO, *il contratto*, cit., p. 135.

⁽²¹⁶⁾ Oggetto dell'attenzione della Suprema Corte in occasione delle sentenze: Cass., 26 novembre 1966, n. 2795; Cass., 3 agosto 1960, n. 2273.

⁽²¹⁷⁾ Così SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 783, e RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 201.

⁽²¹⁸⁾ Lo sottolinea SACCO, *Il contratto*, cit., p. 135.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 395, il quale reputa che l'ipotesi estrema dell'inesistenza dell'atto di arbitramento (non riconducibile al *dictum* dell'autore presunto), originata da vizi della volontà del terzo impicanti iniquità ed erroneità palese, o mala fede, potrebbe essere acclarata in un ordinario giudizio di cognizione. Concordano CATRICALA', *Arbitraggio*, cit., p. 5, e GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 112.

Ovviamente, dal canto loro, e con il conforto della maggioritaria giurisprudenza ⁽²²⁰⁾, gli assertori della negoziabilità dell'atto di arbitramento non possono che estendere l'applicazione dell'intera o di parte ⁽²²¹⁾ della disciplina apprestata dal codice per fronteggiare i vizi della volontà dell'arbitratore, osservando che proprio la previsione del gravame avverso la determinazione che si assuma viziata confermerebbe la tesi di partenza ⁽²²²⁾.

Già da tempo ⁽²²³⁾ sono inoltre rintracciabili sforzi classificatori alla ricerca di ulteriori sottospecie, frutto della combinazione delle figure tipiche di riferimento, forse animati dall'intento di limitare od estendere per ognuna di queste ulteriori ragioni di censura ⁽²²⁴⁾.

E così si è distinto l'arbitraggio *boni viri* personale ⁽²²⁵⁾, quello *boni viri* inappellabile ⁽²²⁶⁾, quello limitato ed illimitato ⁽²²⁷⁾; ed ancora quello tecnico ⁽²²⁸⁾, quello qualitativo ⁽²²⁹⁾ ed, infine, quello legale ⁽²³⁰⁾.

⁽²²⁰⁾ Vedasi le pronunce indicate alla precedente nota n. 121.

⁽²²¹⁾ E' il caso di BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 337, che, fornendo una lettura della disciplina solo parzialmente analogica, e teleologicamente orientata ed ispirata all'esigenza di tutelare le ragioni delle parti, considera cause di impugnativa l'errore, la violenza esercitata sul terzo per coartarne la determinazione a danno di una parte, l'incapacità di intendere tale da offuscare la ponderazione oggettiva del regolamento contrattuale conforme alla funzione anelata dalla parti ed, infine, la violazione delle indicazioni dettate dai contraenti.

⁽²²²⁾ Si tratta della visione di CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 209, e di VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 836;

⁽²²³⁾ A partire, tra gli Autori nostrani, da SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 57 e ss., che, rielaborando la classificazione di SCHIRMER, *Arbitrium merum und arbitrium boni viri* (in *AcP*, vol. 91, p. 136), discorreva di *arbitrium merum*, ritenuto inefficace, *arbitrium boni viri*, nella specie del generico (il cui esito può essere annullato e sostituito da altra determinazione), del personale (legato dall'*intuitus personae*, e quindi non sostituibile) e dell'inappellabile (non sostituibile né impugnabile, pure se non equo).

⁽²²⁴⁾ Così GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., p. 1209.

⁽²²⁵⁾ Del quale la fiducia riposta nell'arbitratore è connotato peculiare tanto che, nonostante sia prevista la determinazione d'equità, sarebbe preclusa la sostituzione anche da parte del giudice, con l'esito della nullità del negozio, ovvero la sua risoluzione per impossibilità sopravvenuta: cfr. VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 836; ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 334 e ss.

⁽²²⁶⁾ Figura la cui validità è negata dalla giurisprudenza che, sulla base di una petizione di principio, tende a consentirne comunque il gravame a fronte della manifesta infondatezza ed erroneità, o mala fede: tra le altre, vedansi Cass., 5 luglio 1948, n. 1056; tra le decisioni di merito, cfr. C. App. Perugia, 14 marzo 1960, *ivi*, 1961, voce *Vendita*, n. 9. Altri tuttavia contestano l'eguaglianza posto che, da una parte, potrebbe esservi un rimando al mero arbitrio di più terzi, ognuno dei quali facoltizzato a rivedere anche nel merito la decisione dell'altro (ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 334 e ss.); dall'altra, nell'ipotesi di *arbitrium merum* esiste comunque un gravame dalla portata alquanto estesa: ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 123.

7. Profili processuali.

La *legitimatio ad causam* compete ai contraenti il patto di arbitraggio, con esclusione dell'arbitratore stesso, stante l'evidente carenza di interesse ad agire di costui⁽²³¹⁾.

Questi invero, laddove intenda modificare la propria determinazione avvedendosi dell'erroneità, dell'iniquità, o recedendo dal proposito doloso di recar danno ad una delle parti, potrà sempre procedere ad una rettifica del proprio precedente *dictum*, purché le parti ne ratifichino (*rectius*: accettino) inequivocabilmente l'operato, prima del giudizio (evitandolo), oppure in costanza dello stesso, ponendovi fine in via transattiva-conciliativa. In difetto, il ravvedimento del terzo resterà privo di pregio, non potendo certo essere addotto da uno solo dei litiganti quale argomento per la cessazione della materia del contendere; a tutto voler concedere, la parte danneggiata (l'attore)

⁽²²⁷⁾ Rispettivamente caratterizzato dalla presenza o dall'assenza di indicazioni e dettami idonei a delimitare il potere decisorio del terzo, come tipicamente avviene nelle disposizioni di ultima volontà solo parzialmente rimesse all'altrui determinazione.

⁽²²⁸⁾ In cui si sottolinea l'irrilevanza della persona fisica del terzo, posti i vincoli tecnici particolarmente stringenti che egli è chiamato semplicemente a concretizzare; ne deriva che trattasi di attività prettamente accertativa, soggetta ad apprezzamento necessariamente equo, mai meramente discrezionale: SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 277. *Contra* ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 124, per cui invece non deve escludersi che anche in tale ipotesi di arbitrato residui un certo margine di discrezionalità nella forbice dell'equa determinazione, dal che l'opportunità di consentire il rimedio impugnatorio dettato per l'arbitraggio mero in quanto più efficiente.

⁽²²⁹⁾ Volto solamente ad appurare i requisiti qualitativi ed economici del bene oggetto del negozio.

⁽²³⁰⁾ Figura di cui è controversa la riconducibilità all'arbitraggio, atteso che le ipotesi esemplificative adottate sembrano ridursi piuttosto all'arbitrato, come nel caso di rimessione dell'applicabilità di una norma alla fattispecie di riferimento: SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 62.

⁽²³¹⁾ Come osserva SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 139; VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 837. *Contrario* SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 785, nell'affermare la legittimazione anche dell'arbitratore.

potrebbe allegare in causa la circostanza quale elemento probatorio od indiziario a sostegno delle proprie ragioni ⁽²³²⁾.

Se non riesce a cogliersi il fondamento dell'eventuale diritto ad agire dell'arbitratore, non altrettanto deve concludersi in ordine al di lui diritto a contraddire, nonché ad intervenire *ad adiuvandum* delle ragioni della parte convenuta ex art. 105, comma 2 c.p.c. ⁽²³³⁾. Questo, ovviamente, qualora non sia stato già direttamente convenuto in giudizio con la notifica dell'atto introduttivo per rispondere dei danni in ipotesi cagionati ⁽²³⁴⁾; notifica che, comunque, si ritiene debba a lui effettuarsi per renderlo edotto della pendenza giudiziaria ⁽²³⁵⁾.

Neppure di scuola è l'evenienza che il terzo venga chiamato in causa su istanza della parte ai sensi dell'art. 106 c.p.c., ovvero ancora *iussu iudicis* (art. 107 c.p.c.), prospettandosi ⁽²³⁶⁾ la comunanza di causa per la connessione del rapporto che fa capo al terzo, sotto i profili della domanda del *petitum* e della *causa petendi*, congiuntamente o alternativamente, ovvero in ragione dell'interesse concreto a che il chiamato partecipi al processo ⁽²³⁷⁾; oppure ancora dacché si intende venire manlevati e garantiti in tutto o in

⁽²³²⁾ Sostenendo cioè che, se lo stesso arbitratore ha rettificato la decisione dallo stesso resa, attenuandone od eliminando la portata pregiudizievole nei propri confronti, deve inferirsi che l'atto in questione merita d'essere annullato.

⁽²³³⁾ Particolarmente evidente laddove la pronuncia di annullamento sia domandata per ragioni che possano determinare azioni di rivalsa nei propri confronti, per i danni causati dalla propria attività.

⁽²³⁴⁾ DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., p. 201.

⁽²³⁵⁾ ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 156, sottolinea l'adempimento necessario anche al fine di manifestare al terzo la volontà di recedere dal patto di arbitrato. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 198, ritiene debba citarsi in giudizio anche l'arbitratore.

⁽²³⁶⁾ La comunanza di cause non deve risultare effettivamente, e previamente essere valutata e/o riscontrata dal giudice (se non sotto il profilo dell'opportunità di autorizzarla), bastando che l'istante la prospetti: Cass., Sez. Lav., 30 ottobre 1981, n. 5736. Circa l'inimpugnabilità ed insindacabilità in punto di legittimità dell'ordinanza che autorizza, secondo una piena ed esclusiva discrezionalità, la chiamata da parte del giudice di merito, neppure per mezzo del regolamento di competenza, trattandosi di provvedimento processuale non decisorio inerente la regolarità del contraddittorio o la mera opportunità della partecipazione del terzo nel giudizio: cfr. Cass., 24 maggio 2000, n. 6785; ed in precedenza, Cass., 29 marzo 1993, n. 3759.

⁽²³⁷⁾ La comunanza di causa, che deriva dall'opportunità della partecipazione al giudizio, e dalla connessione del rapporto ricondotto al terzo sotto l'ambito di *causa petendi* e *petitum* (che si ricordi non deve riguardare per forza contemporaneamente i due profili: così Cass., 13 gennaio 1987, n. 143), emerge

parte dagli eventuali effetti pregiudizievoli dell'emananda sentenza di annullamento della determinazione ⁽²³⁸⁾.

Nulla quaestio poi circa la legittimazione passiva dell'altro contraente il patto di arbitraggio, interessato alla conservazione dell'efficacia dell'atto impugnato ⁽²³⁹⁾, ed in ogni caso destinatario degli effetti che il giudicato dispiegherà sul contratto di cui è parte.

L'oggetto del giudizio si incentra nell'accertamento della sussistenza dei vizi di legge ⁽²⁴⁰⁾, dei quali si è in precedenza dato conto, inficianti il *dictum* dell'arbitratore, al fine di ottenerne la caducazione.

Il negozio contenente il patto di arbitrato, pertanto, sarà sottoposto al vaglio del giudice nella misura in cui possa agevolare ed indirizzare la correttezza della

lampante laddove l'atto di arbitrato mero sia impugnato per mala fede, ritenendolo alimentato dalla collusione del terzo con la controparte. In tale ipotesi, il contratto d'opera intellettuale o il mandato conferito al terzo chiamato risulta connesso con il contratto (o la sua clausola) contenente il patto di arbitraggio sul quale la sentenza influirà; inoltre, è chiara la convenienza, in termini di economia processuale e necessità di evitare possibile contrasto di giudicati, che il terzo partecipi all'accertamento giudiziale della propria mala fede, frutto della collusione con il contraente convenuto. Gli esempi riportati, ove effettivamente verificatisi, indicando una evidente comunanza di causa, presupposto tanto della chiamata per istanza di parte, quanto per ordine del giudice, dovrebbero suggerire a questi di autorizzare l'istanza di chiamata dell'arbitratore pur non ricorrendo una situazione di litisconsorzio necessario di natura sostanziale (rispetto a cui la comunanza di causa è definibile quale *minus*: Cass., 13 aprile 1987, n. 3667).

⁽²³⁸⁾ Non è da escludere a priori il ricorrere della garanzia c.d. propria, per la coincidenza o connessione obbiettiva dei titoli delle cause, rispettivamente correnti tra le parti, e tra una parte e l'arbitratore (o l'unicità del fatto generatore della responsabilità per gli eventuali danni configurata con la domanda di annullamento): si ipotizzi ancora che una parte agisca per annullare una determinazione che sia tacciata d'essere resa in mala fede, per la collusione con la controparte, di cui si chiede altresì la condanna per i danni cagionati; e che il convenuto si difenda, in tesi principale o in subordine, assumendo di aver subito pressioni dall'arbitratore – assimilabili a quelle che connotano il delitto di concussione (art. 317 c.p.) – al fine di dargli o promettergli una qualche utilità in cambio di un *dictum* a lui favorevole. Il convenuto, aspirando a che sia addebitato all'arbitratore l'obbligo del risarcimento dei danni *ex adverso* richiesti, chiederà al giudice di accertare il fatto lamentato generatore della responsabilità del terzo, con evidenza identico, o connesso, oppure ancora astretto da vincolo di pregiudizialità-dipendenza, con quello posto dall'attore a fondamento della domanda di annullamento.

⁽²³⁹⁾ L'ipotesi che vede il convenuto resistere all'altrui domanda sembra destinata a verificarsi sempre, posto che non si comprende il motivo per cui, intendendo invece accedere alla pretesa di annullamento, quegli dovrebbe attendere il promuovimento della domanda e/o contraddirvi sino alla sentenza, risultando più conveniente economicamente transigere o conciliare preventivamente o quantomeno in corso di causa.

⁽²⁴⁰⁾ Come rilevato in precedenza, i vizi del processo formativo della volontà dell'arbitratore, come l'inosservanza delle prescrizioni imposte dalle parti e dal senso comune proprio del *bonus vir*, inficiano la validità dell'atto impugnato solo se ne originano la manifesta erroneità o iniquità, o se implicano la mala fede dell'autore dell'atto.

decisione, atteso che solo contestualizzando la determinazione nell'ambito dell'assetto regolamentare del negozio, così come originariamente impostato dai contraenti, potrà pervenirsi ad una sentenza giusta in ordine all'esistenza del vizio lamentato ⁽²⁴¹⁾.

L'atto introduttivo del giudizio in parola, di cognizione ordinaria contenziosa, deve assumere la forma della citazione ⁽²⁴²⁾, da proporsi nei termini ordinari di prescrizione ⁽²⁴³⁾, ed osservando i precetti generali o, se esistenti, speciali (relativi alla materia del contendere) di cui al codice di rito, per quanto concerne l'individuazione della competenza, ed ogni altro aspetto processuale.

La domanda può compendiare altresì il particolare ma non necessario *petitum* immediato, condizionato all'accoglimento del richiesto annullamento, consistente nell'emanazione di altra determinazione da parte del giudice in sostituzione della precedente, sempre che si verta nell'ambito di un arbitraggio d'equità ⁽²⁴⁴⁾.

Qualora per contro, una o entrambe le parti congiuntamente si rivolgano alla giustizia togata solo al fine di ottenere una determinazione in luogo di quella del terzo, giacché mancante – secondo la previsione della prima parte del secondo periodo, 1° comma, dell'art. 1349 c.c. – sembra corretto affermare che la forma della domanda debba assumere del ricorso da notificare alle altre parti, vertendosi in ambito di

⁽²⁴¹⁾ Il negozio di riferimento è destinato a subire di riflesso gli effetti della sentenza, indirettamente, posto che l'accoglimento della domanda comportante l'annullamento dell'atto di arbitrato riporterà a livello di indeterminatezza l'oggetto dello stesso: così ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 140. Per DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., p. 201, e CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 236, l'oggetto mediato del processo sarebbe proprio il contratto con clausola di arbitraggio, il quale, in esito all'annullamento, ritornerebbe in tutto o in parte inefficace, per la porzione rimessa all'altrui determinazione.

⁽²⁴²⁾ Così VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 838; REDENTI, cit., p. 488.

⁽²⁴³⁾ Laddove la *causa petendi* sia individuata nell'erroneità ed iniquità, o mala fede; coincidente, nell'ultima delle ipotesi, qualora sussista una fattispecie di reato, con quello di prescrizione dello stesso. Invece, termini differenti sono configurabili per cause di annullamento quali l'incapacità, come indica SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio ed arbitraggio*, cit., p. 72.

⁽²⁴⁴⁾ CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., pp. 239-240.

volontaria giurisdizione ⁽²⁴⁵⁾, con l'osservanza della disciplina apprestata per i procedimenti in camera di consiglio dagli artt. 737 e ss. c.p.c. ⁽²⁴⁶⁾.

In difetto di una specifica normativa per la giurisdizione volontaria nella materia *de quo* ⁽²⁴⁷⁾, e muovendo attraverso l'applicazione dei principi generali, la competenza per materia si radica in capo al Tribunale quale ufficio giudiziario deputato, ai sensi dell'art. 9 c.p.c., a decidere le controversie di valore indeterminato, quale certamente è quella in esame, che tende appunto a stabilire il valore dell'oggetto contrattuale.

Il foro territorialmente competente può individuarsi ⁽²⁴⁸⁾ sulla base di un discorso articolato nei seguenti termini, tenendo in considerazione le varie evenienze prospettabili: in prima battuta, qualora vi sia ricorso congiunto, i ricorrenti possono scegliere liberamente il giudice da investire del procedimento, derogando a quelle competenze che consentano ciò ⁽²⁴⁹⁾.

⁽²⁴⁵⁾ Ritenuti manifestazione di attività *sui generis*, non propriamente giurisdizionale, né amministrativa, il cui esito è un provvedimento privo dell'efficacia e dei contorni peculiari di quello giurisdizionale: così FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova, 1953, p. 25 e ss.; A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Napoli, 1979, *passim*.

⁽²⁴⁶⁾ ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 155 e ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 240 e ss.

⁽²⁴⁷⁾ Invece dettata in tema di fissazione del prezzo della compravendita (art. 82 disp. att. cod. civ., in relazione con l'art. 1473 c.c.). E' stata suggerita (BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 332 e ss.) l'applicazione dell'anzidetta normativa per via analogica, nei limiti della compatibilità, alla determinazione giudiziale anche negli altri contratti: la competenza sarebbe, così opinando, del Tribunale del luogo in cui deve eseguirsi la consegna ex art. 1510 c.c. – salvo che sia pendente il giudizio impugnatorio –, e sulla domanda provvederebbe il Presidente con decreto reclamabile al primo presidente della Corte d'Appello entro dieci giorni dalla notificazione. Al riguardo si ritiene di dover obiettare l'opportunità di non accedere ad estensioni analogiche che, partendo da una disciplina speciale di un singolo tipo contrattuale, tendano a dedurre una disciplina generalmente valida per tutti i contratti (pur facendo salva la compatibilità). Sembra invece più corretto applicare la disciplina di rito generale al fine di trarre soluzione relativa a profili quali i presupposti processuali, il tipo di provvedimento terminale ed i mezzi per gravare lo stesso.

⁽²⁴⁸⁾ Fatte salve le competenze per territorio inderogabili ex art. 28 c.p.c. Si ricordi che in giurisprudenza è reputato ammissibile, avverso la pronuncia di incompetenza territoriale inderogabile del giudice adito, il solo regolamento di competenza ex officio, ai sensi dell'art. 45 c.p.c. (quale incidente procedimentale), restando precluso quello a richiesta di parte, che si attegga a strumento di gravame: Così Cass., 19 febbraio 1987, n. 1789.

⁽²⁴⁹⁾ Come previsto dall'art. 28 c.p.c. che sancisce il principio della disponibilità nella determinazione del foro competente per territorio, eccettuate talune tipologie di liti, alcune indicate esplicitamente (ad es. il foro erariale ex art. 25 c.p.c.), altre mediante rinvio, e tra queste anche i procedimenti camerati di cui agli artt. 737 e ss., dovendosi leggere la clausola di esclusione, tuttavia, come limitata ai procedimenti relativi alle materie positivamente contemplate (ad es., stato, famiglia e successioni); a sua volta l'art. 737 c.p.c.

Ancora, nel caso di ricorso inoltrato da una sola parte, si potrà optare a scelta per i vari fori alternativi previsti: il foro generale delle persone fisiche, da individuarsi, ai sensi dell'art. 18 c.p.c., in quello del luogo di residenza o domicilio (o, se sconosciuti, dimora) del convenuto, intendendo costui come l'altro contraente del negozio da completare ⁽²⁵⁰⁾; il foro speciale e facoltativo del luogo di conclusione o prevista esecuzione del contratto ⁽²⁵¹⁾; il *forum rei sitae* ex art. 21 c.p.c. ⁽²⁵²⁾.

si limita a stabilire che il provvedimento di volontaria giurisdizione viene emesso a seguito del ricorso presentato al giudice competente, dal che si giustifica il rinvio alle disposizioni comuni di cui agli artt. 18 e ss. del codice di rito per colmare la lacuna di disciplina per le cause relative alle materie non espressamente indicate. A ben vedere peraltro, le ipotesi in cui potrebbe ricorrere una competenza per territorio inderogabile sono, per il giudizio in esame, assai improbabili.

⁽²⁵⁰⁾ Ritiene invece CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 242, che il principio generale in parola consenta di rivolgersi al giudice del luogo in cui l'interessato ha domicilio, intendendo per "interessato" colui che ricorre (come si pensa di interpretare leggendo, alla p. 243 dell'op. cit., "A seguito del ricorso della parte interessata"). L'A. giustifica l'assunto in coerenza con la premessa abbracciata, secondo cui il procedimento, di natura giurisdizionale non contenziosa, non implica l'instaurazione del contraddittorio, che potrà conseguire eventualmente solo se il giudice investito del ricorso ne disporrà, ritenendolo opportuno, la notifica all'altro contraente. Sembra francamente più convincente la diversa argomentazione per cui il ricorso debba di forza, a pena di improcedibilità, essere notificato all'altra parte, proprio perché questa è sempre controinteressata in quanto destinata a subire i riflessi della determinazione resa dal giudice in surroga di quella annullata (o mancante), e quale parte vincolata al contratto il cui oggetto ne sarà così completato. Inoltre, la non contenziosità del procedimento, intesa come mera assenza di conflittualità di avverse pretese e ragioni, ed il carattere parzialmente vincolato del *dictum* del giudice – che sarà sempre tenuto, come si dirà, al rispetto dei criteri dettati dalle parti, così come avrebbe dovuto fare il terzo – non deve indurre frettolosamente a tagliare fuori l'altra parte, per ciò sola, da un procedimento nel quale potrebbe recare un utile contributo. In particolare, cooperando alla formazione del convincimento del giudice circa la determinazione da adottare, illustrando le proprie ragioni in merito ai parametri indicati nel negozio, ed indicandone la giusta (a proprio dire) lettura, della quale vi sarà traccia nella motivazione del decreto, come imposta dall'art. 737 c.p.c. Per non parlare del fatto che altrimenti il contraente ricorrente che ottenesse una determinazione a lui non gradita, avrebbe la possibilità di coltivare a suo piacimento, e senza contraddittorio, tutti i rimedi ancora esperibili (dei quali si darà conto poco avanti), istando per la modifica o revoca, o reclamando il provvedimento, per ottenerne uno più favorevole. In definitiva, non pare davvero dubitabile la necessità di garantire alla parte non ricorrente il diritto di partecipare al procedimento, ricorrendovi molteplici esigenze di principio, equità, giustizia e correttezza procedimentale; senza che possa invocarsi tra l'altro la sola giustificazione che la parte non notiziata del procedimento ha comunque la facoltà di impugnare la determinazione finale del giudice, se a propria volta manifestamente iniqua o erronea, in quanto provvedimento di giurisdizione volontaria e come tale annullabile in via di incidente decisionale adottato nel corso di un contenzioso promosso per caducare gli effetti vincolanti del negozio completato: cfr., sul punto dell'efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria, CHIOVENDA, *Istituzione di diritto processuale civile*, II, cit., p. 15; FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 500 e ss. E ciò giacché, con estrema probabilità, proprio la partecipazione dell'altro contraente al procedimento camerale potrebbe contribuire a che il giudice renda una decisione più equilibrata, pertinente e corretta, in rapporto ai criteri illustrati dalle parti; oltre a fungere da disincentivo per la parte non ricorrente, ma perlomeno notiziata del giudizio, dal coltivare il gravame cognitorio di impugnazione, giacché sarà più naturale accettare o quantomeno rassegnarsi ad una determinazione (anche se opinabile) fornita all'esito di procedimento di cui si è preso parte (ed al quale si

Il giudice adito pronuncerà il provvedimento in camera di consiglio, osservando il *modus procedendi* di cui agli artt. 737 e ss. del codice di rito, e pronunciandosi con un decreto motivato ⁽²⁵³⁾.

La decisione del giudice è innanzitutto reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c. ⁽²⁵⁴⁾, oltre che modificabile e revocabile ex art. 742 c.p.c. ⁽²⁵⁵⁾.

percepisce a ragione di dover essere messo in condizione di prendere parte) in luogo di un'altra per contro frutto di un procedimento a cui è rimasto estraneo poiché a lui taciuto, ma che sulle proprie ragioni tanto incide. Il tutto con evidente risparmio anche in termini di economia processuale.

⁽²⁵¹⁾ L'art. 20 c.p.c., che prevede il *forum contractus* e *destinatae solutionis*, troverà applicazione in via diretta e non analogica in forza dell'art. 82 disp. att. cod. civ., come invece ritiene possa avvenire CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 242 e ss.

⁽²⁵²⁾ Qualora la determinazione sollecitata al giudice inerisca un contratto avente ad oggetto beni immobili (in tal caso il foro è ritenuto esclusivo, ma derogabile ma solo per accordo delle parti, di talché a fronte di ricorso da una parte questa dovrà rivolgersi al giudice del luogo in cui è sito l'immobile), oppure incida su di un rapporto locatizio e di comodato di immobili ed affitto di aziende (foro da ritenersi inderogabile). In particolare occorre precisare secondo la giurisprudenza ai fini dell'operatività del disposto è necessario vi sia non una qualunque relazione giuridica tra ricorso e immobile, bensì una connessione logica e giuridica con un diritto reale immobiliare, implicante l'accertamento positivo o negativo o il *quomodo* di costituzione del diritto stesso o delle posizioni soggettive che ne derivano. In tema di arbitraggio, potrebbe addursi l'esempio di una compravendita di un immobile da determinarsi tra alcuni di proprietà della venditrice società costruttrice, in quello che abbia, previa stima da eseguirsi in base a taluni criteri estimativi, un valore corrispondente al corrispettivo indicato dai contraenti. Invece, ove il ricorso abbia ad oggetto le obbligazioni nascenti da un accordo da cui sia già sorto il diritto reale, la competenza dovrà individuarsi in forza dei fori concorrenti degli artt. 18 e 20 c.p.c.: così Cass., n. 26 novembre 1998, n. 11976.

⁽²⁵³⁾ Salvo diversa esplicita previsione di legge: così BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 332 e ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 155. Per CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 243, si avrà determinazione per decreto qualora il giudice non ritenga opportuno integrare il contraddittorio e la legge non preveda tale forma, diversamente si avrà un'ordinanza.

⁽²⁵⁴⁾ Dunque, con ricorso alla Corte d'Appello da proporsi entro il termine perentorio di dieci giorni, dalla notificazione di esso se entrambi i contraenti hanno preso parte al procedimento (partecipazione qui proposta come necessitata), oppure dalla sua comunicazione (se si ritiene ammissibile che il ricorso depositato da una sola parte non venga notificato).

⁽²⁵⁵⁾ Per revoca s'intende il ritiro del provvedimento per motivi di legittimità o di merito; per modifica invece la revoca parziale e l'integrazione del provvedimento. La legittimazione a presentare istanza spetta a tutti coloro che potevano promuovere il procedimento, quindi, in ipotesi, anche al contraente non ricorrente verso il quale non sia stato integrato il contraddittorio e che abbia avuto conoscenza successivamente del procedimento. La revocabilità e modificabilità del provvedimento ne implica la inidoneità ad acquisire autorità di giudicato, sicché avverso lo stesso non è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., con i limiti di cui all'art. 739 c.p.c. (Cass., 20 febbraio 1992, n. 2085). In pendenza di termine per il reclamo i vizi di legittimità del provvedimento possono farsi valere solo con lo specifico mezzo di impugnazione. Scaduti i termini per il reclamo, qualcuno ritiene che alle parti del procedimento camerale sia impedito proporre l'*actio nullitatis* per far valere quei vizi con un'autonoma azione di cognizione; e ciò perché si ammetterebbe che una giurisdizione contenziosa possa censurare la violazione di una norma avvenuta in sede di giurisdizione non contenziosa. Altri invece ammettono l'azione di nullità avverso il provvedimento non idoneo a divenire giudicato anche se è trascorso il termine per il reclamo o se questo, basato sugli stessi motivi, sia stato rigettato; conclusione sostenuta in virtù del rilievo che la regola di conversione delle cause di nullità in motivi di gravame varrebbe solo per le pronunce aventi forza di

I mezzi di gravame non si esauriscono tuttavia qui, posto che, come osservato in precedenza, il provvedimento di giurisdizione volontaria è sempre annullabile per mezzo di un giudizio ordinario di cognizione, anche in via incidentale qualora vi sia urgenza di sospenderne gli effetti ⁽²⁵⁶⁾.

Al riguardo occorre evidenziare come possa anche accadere che una parte domandi al giudice, con atto di citazione, non solo di rendere la determinazione mancante o annullata, ma anche di condannare la controparte all'adempimento; in tal caso il giudice provvederà a statuire in merito ad entrambe le domande, integrando la parte mancante del contratto e, compiuta la dovuta indagine interpretativa circa gli effetti conseguenti allo stesso una volta completato, a condannare o meno all'adempimento ⁽²⁵⁷⁾.

Una precisazione si impone: qualora sia stato richiesto, in uno, tanto l'annullamento della determinazione quanto la sua sostituzione da parte del giudicante, la pronuncia assumerà sempre struttura formale di sentenza per il complesso delle domande, venendo resa all'esito di un giudizio di ordinaria cognizione.

Si è difatti in proposito osservato che, nonostante la duplice natura di atto dispositivo di volontaria giurisdizione quanto al profilo della determinazione, e di atto di normale giurisdizione contenziosa quanto alla parte dell'annullamento a causa della iniquità od erroneità, il soggetto eventualmente non soddisfatto della determinazione del terzo non potrebbe comunque chiedere una nuova determinazione con le forme previste

giudicato. Quindi, la non reclamabilità del provvedimento non ostacola né la revoca né la modifica, o ancora l'esercizio di autonoma azione, peraltro preclusi in pendenza del termine del reclamo. Si è inoltre giustamente affermato che la pronuncia sul reclamo è a sua volta revocabile solo sulla base di motivi sopravvenuti. Quanto alla competenza, la revoca del provvedimento non impugnato spetta al giudice di primo grado, quella del provvedimento gravato (anche se non riformato) spetta invece al giudice di secondo grado.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. *supra* ultima parte della nota n. 156.

⁽²⁵⁷⁾ Si veda in giurisprudenza Cass., 5 agosto 1983, n. 5272, che giustifica il contenuto della pronuncia giudiziale in ragione del principio di economia processuale.

per i provvedimenti camerale, dovendo ricorrere al normale strumento della citazione in appello ⁽²⁵⁸⁾.

L'assunto viene giustificato in ragione della diversa funzione esplicata dal giudice che si conclude in una sentenza ritenuta di natura determinativa, peraltro non senza forti critiche ⁽²⁵⁹⁾.

Infine, deve ricordarsi che l'accertamento della sussistenza delle cause di annullamento della determinazione dell'arbitratore, rimesso al prudente apprezzamento del giudice, laddove risulti sorretto da congrua e sufficiente motivazione, ed immune da vizi di logica e di diritto, non è censurabile dinanzi alla Suprema Corte ⁽²⁶⁰⁾.

8. Gli effetti della pronuncia, i vincoli per il giudice e la censura della determinazione "togata".

Non vi è uniformità di vedute neppure in ordine all'efficacia dispiegata dal provvedimento di annullamento della determinazione del terzo.

⁽²⁵⁸⁾ Così SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio ed arbitraggio*, cit., p. 75, che giustifica ciò, per "una sorta di *vis attractiva* sulla seconda parte del provvedimento, che deve essere impugnato con i mezzi previsti per le sentenze". Confermano la forza attrattiva del primo capo della pronuncia anche ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 321 e ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 134 e ss. Con riguardo all'inserimento anche di una sentenza nel regolamento contrattuale, come "fatto", si veda C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 209 e ss. e p. 237 e ss.

⁽²⁵⁹⁾ Ammettono l'esistenza della categoria della sentenza determinativa GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 218; VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 837; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 394. Con particolare riguardo poi all'arbitraggio, cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 99 e ss. Contrario alla configurazione della suddetta tipologia di sentenza GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 56; si veda pure RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, p. 323 e ss. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 141, invece, ritiene la sentenza di natura dichiarativa, ricostruendo come tale l'attività espletata dall'arbitratore, e così pure quella, in sua sostituzione, prestata dal giudice.

⁽²⁶⁰⁾ In tal senso Cass., 7 dicembre 1968, n. 3922; Cass., 12 giugno 1963, n. 1598.

Infatti, mentre taluni discorrono di annullabilità ⁽²⁶¹⁾, altri si rifanno alla più radicale sanzione della nullità, giustificata dalla natura di atto giuridico in senso stretto da attribuirsi al *dictum* dell'arbitratore ⁽²⁶²⁾.

Per il vero molteplici indici spingono a ritenere che si tratti di un tipico giudizio di annullamento negoziale: innanzitutto la legittimazione alla domanda come detto riservata solo alle parti contraenti.

Ove tale dato da solo non si reputi dirimente, adducendo in contrario le non rare ipotesi di nullità relativa ⁽²⁶³⁾, giova evidenziare anche la non rilevabilità *ex officio* del vizio lamentato dalla parte ⁽²⁶⁴⁾ e, non ultima, la natura certamente accertativo-costitutiva della pronuncia ⁽²⁶⁵⁾ che, una volta consolidatasi in giudicato – previa verifica della sussistenza dei vizi, caducazione della determinazione ed eventuale emissione di quella sostitutiva giudiziale – incide sull'assetto regolamentare tra le parti che si consolida come se fosse totale emanazione della loro diretta volontà.

La sentenza (o il decreto) può contenere un profilo di natura giurisdizionale volontaria solo qualora la o le parti lo richiedono; e, comunque, solo laddove non si verte

⁽²⁶¹⁾ Così CARRESI, *Il contratto*, cit., I, p. 209; DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., p. 201. Per ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 139, si tratterebbe di un'azione di annullamento *sui generis* per coloro che vedono nell'atto di arbitrato un atto non negoziale. Anche SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 394, intravedendo nell'arbitrato un atto giuridico del tutto peculiare, non pensa sia estensibile ad esso la disciplina vera e propria dell'annullabilità negoziale.

⁽²⁶²⁾ BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 337, con la precisazione che i contraenti potrebbero tuttavia accettare anche tacitamente la determinazione nulla adempiendo le obbligazioni rispettive che ne derivano.

⁽²⁶³⁾ La categoria della nullità relativa, altresì definita "di protezione", si rintraccia specialmente nel campo della disciplina di favore apprestata ad esempio dal cd. Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 33, 36, 38) a tutela della parte contraente debole, consumatore non professionista, la quale è facoltizzata a chiedere ed ottenere, ma anche ad ottenere senza chiedere, la declaratoria di nullità delle clausole particolarmente gravose e quindi vessatorie, talune presunte tali in assoluto, altre invece presunte tali solo fino a prova contraria da parte del convenuto predisponente, chiamato a dimostrare l'avvenuta specifica contrattazione sul punto.

⁽²⁶⁴⁾ Sembra persino superfluo precisare che il giudice non potrebbe rendere la determinazione di propria iniziativa, dopo aver annullato la precedente, poiché ciò gli sarebbe evidentemente precluso dal divieto di ultrapetizione. Sulla stessa linea VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 837, nota n.5.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 239; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 394.

in arbitrato mero, atteso che il comma 2 dell'art. 1349 c.c. consente esclusivamente la neutralizzazione dell'atto di arbitrato inficiato dalla *mala fides* del terzo, sancendo la radicale nullità dell'intero negozio contenente il patto di arbitraggio, in difetto di diverso accordo raggiunto dalle parti in ordine alla sostituzione dell'arbitratore (conseguenza analoga a quella della mancanza definitiva di determinazione ⁽²⁶⁶⁾).

Nulla esclude che la determinazione frutto della decisione togata sia essa stessa viziata; valgono al riguardo tutte le considerazioni già svolte rispetto alla patologia di quella proveniente dal terzo, giacché il giudicante deve ritenersi vincolato all'osservanza degli stessi criteri, ed investito degli stessi poteri, dettati dalle parti nel negozio. E' infatti coerente opinare che, se il *dictum* del terzo può venire caducato per aver violato il contratto sottostante, analoga sorte deve toccare a quello del giudice, se anch'esso parimenti viziato.

Per porre rimedio a tale evenienza il contraente insoddisfatto può proporre citazione in appello avverso il provvedimento che abbia forma di sentenza ⁽²⁶⁷⁾, oppure ancora atto di citazione avverso il decreto reso all'esito del procedimento camerale intrapreso per la sola sostituzione della decisione dell'arbitro mancante ⁽²⁶⁸⁾.

L'impugnativa rappresenta un'applicazione del principio della conversione delle cause di nullità (i vizi della pronuncia del giudice) in motivi di impugnazione, con il risultato che la statuizione gravata può censurarsi, oltre che sotto il profilo dei vizi

⁽²⁶⁶⁾ Mancanza che comporta il consolidarsi della indeterminatezza dell'oggetto del contratto (prima ancora determinabile) e pertanto la nullità ex artt. 1418, co. 2 e 1346 c.c., per irrimediabile carenza di un elemento essenziale: così VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 837. La *ratio* dell'infungibilità della determinazione giudiziale nel campo dell'*arbitrium merum* è ovviamente quella di salvaguardare, anche pagando l'aggio della nullità del contratto, l'affidamento riposto dalle parti nell'*intuitus personae* dell'arbitratore.

⁽²⁶⁷⁾ Per aver insieme annullato la determinazione viziata e reso quella in sostituzione, o semplicemente perché sia stata scelta, come possibile, la via del giudizio di ordinaria cognizione (anziché il procedimento camerale) per ottenere la determinazione solamente mancante.

⁽²⁶⁸⁾ Perché già annullato o semplicemente non reso dall'arbitratore, che non ha voluto o potuto farlo. E ciò anche se già oggetto di reclamo, modifica o revoca, come visto in precedenza.

propriamente determinativi, altresì sotto quelli prettamente processuali spendibili contro ogni provvedimento giurisdizionale ⁽²⁶⁹⁾.

9. Il biancosegno.

La figura atipica che ora si va a trattare viene tradizionalmente ritenuta una particolare specie di arbitraggio oppure di arbitrato irrituale, il cui carattere tipico risiede nel fatto che la determinazione, ovvero il giudizio del terzo, espresso in conseguenza del c.d. patto di riempimento, si attegga formalmente ad oggetto diretto della volontà dei contraenti, anziché risultare derivazione *per relationem* del fatto giuridico consistente nella decisione di altri ⁽²⁷⁰⁾.

In sostanza il fenomeno riconduce a tutte quelle ipotesi in cui le parti affidano al terzo o il compito di completare un elemento mancante del negozio, o di dirimere una lite rispondendo ai quesiti all'uopo formulati. In entrambi i casi apponendo, prima della consegna al terzo, le sottoscrizioni con cui fanno proprio l'intero complesso del dichiarato ⁽²⁷¹⁾. Con la conseguenza che, in virtù del principio dell'apparenza, gli effetti dell'intero

⁽²⁶⁹⁾ In tal senso GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., p. 1213. DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., p. 202.

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 112. La giurisprudenza predilige la visione di *species* dell'arbitrato irrituale, derivante dall'incarico conferito al riempitore di conformare l'assetto di interessi e darvi forma come accordo di composizione della lite; la relativa accettazione è preventiva mediante la firma in bianco, che attribuisce alla loro diretta volontà il la paternità del *decisum*; ovvia conseguenza è che i rimedi d'impugnazione ammissibili saranno solo quelli inerenti i vizi propri della volontà negoziale, ritenuti, nell'orientamento *ante riforma* arbitrale del 2006, ed in attesa dei primi pronunciamenti al riguardo, gli unici spendibili contro il lodo libero. Con la precisazione che l'errore, in particolare, è rilevante solo se abbia influenzato la formazione della volontà degli arbitri: Così Cass., 8 agosto 1990, n. 8010; ancora, Cass., 21 febbraio 1980, n. 1238.

⁽²⁷¹⁾ Per GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 77, nota n. 54, il biancosegno è un arbitrato irrituale che può assumere triplice fenomenologia: il compito di riempire il foglio già sottoscritto in bianco, individuando l'elemento di un contratto già verbalmente concluso; l'incarico di accertare lo *status* di un rapporto tra le parti oggetto di controversia; il compito di dare forma al contenuto dell'accordo perfezionato verbalmente dinanzi a lui come terzo e testimone. Si veda anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1, cit., p. 54 e ss.

documento saranno da attribuirsi ai sottoscrittori, giacché questi soli lo hanno firmato e, pertanto, voluto ⁽²⁷²⁾.

A differenza dell'arbitraggio tuttavia, e proprio in ragione della natura atipica ed ibrida del fenomeno che ne esige una maggiore duttilità (senza la quale non avrebbe ragion d'essere) deve ammettersi che il contributo del riempitore possa attenere anche un elemento non oggettuale del negozio.

Tuttavia è stata prospettata, per converso, la necessità di discernere la paternità delle dichiarazioni di volontà – a prescindere dalla unicità del documento, l'una imputabile ai contraenti, l'altra al terzo – al fine di individuare le differenti modalità di impugnazione avverso ciascuna. In tale ottica pertanto il biancosegno viene interpretato come ipotesi peculiare di arbitraggio, connotata dalla autorizzazione al completamento dell'accordo già raggiunto, che prende così forma di un contratto solo in parte creato da un terzo, e sottoscritto in anticipo dai contraenti; ne deriva che la disciplina da applicare in punto di gravame rimane quella dell'arbitraggio già analizzata ⁽²⁷³⁾.

⁽²⁷²⁾ BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 296 e ss., che fa salva l'ipotesi in cui una delle parti fosse consapevole (o dovesse esserlo) dell'abusivo riempimento contro la volontà o all'insaputa dell'altro firmatario.

⁽²⁷³⁾ In tale direzione SACCO, *Il contratto*, cit., p. 129, per il quale gli effetti della dichiarazione tramite biancosegno costituiscono applicazione di una regola generale modellata ad un caso speciale, con opportuni adattamenti, in considerazione della non assolutezza del principio della personalità della dichiarazione ed in favore di una ratifica "a priori" della dichiarazione altrui. Così anche BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 297, che vede nella firma di autorizzazione al riempimento l'espressione della volontà di far proprio il contenuto dell'intero documento. Contrario CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 135, il quale reputa invece che la sottoscrizione in bianco sia una "non dichiarazione". Osserva dal canto suo SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., pp. 63 e 117 che, pur essendo il fenomeno generalmente riconducibile all'arbitraggio, le analogie sono soltanto apparenti e limitate alla mancanza di un elemento della dichiarazione ed al completamento operato dal terzo, posto che in realtà nell'arbitraggio la determinazione ha funzione di accertamento, nel biancosegno costitutiva. Ancora ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 66 che interpreta l'istituto come una *species* di arbitraggio con particolare modalità di esecuzione e forma di conferimento dei poteri di riempimento, nel quale si verifica comunque il meccanismo della *relatio*; con l'unica differenza che nell'arbitraggio la duplicità dei documenti (l'uno, il contratto con la clausola di arbitraggio delle parti, l'altro l'atto di arbitramento del terzo) rende più agevole distinguere la diversa provenienza delle dichiarazioni, più difficoltosa a fronte dell'unicità documentale che connota il biancosegno. Ne deriva che anche nel biancosegno le parti possono esperire i mezzi di tutela propri dell'arbitraggio avverso il *dictum* del terzo, una volta scorporato dal resto del negozio.

Detta conclusione viene suffragata indagando gli effetti sul piano processuale derivanti dalla firma apposta al foglio in bianco che, ben lungi dal rappresentare appropriazione per il futuro del determinato contenuto, *illo tempore*, costituisce in realtà una prova dell'appropriazione e della paternità del documento che, qualora non rispondente alla realtà, sposta l'onere della prova a carico del formale (ma non genuino) sottoscrittore (²⁷⁴). Si ha in definitiva un effetto non molto dissimile dell'astrazione processuale tipica dei titoli di credito, nei quali la firma di traente e di girata fa supporre sino a prova contraria, ed in vantaggio del creditore che agisce, l'esistenza del rapporto obbligatorio sottostante, e la sua riconducibilità al firmatario come obbligato principale, ai giranti come obbligati in regresso (²⁷⁵).

10. I rimedi avverso la determinazione di riempimento viziata.

Posti brevi cenni sostanziali circa l'istituto atipico in parola, si deve affrontare il regime di attaccabilità cui soggiace il *dictum* di riempimento espresso dal terzo.

In realtà le soluzioni prospettabili risentono come sempre dell'impostazione di partenza in ordine alla sostanza del fenomeno che si ritenga di prediligere.

Secondo una lettura da ritenersi eccessivamente formalistica, guardando al modo in cui si appalesa, il biancosegno costituisce scrittura privata che, in forza dell'art. 2702 c.c., riveste pieno valore riguardo la paternità conferibile al sottoscrittore che l'ha riconosciuta, ovvero non disconosciuta per mezzo dello strumento della querela di falso

(²⁷⁴) E' l'osservazione di CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1935, p. 139; nonché di OPPO, *Titolo << incompleto >> e titolo in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 33. Conferma ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 67.

(²⁷⁵) La disciplina positiva del fenomeno del biancosegno esistente nella legge cambiaria, che prevede la tratta ed il pagherò cambiario emessi in bianco per un oggetto da determinarsi ad opera del destinatario della dichiarazione, nell'osservanza degli accordi intervenuti con il traente sarà, come premesso, analizzata nella specifica sezione dedicata.

Stando poi ad una visione piuttosto restrittiva, non dovrebbe trovare applicazione al fenomeno in parola l'espedito di cui all'art. 1349, comma 1 c.c., atteso che la finalità precipua perseguita dai contraenti del foglio in bianco è esattamente quella di eliminare in radice ragioni di contrasto sul merito della determinazione resa dal terzo ⁽²⁷⁶⁾.

L'assunto, pur muovendo dall'individuazione di una funzione del fenomeno che certamente coglie nel segno, sembra condivisibile solo in parte e con opportune precisazioni.

E' fuor di dubbio invero che l'apposizione di una firma su di documento, privo di tutto (o quasi) il contenuto, esprimendo un impegno vincolante di accettazione di un negozio praticamente "alla cieca", esalta al massimo grado da un canto il profilo di alea del contratto, dall'altro la fiducia nell'*intuitus personae* riposto nell'incaricato del riempimento; in ciò, si palesa evidente l'affinità con l'arbitramento rimesso al mero arbitrio. Ora, se il patto di riempimento affida all'altrui decisione il potere di determinare, in particolare (e solamente in tale ipotesi), l'oggetto del contratto ⁽²⁷⁷⁾, non si vede il motivo per cui dovrebbe precludersi il rimedio dell'impugnativa alla parte che voglia tutelarsi dagli effetti pregiudizievoli di un *decisum* manifestamente iniquo o erroneo; diversamente opinando, si sosterebbe un'irragionevole disparità di disciplina tra sottoscrittori del patto di arbitraggio di equità, ed i sottoscrittori del patto del biancosegno che autorizza a determinare secondo equità l'oggetto del contratto.

Per esser più chiari, la soluzione che si suggerisce è quella di considerare il biancosegno, in quanto istituto atipico, una fattispecie "estremizzata" di arbitraggio,

⁽²⁷⁶⁾ Così GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, cit., p. 1163.

⁽²⁷⁷⁾ Espressamente conferendo l'autorizzazione di determinare con equo apprezzamento, o invece nulla precisando al riguardo, ipotesi, come detto, che sottende *ex lege* che l'arbitraggio sia di equità (co. 1, primo periodo, art. 1349 c.c.).

quando (e solo quando) il patto di riempimento autorizzi a determinare l'oggetto del negozio; invece, una specie di clausola per arbitrato irrituale, ove oggetto dell'incarico sia di dar corpo all'accordo che pone fine ad una controversia tra le parti ⁽²⁷⁸⁾.

Ancora, se il foglio in bianco autorizza al riempimento di altri elementi della dichiarazione, come pure si reputa ammissibile ⁽²⁷⁹⁾ – atteso che l'accostamento all'arbitraggio si giustifica solo per il comune meccanismo della *relatio* da taluni colto anche nella figura in oggetto – il biancosegno sembra invece più correttamente qualificabile come un contratto atipico ⁽²⁸⁰⁾, c.d. di riempimento, che, accompagnato dalla consegna del foglio in bianco ⁽²⁸¹⁾, autorizza un altro soggetto a completare l'aspetto lacunoso. La fonte del potere in capo al terzo designato di pronunciarsi in ordine al negozio che produrrà effetti diretti nella sfera delle parti, può giustificarsi in base ad una procura, conferita per rappresentare disgiuntamente entrambe nello specifico affare, tramite il patto di riempimento accompagnato dalla consegna del documento ⁽²⁸²⁾. Il terzo, agendo in nome e per conto di entrambi i sottoscrittori, ma separatamente dall'altro, determina la parte mancante del contratto ed altresì la sua conclusione stante

⁽²⁷⁸⁾ Decidendo, quindi, il contenuto di un negozio di accertamento, o di transazione, sancendo la misura dei reciproci sacrifici e pretese.

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 325. L'eventualità non è di scuola, giacché è ben possibile che le parti autorizzino il terzo a completare una dichiarazione negoziale che sia in bianco sotto tutti i profili necessari al fine del perfezionamento del contratto (escluso quello dei soggetti, ovviamente), come ad esempio la causa dello stesso accordo, scegliendo il tipo che meglio risponda alla funzione economico-sociale da loro prospettata nel patto di riempimento.

⁽²⁸⁰⁾ Così GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 114; ID, *Della Nullità del contratto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1998, p. 115 per il quale il negozio sarebbe valido poiché realizza interessi meritevoli di tutela ai sensi di legge (art. 1322, co. 2, c.c.).

⁽²⁸¹⁾ Per ANDRIOLI, *Biancosegno*, in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958, p. 389, la consegna del biancosegno al terzo non si accompagna sempre all'autorizzazione di riempirlo. Tuttavia l'ipotesi pare davvero improbabile poiché assai rischiosa per i sottoscrittori.

⁽²⁸²⁾ Non osta alla soluzione suggerita l'obiezione che il contratto così completato e quindi concluso dalla rappresentante sarebbe annullabile ai sensi dell'art. 1395 c.c. giacché concluso con sé stesso come rappresentante di un'altra parte, in considerazione del rilievo che il disposto appena citato fa salva l'ipotesi in cui il rappresentato abbia autorizzato specificamente a ciò il rappresentante, ipotesi ovviamente ricorrente nel caso di specie posto che chi ha firmato il biancosegno lo consegna al terzo proprio al fine di completarlo, nella consapevolezza dell'eguale e contemporaneo incarico conferito dall'altro contraente alla medesima persona.

il raggiungimento dell'accordo circa gli elementi essenziali, prima mancanti, secondo i principi generali.

Ai sensi dell'art. 1326 c.c. il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte, quindi, quando si verifica l'*in idem placitum consensus*. Nell'ipotesi analizzata, i contorni di proposta ed accettazione sono rimessi alla decisione altrui che, agendo come rappresentante contemporaneamente di entrambe le parti, concluderà il contratto dichiarando una volontà che integra in uno la specificazione della sezione mancante (e quindi, di riflesso, gli estremi della proposta e dell'accettazione dei propri rappresentati), ed il consenso di ciascuno verso l'assetto negoziale da lui conformato.

La ricostruzione pare spiegare sia il prodursi degli effetti negoziali direttamente in capo ai sottoscrittori ⁽²⁸³⁾, senza tirare in ballo il sistema della *relatio* ⁽²⁸⁴⁾, che poco sembra attagliarsi al caso di specie, sia la particolare rilevanza che assumono gli stati soggettivi del terzo (rappresentante) ai fini dell'impugnativa della determinazione di riempimento.

Secondo questa prospettiva gli strumenti di impugnazione vanno indagati nell'ambito dei fenomeni di divergenza tra volontà e dichiarazione, nel campo delle comuni cause di annullabilità della dichiarazione di consenso espressa dal terzo, ed ancora sotto il profilo dell'eventuale eccesso di potere imputabile al rappresentante.

Quanto alle prime due categorie di patologie, tenuto conto della carenza di una generale disciplina normativa, occorre dedurre il regime applicabile muovendo da quella

⁽²⁸³⁾ Essendo questa conseguenza fisiologica del conferimento del potere di rappresentanza, senza dover ricorrere alla prospettazione di ratifiche preventive di un prossimo operato altrui (cfr. SACCO, e la posizione al riguardo riportata nella nota n. 175).

⁽²⁸⁴⁾ Si ritiene pertanto di dover dissentire dalla visione (tra gli altri, ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 65 e ss.) dell'istituto come particolare esplicazione del fenomeno relazionale, in cui l'oggetto della dichiarazione si ricava per rinvio al fatto giuridico altrui, nonostante l'unicità del documento che farebbe salva comunque la differente provenienza del *dictum* dalle parti o dal terzo.

vigente nel campo dei contratti; dunque il *dictum* del terzo potrà ad esempio censurarsi perché frutto di un errore ostativo ai sensi dell'art. 1433 c.c., che rappresenta appunto il rimedio positivo per la divergenza tra voluto e dichiarato; mentre non sembra percorribile la strada della domanda di nullità per difetto del consenso o per violenza fisica, posto che le parti una volontà l'hanno comunque manifestata, anche se è stata esteriorizzata dal terzo in modo difforme ⁽²⁸⁵⁾.

Tuttavia può anche opinarsi che la dichiarazione espressa nel biancosegno non è per contro attribuibile ai sottoscrittori, poiché non conforme oppure contraria ai limiti delineati con il patto di riempimento ⁽²⁸⁶⁾.

L'attenzione riposta nella firma dei contraenti ha suggerito di limitare il gravame alla strada della querela di falso, volta a demolire l'efficacia probatoria del biancosegno, e quindi a dimostrare la falsità materiale della sottoscrizione, nonché la inimputabilità delle dichiarazioni al firmatario per inesistenza della convenzione di riempimento o per violazione di essa ⁽²⁸⁷⁾. Il patto di riempimento, così opinando, può essere aggredito solo all'esito della demolizione della formale apparenza della paternità dello stesso, attraverso il peculiare strumento apprestato per le scritture private accertate o autenticate di cui all'art. 2702 c.c.

⁽²⁸⁵⁾ Si veda ancora GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 113-114; ID, *Della nullità del contratto*, cit., p. 125, che pone l'accento sul rischio accettato dai sottoscrittori del biancosegno che su di loro gravino le conseguenze pregiudizievoli della difformità tra voluto e dichiarato.

⁽²⁸⁶⁾ L'argomento viene sostenuto sulla base di una interpretazione analogico-estensiva della disciplina specifica del diritto cambiario che si occupa dell'abusivo riempimento operato in malafede o colpa grave, di cui agli artt. 14 e 102 Legge cambiaria (che si approfondirà più avanti nel corso della trattazione), la quale sanziona la condotta in modo analogo alla disciplina della annullabilità del contratto; sicché potrebbe sostenersi l'applicazione ad ogni ipotesi di riempimento *contra pacta* della normativa in tema di annullabilità in ogni suo aspetto. Cfr. sempre GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 114; ID, *Della nullità del contratto*, cit., p. 125.

⁽²⁸⁷⁾ ANDRIOLI, *Biancosegno*, cit., p. 390, ritiene inoltre che a nulla rilevi la buona fede dei terzi, di talché la sentenza che accerta la falsità produce effetti *erga omnes*, salvi i limiti di cui al disposto dell'art. 480 c.p.c.

La rigoristica impostazione però non convince: mentre la falsità materiale si configura laddove il riempimento é effettuato in difetto assoluto del patto, non ricorre certamente quando il patto a monte sia stato concluso, ma i suoi dettami travalicati. In tale seconda evenienza, invero, la provenienza della dichiarazione dal sottoscrittore non è in discussione, al pari di ciò che avviene nell'arbitraggio; pertanto, ogni censura dovrebbe muovere fruendo dei rimedi a disposizione per fronteggiare i vizi della volontà negoziale, essendovi divergenza tra ciò che si voleva fosse espresso e ciò che è stato in concreto espresso ⁽²⁸⁸⁾.

Pare in definitiva corretto sostenere, in linea di principio, che l'altrui determinazione del contenuto del documento lasciato in bianco sia censurabile denunciando ogni eventuale vizio della volontà e/o stato soggettivo rilevante in capo al rappresentante che lo ha determinato, salvo che ne siano interessati gli elementi predisposti dai contraenti, nel qual caso l'indagine dovrà condursi riguardo alla volontà ed allo *status* soggettivo dei secondi ⁽²⁸⁹⁾.

Purtuttavia, si reputa che sarebbe più corretto distinguere e concludere che la dichiarazione resa dal terzo in difetto assoluto di potere, ovvero eccedendo i limiti di cui al patto di riempimento, sia attaccabile sempre in forza della disciplina della rappresentanza (art. 1398 e ss. c.c.), che sanziona come privo di effetti il contratto concluso da chi non aveva o ha esorbitato i limiti delle facoltà concesse ⁽²⁹⁰⁾. Cosicché il

⁽²⁸⁸⁾ E' l'opinione della giurisprudenza consolidata degli ultimi tempi: Cass., 28 aprile 1981, n. 2590, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Prova documentale*, 26; Cass., 17 ottobre 1986, n. 6093, in *Foro it.*, 1987, I, 481; e prima, Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1980, n. 5459, in *Foro it.*, 1980, I, 2699. Così anche COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, p. 275 e ss. Non mancano tuttavia le tesi contrarie: tra tutti, DELLA VALLE, *Querela civile di falso per abuso di biancosegno: profili sostanziali e probatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1585 e ss.

⁽²⁸⁹⁾ L'inquadramento del fenomeno qui proposto sottende infatti quale presupposto l'applicabilità della normativa in tema di rappresentanza di cui agli artt. 1390 e 1391 c.c.

⁽²⁹⁰⁾ Potrebbe anche ipotizzarsi un'azione risarcitoria promossa da parte di uno o anche di entrambi i sottoscrittori per ottenere il ristoro dei danni subiti avendo posto affidamento ragionevole nella validità del contratto, posto che ciascuno di essi può trovarsi nella posizione di terzo contraente in considerazione del fatto che la procura, come detto, non deve ritenersi congiuntiva bensì disgiunta.

falso rappresentato-sottoscrittore che intende lamentare di non aver mai firmato il patto di riempimento può dunque limitarsi a disconoscere la scrittura privata senza dover ricorrere alla querela di falso; sempre che, ovviamente, non vi sia stato un non tempestivo disconoscimento ⁽²⁹¹⁾, oppure un accertamento giudiziale o un procedimento di autenticazione.

Sarebbe più fondato affermare, invece, che per annullare il riempimento *contra pacta* il sottoscrittore potrà avvalersi dei rimedi di cui all'art. 1349 c.c., giacché, rifuggendo da aprioristiche ed inutili categorizzazioni in ordine alla natura dell'istituto, il biancosegno rimesso alla determinazione altrui equa e prudente, stanti le prescrizioni di cui all'accordo di riempimento, costituisce una peculiare forma di arbitraggio connotato dalla particolare modalità di attribuzione al terzo dei poteri di riempimento, e soggiace integralmente ai rimedi apprestati dal codice per detto istituto ⁽²⁹²⁾.

Non già, dunque, ai rimedi per far valere i vizi della volontà; anche se è innegabile una parziale sovrapposizione tra gli uni e gli altri, che finisce per avvicinare più di quanto sembri *prima facie* le soluzioni. Basta por mente alla possibile sfera di incidenza della manifesta iniquità ex art. 1349 c.c., che sembra analoga a quella propria dell'errore essenziale e riconoscibile che vizia il consenso dando luogo all'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1428 c.c.; oppure al vizio di iniquità manifesta, che implica sempre un errore (colposo o doloso) che cade su di uno dei profili oggettuali del negozio (art. 1429, nn. 1 e 2).

⁽²⁹¹⁾ Da parte del falso sottoscrittore convenuto da colui che intenda valersi della scrittura, nella prima difesa successiva alla esibizione del documento ai sensi degli artt. 214 e 215, n.2 c.p.c.

⁽²⁹²⁾ Modalità per così dire "reale", che si attua infatti con la dazione materiale del documento che incorpora (*rectius*: incorporerà una volta riempito) sia il patto di riempimento, sia l'accordo completato; il che sottende un certo grado di fiducia nel terzo: a differenza di ciò che solitamente avviene nell'arbitraggio, in cui al terzo non viene rilasciato l'originale del contratto da completare, bensì una copia: saranno poi le parti ad incorporare nell'originale la determinazione resa loro dall'arbitratore. Da questo punto di vista, l'arbitraggio assicura ai contraenti un maggiore controllo sulla circolazione indebita del documento sottoscritto.

Tutt'al più, l'errore di calcolo che non può portare all'annullamento del contratto si sensi dell'art. 1430, potrebbe invece cagionare l'annullamento del patto di arbitraggio, quando conclamato. Tale impostazione del problema offre peraltro maggiori garanzie alle parti, consentendo loro di ricorrere al sistema di sostituzione della determinazione mancante per opera del giudice, perché mai emessa o annullata, con l'indubbia utilità di salvare l'efficacia del biancosegno.

CAPITOLO TERZO

LE IPOTESI TIPICHE DEI FENOMENI IN ANALISI NEL CODICE CIVILE

SOMMARIO: 1. Le determinazioni del terzo nelle obbligazioni alternative (artt. 1286-1287 cod. civ.) – 2. Nella compravendita (art. 1473 e ss. cod. civ.) – 3. Nella somministrazione e nei contratti affini alla vendita – 4. Nelle disposizioni *mortis causa*: rispetto della personalità e certezza della disposizione tra *relatio* formale e sostanziale – 5. Le singole ipotesi di arbitraggio per volontà del *de cuius*: l'art. 630 cod. civ – 6. La disposizione a titolo particolare con beneficiario indeterminato ma determinabile – 7. La determinazione del legato per equo apprezzamento ai sensi dell'art. 632 cod. civ. – 8. La scelta del terzo nel legato di genere ed alternativo – 9. L'impugnabilità della divisione testamentaria compiuta dal terzo ex art. 733 cod. civ. – 10. Il mandato a donare e la donazione. con beneficiario od oggetto determinato dal terzo: fenomeni di arbitraggio o solo mandati particolari ?.

1. Le determinazioni del terzo nelle obbligazioni alternative (artt. 1286-1287 cod.civ.).

Il 1° comma dell'art. 1286 del codice civile consente alle parti, nell'ambito delle obbligazioni alternative, di stabilire che la prestazione oggetto dell'obbligazione venga determinata, oltre che dal debitore o dal creditore, anche da un terzo ⁽²⁹³⁾. Di regola in difetto di previsione la facoltà di scelta è rimessa al soggetto passivo del rapporto ⁽²⁹⁴⁾.

⁽²⁹³⁾ L'obbligazione alternativa è quella avente un oggetto complesso, costituito da due o più prestazioni differenti, una soltanto delle quali dovrà essere adempiuta dal debitore; in ciò si distingue da quella oggettivamente cumulativa, in cui le prestazioni dedotte debbono essere tutte adempiute. Secondo la tesi prevalente tutte le prestazioni oggetto sono dovute dall'istante della costituzione del rapporto e sino alla concentrazione, cioè fino al momento della scelta dell'unica da eseguire. Non mancano peraltro alcune voci per le quali invece nessuna delle prestazioni sarebbe dovuta finché non interviene la scelta: così RUBINO, *Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili*, sub art. 1285-1320, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1968, p. 51 e ss. L'obbligazione alternativa è comunque un'obbligazione unica connotata da un oggetto in parte non determinato, ma determinabile per mezzo della scelta. In argomento si veda anche BIANCA, *L'obbligazione. Diritto civile*, Milano, 1990, p. 123 e ss.; GIAQUINTO, *Delle obbligazioni alternative*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'AMELIO e FINZI, I, Firenze, 1948, p. 233; SMIROLDO, *Obbligazione alternativa e facoltativa*, in *N.N.DI.*, XI, 1965, p. 623. I commentatori del previgente codice ricostruivano l'obbligazione alternativa come pluralità di obbligazioni condizionali, qualora la scelta fosse rimessa al terzo, sulla scorta dell'art. 1454 che prevedeva la nullità della vendita in mancanza della determinazione del terzo. L'art. 69 cod. comm. contemplava inoltre, in analogia all'attuale 2° comma dell'art. 1473 c.c., il principio della conservazione del contratto: cfr. ROCCO, in *Riv. it. scienze giur.*, XLI,

Il meccanismo per operare presuppone necessariamente l'accordo delle parti; pertanto, l'ipotesi si differenzia dalle altre in cui la facoltà di scelta spetta al creditore in virtù di una previsione di legge.

La volontà non deve emergere necessariamente in maniera espressa potendo evincersi anche solo dal contesto dell'accordo, purché non vi siano dubbi in proposito ⁽²⁹⁵⁾. Infine, è anche possibile che la via della determinazione successiva del contenuto dell'obbligazione venga rimessa ad una sola delle parti del rapporto, ovviamente sempre in virtù del consenso raggiunto da entrambe.

Il soggetto investito del potere-dovere di identificare l'obbligazione alternativa da eseguire deve attenersi anzitutto ai limiti temporali eventualmente dettati dalle parti, emettendo entro il termine fissato una dichiarazione di scelta ⁽²⁹⁶⁾ che non è soggetta all'osservanza di forme particolari, a prescindere dall'oggetto dell'obbligazione stessa; ma che deve necessariamente comunicarsi all'altra parte o ad entrambe (se proveniente dal terzo), affinché possa operare l'irrevocabilità di cui al 2° comma ⁽²⁹⁷⁾. Il sistema

1906, p. 34. Simile alla figura in parola è quella dell'obbligazione facoltativa o con facoltà alternativa, caratterizzata dalla potestà dell'obbligato di liberarsi adempiendo una prestazione differente da quella dovuta; si tratta di un'obbligazione semplice e non complessa, in cui la prestazione è unica, con la conseguenza che l'impossibilità sopravvenuta della stessa origina l'estinzione non soddisfattiva del rapporto, all'opposto di ciò che accade nella alternativa. Classico esempio è il legato di cosa altrui di cui all'art. 651, co. 1 c.c., che vede l'onere facoltizzato a pagare il giusto prezzo della proprietà della cosa, anziché trasferire la stessa.

⁽²⁹⁴⁾ Da osservare che la facoltà di scelta spettante a debitore e creditore si trasferisce agli eredi unitamente all'obbligazione cui accede, però, in caso di fallimento del creditore la scelta passa al curatore, in ipotesi di fallimento del terzo la scelta spetta comunque a questo, poiché l'atto non influisce sulla situazione patrimoniale di chi la compie: così RUBINO, *Obbligazioni alternative*, cit., p. 61 e ss.

⁽²⁹⁵⁾ Cfr. RUBINO *Obbligazioni alternative*, cit., p. 60 e ss.

⁽²⁹⁶⁾ Da ritenersi negozio unilaterale che si perfeziona con la volontà del solo autore: BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1946, p. 256 e ss.

⁽²⁹⁷⁾ Irrevocabilità che prescinde dall'accettazione delle parti: BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 129. In giurisprudenza Cass., 9 luglio 1946, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Obbligazioni*, 208. La dichiarazione dovrebbe ritenersi recettizia, quanto meno se proveniente dal creditore o dal terzo e con riferimento all'obbligato, stante la finalità sottesa che è proprio quella di originare la consolidazione della prestazione con effetti non revocabili per la parte debitrice. D'altra parte è necessario tutelare il debitore che, ricevuta la comunicazione (al momento in cui questa sia entrata nella propria sfera di conoscibilità, operando l'equiparazione tra conoscenza effettiva e conoscibilità legale), si attivi per adempiere la prestazione indicatagli. Sostiene la recettività SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., p. 63 e RUBINO,

prevede però anche il meccanismo della scelta per comportamento concludente qualora il debitore, a cui si è rimessa la scelta, provveda ad adempiere una tra le prestazioni.

Occorre osservare come, a fronte di una determinazione che sia rimessa a più persone senza fissazione di un termine, questo può essere dettato dal giudice su istanza delle parti contraenti o del terzo stesso, restando esclusa la legittimazione in capo a chiunque altro ⁽²⁹⁸⁾; e che, in difetto di scelta, è il giudice ad assumere le vesti di terzo determinatore. Lo stesso *iter* è prescritto nell'ipotesi in cui la scelta è conferita ad un terzo, il quale non si pronunci entro il termine assegnatogli secondo la previsione del 3° comma dell'art. 1287 c.c.

Dal punto di vista processuale, le disposizioni di attuazione del codice civile stabiliscono la competenza del giudice del *forum destinatae solutionis*, sempre che non vi sia già un giudizio pendente che la assorbirebbe, e l'osservanza delle prescrizioni dettate nell'ambito della disciplina dei procedimenti in camera di consiglio in materia di successioni di cui agli artt. 749-750 c.p.c. ⁽²⁹⁹⁾.

Le maggiori divergenze di vedute vi sono in ordine ai limiti che devono guidare il terzo incaricato della scelta.

Obbligazioni alternative, cit., p. 71. Contrario invece BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 256.

⁽²⁹⁸⁾ Per le modalità di fissazione del termine cfr. RUBINO, *Obbligazioni alternative*, cit., p. 77 e ss.; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., p. 64 e ss.

⁽²⁹⁹⁾ In particolare, l'istanza per ottenere la fissazione del termine entro cui effettuare la scelta soggiace all'art. 749 c.p.c., e dunque deve assumere la forma del ricorso da presentarsi al Tribunale, il cui giudice designato indicherà i termini per notifiche del ricorso e del pedissequo decreto in cui è fissata l'udienza di comparizione del ricorrente ed ovviamente della parte a cui la scelta si è rimessa. L'ordinanza che stabilisce il termine per la scelta, oppure che contiene essa stessa l'individuazione della prestazione alternativa da eseguirsi, è reclamabile dinanzi al tribunale in composizione collegiale. Nella fase di impugnazione, che vede escluso il giudice che ha emesso il provvedimento reclamato, è prevista l'audizione delle parti interessate e l'emissione del provvedimento in camera di consiglio con ordinanza stavolta non più impugnabile. Diversamente, l'istanza per ottenere la scelta della prestazione deve rivolgersi al presidente del tribunale ex art. 750 c.p.c., ed è reclamabile dinanzi al presidente della corte d'appello; la sequenza ai fini dell'instaurazione del contraddittorio è identica.

Alcuni reputano che, a differenza di ciò che avviene nell'arbitraggio, la scelta rimessa al terzo tra più obbligazioni alternative non possa essere lasciata al mero arbitrio, ma debba informarsi di necessità all'equo apprezzamento ⁽³⁰⁰⁾. E ciò perché, secondo le regole generali il potere del determinatore deve risultare circoscritto quantomeno entro taluni limiti; anche perché, diversamente opinando, l'intervento del giudice sarebbe precluso in virtù della regola generale dell'art. 1349 del codice civile .

Va detto intanto che non è lecito escludere a monte che le parti decidano di far uso combinato tanto del meccanismo dell'arbitraggio quanto di quello di cui agli artt. 1286-1287 c.c., disponendo che il terzo dapprima determini l'oggetto di una delle prestazioni secondo equo apprezzamento o mero arbitrio, quindi provveda a scegliere l'obbligazione da eseguirsi tra le diverse, a quel punto tutte determinate, attenendosi ad un'equa valutazione. Anzi, da questo punto di vista, ritenendo che la scelta debba seguire obbligatoriamente l'equo apprezzamento, è doveroso presupporre che venga resa tra prestazioni tutte determinate; altrimenti verrebbe meno a monte la possibilità di rispettare l'equità nella scelta, la quale risulterebbe così meramente discrezionale, in ragione della indefinitezza dei termini del raffronto.

Potrebbe obiettarsi che il terzo quando sceglie individua una prestazione che comunque è stata prevista a monte dalle parti all'esito di una valutazione di loro pertinenza, e che pertanto non si potrebbe configurare mai una reale iniquità oppure un dolo pregiudizievole. Certo è, invece, che il terzo potrebbe incorrere in errore scegliendo tra obbligazioni multiple più prestazioni anziché una; ovvero, ancora, sceglierne un'altra totalmente differente da quelle contemplate.

⁽³⁰⁰⁾ RUBINO, *Obbligazioni alternative*, cit., p. 82 e ss., il quale tuttavia finisce per ammettere che porre dei limiti alla facoltà del terzo che deve optare tra due prestazioni implica in definitiva il venir meno dell'alternatività.

Alla luce di questi rilievi, posto che l'istituto in esame rappresenta con evidenza una sottospecie di arbitraggio, sembra potersi muovere dal dato di partenza per cui la determinazione della prestazione compiuta dal terzo non può che restare soggetta, in linea di principio, ai rimedi dell'impugnazione stabilita quanto all'atto di arbitrato. Rimane da individuare se a tutti tra questi, oppure ad alcuni, nonché a quali limiti e condizioni.

Certo è innegabile che, se il terzo sceglie tra una delle obbligazioni alternative già determinate dalle parti in tutti i loro elementi, compreso l'oggetto, senza che siano dettate delle prescrizioni particolari al fine di individuare una prestazione piuttosto che l'altra⁽³⁰¹⁾, e senza che vi siano riferimenti al concetto di onerosità delle prestazioni, non si vede quale equo apprezzamento potrebbe e dovrebbe guidarlo, agendo piuttosto costui secondo mero arbitrio. Con la conseguenza di ritenere preferibile che l'atto di scelta sia impugnabile esclusivamente per *mala fides*, ai sensi del 2° comma dell'art. 1349 c.c., con integrale applicazione del regime già descritto nella sede precipua della trattazione⁽³⁰²⁾.

Differente è l'ipotesi in cui i contraenti hanno convenuto che il terzo individui la prestazione valutando con equo apprezzamento la più confacente tra quelle alternative, in ossequio a determinati criteri prudenziali di calcolo, oppure tecnici, grazie ai quali ponderare il rispettivo valore; evenienza dinanzi alla quale pare corretto recuperare la distinzione tra equo apprezzamento e mero arbitrio. Nel senso che, qualora il terzo violi i

⁽³⁰¹⁾ Ad esempio, le parti potrebbero rimettere la scelta dell'immobile da trasferire verso un certo corrispettivo ad un tecnico, indicandogli i dettami mediante i quali condurre la valutazione di quello che abbia il maggior valore di mercato.

⁽³⁰²⁾ In ipotesi, risulterà censurabile la scelta del terzo condizionata dalla dazione ricevuta da un contraente al fine di preferire la prestazione per il primo meno onerosa. E' l'opinione di BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 129 e ss., il quale sottolinea a conforto dell'assunto come una scelta di tal fatta sfugga ad ogni criterio. *Contra*, RUBINO, *Obbligazioni alternative*, cit., p. 82, il quale però, pur ritenendo l'atto di scelta del terzo sottoposto ad *arbitrium boni viri*, esclude che possa impugnarsi sotto il profilo dell'iniquità.

paletti fissati dalle parti al fine di veicolare la scelta attraverso una certa valutazione, evidentemente ritenuta entro quei limiti corretta e/o equa, la prestazione così scelta risulterà impugnabile secondo le forme ed i modi in cui può essere impugnato l'atto di arbitramento del terzo manifestamente iniquo o erroneo ai sensi dell'art. 1349, comma 1, c.c. ⁽³⁰³⁾.

2. Nella compravendita (art. 1473 e ss. cod. civ.).

Costituisce particolare fenomenologia dell'arbitramento il meccanismo disciplinato dal codice civile agli artt. 1473-1474, nell'ambito del contratto di compravendita, in forza dei quali l'elemento del corrispettivo "può" essere rimesso alla determinazione di un soggetto terzo, che sia già indicato nel contratto o che debba essere eletto successivamente ⁽³⁰⁴⁾; oppure, "deve" essere rimesso al terzo se una delle parti si attiva, per superare l'*impasse* in cui versa il negozio con prezzo indeterminato né determinabile mediante i criteri suppletivi dettati al fine di salvare l'accordo dalla nullità per carenza di un elemento costitutivo fondamentale ⁽³⁰⁵⁾.

⁽³⁰³⁾ Non può aderirsi perciò all'opinione di RUBINO, *Obbligazioni alternative*, cit., p. 85, per cui, pur ritenendo l'atto di scelta del terzo sottoposto ad *arbitrium boni viri*, dovrebbe escludersene l'impugnazione sotto il profilo dell'iniquità. L'affermazione muove dal rilievo che la scelta fra prestazioni pre-individuate dai contraenti non può, per definizione, risultare non equa. E invece può esserlo, se e nella misura in cui il terzo scelga male interpretando o erroneamente calcolando (sempre in buona fede, altrimenti vi sarebbe il rimedio di cui al comma 2 dell'art. 1349 c.c.) eventuali criteri guida dettati dalle parti.

⁽³⁰⁴⁾ La possibilità di indicare anche successivamente alla conclusione dell'accordo parzialmente indeterminato non è invece prevista dall'art. 1349 c.c. Non deve neppure escludersi che la nomina del terzo determinatore del prezzo sia a sua volta affidata ad un terzo, o che per terzo si intenda un collegio di determinatori che ovviamente decide a maggioranza: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 253.

⁽³⁰⁵⁾ Il prezzo deve risultare determinato o determinabile fin dall'inizio della conclusione del contratto, potendo le parti stabilire i criteri per la successiva determinazione del prezzo in conformità all'art. 1346 c.c. In difetto di criteri per la commisurazione del corrispettivo, la legge sopperisce fornendoli essa stessa con i commi 1-2 dell'art. 1474 c.c.: il primo è il prezzo normalmente praticato dal venditore per cose dello stesso *genus*, discutendosi poi se, per il caso che tra le parti corrano abitualmente rapporti commerciali, il prezzo normale sia quello del venditore, o quello applicato tra le parti stesse: cfr. Cass., 139/1966. Secondo

La norma ricalca la struttura dell'art. 60 del previgente codice di commercio, discostandosi invece dai criteri che informavano il più restrittivo art. 1454 del codice civile del 1865 ⁽³⁰⁶⁾.

Esattamente identico a quello di cui all'arbitraggio è il percorso che deve seguirsi qualora il terzo non accetti l'incarico, oppure non venga neanche nominato o sostituito; perciò al riguardo valgono tutte le osservazioni già spese in precedenza in merito alla fattispecie generica di riferimento ⁽³⁰⁷⁾.

criterio legale è il corrispettivo di borsa o mercato, se desumibile dai listini o mercuriali del luogo di consegna o della piazza più prossima, che rappresentano la media dei prezzi praticati per una certa merce nel mercato. Per la giurisprudenza il prezzo di mercato è ricavabile anche in difetto di listini o mercuriali avvalendosi di altre fonti di prova, ad esempio in virtù di una serie continua e molteplice di negoziazioni della stessa merce: Cass., 523/1970. In caso di divergenza tra prezzo di mercato e prezzo del venditore, si discute se debba prevalere il primo o il secondo (RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 265). Infine, rimane il criterio del giusto prezzo, che sembra operare in presenza di un richiamo dei contraenti espresso o implicito: *contra* RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 265 e MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1968, 2, p. 34, per i quali il richiamo al giusto prezzo opera in virtù di presunzione di legge, sino a prova contraria. Qualora neppure questi possano operare, non avendo le parti fatto riferimento al giusto prezzo, e non istando alcuna di esse affinché il giudice provveda a nominare il terzo incaricato della determinazione del corrispettivo, il contratto di compravendita risulterà nullo per difetto di un requisito essenziale: opinione pacifica, espressa ad esempio in giurisprudenza, tra le numerose, da Cass., n. 2891/1988.

⁽³⁰⁶⁾ Le norme non più in vigore in realtà distinguevano tra la compravendita civilistica e la compravendita commercialistica: per avere una visione degli scritti in materia della disciplina previgente può giovare la lettura di DEGNI, *Lezioni di diritto civile. La compra-vendita*, Padova, 1930, p. 73 e ss.

⁽³⁰⁷⁾ Dunque, ciascuna delle parti è legittimata a domandare, tramite ricorso, al presidente del tribunale del luogo di conclusione dell'accordo la nomina del terzo determinatore ai sensi dell'art. 14747, 3° co. c.c., in luogo di quello già scelto ma che non vuole o non può accettare, oppure che non sia stato nominato o sostituito per dissidio tra i contraenti sul punto. Da rilevare un possibile contrasto nel coordinamento tra la norma codicistica e quella delle relative disposizioni di attuazione applicabile in materia, destinato a proporsi però in taluni limitati casi: l'art. 82 disp. att. contempla, qualora non vi sia pendenza di giudizio, e per il sola compravendita di cose mobili ex art. 1510 c.c., la legittimazione del presidente del tribunale del luogo di consegna della cosa. E' stato sostenuto che a prevalere debba essere la norma delle disposizioni attuative, quale *lex posterior*: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 254; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., 2, p. 32, che evidenzia la permanenza di un contrasto insanabile. Altri affermano la prevalenza della norma del codice, stante la funzione regolamentare delle stesse svolta da quelle di attuazione: ROMANO, *Vendita – contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO-SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960, p. 107. Infine, opina BIANCA, *La vendita*, cit., p. 469 e ss., che la competenza del tribunale del luogo di consegna del bene mobile si affianchi quale alternativa a quella del tribunale del luogo della stipula, così come il contraente non inadempiente può convenire quello inadempiente dinanzi al giudice del *forum contractus* o del *forum destinatae solutionis*, ai sensi dell'art. 20 c.p.c. Il provvedimento di nomina assume la forma del decreto, reclamabile dinanzi al presidente della corte d'appello per motivi di legittimità o di merito: BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1993, p. 466 e ss. Il decreto emesso in sede di reclamo non è ulteriormente impugnabile: così

Permane tuttavia una differenziazione riguardo all'ipotesi in cui il deferimento al terzo non possa operare per volontà (o impossibilità di accettare il compito) del terzo stesso: nel senso che, mentre nell'arbitraggio è contemplata solo l'ipotesi in cui manchi l'accordo tra le parti per sostituire il terzo già nominato che non provveda all'adempimento del compito, e che quindi abbia accettato di svolgerlo, invece, nell'ambito della compravendita, è previsto il sistema dell'intervento giudiziale anche in caso di mancata nomina, sostituzione, accettazione (volontaria o forzosa) del terzo. La divergenza sembra doversi spiegare in base al generale principio di conservazione degli effetti negoziali, che ovviamente risulta più pregnante nell'ambito di un contratto già concluso in ogni suo elemento, anche oggettuale, eccezion fatta per il solo prezzo, anziché nel quadro di un negozio che veda carente in toto l'indicazione della prestazione-oggetto⁽³⁰⁸⁾.

Il disposto in esame non stabilisce il criterio che deve guidare il terzo nella determinazione del corrispettivo; ne consegue che, in parallelo con la disciplina dettata dall'art. 1349 c.c., a questi è consentito individuarlo secondo equo apprezzamento oppure seguendo il proprio puro arbitrio⁽³⁰⁹⁾. E' fondato ritenere però che, analogamente

RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 255, argomentando dai disposti degli artt. 737-739 c.p.c., da applicarsi nella fase di nomina dell'arbitratore ove non in contrasto con l'art. 82 disp. att. cod. civ.

⁽³⁰⁸⁾ Così LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 96. Giova osservare come in altri ordinamenti non sia prevista l'operatività di tale principio: l'art. 1592 del cod. civ. francese prevede infatti che un negozio privo di prezzo viene del tutto meno, incorrendo in una vera e propria inesistenza; l'art. 1447 cod. civ. spagnolo contempla l'inefficacia di una tale vendita; ancora, quanto a sistemi in regime di Common Law, l'art. 9 della legge inglese del 1979 prevede da un lato l'invalidità del contratto, dall'altro anche il diritto al risarcimento dei danni subiti da una parte a seguito del doloso comportamento dell'altra che abbia causato la mancata determinazione da parte del terzo. L'ordinamento tedesco di cui al BGB non contiene invece una norma simile.

⁽³⁰⁹⁾ L'opinione è sostenuta da BIANCA, *La vendita*, cit., p. 466 e ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 135 e 254 e ss.; FERRI, *La vendita in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1984, p. 214; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 31 e ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 10 ottobre 1977, n. 4313, in *Rep. Giust. civ.*, 1977, voce *Vendita*, n. 79. Ritengono invece che sia precluso il rinvio al mero arbitrio: LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 98 e ss.; GAZZONI, *Della trascrizione*, cit., p.

alla materia dell'arbitramento, in difetto di previsione contraria, espressa o implicita, l'arbitratore deve attenersi ad un giudizio equo ⁽³¹⁰⁾. Il rilievo di partenza, che non pare contestabile, ha offerto spunto a quegli autori che hanno ritenuto praticabile il ricorso al giudice per la nomina del terzo solo a fronte del richiamo all'*arbitrium boni viri* giacché, dinanzi al mero arbitrio, che sottende il più alto livello di fiducia nel designato, dovrebbe escludersi la praticabilità di un sistema che porterebbe ad individuare un soggetto che tale fiducia non possiede ⁽³¹¹⁾.

In realtà sembra più fondato sostenere che la nomina giudiziale possa operare in ogni caso, a prescindere dai criteri imposti al terzo, soprattutto considerando che la norma non prevede impedimenti al riguardo, a differenza di ciò che accade giusta l'espressa previsione della seconda parte del comma 2 dell'art. 1349 c.c. ⁽³¹²⁾.

La misura del corrispettivo, quantificata sia attenendosi all'equità sia alla piena discrezionalità, deve pur sempre risultare parametrata al valore del bene alienato ⁽³¹³⁾, al momento della conclusione del contratto ⁽³¹⁴⁾, e risponde ad un giudizio che, in difetto di indicazioni particolari ad opera delle parti, è dunque rimessa all'apprezzamento anche libero del terzo, ma che comunque valutazione resta. Perché possa aversi arbitraggio sul prezzo è ovviamente necessario che sia determinato l'oggetto la cui proprietà viene

120. Per una risalente pronuncia di legittimità sulla stessa linea v. Cass., 5 ottobre 1963, n. 2632, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 318.

⁽³¹⁰⁾ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 257.

⁽³¹¹⁾ Così MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 32 e LUZZATO, *La compravendita*, cit., p. 98 e ss.; ancora, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 257.

⁽³¹²⁾ In questo senso BIANCA, *La vendita*, cit., p. 471.

⁽³¹³⁾ Ovviamente la determinazione equa muove dal valore di mercato e da questo si presta a discostarsi in misura inferiore, avvicinandosi al "giusto prezzo" evocato dall'art. 1474 c.c., rispetto alla determinazione meramente discrezionale che invece ben può risultare più elastica, in considerazione di contingenze particolari che il terzo ritenga di prediligere.

⁽³¹⁴⁾ E non a quello diverso della determinazione: così BIANCA, *La vendita*, cit., p. 256.

trasferita; d'altra parte, è ammissibile che lo stesso arbitratore (o due diversi) siano incaricati di determinare la cosa ed il corrispettivo ⁽³¹⁵⁾.

I margini di censura della quantificazione del prezzo resa dal terzo corrispondono, come nell'arbitraggio, ai margini di manovra che le parti hanno inteso lasciare all'arbitratore.

Quindi un prezzo che risulta manifestamente iniquo, frutto della previsione di un corrispettivo palesemente irrisorio o per converso esorbitante ⁽³¹⁶⁾, tanto da apparire agli occhi di chiunque ingiustificabile, potrà essere oggetto di impugnativa ad iniziativa della parte svantaggiata, e di annullamento da parte del giudice, in virtù del procedimento già descritto nell'ambito dell'art. 1349 c.c.

Eguale, risulta annullabile la determinazione viziata da manifesta erroneità, la quale non sempre si risolve anch'essa in una evidente ed infondata sproporzione tra valore effettivo del bene e corrispondente prezzo, ma di certo nella sua ingiustizia, potendo consistere nell'inesatta o fallace lettura degli elementi assunti come base per il calcolo ⁽³¹⁷⁾.

E' evidente che la mancata specificazione di criteri di riferimento, in virtù della quale il terzo arbitratore potrà operare secondo la propria libera discrezionalità, espone le parti al rischio che il vincolo obbligatorio contratto risulti ben più oneroso della misura preventivata o preventivabile, accentuandosi così il carattere aleatorio del negozio. Ciò non toglie tuttavia che anche lo spazio di manovra del terzo, che agisce secondo mero arbitrio – ma il discorso sembra valere anche per la valutazione condotta secondo

⁽³¹⁵⁾ La seconda determinazione rimane evidentemente subordinata al compimento della prima: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 257.

⁽³¹⁶⁾ BIANCA, *La vendita*, cit., p. 466.

prudente apprezzamento – debba restare confinato tra i paletti della buona fede poiché, secondo quanto atteso dalla normativa dell'arbitraggio, è annullabile la determinazione del corrispettivo operata dolosamente al fine di pregiudicare la posizione di uno dei contraenti, ovviamente dietro iniziativa della parte danneggiata.

Una volta annullata la determinazione del prezzo fornita dal terzo, gli artt. 1473 e 1474 c.c. non chiariscono se è consentito o meno al giudice provvedere direttamente a renderne un'altra, così come contemplato dalla seconda parte dell'art. 1349, comma 1 c.c. per il caso di arbitraggio d'equità.

Francamente non sembra che ciò sia ammissibile, in ragione di taluni rilievi, tra i quali però non si palesa decisivo *ex se* quello che fa leva sul carattere prettamente tecnico del giudizio determinante il prezzo, il quale imporrebbe che esso venga rimesso ad un esperto ⁽³¹⁸⁾.

Il combinato disposto di riferimento si attegga a norma speciale rispetto a quella generale dell'istituto arbitramento e, come osservato, appresta una tutela quanto mai garantista e flessibile al contraente solerte che intenda colmare la lacuna della compravendita, stipulata senza previsione del corrispettivo, servendosi o meno dell'ausilio del terzo. In particolare, il sistema consente di salvare in ogni caso il negozio dalla sanzione della nullità, poiché assicura sempre che, purché beninteso almeno una delle parti lo voglia e vi sia necessità, l'organo giurisdizionale competente elegga un

⁽³¹⁷⁾ BIANCA, *La vendita*, cit., p. 466 e ss.

⁽³¹⁸⁾ Come sostiene invece BIANCA, *La vendita*, cit., p. 469. L'assunto viene poggiato sulla considerazione che l'ultimo comma dell'art. 82 disp. att. c.c. prevede che la nomina debba investire "normalmente" (dunque, senza prescrizione perentoria) una persona esperta iscritta in albi elenchi o ruoli istituiti dalla legge, i quali a quanto consta non esistono: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 255.

terzo al fine di ottenere la determinazione del prezzo ⁽³¹⁹⁾. Ancora, non sussistono ostacoli teorici a sostenere che ad una prima nomina ne segua un'altra, ed un'altra ancora senza limite di numero, qualora vi sia necessità di superare l'inerzia del soggetto nominato nell'espletamento del compito affidatogli.

Posto quanto sopra, sarebbe una forzatura non legittimata dalla norma applicare all'arbitraggio del presso, per via analogica o estensiva, il sistema di determinazione giudiziale di cui all'arbitraggio generale, che proprio l'elasticità e la dovizia della casistica e dei criteri legali racchiusa negli artt. 1473-14747 c.c. mostra di intendere come non applicabile ⁽³²⁰⁾.

Pertanto il giudice ha il solo potere di nominare il terzo determinatore, non già di assumere esso la sua veste, se non nell'ipotesi in cui le parti abbiano affidato al giudice il compito, e questi intenda accettarlo, svolgendo peraltro una funzione che esula dai propri doveri officiosi, e che si atteggierebbe a mera attività collaborativa né dovuta né

⁽³¹⁹⁾ In ragione del principio della tendenziale preservazione degli effetti negoziali: infatti, in forza dell'art. 1473 c.c. se le parti lo stabiliscono direttamente il prezzo deve essere determinato dal terzo; in forza dell'art. 1474 comma 3 c.c. anche se le parti non ne hanno previsto l'intervento, il terzo torna in ballo laddove, non potendo il corrispettivo desumersi in base ai criteri legali di cui ai primi 2 commi – nel qual caso non è necessario ricorrere alla determinazione altrui, potendosi agire direttamente presso il giudice per l'adempimento del contratto – una parte ne domandi la nomina stante il disaccordo con l'altra riguardo la quantificazione di un prezzo. In sostanza, l'unico caso in cui l'intervento del terzo non pare necessario, a fronte del disaccordo delle parti è quello in cui la compravendita inerisce beni rispondenti ai requisiti di cui ai commi 1-2 dell'art. 14747 c.c., oppure beni che si sono voluti trasferire verso il "giusto corrispettivo", nel qual caso ricavandosi questo sempre in forza dei criteri di cui ai precedenti commi, giusto il rinvio operato dal primo periodo del 3° co. Appare questa la lettura corretta della norma, nella parte in cui sancisce che "... e, quando non ricorrono i casi da essi previsti, il prezzo, in mancanza di accordo, è determinato da un terzo", lasciando intendere che per contro, se i casi ricorrono, il disaccordo si supera grazie ai criteri legali, senza necessità di ausilio del terzo. Altrimenti la norma avrebbe stabilito l'intervento dell'arbitratore sempre e *tout court*, a fronte del disaccordo sul prezzo, ed a prescindere dall'operatività dei criteri legali di quantificazione dello stesso.

⁽³²⁰⁾ Infatti laddove il legislatore avesse inteso applicare la disciplina di cui all'art. 1349 c.c., che permette la salvezza del negozio dalla nullità, lo avrebbe esplicitamente disposto, anche con un rinvio a detta norma, e non si sarebbe premurato di contemplare così tante modalità di nomina e/o sostituzione del terzo, e così tanti criteri legali diretti e sussidiari di quantificazione del prezzo. Non convince pertanto l'opinione di chi reputa che l'impedimento dell'intervento determinatore del giudice sottrarrebbe alla parte uno strumento di garanzia apprestato dalla legge: ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 196.

altrimenti compulsabile. Ne deriva altresì che, ottenuta la declaratoria di annullamento del responso dell'arbitratore, ciascuna delle parti ben potrà nuovamente, se in disaccordo con l'altra, domandare al presidente del tribunale competente la nomina di un altro determinatore. Così opinando, tra l'altro, ci si uniforma al chiaro *favor* sotteso alla normativa di ridurre la nullità della compravendita per carenza di uno degli essenziali requisiti all'evenienza praticamente remotissima in cui il prezzo non sia determinabile mediante i criteri voluti dalle parti o dettati dalla legge ⁽³²¹⁾.

3. Nella somministrazione e nei contratti affini alla vendita.

Il sistema del codice civile conosce una serie di figure negoziali che si collocano nell'area di affinità della compravendita dal punto di vista strutturale e funzionale, pur distinguendosi sotto l'aspetto causale. L'analogia, laddove esistente, consente di estendere la disciplina di cui agli artt. 1470 e seguenti (e nello specifico campo che rileva quella degli artt. 1473 e 1474), ivi compreso il regime dell'impugnazione della determinazione del prezzo resa dal terzo, anche ad altre fattispecie contrattuali in aggiunta quelle per cui è previsto un espresso richiamo.

Analizzandole, viene in considerazione intanto il riporto, operazione negoziale definita dall'art. 1548 come quella che consiste nel trasferimento della proprietà dei titoli di credito dal riportato al riportatore verso un determinato prezzo, con assunzione dell'obbligo di costui di ritrasferire al primo la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso il rimborso del prezzo, anche aumentato o diminuito nella misura convenuta.

⁽³²¹⁾ Conseguenza patologica da ritenersi pacifica: Cass., 6816/1988; Cass., 2891/1988).

E' nota la interessante disputa incentrata sull'essenza del contratto, che divide chi lo ritiene la somma di due distinti contratti di vendita ⁽³²²⁾ o di mutuo ⁽³²³⁾, da chi lo inquadra in un unico negozio tipico *sui generis* ⁽³²⁴⁾.

Mette conto comprendere ai fini della trattazione se ed in quale misura il prezzo del riporto possa venire quantificato dal terzo.

Ora, pare innegabile che, ravvisando nell'istituto lo schema della vendita – come peraltro pare più corretto sostenere – sia essa unitaria o duplice, dovrebbe coerentemente ritenersi che le parti possano rimettere ad un terzo arbitratore la determinazione quantomeno del cosiddetto premio, cioè del diverso corrispettivo da rimborsare al momento del ritrasferimento dei titoli ⁽³²⁵⁾. Infatti la norma, legittimando i contraenti ad accordarsi affinché il prezzo da restituire venga aumentato o diminuito nella misura convenuta, non sembra precludere che sia un terzo a quantificarne l'entità, o sulla base dei criteri forniti dalle parti o, in difetto, sulla scorta dei criteri legali di cui all'art.

⁽³²²⁾ Così per CAGNASSO-COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Torino, 2000, IX, p. 371 e ss., che ritengono si tratti di un'operazione composita costituita da due separati trasferimenti a pronti e a termine, sempre con il corrispettivo del prezzo, anche in ragione della definizione che ne dava l'art. 73 del codice di commercio del 1882, ovverosia di compra a pronto e contemporanea rivendita a termine.

⁽³²³⁾ CORRADO, *I contratti di borsa*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI, 1959, p. 548. Secondo tale ottica si avrebbe la sommatoria di due contratti di mutuo in senso inverso di denaro e di titoli, oppure di un mutuo di denaro garantito dal pegno irregolare di titoli, in virtù della quale ciascuna parte ottiene ciò che aveva in precedenza attribuito all'altra.

⁽³²⁴⁾ COTTINO, *Del riporto. Della permuta*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, p. 18 e ss., che si oppone alla lettura atomistica dell'istituto in ragione del necessario nesso tra i due trasferimenti che deve sussistere al momento della stipula e che caratterizza anche la fase esecutiva del negozio, tant'è che il ritrasferimento prescinde da una nuova manifestazione di volontà, atteggiandosi ad adempimento dell'obbligazione assunta in precedenza. Resta però la dissolubilità del nesso qualora si verifichi l'inadempimento reciproco nella fase esecutiva di cui all'art. 1551, co. 2 c.c., dal quale deriva la cessazione di efficacia del riporto ed il diritto di ciascuna parte di ritenere quanto ricevuto al tempo della stipulazione. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, p. 320 e ss., pone l'accento sulla realtà del contratto per escludere che si risolva in una doppia vendita.

⁽³²⁵⁾ Nel caso in cui venga stabilito il rimborso di un prezzo maggiore dal riportato (colui che cede i titoli) al riportatore, si parla di riporto, la cui giustificazione risiede nel compenso per la conseguita disponibilità momentanea del capitale; nel caso inverso si ha deporto, in cui il riportatore ottiene in restituzione una

1474 c.c. Tra l'altro, trattandosi di titoli di credito, i contraenti potranno limitarsi a demandare al terzo l'individuazione di un giusto prezzo di riporto o deporto, potendo questi agevolmente desumerlo dai valori del mercato o della borsa.

Qualche dubbio può sussistere circa la possibilità di lasciare che il terzo determini il prezzo del primo trasferimento, in primo luogo considerando che il disposto legislativo è chiaro nel prevedere che questo sia "determinato". E' pur vero tuttavia che non si dubita che resti nella facoltà dei contraenti accordarsi affinché il prezzo venga versato successivamente alla consegna dei titoli; di talché potrebbe sostenersi la configurabilità di un riporto in cui il corrispettivo venga pagato a *traditio* perfezionata, e dunque una volta perfezionato il contratto ex art. 1549 c.c., solo quando l'arbitratore ne abbia quantificato la misura. Fornire una soluzione certa, nel senso dell'ammissibilità o meno pare comunque ardito e dipende essenzialmente dalla volontà di privilegiare l'autonomia contrattuale a disposizione di riportato e riportatore, consentendo loro di concludere il negozio stabilendo il prezzo del primo trasferimento dei titoli per mezzo del meccanismo della *relatio* a disposizione di ogni venditore e compratore; oppure, invece, di quella opposta volta ad esasperare il dato letterale dei disposti normativi di cui agli artt. 1470 e 1548 c.c., dal cui raffronto emerge che nella vendita il trasferimento della proprietà della cosa o del diritto avviene verso il corrispettivo, genericamente, di "un prezzo", mentre nel riporto il trasferimento della proprietà dei titoli avviene verso il corrispettivo, specificamente, di "un determinato prezzo".

Atteso ciò, occorre precisare ovviamente che il prezzo determinato dal terzo, principale, di riporto o deporto, sarà a tutti gli effetti prezzo convenuto direttamente tra le somma minore di quella versata in precedenza, scontando una differenza in ragione della conseguita

parti, che varrà anche quale parametro di riferimento ai fini del risarcimento del danno nelle ipotesi patologiche dell'inadempimento di una delle parti, che dia luogo al rimedio speciale delle esecuzioni in forma specifica di cui agli artt. 1515-1516 c.c. ⁽³²⁶⁾, o della cosiddetta liquidazione coattiva di borsa ⁽³²⁷⁾, oppure di quelli generali apprestati per ogni contratto.

Anche nell'ambito della permuta atipica, che costituisce un negozio misto di vendita e permuta ⁽³²⁸⁾, oppure secondo altri una vendita o una permuta in ragione della prevalenza della cosa o del denaro ⁽³²⁹⁾, è configurabile l'intervento dell'arbitratore, al quale venga demandato il compito di quantificare la misura del conguaglio in denaro da accompagnare all'attribuzione traslativa della proprietà di cose o di altri diritti. La natura reale del contratto non esclude infatti che il versamento della somma possa avvenire successivamente alla tradizione della cosa, che segna il momento di perfezionamento del contratto. Peraltro è l'art. 1555 del codice civile a stabilire espressamente l'applicazione a tale figura contrattuale delle norme stabilite per la vendita, in quanto

momentanea disponibilità dei titoli.

⁽³²⁶⁾ Giusto il rinvio operato dall'art. 1551, 1° co. c.c. Si tratta di rimedi di natura speciale che non sostituiscono, bensì integrano quelli generalmente vigenti dell'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno: opinione dominante in dottrina, per la quale si rinvia a COTTINO, *Del riporto. Della permuta*, cit., p. 75 e ss.; DALMARTELLO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Padova, 1958, p. 157 e ss. Il richiamo espresso si giustifica perché il campo applicativo dei rimedi evocati è quello della vendita di cose mobili.

⁽³²⁷⁾ Quando il riporto viene stipulato in borsa con la vendita a termine di titoli di credito rientra nella categoria dei contratti a termine, sottoposti alla disciplina del codice coordinata con quella speciale (ex art. 1551, co. 1 c.c.). Dunque, la parte adempiente potrà presentare, secondo le leggi speciali di borsa, una richiesta al comitato direttivo degli agenti di cambio, documentata con la produzione del fissato bollato, entro il quarto giorno non festivo seguente la scadenza del contratto, al fine di ottenere la vendita o l'acquisto dei titoli in danno dell'inadempiente, a conclusione di cui viene rilasciato un certificato da valere quale titolo esecutivo per la differenza tra il prezzo convenuto e quello realizzato con la vendita coattiva.

⁽³²⁸⁾ Così per BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1141; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di IUDICA-ZATTI, 1995, p. 2.

⁽³²⁹⁾ CAGNASSO, *La permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di RESCIGNO, 2000, p. 799, per il quale occorre indagare quale sia l'interesse che le parti hanno inteso privilegiare, ricorrendo la permuta e non la vendita qualora esse abbiano inteso scambiare i beni in natura limitandosi ad integrare il negozio con un

compatibili; ed è opinione largamente condivisa che tra le norme certamente applicabili vi siano anche quelle di cui agli artt. 1473-1474 ⁽³³⁰⁾ .

Il contratto estimatorio è caratterizzato dalla consegna che il *tradens* fa all'*accipiens* di una o più cose mobili al fine di venderle a terzi, assicurandosi il pagamento di un prezzo oppure, in alternativa, la restituzione di quanto trasferito. Il problema dell'ammissibilità dell'intervento del terzo nella determinazione del prezzo alternativo alla riconsegna risente della conclusione che si ritiene di appoggiare riguardo alla essenzialità o meno che il prezzo venga fissato già al momento del perfezionamento del contratto, ovvero della consegna dei beni, trattandosi di contratto reale. In verità non pare che vi siano ostacoli al ritenere che la stima complessiva della merce consegnata possa determinarsi in un momento successivo alla consegna, purché la volontà delle parti contenga in sé elementi sufficienti per rendere il prezzo quantomeno determinabile ⁽³³¹⁾. D'altra parte, anche nell'ambito di altri contratti traslativi a titolo oneroso di natura reale, come visto, l'esatta quantificazione del corrispettivo può sopravvenire dopo la dazione che ne segna il momento perfezionativo.

versamento in denaro al solo fine di colmare la differenza di valore tra i beni stessi; così anche OBERTO, voce *Permuta*, *Dig. civ.*, 1995, p. 370 e ss.

⁽³³⁰⁾ In tal senso BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1148; COTTINO, *Della permuta*, cit., p. 119; GIANNATTASIO, *La permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di CICU-MESSINEO, 1974, p. 42, ad avviso del quale invece sussiste incompatibilità all'applicazione di quelle norme che presuppongono essenzialmente ed unicamente il prezzo quale prestazione pecuniaria, come gli artt. 1498 e 1499, che si differenziano da quelle di cui agli artt. 1473 e 1474 le quali, pur riferendosi al prezzo, non presuppongono essenzialmente un corrispettivo in denaro. Per LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 197, non sarebbe invece applicabile l'art. 1474, perché detta criteri legali di quantificazione del prezzo con riferimento diretto ai beni da trasferire.

⁽³³¹⁾ Ritengono essenziale che il prezzo venga fissato MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, UTET, 1991, p. 232; e, per una risalente giurisprudenza, Cass., 26 marzo 1953, n. 768, in *Giur. it.*, I, 1, 657. Ammette invece che la stima possa essere soltanto determinabile LUMINOSO, *Vendita – contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da BUONOCORE, Torino, 2004, p. 406; in giurisprudenza, C. App. Catania, 14 novembre 1991, in *Riv. dir. fall. e soc. comm.*, 1992, II, 518.

Proseguendo nell'analisi dei contratti affini alla vendita, viene in considerazione la somministrazione di cui all'art. 1559 c.c., negozio di scambio consensuale di durata, ad esecuzione continuata, strutturalmente unitario nonostante la reiterazione degli atti di esecuzione (³³²).

L'art. 1561 prevede che la somministrazione a carattere periodico può avvenire verso un prezzo da determinarsi secondo l'art. 1474, prendendo a riferimento il tempo di scadenza delle singole prestazioni ed il luogo di esecuzione delle stesse. Il disposto ha consentito di rilevare come le parti possano disporre liberamente in ordine alla determinazione del prezzo, sia con riferimento alle singole prestazioni che al quantitativo globale, che, ove il prezzo non sia determinato e le parti non abbiano disposto direttamente loro stesse il rinvio ai criteri legali della vendita, l'applicazione di questi è destinato ad operare in via integrativa (³³³).

Occorre tenere presente peraltro che ai sensi dell'art. 1570 c.c. la somministrazione è soggetta, nei limiti della compatibilità, alle regole dettate per il contratto a cui sono riferibili le singole prestazioni. Ne deriva ad esempio che nella somministrazione di servizi dovrà farsi riferimento all'art. 1657 c.c. dettato in materia di appalto, in quanto norma *ad hoc* applicabile al contratto cui si riferisce la singola prestazione. Qualora si tratti di somministrazione a carattere continuativo, e non

(³³²) Per approfondire i caratteri della figura negoziale della somministrazione si rimanda a CORRADO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI, 1963; COTTINO, *Somministrazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1970.

(³³³) Così CORRADO, *La somministrazione*, cit., p. 890; CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di RESCIGNO, 2000, p. 414; COTTINO, *Somministrazione*, cit., p. 133, per il quale nelle somministrazioni d'uso il prezzo viene determinato in base al combinato disposto degli artt. 1561-1570 sempre con riferimento all'art. 1474. In tal senso nella giurisprudenza Cass., 11 novembre 1991, n.11996, in *Arch. civ.*, 1992, 411.

periodico al quale solo fa riferimento l'art. 1561, il rinvio poc'anzi citato legittima l'applicazione dell'art. 1474, ma senza il riferimento al tempo e al luogo delle prestazioni.

Infine, merita favore l'assunto per cui detto rinvio debba intendersi rivolto anche all'art. 1473: in definitiva le parti della somministrazione possono servirsi dell'intervento del terzo arbitratore del prezzo al pari di ciò che avviene nella vendita, purché allo schema della vendita corrispondano le singole prestazioni.

4. Nelle disposizioni *mortis causa*: rispetto della personalità e certezza della disposizione tra *relatio* formale e sostanziale.

L'ambito dei negozi *mortis causa* annovera diverse ed eterogenee figure di intromissione del *dictum* del terzo che rappresentano ipotesi peculiari di arbitraggio, particolarmente interessanti e dunque meritevoli di trattazione giacché parzialmente e variamente derogatorie della disciplina di riferimento.

La specialità del diritto successorio, fortemente connotato nel nostro ordinamento dall'assillo di preservare ad ogni costo la pretesa libertà dispositiva del testatore e la salvaguardia della volontà testamentaria personalmente espressa in vita (purché inequivoca al punto di meritare attuazione in luogo di quella subordinata *ab intestato*), origina taluni adattamenti dell'istituto ex art. 1349 c.c. tanto sotto il profilo dei poteri del determinatore quanto sotto l'aspetto della correlativa impugnabilità dell'atto di arbitramento e della fungibilità con l'intervento giudiziale.

Va subito premesso che il fenomeno arbitraggio nella normativa *de qua* è visto dal facitore delle leggi con moderato ma comunque evidente disfavore – o perlomeno

con una certo sospetto – stante la preoccupazione di salvaguardare principi assunti come cardini della materia: primo tra tutti la personalità dell'attribuzione per causa di morte, che vuole sia il defunto unico legittimato a far sì che la devoluzione delle proprie sostanze devii dallo schema della successione legittima, nei limiti ed entro l'osservanza dei non pochi divieti dettati dalla legge ⁽³³⁴⁾; e che, ad esso solo sia consentito individuare oggetto e beneficiari a titolo particolare od universale ⁽³³⁵⁾. Basti vedere come il 1° comma dell'art. 631 c.c. sanziona la nullità delle disposizioni dettate dal *de cuius* al fine di rimettere all'arbitrio di un terzo la determinazione del successore a titolo universale o particolare, o ancora della quota dell'eredità, tagliando fuori dalla materia il fenomeno dell'arbitraggio *tout court*, sia d'equo apprezzamento che meramente discrezionale ⁽³³⁶⁾.

Dal sistema deriva altresì l'assoluto divieto di ogni forma di rappresentanza del testatore ⁽³³⁷⁾, nonché l'esaltazione al massimo grado del contenuto del negozio testamentario quale fonte esclusiva della sua volontà formale, da manifestarsi necessariamente per iscritto, di ricorrere all'arbitraggio, senza che possa darsi pregio a quanto eventualmente espresso in atti distinti ⁽³³⁸⁾. Le prescrizioni imposte al testatore

⁽³³⁴⁾ GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1961, p. 804.

⁽³³⁵⁾ Così IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 7, nota n. 13 e p. 9. Sul tema CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 2, p. 305. Invece per BERNARDI, *Le successioni testamentarie*, a cura di BIANCA, in *Giurisprudenza sistematica civile commentata*, fondata da BIGIAMI, Torno, 1983, p. 84 e ss., il divieto si fonda sul dovere di rispetto della libertà testamentaria che evidentemente, ma non plausibilmente, l'A. ritiene limitata dal fenomeno arbitraggio.

⁽³³⁶⁾ SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 281. Nella risalente giurisprudenza di merito si segnala un'interessante decisione *pro* nullità della disposizione testamentaria la cui efficacia era stata subordinata all'approvazione di un terzo: C. App. Firenze, 8 agosto 1953, in *Foro it.*, 1953, I, 1757.

⁽³³⁷⁾ Anche se non è questa la sola portata del divieto per IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 221; cfr. anche ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, p. 274 e ss.

⁽³³⁸⁾ In tal senso IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 221, che esalta la coincidenza tra testamento e "fonte del contenuto degli effetti", con obbligo per l'interprete di focalizzare l'attenzione solo sulla scheda testamentaria.

sottendono altresì l'intenzione che costui formi una volontà dispositiva tendenzialmente determinata, potendo solo taluni aspetti restare limitatamente indeterminati e preferibilmente autosufficienti, dovendosi ritenere vietati i meccanismi di *relatio* sostanziale comportanti un intervento meramente discrezionale del terzo che invece è ben ammessa nel quadro dell'arbitraggio generale ⁽³³⁹⁾.

La clausola di deferimento al terzo contenuta nella scheda testamentaria è ad ogni effetto atto dispositivo per causa di morte, destinato ad operare quando il disponente avrà cessato di vivere, e sempre che il negozio che la contiene (o la parte dello stesso scindibile dalle altre in cui è espressa) sia valido e produttivo di effetti.

Non sono invece oggetto della presente analisi quelle forme di accordi alternativi al testamento stipulati in vita tra disponente e terzo al fine di conferirgli l'incarico di svolgere uno o più determinati atti o negozi giuridici per conto del primo, e dopo la sua dipartita ⁽³⁴⁰⁾.

⁽³³⁹⁾ Il ricorso alla *relatio* sostanziale va temperato invero con il rispetto della personalità del testamento, ed è lecita purché si limiti ad integrare la volontà del disponente senza stravolgerne l'essenza: CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 305. In generale sul tema della *relatio* nel diritto successorio: ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit.; GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966; NICOLO', *la relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 117 e ss. Per una prospettiva storica dell'istituto si veda VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, Napoli, 1907, I, p. 151 e ss.

⁽³⁴⁰⁾ Si tratta delle figure riconducibili al mandato *post mortem exequendum*, caratterizzate dall'obbligo assunto dal mandatario vita natural durante del mandante, di compiere quanto richiesto, ma dopo la morte del mandante stesso, la cui validità è data ormai assodata purché non configga con il divieto dei patti successori: in materia si rimanda a GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 827 e ss.; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1974, p. 136 e ss. Vi sono anche altri leciti strumenti che sempre più sovente vengono fruiti da coloro che desiderano affidare in gestione a terzi fiduciari le proprie sostanze ed attività economiche, come il *trust* ed il *pactum fiduciae*, i quali, come è stato rettamente osservato, rendono sempre più anacronistiche le previsioni dell'art. 627 c.c., ridimensionando anche la portata delle numerose limitazioni contenute negli artt. 628 e ss.: così testualmente PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1996, 2, p. 717.

Le singole fattispecie che si passeranno in rassegna attuano quel processo determinativo ⁽³⁴¹⁾ per il tramite di una fonte extratestamentaria che è offerta ai privati, aggirando la sanzione della nullità di cui all'art. 628 c.c. che si atteggia a norma cardine del sistema ⁽³⁴²⁾. In forza di questa la porzione in senso stretto dell'oggetto della disposizione a causa di morte, costituita dal soggetto vocato, può evincersi *per relationem* da un'idonea fonte esterna; l'onere che grava sul testatore che non abbia inteso determinare direttamente l'oggetto o la persona beneficiata è però quello di enunciare i modi attraverso cui la determinazione possa darsi, indicando il fattore che ne esula, come necessario nel quadro di un negozio personalissimo incompleto in ossequio al principio del formalismo cui soggiace.

E' stata al riguardo finemente elaborata una sottodistinzione tra le fonti esteriori che concorrono, anche congiuntamente, alla produzione degli effetti del testamento, tra

⁽³⁴¹⁾ La definizione si deve a FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941 p. 281.

⁽³⁴²⁾ Per la norma è nulla ogni disposizione testamentaria fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata. Argomentando dalle disposizioni seguenti, ed in particolare dagli artt. 631 co. 1 e dall'art. 632 c.c., deve assumersi che vi sia nullità pure a fronte dell'indeterminatezza della cosa oggetto della disposizione di ultima volontà. La Cassazione ha ritenuto sufficiente per evitare la nullità della disposizione per indeterminatezza del beneficiario che questo sia indicato in base a criteri oggettivi ed univoci, pur non spendendone il nome: Cass., 2 maggio 1975, n. 1681; sulla stessa linea si era espressa in precedenza, in tema di disposizioni negative o per esclusione, nelle quali viene escluso un certo soggetto dalla successione senza indicare quella che si vuole beneficiare in suo luogo, concludendo per la nullità della disposizione incompleta o inespressa, in quanto non colmabile argomentando da altri dati extratestamentari: Cass., 18 marzo 1978, n. 1359. Cfr. però Cass., 7 luglio 1987, n. 5897, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2748, la quale ha ritenuto che gli artt. 629 (disposizioni a favore dell'anima) e 630 c.c. (disposizioni a favore dei poveri) integrano o suppliscono, ma non derogano, la norma generale dell'art. 628, sicché se i beneficiari non sono in alcun modo determinabili l'attribuzione sarà in ogni ipotesi nulla, mentre invece, se è possibile determinarli avvalendosi dell'ermeneutica negoziale dei testamenti, la nullità potrà essere scongiurata anche nelle ipotesi analoghe a quelle di cui agli artt. 629 e 630. Da notare che il codice previgente vietava tendenzialmente l'intervento del terzo nella determinazione della volontà del *de cuius*, pur esigendo soltanto la determinabilità delle attribuzioni (artt. 830 e 834): in materia si veda SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 282 e ss.

le quali si individuano quelle di qualificazione ⁽³⁴³⁾, determinative del diritto, e quelle di imputazione, determinative della persona del chiamato ⁽³⁴⁴⁾. L'operare delle stesse resta poi subordinato all'evento della morte, il quale si eleva d'altra parte a condizione sospensiva dell'efficacia dell'intero contenuto del negozio testamentario, ivi comprese le clausole di arbitraggio.

Dal punto di vista della tipologia degli eventi estranei al testamento che possono assumersi quali fonti determinative, si è messo in luce ⁽³⁴⁵⁾ come la normativa in analisi menzioni: stati di fatto (prescindenti dalle cause di origine), atti umani (connessi alla volontà originatrice umana), fatti naturali (indipendenti dalla volontà dell'uomo).

Ampiamente si è discusso in ordine a quale sia la specie di atto o negozio giuridico nel quale collocare l'incarico conferito al terzo nel testamento.

La tesi, per la verità minoritaria, del mandato *mortis causa* unilaterale ⁽³⁴⁶⁾ cozza con la natura essenzialmente bilaterale del sopradetto negozio e con l'impossibilità di concepire un agire nell'interesse del mandante che, dopo la morte, non sarà titolare di interesse alcuno ⁽³⁴⁷⁾.

⁽³⁴³⁾ Così appellate grazie al contributo di FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 299 e ss., esse concorrono a definire il diritto che verrà acquisito dal futuro titolare in forza della attribuzione *mortis causa*.

⁽³⁴⁴⁾ Così sempre FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 255 e ss., si tratta delle fonti che indicano il soggetto che acquisterà il diritto di cui vi è disposizione nel testamento.

⁽³⁴⁵⁾ ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, pp. 253-255; DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., pp. 35-36.

⁽³⁴⁶⁾ L. COVIELLO jr, *Il « mandatum post mortem »*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, I, p. 1 e ss.

⁽³⁴⁷⁾ I rilievi critici sono di MINERVINI, *Il mandato – La commissione – La spedizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1954, p. 18, e di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 128, che non ritiene infatti ammissibile trasporre *post mortem* del mandante l'interesse portato dal *de cuius* quando, ancora in vita, conferì il potere al terzo. Osserva inoltre IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 227, come il tenore delle singole norme in materia non fa riferimento all'ipotesi di mancata accettazione del terzo, bensì a quelle diverse del mancato compimento della scelta demandata (cfr. artt. 631, 3° co. e 664, 3° co. c.c.)

Non sembra fondata neppure la teoria, pure autorevole, della *electio* del terzo come negozio di accertamento, posto in essere in vece del *de cuius* a seguito dell'autorizzazione da costui espressa nel testamento, per definire i contorni altrimenti incerti di un rapporto ⁽³⁴⁸⁾; non si spiegherebbe così come possa operare la *relatio* che rinvia a fatti naturali o eventi storici, che non si connettano a manifestazioni di volontà, né sarebbe concepibile l'ulteriore negozio di accertamento, posta l'unicità logica e giuridica del testamento relazionale che si completa con il rinvio, restando unitario ⁽³⁴⁹⁾.

Al di là dell'opinione di chi esclude persino qualsiasi rapporto tra testatore e terzo ⁽³⁵⁰⁾, la visione più condivisa vede nel conferimento al terzo del potere determinativo un negozio autorizzativo unilaterale con cui l'arbitratore riceve legittimazione ad incidere sul complesso dei rapporti giuridici di natura patrimoniale consistenti nell'eredità del *de cuius* ⁽³⁵¹⁾. In sostanza, la combinazione tra negozio attributivo di beni dato dal testamento, e negozio attributivo della potestà o diritto di scelta, origina l'efficacia del negozio ausiliario della *electio* del terzo che completa il contenuto indeterminato del testamento e permette il prodursi degli effetti della dichiarazione principale ⁽³⁵²⁾.

⁽³⁴⁸⁾ ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 334.

⁽³⁴⁹⁾ In tal senso IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 233-234.

⁽³⁵⁰⁾ SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p. 81, che a conforto del rilievo adduce come il nesso possa difettare anche nell'ambito di negozi *inter vivos*.

⁽³⁵¹⁾ Si veda a sostegno dell'opinione, tra gli altri, SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 287 e ss.; ALLARA, *Il testamento*, cit., p. 119; DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 52 e ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 48; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 130; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, I, 3, p. 63, per cui le fattispecie degli artt. 630, 631 co. 2 e 699 c.c. costituiscono negozi di conferimento di incarichi.

⁽³⁵²⁾ RESCIGNO, *Note di diritto privato sull'attività dell'Amministrazione Pubblica*, in *Dir. e econ.*, 1964, p. 34, secondo cui il terzo determinando integra la volontà del testatore.

Prendendo spunto dalla critica di siffatta ricostruzione, non si è mancato di rilevare come, essendo il testamento lecito se conforme ad uno degli schemi legali, e costituendo il rinvio alla fonte determinativa altrui una modalità prevista dalla legge, deve evincersi che il testamento con oggetto da determinarsi con l'arbitrio altrui è negozio in sé perfetto e completo, nella misura in cui contiene tutti gli elementi per determinarne gli effetti devolutivi. Il *dictum* del terzo si pone così quale evento esterno che consente di determinare il modo ed i termini secondo cui concretamente avverrà la successione nei diritti del defunto ⁽³⁵³⁾.

In questa sede non rileva tanto comprendere quale sia la costruzione dogmatica dell'istituto più plausibile tra quelle sostenute – pur non potendosi nascondere che quella da ultimo riportata pare dotata di maggior pregio – quanto piuttosto coglierne il dato comune che non può essere confutato: il testamento che rimanda alla determinazione altrui è interamente valido, ma solo parzialmente efficace, per la parte di disposizioni che

⁽³⁵³⁾ Così IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 27 e ss., che parla di intervento del terzo come "fonte estrinseca" alla quale il testamento deve necessariamente appoggiarsi conformemente allo schema legale tipico del rinvio optato dal *de cuius*, senza però che l'arbitrio del terzo possa atteggiarsi a completamento della decisione testamentaria lacunosa, in violazione del principio della personalità vigente nella materia. L'A. adduce una serie di altre considerazioni piuttosto condivisibili a supporto della tesi ed a discapito di quella del negozio di autorizzazione, sopra tutte l'unicità del negozio testamentario *per relationem* così come disegnata dall'art. 628 c.c. che, nel disciplinare un fenomeno in cui il testatore indica sempre un genere nel quale l'evento estrinseco sceglierà gli effetti, e non distinguendo la natura dell'evento stesso soltanto limitando il ricorso ad alcune fonti, non discrimina tra rinvio al fatto naturale o evento storico, e atto di volontà del terzo. Quindi, se gli eventi che possono operare come fonti esterne in virtù della scelta del testatore sono fungibili, deve dedursene che la funzione delle stesse è identica: la terminologia "scelta del terzo" è fuorviante, poiché ogni fonte esterna compie una scelta, non nel senso di opzione di volontà, bensì di "operazione logica che determina la specie nel genere", dalla quale non deriva però alcun effetto di integrazione del testamento o di amministrazione dei diritti del testatore. Sulla stessa linea di pensiero CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 182 e ss.; ID., *Il negozio d'accertamento*, Torino, 1942, p. 176; PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, cit., p. 614, per cui la disposizione di ultima volontà è completa e perfetta quando racchiude "la decisione attuale sulla sorte dei beni", ed è così idonea a produrre l'effetto dispositivo in quanto conforme allo schema legale di qualificazione normativa. Ancora, LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitraggi*, in *Annali Messina*, Messina, VII (1932-33), pp. 33 e 40, che rileva come il testamento debba essere di necessità completo e perfetto sin dalla formazione da parte dell'autore, non potendosi ammetterne il completamento dopo che questi avrà cessato di vivere.

prescindono dal responso altrui; l'operare delle attribuzioni che, in quanto indeterminate, necessitano invece dell'intervento del terzo, restano sospensivamente condizionate all'evento della manifestazione di scelta del predetto ⁽³⁵⁴⁾.

Non vi è dubbio in definitiva che il legislatore nella delicata tematica giuridica successoria ha accolto il principio generale della irrinunciabile determinabilità di taluni aspetti delle disposizioni di ultima volontà, contemperando il dogma della personalità testamentaria con i meccanismi tipizzati di rinvio all'arbitrio del terzo; dando così luogo ad alcuni fenomeni di *relatio* sostanziale, eccezionali e tipizzati, ed altri di *relatio* formale, connotati dalla completa indicazione di beneficiario ed oggetto, e dal rinvio a fatti o circostanze esterne la cui esistenza deve soltanto essere accertata ⁽³⁵⁵⁾. Tali elementi consentono di superare l'insufficienza della fonte negoziale primaria a produrre gli effetti cui mira, mediante appunto il rimando a fattori esterni che, se non completano la fattispecie (come nell'arbitraggio vero e proprio ex art. 1349 c.c.), ne condizionano comunque in parte l'efficacia ⁽³⁵⁶⁾.

⁽³⁵⁴⁾ IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 199 e 228; SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 286.

⁽³⁵⁵⁾ Mediante attività di semplice presa di cognizione: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 415, il quale apporta quale esempio di disposizione di *relatio* formale quella in cui si nomina erede universale il nipote che primo tra gli altri conseguirà il titolo di studio della laurea.

⁽³⁵⁶⁾ Così ancora IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 25 e 42 e ss., il quale reputa che il principio di personalità ed il rinvio alla determinazione altrui rappresentano due facce della stessa medaglia, guardata rispettivamente dal lato del testatore e dal lato del terzo, e che l'intervento del terzo è necessariamente funzionale al personalismo nella misura in cui senza d'esso la disposizione rischierebbe di non trovare applicazione, e di venire soppiantata dalla successione legittima, giacché incompleta ed indeterminabile. In tale direzione: ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., p. 110 e ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 87 e ss.; GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 121 e ss. Osserva SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 273, che l'analisi del combinato disposto degli artt. 632, 665 e 1286 c.c. indica tra i poteri di privata autonomia del testatore quello di indicare il soggetto che fungerà da arbitratore, al pari di ciò che può avvenire nell'ambito di ogni obbligazione con prestazione

5. Le singole ipotesi di arbitraggio per volontà del *de cuius*: l'art. 630 cod. civ.

Una prima fattispecie di intervento del terzo che dà luogo al sistema relazionale sostanziale nell'ambito delle disposizioni *mortis causa* è contemplata dall'art. 630 c.c. ⁽³⁵⁷⁾, dal cui comma secondo si evince che il testatore può affidare ad altri il compito di determinare l'utilizzo o l'istituto pubblico cui destinare l'attribuzione genericamente espressa in favore dei poveri, o con formule simili ⁽³⁵⁸⁾. Laddove il terzo incaricato non voglia o non possa accettare il compito, torna ad applicarsi il criterio legale del comma 1, operante in via principale in difetto del deferimento all'altrui arbitrio e, dunque, l'attribuzione verrà devoluta ai poveri del luogo di domicilio del *de cuius* al momento della morte, ed in particolare all'ente comunale di assistenza, ovvero sia al comune, atteso lo scioglimento di tali enti decretato dall'art. 25, 5° e 8° comma del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 ⁽³⁵⁹⁾.

determinabile per via dell'arbitramento altrui. Così pure CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 307 e ss.; ROSSI, *Il testamento*, Milano, 1988, p. 166 e ss.

⁽³⁵⁷⁾ Sul generale tema dell'art. 630 c.c. si vedano AULETTA, *Le successioni testamentarie*, cit., p. 63 e ss. e MACALUSO, *Poveri (disposizioni a favore dei)*, in *N.N.DI.*, XIII, Torino, 1966, p. 515. La norma riproduce in sostanza la disposizione dell'art. 832 del previgente codice, che devolveva il lascito alla congregazione locale di carità.

⁽³⁵⁸⁾ L'ente cura gli interessi dei poveri e li rappresenta davanti all'autorità giudiziaria, con legittimazione alle azioni utili all'attuazione della disposizione non adempiuta; nel caso in cui anziché lasciare un legato il *de cuius* disponga un onere a carico di erede legatario, l'ente dovrà agire contro questi per conseguire l'attuazione del *modus*.

⁽³⁵⁹⁾ La norma pare preordinata alla salvezza della disposizione testamentaria dalla sanzione della nullità, nell'intento di perseguire la presunta volontà del testatore, con una presunzione *iuris et de iure*: così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, p. 402; PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 160 e ss.; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 74 e ss. La previsione per operare richiede una serie di condizioni legali negative: che le disposizioni non siano fatte a favore di determinate persone fisiche o giuridiche con l'onere di impiegare tutto o in parte di ciò che è stato loro lasciato in favore dei poveri o per altri scopi di beneficenza (in qual caso l'attribuzione andrebbe al soggetto indicato); che non risulti indicato l'uso o il pubblico istituto a cui è fatta la disposizione (in tal caso andrebbe o questo l'attribuzione); che non ci sia un ente con scopo identico a quello voluto dal testatore (che in tale ipotesi dovrebbe preferirsi considerando lo spirito della norma e la presunta volontà del *de*

Riguardo la natura dell'istituto si è osservato come vi sia una certa affinità tra il lascito a titolo particolare in favore di poveri determinati (e quindi tra tale tipo di legato obbligatorio) ed il *modus*, qualora l'onorato sia chiaramente indicato come avente causa dell'onorato ⁽³⁶⁰⁾; e come l'indeterminatezza dei destinatari della disposizione a titolo particolare, indicati genericamente, traccia per contro una linea di confine più marcata tra detto genere di legato obbligatorio ed il *modus* con terzo determinato, purché sussista la determinabilità degli interessati all'adempimento in favore della categoria di soggetti destinatari del beneficio. Fermi restando i casi in cui è lo stesso ordinamento a stabilire la determinabilità dell'onorato mediante la volontà del testatore che ha indicato la categoria da beneficiare ⁽³⁶¹⁾.

La norma menziona le disposizioni in genere, tanto che il terzo può venire investito del compito di scegliere sia l'erede che il legatario ⁽³⁶²⁾.

La determinazione deve attenersi anzitutto alle prescrizioni specifiche formulate dal *de cuius*, che potranno vincolare al rispetto dell'apprezzamento equo e dunque prudente, oppure lasciare spazio ad una scelta arbitraria; peraltro, la necessaria

cuius): così GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, 1952, p. 475; GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1957, p. 897.

⁽³⁶⁰⁾ GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1957, p. 898, che evidenzia infatti come, secondo la regola dell'autonomia del *modus*, nell'ipotesi in cui dovessero mancare gli istituiti per testamento, saranno onerati gli eredi legittimi.

⁽³⁶¹⁾ Ad es., l'art. 5, legge 698/1950 individua nell'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza dei sordomuti il destinatario delle disposizioni genericamente destinate a favore di sordomuti. Da notare che i beneficiari della disposizione ex art. 630 c.c., che rappresenta una specie di *modus*, non sono i titolari del credito che sorge con l'accettazione del *modus* stesso; beneficiari sono piuttosto i soggetti (solitamente gli enti) che istituzionalmente sono portatori degli interessi del gruppo di persone in cui rientra quella da beneficiare secondo la volontà del testatore. L'analogia tra legato obbligatorio e *modus* si riscontra anche nella fase di acquisto di quanto devoluto: l'inadempimento da parte dell'onorato obbliga costui al risarcimento del danno, e la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 648, co. 2 c.c. può giustificare la risoluzione della disposizione fatta in favore dell'onorato: così CRISCUOLI, *Il testamento. Norme e casi*, Padova, 1991, p. 257.

indicazione da parte del testatore quantomeno la categoria o la qualità dei soggetti tra cui scegliere riduce assai i termini dell'opzione da rendere ⁽³⁶³⁾. Sembra corretto argomentare dalla disciplina generale dell'art. 1349 c.c., e da quella in tema di obbligazioni alternative ex art. 1286, che in mancanza di criteri nella scheda testamentaria il terzo dovrà assumere la propria decisione secondo equo apprezzamento ⁽³⁶⁴⁾.

Come detto in esordio, se l'arbitratore non può o non intende accettare l'incarico demandatogli, per ragioni soggettive attinenti la propria persona, od oggettive, connesse all'impossibilità di attuare la destinazione che preferirebbe, la legge sopperisce fornendo il criterio legale di determinazione di cui al 1° comma dell'articolo in commento, attribuendo quanto indicato al comune dell'ultimo domicilio del *de cuius* ⁽³⁶⁵⁾.

La decisione del terzo è una particolare *species* di arbitrato, come tale impugnabile ai fini dell'annullamento secondo le azioni, i tempi e le forme proprie dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c. già approfonditi in precedenza. Tenendo presente che se si è imposto *l'arbitrium boni viri*, sarà censurabile solo la manifesta erroneità o iniquità; mentre invece la scelta resa in virtù di mero arbitrio potrà impugnarsi esclusivamente lamentando e comprovando la mala fede dell'autore.

E' evidente che sono opportune alcune precisazioni in ordine ai soggetti portatori della *legitimatio ad causam* e dell'interesse ad agire; posto che, essendo l'entità

⁽³⁶²⁾ GARDANI CONTURSI-LISI, *Dell'istituzione d'erede e dei legati – disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1983, p. 134; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, Milano, 1976, p. 133; AULETTA, *Le successioni testamentarie*, cit., p. 69.

⁽³⁶³⁾ IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 249; VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, I, cit., p. 353.

⁽³⁶⁴⁾ Così MACALUSO, *Poveri (disposizioni a favore dei)*, cit., p. 526.

della prestazione già definita dal testatore, deve escludersi che possano esperire la specifica azione di annullamento gli altri beneficiati a titolo universale dal testamento o dalla legge, i quali non ne trarrebbero alcun vantaggio in termini di accrescimento della propria quota, operando comunque, in ipotesi di accoglimento, la prescrizione del 1° comma dell'art. 630 ⁽³⁶⁶⁾.

Quello che si intende affermare è che non pare estensibile alla peculiare azione di annullamento dell'atto di arbitrato del terzo, che ha individuato l'uso o l'istituto cui devolvere l'attribuzione, il principio vigente in materia testamentaria per cui la legittimazione all'*actio* di annullamento compete a chiunque vi abbia interesse ⁽³⁶⁷⁾. Oppure, senza doversi fare latore di una battaglia tesa a rinvenire il fondamento di un'eccezione alla regola generale della materia, è possibile per altra via ottenere il medesimo risultato della limitazione ad indiscriminate domande di annullamento.

⁽³⁶⁵⁾ SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, 2, p. 61; GARDANI CONTURSI-LISI, *Dell'istituzione d'erede e dei legati – disposizioni generali*, cit., p. 134; F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 437.

⁽³⁶⁶⁾ Ovviamente i chiamati per testamento o *ab intestato* nell'universalità dei beni oppure in una quota degli stessi avranno tutto l'interesse, nonché la legittimazione, ad esperire i rimedi volti alla declaratoria di annullamento o di nullità del testamento, o di parte di esso, contenente la disposizione a favore di poveri o simili, lamentando i vizi originanti l'invalidità e l'inefficacia, oppure la lesività della disposizione rispetto alla propria quota di legittima (azione di riduzione, art. 553 e ss. c.c.), oppure reclamando la propria qualità di erede al fine di recuperare i beni destinati (azione di petizione, art. 533 e ss.). Giova ricordare al riguardo come nel campo delle successioni non esiste una disciplina organica come nella materia contrattuale, bensì singole specifiche previsioni riguardanti fattispecie di vizi di nullità formale (ad es., mancanza dell'autografia o sottoscrizione, art. 606, 1° co.) o sostanziali (violazione del divieto di patti successori, art. 458), che debbono contemperarsi con il meccanismo di salvezza dell'art. 590 dettato in deroga al generale divieto di convalida dei negozi nulli (art. 1423). Per approfondire il tema dell'invalidità testamentaria, e della conferma delle disposizioni nulle, oltre alla bibliografia generale sulle successioni, cfr.: FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; RESCIGNO, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; BIANCA, *La famiglia. Le successioni, Diritto civile*, II, Milano, 1981; BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; MEARELLI, *Sulla rilevanza del motivo del testamento*, in *Giur. Mer.*, 1979, p. 488 e ss.; GAZZONI, *Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 310 e ss.; ID, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1991.

⁽³⁶⁷⁾ Contrariamente alla omologa azione in campo contrattuale, che è esercitabile *ex art.* 1441 c.c. soltanto da colui nel cui interesse è stabilito l'annullamento dalla legge.

Si tenga difatti presente che il principio in questione è pacificamente inteso nel senso che l'azione deve in ogni caso fondarsi su di un interesse correlato ad un diritto successorio che sorgerebbe o si amplierebbe per effetto dell'annullamento, e non su un generico interesse avulso dalla tutela richiesta ⁽³⁶⁸⁾; ne deriva così che per chiedere l'annullamento della determinazione altrui espressa ex art. 630, comma 2 c.c. è indefettibile allegare la propria qualità di beneficiario che verrebbe ad essere favorito in luogo di quello indicato dal *de cuius*. Per rendere un esempio, sarebbe certamente legittimato l'ente (ora il comune) che assuma di essere stato erroneamente, iniquamente o in mala fede sfavorito dal terzo; o potrebbe agire il singolo indigente di un certo comune o, *de iure condendo*, più di questi collettivamente mediante "class action", lamentando che il terzo abbia favorito altri. Oppure ancora, non deve escludersi che tali ultimi soggetti possano surrogarsi al comune inerte nell'esperimento dell'iniziativa ai sensi dell'art. 2900 c.c., assumendo in giudizio le vesti di sostituto processuale ex art. 81 c.p.c. ⁽³⁶⁹⁾.

Analogo ragionamento vale nell'evenienza in cui si contesti l'uso a cui l'arbitratore ha preferito assegnare l'attribuzione genericamente disposta, da parte dei soggetti i quali ritengano che avrebbero tratto vantaggio dal diverso uso illegittimamente od erroneamente posposto. Ovviamente l'indagine in ordine alla sussistenza di un

⁽³⁶⁸⁾ Così CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 498.

⁽³⁶⁹⁾ Infatti i rapporti giuridici connessi alla disposizione indeterminata ex art. 630 c.c. sono assimilabili a quelli che vi sono tra il creditore (il beneficiario svantaggiato, seppure preteso tale), il di lui debitore (l'ente o comune di riferimento, che avrebbe dovuto adempiere materialmente l'attribuzione qualora designato dal terzo), ed il terzo (che in tal caso non sembra essere tanto l'arbitratore, che pure deve essere convenuto nel giudizio, quanto piuttosto il beneficiario che è stato illegittimamente o ingiustamente preferito, in quanto percettore di una prestazione che si assume indebita). Inoltre, si tratta di rapporti di contenuto patrimoniale, per i quali non v'è obbligo di legge che venga esperito solo dal preteso titolare cui ci si surroga.

concreto interesse all'azione compete al giudice del merito adito ⁽³⁷⁰⁾, e difficilmente potrà prescindere dalla valutazione della presumibile volontà del testatore, come emergente dalla scheda testamentaria e senza attingere *aliunde*, al fine di comprendere se effettivamente quegli al tempo della stesura del negozio intendeva annoverare, tra i potenziali beneficiari, anche la parte attrice per l'annullamento.

Brevi note infine riguardo gli aspetti processuali che possono divergere dalle osservazioni svolte in precedenza in merito all'arbitraggio, cui si rimanda per il restanti profili.

La competenza territoriale non dovrebbe essere individuata in forza dell'art. 22 c.p.c. ⁽³⁷¹⁾, che si occupa del *forum* per la decisione di cause ereditarie; a prescindere infatti dal rilievo che il disposto fa riferimento a controversie relative alle cause di divisione ereditaria ⁽³⁷²⁾ inerenti legati dovuti dall'erede, purché intraprese entro due anni dall'apertura della successione (restringendo di molto il campo di applicazione), occorre osservare come il giudizio in oggetto debba piuttosto seguire i criteri generali della competenza di cui agli artt. 18 e ss. c.p.c.

Il contraddittorio deve essere instaurato necessariamente avverso il beneficiario favorito dalla determinazione del terzo, nonché nei confronti del terzo stesso, anche al fine di avanzare pretese risarcitorie conseguenti l'eventuale dispersione dell'attribuzione

⁽³⁷⁰⁾ E sarà incensurabile in sede di giudizio di legittimità se non affetto da vizi logici o da errori giuridici, come da tempo affermato dalla giurisprudenza chiamate a decidere controversie inerenti la genuinità della volontà del testatore: cfr. Cass., 22 gennaio 1966, n. 268, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Testamento*, 50; Cass., 18 luglio 1966, n. 1946, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Testamento*, 49.

⁽³⁷¹⁾ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 456 c.c. e 22 c.p.c., la competenza per le controversie ereditarie spetta al giudice del luogo dell'aperta successione, ovvero quello dell'ultimo domicilio del defunto. Si tratta di un foro speciale ed esclusivo, tuttavia derogabile: Cass., 21 gennaio 1985, n. 215.

⁽³⁷²⁾ Cioè delle cause relative all'universalità di rapporti giuridici facenti capo al *de cuius*: Cass., 22 settembre 1978, n. 4260.

se già percepita e consumata ⁽³⁷³⁾. Inoltre, in ipotesi di azione surrogatoria, è necessario convenire in giudizio anche il comune al quale ci si vuole surrogare, ricorrendo un caso di litisconsorzio necessario in forza del combinato disposto degli artt. 2900, 2° comma c.c. e 102 c.p.c.

6. La disposizione a titolo particolare con beneficiario indeterminato ma determinabile.

In ossequio alla irrinunciabile certezza e personalità delle attribuzioni *mortis causa*, ai sensi del comma 1 dell'art. 631 c.c. sono inficcate da nullità le disposizioni a titolo universale e particolare che affidano ad altri l'individuazione del beneficiario, oppure la quantificazione della quota dell'eredità ⁽³⁷⁴⁾.

Tuttavia, il testatore ha facoltà di legare una certa cosa o un certo diritto a quel soggetto che l'onere o un terzo ⁽³⁷⁵⁾ potranno scegliere tra una cerchia di persone

⁽³⁷³⁾ Per scongiurare il rischio sarebbe ovviamente proficuo avanzare domanda di tutela cautelare al giudice competente per il merito, probabilmente nella forma tipica del sequestro giudiziario (art. 670 c.p.c.) dei beni mobili o immobili oggetto dell'attribuzione, risultandone controversa la proprietà, ed essendovi l'opportunità di assicurarne la custodia o la gestione durante la pendenza del giudizio di cognizione ordinaria. Non sembra peregrina neppure la richiesta di sequestro conservativo ai sensi dell'art. 671 c.p.c., da avanzarsi sia nei confronti del beneficiario individuato dal terzo, ed avente ad oggetto i beni o le somme di cui il testatore ha disposto, in quanto "somme o cose" dovute al proprio debitore, sia nei confronti del terzo stesso verso cui si avanzano pretese di risarcimento, nel qual caso domandando il sequestro di beni di valore equivalente alla garanzia del credito, e quindi al valore dell'attribuzione.

⁽³⁷⁴⁾ Come rileva IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 248, la norma ha un campo di elezione differente rispetto a quello dell'art. 628: questo, non escludendo la rimessione all'arbitrio di altri, e non distinguendo peraltro tra mero e prudente arbitrio, contempla la facoltà di designazione del chiamato attraverso il rinvio ad elementi esterni; l'art. 631, co. 1, per contro, esclude che l'arbitrio del terzo possa fungere da elemento relazionale esterno cui rinviare. A dimostrazione, a detta dell'A., che "la disciplina del testamento *per relationem* si distingue così dalla *disciplina dei singoli oggetti del rinvio*" (il corsivo è dell'A.).

⁽³⁷⁵⁾ Per la giurisprudenza non rientra nella nozione di terzo arbitratore il soggetto istituito erede: Cass., 21 aprile 1979, n. 2228, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, voce *Successione testamentaria*, 14.

giuridiche definita dal *de cuius*, o tra persone fisiche appartenenti a famiglie o categorie di persone, oppure ancora tra più enti sempre determinati nel testamento ⁽³⁷⁶⁾.

La norma, adeguandosi ad una risalente tradizione giuridica ⁽³⁷⁷⁾, consente il fenomeno relazionale esclusivamente in ordine ai legati, a detta di alcuni probabilmente considerando che il legatario non risponde dei debiti ereditari al pari dell'erede, che dunque è opportuno e coerente non venga scelto indistintamente da altri che non sia il testatore ⁽³⁷⁸⁾. Certo è che l'attività determinativa del terzo di un'attribuzione a titolo particolare od universale non presenterebbe particolari differenze, né per chi la effettua né per chi dovesse valutarne la legittimità od erroneità ⁽³⁷⁹⁾; ma tant'è che il legislatore ha preferito limitare l'arbitraggio alla sola fattispecie del legato.

Il problema più delicato è quello di delimitare quale sia il potere discrezionale spettante all'arbitratore nella scelta, posto che non offre utili indicazioni il comma 1 della

⁽³⁷⁶⁾ Il 2° co. dell'articolo in commento non contempla la sostituzione della volontà del testatore con quella arbitraria altrui, ma consente soltanto il parziale rinvio ad una fonte esterna, secondo il noto sistema della *relatio* sostanziale, che potrà concorrere ad individuare il beneficiario a titolo particolare, entro i ristretti limiti dettati nel negozio di ultima volontà. Il principio del personalismo ne esce pertanto intatto. *Contra* GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario al codice civile*, UTET, Torino, 1978, p. 194, che ritiene la deroga gravemente ingiustificata. Si rimanda, per una lettura dell'istituto nel complesso, a GARDANI CONTURSI-LISI, *Dell'istituzione d'erede e dei legati – disposizioni generali*, cit., p. 135 e ss.

⁽³⁷⁷⁾ Così ALLARA, *Il testamento*, cit., p. 120, e SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 283 e ss. In effetti la disposizione dell'art. 834 del codice del 1865 stabiliva la nullità della disposizione fatta a persona incerta, pur non menzionando quella contenente il compito della determinazione della quota dell'eredità.

⁽³⁷⁸⁾ GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 519 e ss.; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 807. Può obiettarsi però che l'eredità si acquista con l'accettazione espressa o tacita, che presuppone comunque una decisione consapevole da parte del chiamato, al pari di quella che compie il legatario il quale domanda all'onorato il possesso della cosa legata, oppure decide di rinunciare alla propria attribuzione a titolo particolare: il legato infatti si acquista *de iure* senza necessità di approvazione ai sensi dell'art. 649 c.c., salva la facoltà di rinunziarvi entro il termine fissato dal giudice su istanza degli interessati (art. 650) oppure entro quello decennale decorrente dall'apertura della successione che la dottrina ritiene applicabile per analogia argomentando da quello stabilito per l'accettazione dell'eredità: L. FERRI, *Successione in generale*, Bologna-Roma, 1980, p.73, che precisa peraltro come invece le norme in tema di formalismo della rinuncia ereditaria non sono applicabili alla rinuncia al legato avente ad oggetto diritti reali immobiliari, stante il carattere eccezionale delle stesse. Per VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, I, cit., p. 254, la disposizione implica l'eventualità che possa aversi un legato persino più ricco dell'eredità, sicché non è il criterio del valore quello che spiega la *ratio* della norma.

disposizione in esame, il quale sanziona con la nullità dell'attribuzione che dipende dall'altrui arbitrio, senza altro specificare ⁽³⁸⁰⁾.

Dai più si sostiene la libertà del terzo di scegliere il beneficiario secondo equo apprezzamento o in base al mero arbitrio ⁽³⁸¹⁾.

Per la verità sembra che la soluzione più fondata sia quella rispettosa per un verso della natura eccezionale della disposizione – che deroga al regime di generale nullità – per altro verso della tipologia speciale della stessa che ne fa un arbitraggio dai contorni peculiari. E dunque: il criterio principe resta quello della volontà indicata dal testatore nella scheda, il quale, oltre ad indicare la categoria entro cui operare la scelta, potrebbe aver imposto l'osservanza di ulteriori elementi, tanto da obbligare alla determinazione secondo equo apprezzamento degli stessi; oppure, viceversa, nel caso in cui il disponente si sia limitato alle sole indicazioni minime richieste dalla legge affinché operi l'eccezionale validità della disposizione, senza dettare criteri aggiuntivi da osservare nella scelta, il terzo potrà determinarsi secondo il proprio mero arbitrio ⁽³⁸²⁾.

Da questo angolo visuale la regola valevole ai sensi del comma 1 dell'art. 1349 c.c. viene ad essere rovesciata, anche se a ben vedere solo in apparenza; invero la determinazione del terzo risulta comunque piuttosto ristretta entro un angusto novero di

⁽³⁷⁹⁾ Come rilevano: ALLARA, *Il testamento*, cit., p. 133; COVIELLO, *Successioni*, II, Napoli, 1914, p. 670 e ss.; POLACCO, *Delle successioni*, I, Roma, 1928, p. 254.

⁽³⁸⁰⁾ IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 248, ritiene che il disposto abbia portata tanto ampia da comprendere ogni tipo di arbitrio.

⁽³⁸¹⁾ SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., pp. 285 e 289; PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie, Libro delle successioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'AMELIO, Firenze, 1941, p. 521. Osservano come i dubbi siano stati alimentati dalla formulazione oscura dell'art. 200 del progetto preliminare del libro delle successioni, GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 481, e F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 440.

alternative, alla luce dei vincoli imposti al *de cuius* dalla legge, di talché controvertere circa il potere dell'arbitratore non ha molto senso, se non nella eventuale fase patologica dell'impugnativa, laddove condizionerebbe i vizi denunciabili ai fini della domanda di annullamento. Difatti pare una forzatura, o in ogni caso non si presenta come ipotesi di frequente registrazione, configurare l'arbitrio altrui come meramente discrezionale, quando si risolve nella possibilità di selezionare una persona tra un determinato gruppo o una determinata categoria di soggetti ⁽³⁸³⁾, trattandosi per definizione di arbitrio limitato ⁽³⁸⁴⁾.

La disciplina in esame si occupa di rimediare ad una evenienza simile a quella prefigurata dal comma 2 dell'art. 630 c.c., stabilendo che in difetto della scelta del terzo, il quale non può o non vuole operarla, subentra il presidente del tribunale competente, indicato in quello dell'ultimo domicilio del defunto ⁽³⁸⁵⁾, che la effettua con decreto previa assunzione delle opportune informazioni ⁽³⁸⁶⁾.

Si è detto simile, giacché l'intervento giudiziale è apprestato letteralmente a fronte del diniego di volontà o dell'impossibilità soggettiva od oggettiva di rendere la determinazione, e non già dinanzi alla rifiuto od impossibilità di accettare l'incarico. La

⁽³⁸²⁾ In tale direzione GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 482.; F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 441; PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 521; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 132 e ss.

⁽³⁸³⁾ Termine che può anche coincidere con una compagine sociale, economica e professionale.

⁽³⁸⁴⁾ IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 249.

⁽³⁸⁵⁾ Con prescrizione da ritenersi indicativa di una competenza inderogabile, a differenza di quella dettata per le cause ereditarie di cui all'art. 22 c.p.c., che individua un foro speciale ed esclusivo. Per domicilio deve intendersi il luogo in cui il soggetto ha fissato il centro principale dei propri affari ed interessi, e quindi dei propri rapporti in generale, di natura sociale, economica e familiare, senza che rilevi l'effettiva dimora o effettiva presenza in tale luogo: Cass., 14 novembre 1987, n. 8371; Cass., 20 luglio 1999, n. 7750.

⁽³⁸⁶⁾ Non è mancato chi ha lamentato la notevole inopportunità di tale parte di una norma che nel contempo, rivendica il principio del personalismo (1° co.), ne introduce una forte deroga (2° co.), infine non garantisce l'efficacia della disposizione che eccezionalmente dichiara valida affidandone le sorti ad altro soggetto che nulla a che vedere con il terzo individuato dal testatore: PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 522; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 133.

diversità dei termini spesi dal legislatore, tra l'altro in due norme contenute in articoli consecutivi l'uno all'altro, non può essere causale e denota un'opzione ben precisa. Non è estensibile pertanto il ricorso al presidente del tribunale per superare la mancata accettazione del terzo indicato dal testatore quale arbitratore ⁽³⁸⁷⁾; a tutto voler concedere, gli interessati potrebbero chiedere al giudice adito di fissare un termine al terzo, che ancora non si sia espresso al riguardo, per dichiarare se accettare o meno ⁽³⁸⁸⁾.

Parimenti, sembra ammissibile per gli interessati domandare al presidente, anche unitamente alla richiesta di cui poc'anzi, di assegnare un termine all'arbitratore (una volta assunto l'incarico) entro cui manifestare la propria determinazione ⁽³⁸⁹⁾ e, trascorso vanamente detto termine, di effettuare la determinazione in surroga dell'inerte. Peraltro, avendo il presidente l'obbligo normativo di assumere "opportune informazioni" prima di decidere in luogo del terzo, non pare potersi scartare che provveda *ex officio* a convocarlo dinanzi a sé, oppure direttamente ad invitarlo ad assumere la determinazione, anche entro una certa data; beninteso, senza che vi sia il correlativo dovere del vocato, fornito di sanzione in caso di inottemperanza, di presentarsi o di compiere la scelta.

E' evidente che, così opinando, la mancata accettazione da parte del terzo del compito cui è chiamato origina la sostanziale inefficacia della disposizione, che non potrà

⁽³⁸⁷⁾ Come reputano invece possibile ALLARA, *Il testamento*, cit., p. 124; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, cit., p. 61.

⁽³⁸⁸⁾ F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 439; SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 290.

⁽³⁸⁹⁾ In entrambi i casi ci si troverebbe dinanzi ad una sorta di *actio interrogatoria* analoga a quella disciplinata dall'art. 481 c.c., che si ricorda essere apprestata a tutela degli interessati i quali vogliono sollecitare la decisione del chiamato all'eredità (che altrimenti ha dieci anni a disposizione per farlo) circa

operare per il venir meno definitivo ed irrimediabile della sola fonte esterna che in base alla legge il *de cuius* ha avuto facoltà di individuare quale unico strumento di determinazione di un lascito indeterminato e solo in forza d'esso, e non di altri mezzi, determinabile. Ne deriva che l'attribuzione a titolo di legato resterà *tamquam non esset*, con vantaggio del singolo onerato o dei più diversi onerati, eredi o legatari, eventualmente indicati nel testamento, oppure di tutti gli eredi sui quali grava per legge l'adempimento della prestazione a titolo particolare se l'indicazione non vi è ⁽³⁹⁰⁾. Questo, eccettuata l'ipotesi in cui il testatore abbia previsto la sostituzione al legatario indeterminabile con un altro, oppure ancora che non trovi spazio l'istituto dell'accrescimento in favore di altri collegatari, beneficiati di quello stesso oggetto inizialmente attribuito a colui che il terzo non ha provveduto a determinare ⁽³⁹¹⁾.

Infine, in relazione alle forme dell'istanza e del procedimento che ne scaturisce, si segnala che l'art. 751 c.p.c., specificamente formulato per l'istituto in esame, richiede la presentazione di un ricorso da notificarsi all'onerato ed al soggetto cui competeva il

l'accettazione della istituzione cui è stato vocato; con l'effetto della perdita del diritto di accettare travalicato il termine assegnato dal giudice.

⁽³⁹⁰⁾ Come prescritto dall'ultima parte del 1° comma dell'art. 662 c.c.

⁽³⁹¹⁾ Ai sensi dell'art. 691 c.c. le norme in tema di sostituzione ordinaria degli istituiti eredi si applicano anche ai legati. Pertanto, in virtù dell'art. 688, co. 1 il testatore può sostituire al legatario che non può (o non vuole) accettare l'eredità un altro beneficiario. Nel caso di specie, il legatario che non sia più determinabile, perché il terzo che doveva sceglierlo non ha inteso o potuto farlo, è equiparabile al legatario che non può accettare, determinando l'operatività della sostituzione. Per quanto concerne l'accrescimento tra collegatari, l'art. 675 c.c. ne subordina l'applicazione alla mancanza della diversa volontà del *de cuius*, che potrebbe aver previsto la sostituzione, ed alla non operatività della rappresentazione. Si ricorda infatti che il rapporto di gerarchia tra gli istituti in parola è informato dalla predilezione della volontà testamentaria, cosicché la sostituzione prevale sulla rappresentazione, e la rappresentazione sull'accrescimento (ex artt. 467, 2° co., 674 e 675 c.c.). Ovviamente la rappresentazione, che pure è applicabile all'eredità ed al legato (1° co., art. 467 c.c.), non rileva nella materia che ci occupa, presupponendo che esistano discendenti legittimi o naturali del beneficiato che non può o non vuole accettare, e dunque che a monte vi sia un determinato legatario che invece come visto non c'è.

diritto di scelta ⁽³⁹²⁾. Il presidente adito, convocate le parti dinanzi a sé ed assunte le opportune informazioni ⁽³⁹³⁾, pronuncia decreto contenente la determinazione, passibile di reclamo nei dieci giorni dalla sua notificazione ⁽³⁹⁴⁾ avanti il presidente della corte d'appello, ai sensi dell'art. 739 c.p.c.; il decreto emesso in sede di reclamo previa reiterazione della comparizione delle parti non è più reclamabile.

7. La determinazione del legato per equo apprezzamento ai sensi dell'art. 632 cod. civ.

Sulla base della norma contenuta nell'art. 632 c.c., che sancisce al 1° comma la nullità dei legati il cui oggetto o la cui quantità dipenda dal mero arbitrio altrui, si deduce *a contrario* la validità della disposizione a titolo particolare con oggetto e quantità rimesso alla determinazione equa e prudente dell'onerato o del terzo ⁽³⁹⁵⁾. Il secondo comma, sul quale si tornerà più avanti, stabilisce peraltro l'eccezionale validità del lascito con oggetto

⁽³⁹²⁾ Secondo quanto sostenuto in precedenza, la notifica dovrebbe ritenersi necessaria in due casi: quando il terzo ha accettato l'incarico, affinché possa fissarsi termine per la determinazione; quando gli istanti chiedano al presidente, preliminarmente alla decisione in surroga e quale condizione negativa della stessa, di dettare al terzo che non ha ancora accettato l'incarico un termine entro cui dichiarare se accettare o meno e, in caso positivo, anche di rendere la determinazione.

⁽³⁹³⁾ Argomentando dall'art. 749 c.p.c. che disciplina, nel quadro del titolo IV relativo ai procedimenti camerati in materia di apertura delle successioni, quello specifico per la fissazione di termini ai soggetti chiamati a compiere un atto o emettere una dichiarazione.

⁽³⁹⁴⁾ Il termine decorre dalla notificazione, e non dalla comunicazione, in quanto il provvedimento in parola sarà sempre dato nei confronti di più parti (cfr. art. 739, co. 2 c.p.c.).

⁽³⁹⁵⁾ Anche tale fattispecie integra un fenomeno di *relatio* sostanziale. In ordine alla disposizione in commento giova il rinvio a GARDANI CONTURSI-LISI, *Dell'istituzione d'erede e dei legati – disposizioni generali*, cit., p. 135 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 412 e ss. Osserva IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 251, che la norma fa parte del novero di quelle dettate per la scelta del diritto oggetto dell'attribuzione di ultima volontà, tra le quali non si rinviene una prescrizione analoga a quella dell'art. 628, derivando dalla lacuna l'impossibilità di rimandare ad un fattore esterno. Ritiene tuttavia ALLARA, *Il testamento*, cit., p. 107, che l'art. 1346 c.c. possa ampliarsi anche all'oggetto dei lasciti testamentari.

e portata indeterminata e da stabilirsi ad opera altrui, che ha titolo remunerativo dei servizi prestati al testatore ⁽³⁹⁶⁾.

Ovviamente occorre leggere l'articolo in combinazione con quello precedente, nonché con l'art. 628, nel senso che il legato rimesso all'*arbitrium boni viri* altrui, o quello indeterminato fatto per riconoscenza dei servizi resi al *de cuius*, presuppongono, ai fini della validità, che il beneficiario risulti indicato in modo tale da poter essere determinato e che si proceda effettivamente a determinarlo.

In deroga parziale al personalismo del negozio di ultima volontà, il legislatore restringe la sanzione della nullità di lasciti siffatti solo se la relativa determinazione di altri cui si rinvia non è totalmente discrezionale, bensì contenuta entro i confini disegnati dal testatore, purché siano tali da poter guidare realmente l'attività del determinatore entro i binari dell'equità decisionale. L'indice rivelatore della validità del legato è perciò lo *spatium deliberandi* assegnato all'arbitratore, che non può essere mai assoluto ma deve risultare almeno in parte limitato ⁽³⁹⁷⁾. L'istituto, in quanto chiaramente assimilabile alla figura dell'arbitraggio, necessita del richiamo alla distinzione tra *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri* approfondita a suo tempo, che deve guidare l'interprete chiamato ad analizzare la scheda testamentaria contenente un legato di dubbia validità.

⁽³⁹⁶⁾ Adduce quale esempio di legato remuneratorio CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 413, quella disposizione con cui si istituisce un soggetto erede universale, affidandogli il compito di conferire la somma di denaro ritenuta opportuna ad altro beneficiario per la particolare attività di assistenza prestata in favore del testatore. Afferma GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 803 e ss., analizzando i nessi tra rapporto di lavoro e legato remuneratorio, che il lascito a titolo particolare può risultare viziato dall'errore sul motivo dell'attribuzione, con la conseguenza dell'applicabilità del rimedio dell'annullamento ex art. 624, co. 2 c.c., nonché dell'esclusione dello stesso carattere remuneratorio.

⁽³⁹⁷⁾ GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 808 e ss.; BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., p. 133 e ss.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 412; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 306. In giurisprudenza cfr. Cass., 9 febbraio 1943, e Cass., 10 maggio 1943, in *Rep. Foro it.*, 1943-1945, voce *Successione*, 84-88.

Così la casistica delle Corti Supreme ha ritenuto ad esempio valida la disposizione con cui si attribuisce a titolo di legato condizionato a due coeredi una porzione di un fondo, contemplando l'arbitramento solo per porre fine ad eventuali dissidi circa il frazionamento del terreno ⁽³⁹⁸⁾; oppure ancora, ha considerato valido il legato di usufrutto di tutto il patrimonio ad un certo soggetto accompagnato dalla facoltà di vendita in caso di bisogno, con rinvio alla determinazione altrui in ordine alla sussistenza del bisogno e della individuazione dei beni da cedere ⁽³⁹⁹⁾. Si è reputata al di fuori della previsione in parola, per contro, il lascito con prestazione da scegliersi ad opera del terzo, benché l'opzione possa riflettersi sul *quantum* ⁽⁴⁰⁰⁾.

Alcuni hanno colto il fine della doverosa restrizione dei margini di apprezzamento dell'arbitratore nella necessità di evitare che, consentendo lui di decidere in totale libertà, si sconterebbe il rischio dell'individuazione di un legato con oggetto o di quantità praticamente irrisoria, il che equivarrebbe ad affidare all'arbitrio altrui il legato stesso – e dunque in sostanza la disposizione del *de cuius* che verrebbe così vanificata –, e non solo alcuni profili di questo (l'oggetto o la quantità) ⁽⁴⁰¹⁾. Altri, sostenendo il totale divieto nella materia successoria del mero arbitrio che non sia del disponente, in

⁽³⁹⁸⁾ Cass., 6 giugno 1969, n. 1989, in *Foro it.*, 1969, I, 2320, nella quale si utilizza il termine "arbitrato" per alludere all'intervento altrui in funzione di arbitratore.

⁽³⁹⁹⁾ Riferisce riguardo tale orientamento CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 410 e ss., osservando che la ragione della riconosciuta validità risiede nel fatto che una disposizione del genere prevede in realtà due legati, uno incondizionato di usufrutto di tutto il patrimonio, l'altro condizionato allo stato di bisogno e ristretto alla proprietà del denaro ricavato dalla vendita, valido, quest'ultimo, giacché avente un oggetto rimesso al prudente arbitrio del terzo manifestato prima della vendita.

⁽⁴⁰⁰⁾ Così Cass., 29 gennaio 1970, n. 191.

⁽⁴⁰¹⁾ GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 196.

ossequio all'inderogabile principio della personalità, hanno affermato che la disposizione si pone in coerenza con il divieto stesso ⁽⁴⁰²⁾.

La determinazione del terzo, in quanto frutto di un apprezzamento prudente e limitato, è impugnabile secondo i principi generali in tema di arbitraggio contestandone la manifesta iniquità od erroneità, anche se non risulta frutto della mala fede: il giudice adito viene investito del compito di verificare il rispetto dei canoni fissati nel negozio di ultima volontà, potere che invece non avrebbe avuto laddove la norma avesse demandato la determinazione di oggetto o quantità dell'attribuzione al mero arbitrio che, in forza della parte finale del 1° comma dell'art. 1349 c.c., ne avrebbe subordinato l'esercizio del potere cognitorio ed annullatorio all'accertamento della *mala fides* ⁽⁴⁰³⁾.

Come fondatamente asserito, in difetto dell'atto di arbitramento del terzo che, pur avendo acconsentito a compierlo, non ha poi voluto o potuto renderlo, deve applicarsi per via analogica il dettato dell'art. 631, ultimo comma c.c., con l'intervento sostitutivo del presidente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione ⁽⁴⁰⁴⁾. Infine, la legittimazione all'azione di annullamento della determinazione altrui dell'oggetto o della quantità del lascito operata in violazione delle indicazioni del testatore, tanto da risultare manifestamente iniqua od erronea, spetta all'oneroso che ne lamenti l'eccessiva gravosità (salvo ovviamente il caso in cui sia stato esso l'altro soggetto a compierla), al beneficiario (che ne lamenti al contrario l'eccessiva esiguità), oppure agli altri soggetti

⁽⁴⁰²⁾ In tale direzione BERNARDI, *Le successioni testamentarie*, cit., p. 81. L'affermazione non è appoggiabile, tenuto conto che come osservato in precedenza vi sono fattispecie in cui il legislatore ha consentito di rinviare alla totale discrezionalità del terzo (cfr. lo stesso 2° co. dell'art. 632 c.c.; ed il co. 2 dell'art. 631 c.c.).

⁽⁴⁰³⁾ Per CARAMAZZA, *Delle successioni*, in *Commentario teorico pratico al codice civile*, diretto da DE MARTINO, Roma, 1973, p. 243, sarebbe proprio l'esigenza di consentire un più ampio controllo giudiziale sulla determinazione del terzo una delle motivazioni alla base della norma.

⁽⁴⁰⁴⁾ CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 245.

che possono vantare un concreto interesse di natura successoria in relazione all'esito del giudizio, potendone trarre vantaggio.

Anche quella prevista dal comma 2 del disposto che ci occupa costituisce una fattispecie di arbitraggio, che solleva i dubbi maggiori quando si deve chiarire se il potere del terzo di stabilire oggetto o quantità del legato è illimitato o confinato nell'equità e prudenza, al pari di quanto si è certi accada nelle ipotesi di cui al comma precedente.

Un'acuta impostazione del problema ⁽⁴⁰⁵⁾, prendendo le mosse dal rilievo della natura eccezionale del legato remuneratorio così come disegnato dall'art. 632 c.c., si chiede quale sia la regola generale derogata, se quella dell'invalidità dei legati rimessi al mero arbitrio altrui, o viceversa di quelli rimessi al prudente apprezzamento altrui. La conclusione che si trae è la seconda, in considerazione del fatto che il legato disposto per remunerazione è per sua natura ancorato a taluni criteri valutativi, quali gli usi oggettivamente diffusi presso la cerchia sociale di appartenenza del terzo, i quali si impongono a costui nell'apprezzare il valore dei servizi resi al *de cuius* determinando in rapporto a quelli l'oggetto o la quantità del legato ⁽⁴⁰⁶⁾. Senza sottacere come l'esistenza della norma sul legato remuneratorio non si spiegherebbe giacché del tutto ultronea, qualora esistesse il principio della generale validità dei legati che rinviano *all'arbitrium boni viri*; e come la validità dei legati rimessi all'equa valutazione di altri partendo dal 1° comma dell'art. 632 c.c. esigerebbe a monte una norma che, al pari di quella di cui all'art.

⁽⁴⁰⁵⁾ Si allude ad IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 251-254.

⁽⁴⁰⁶⁾ Così ancora IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 252; ALLARA, *Il testamento*, cit., pp. 141-142; GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 812.

628 c.c., consenta di specificare i diritti o cose che ne sono oggetto per il tramite di elementi extra-testamentari, la quale invece non sussiste ⁽⁴⁰⁷⁾.

Non si è mancato però di opporre l'assunto per cui il legato che remunera eccepisce alla regola che preclude l'affidamento della quantità dei lasciti *mortis causa* a titolo particolare all'arbitrio totale di terzi, implicando *ex adverso* che la quantità di quello peculiare avente titolo remuneratorio può determinarsi giusto rinvio al mero apprezzamento altrui ⁽⁴⁰⁸⁾. Ed anche che, rispetto al generale principio della validità dei legati affidati alla determinazione *boni viri* di terzi, la disciplina di quelli remuneratori si pone quale particolare attuazione per uno specifico tipo di legato ⁽⁴⁰⁹⁾.

Sembra per il vero più proficuo ragionare sui dati certi di riferimento, che pure esistono e sembrano evidenti, piuttosto che indagare se vi sia ed in quale direzione operi il rapporto di generalità e specialità, regola ed eccezione tra le norme in discorso. Si intende dire che se si ritiene, come pare doveroso, che il fenomeno determinativo dell'oggetto e della quantità del legato remuneratorio rappresenti un particolare tipo di arbitraggio ex art. 1349 c.c. trasportato nel campo del diritto successorio, ne consegue che è a quella disciplina di riferimento che occorre rifarsi, in difetto di prescrizioni derogatorie che giustificano di applicarne una differente in ragione della specifica materia.

⁽⁴⁰⁷⁾ In tal senso sempre IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 254, il quale ritiene di poter affermare a chiosa della articolata argomentazione che l'arbitrio del terzo che determina i contorni del legato remuneratorio è sempre "prudente", perché condizionato dagli anzidetti criteri oggettivi di scelta, ed eventualmente anche limitato, se e nella misura in cui il *de cuius* abbia delimitato il gruppo dei beni tra i quali determinarsi.

⁽⁴⁰⁸⁾ GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, I, Padova, 1933, p. 122.

⁽⁴⁰⁹⁾ GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., pp. 809-811.

Pertanto l'arbitratore nella scelta deve anzitutto attenersi con equo e prudente apprezzamento alle indicazioni espresse dal testatore, se esistenti, al fine di individuare il valore dell'attribuzione che sia la più rispondente alla volontà del defunto, e dunque del valore da costui assegnato in vita ai servizi ricevuti dal beneficiario, di cui i criteri lasciati costituiscono indici rivelatori: in tal caso, agirà secondo *arbitrium boni viri*. Il responso dato in dispregio di questi sarà censurabile laddove manifestamente iniquo o errato.

Qualora nel negozio testamentario difettino prescrizioni tali da limitare e guidare la scelta del terzo, questi è tenuto comunque a decidere secondo equo apprezzamento, non potendolo fare secondo mero arbitrio se non risulta che il testatore intese volere ciò. E' evidente peraltro che si tratta di un *arbitrium boni viri* attenuato, colorato, in raffronto a quello della precedente ipotesi, di una sfumatura di maggiore discrezionalità, giacché il terzo non ha ulteriori parametri ai quali attenersi, al di là di quelli obiettivi di cui è portatore in quanto membro di una certa categoria sociale collocata in un dato momento storico, che lo porterà a valutare con una determinata ottica, più o meno munifica, il merito del beneficiario da remunerare attraverso il legato. Pure la determinazione così formata sarà impugnabile se palesemente iniqua od erronea, tenendo presente che il giudizio dovrà misurarsi sulla percezione sociale dei meriti del legatario, mancando criteri esplicitati dal *de cuius*.

Infine, solo l'univoca manifestazione della volontà del defunto espressa nel testamento, e non ricavabile *aliunde*, di conferire al terzo il compito della determinazione dell'oggetto e della quantità del lascito seguendo la propria totalmente libera volontà, consentirà di dare luogo ad un arbitraggio secondo *arbitrium merum*, in aderenza al principio del 1° comma dell'art. 1349 c.c. La determinazione risulterà impugnabile solo se

originata dalla mala fede dell'arbitratore che dolosamente abbia inteso favorire il beneficiario a discapito dell'onerato, o viceversa.

8. La scelta del terzo nel legato di genere ed alternativo.

Eccepiscono alla rigida inammissibilità della *relatio* sostanziale in materia di attribuzioni a causa di morte anche i legati di genere e quelli alternativi, che comportano il rimando ad una volontà di un soggetto estraneo indicato dal testatore necessaria per la individuazione del relativo oggetto, il quale, in difetto, risulta indeterminato seppure determinabile⁽⁴¹⁰⁾.

Il legato di genere è valido per dettame dell'art. 653 c.c., e ciò anche se al momento del testamento o della morte il patrimonio del defunto non conteneva cose appartenenti al genere in questione⁽⁴¹¹⁾.

Non sfugga la sottile divergenza che separa tale disposto da quello seguente che, ad una lettura frettolosa parrebbe contraddirne il contenuto precettivo: il 1° comma dell'art. 654 c.c. invero prevede l'inefficacia – e non l'invalidità, anche se le relative conseguenze sono le medesime – del legato di cosa generica che non esiste nel patrimonio dell'asse nel tempo dell'aperta successione, ma subordina ciò alla precisa volontà del testatore di prelevare il bene dal patrimonio stesso. E' per tale ragione che in

⁽⁴¹⁰⁾ Sotto tale aspetto, le norme si discostano dal divieto formulato dall'art. 631 c.c. a che il terzo possa determinare la quota del chiamato a succedere quale erede, a prescindere dal margine di arbitrio riconosciuto: IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 255.

⁽⁴¹¹⁾ Possono essere oggetto di legato anche beni immobili, venuta meno l'esclusione posta dal codice del 1865, sempre che il testatore identifichi con precisione ed evidenza il genere di appartenenza, onde scongiurare la sanzione della nullità, e non si limiti a lasciare al beneficiario un immobile senza altro specificare: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 661.

caso di esistenza parziale del bene oggetto del legato di genere al momento della morte, il lascito resta efficace per la porzione esistente (comma 2, art. 654) ⁽⁴¹²⁾.

Per il legato alternativo ⁽⁴¹³⁾ non esiste una norma espressa che ne sancisce la validità, posto che la situazione di diritto che sottende è quella propria dell'obbligazione alternativa: infatti, così come la scelta dell'oggetto del legato compete di regola all'onerato, salvo che il *de cuius* l'abbia demandata al beneficiario (creditore della prestazione) o ad un terzo, allo stesso modo l'art. 1286, comma 1 c.c. riserva la scelta della prestazione da eseguire di regola al debitore, salvo differente accordo che la assegni al creditore oppure al terzo.

L'oggetto delle obbligazioni che scaturisce dai due tipi di legato in esame è però eterogeneo, poiché quello del legato generico è rappresentato da un unico *genus* del quale deve far parte il singolo oggetto da individuarsi in relazione alla qualità ed alle caratteristiche proprie, appunto, del genere di riferimento, quello del legato alternativo è costituito da cose distinguibili. Ne consegue che i beni del legato eterogeneo sono perfettamente fungibili ed interscambiabili prima della scelta, non altrettanto può dirsi

⁽⁴¹²⁾ Come difatti sentenziato in giurisprudenza, il legato di bene genericamente indicato è valido sia nell'ipotesi di presenza, sia nell'ipotesi di mancanza di cose del medesimo genere al momento della morte del disponente, purché non risulti "chiaramente" nel negozio *mortis causa* che questi intendeva legare beni esistenti nell'asse al momento dell'apertura della successione: Cass., 3 maggio 1969, n. 1483. Sulla stessa linea si pone poi la prescrizione dettata dall'art. 655 c.c., che subordina l'efficacia del legato di bene da prendersi in un certo luogo all'esistenza nel luogo del bene, e per la misura in cui esiste.

⁽⁴¹³⁾ Da non confondere con il legato con facoltà alternativa, che consiste nell'attribuzione di un determinato bene, unitamente alla facoltà per l'onerato di conferire una cosa differente che può anche essere il denaro per un valore corrispondente: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 676, che, sulla base degli artt. 1288-1289 c.c., sottolinea come il perimento della cosa legata alternativamente ad un'altra rende il legato semplice, salvo che il perimento sia imputabile a colpa del beneficiario ed il *de cuius* non abbia lasciato a lui la scelta; mentre nel legato con facoltà alternativa l'obbligazione dell'onerato si estingue per impossibilità di adempierla, ai sensi dell'art. 673 c.c.

riguardo a quelli oggetto del legato alternativo, i quali solo convenzionalmente possono essere sostituiti ⁽⁴¹⁴⁾.

Da rilevare come la giurisprudenza della Cassazione abbia esteso alla disciplina dei legati di genere quella di cui all'art. 1346 c.c., in ordine alla necessaria determinabilità (e non determinatezza) dell'oggetto, ritenendola di portata generale e comunemente valida per tutti i negozi tra vivi o per causa di morte ⁽⁴¹⁵⁾.

La scelta del bene oggetto del lascito di genere oppure di quello alternativo compete all'onerato, in difetto della volontà di conferirla al legatario o al terzo ⁽⁴¹⁶⁾; colui che tra questi è investito di tale potere assume certamente la funzione di arbitratore.

Quali sono, se vi sono, i limiti che guidano l'espletamento del compito?

Nella prima ipotesi l'arbitratore agisce secondo *arbitrium boni viri* sebbene la pregnanza dei paletti all'apprezzamento debba essere modulata in rapporto alle circostanze concretamente sussistenti tra quelle prefigurate dalla norma.

Infatti nell'ambito dei legati di genere ex art. 664 c.c., quando a scegliere è l'onerato, vi è il vincolo di optare per una cosa di qualità almeno pari alla media, e dunque volendo anche superiore ⁽⁴¹⁷⁾; il margine di discrezionalità si riduce sino ad annullarsi, nel caso in cui all'apertura della successione nell'asse esista un solo bene del

⁽⁴¹⁴⁾ Osserva al riguardo CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 676., la ragione di ciò risiede nella struttura del rapporto derivante dal legato alternativo, per cui "è giuridicamente indifferente che l'adempimento avvenga con l'una o l'altra di esse".

⁽⁴¹⁵⁾ Cass., 6 marzo 1992, n. 2708, per cui è stato reputato valido il legato di somme di denaro non determinate ma determinabili in virtù dei criteri lasciati dal *de cuius* nel testamento, in particolare, nel caso di specie, le migliori condizioni di vendita di un'abitazione compresa nel patrimonio dell'asse.

⁽⁴¹⁶⁾ La scelta deve essere esplicita, pur potendo trarsi in via indiziaria, se vi sono dati precisi ed univoci: Cass., 25 maggio 1942, n. 1471, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Successione*, 164.

⁽⁴¹⁷⁾ Precauzione imposta in generale dall'art. 1178 c.c. all'arbitratore che sceglie la prestazione oggetto di una prestazione generica. Nell'istituto che ci occupa la *ratio* è evidentemente quella di porre un soglia minima di valore al di sotto della quale è impedito scendere all'onerato, il quale ha ovviamente interesse a che risulti il minore possibile.

genere indicato, dovendosi scegliere di forza questo, salvo diversa disposizione del *de cuius* ⁽⁴¹⁸⁾. Qualora poi nel patrimonio vi siano beni di qualità inferiore alla media, l'onerato si riputa obbligato ad acquistarne uno per consegnarlo al beneficiario ⁽⁴¹⁹⁾. Laddove a scegliere è il beneficiario stesso o il terzo, è doveroso per loro prendere una cosa di media qualità, con la facoltà riconosciuta espressamente solo al primo di optare per la migliore nell'ipotesi in cui il patrimonio contenga cose del genere individuato dal testatore ⁽⁴²⁰⁾.

Emergono così le prime differenze: il gravato del peso del lascito ha un margine d'azione che di regola (sussistendo più cose del genere) è superiore, potendo spaziare da un bene di valore minimo, segnato dall'appartenenza alla media qualità, ad un massimo non indicato dal legislatore; anche se è corretto opinare che nella prassi la decisione cadrà come logico su di un bene appena pari al valore medio.

Per contro, il legatario ed il terzo non possono determinarsi con la stessa libertà, dovendo muoversi nel *range* del pregio intermedio, che sarà tanto più angusto quanto minori saranno i beni del genere presenti nell'asse. Ancora, il beneficiario ha facoltà di

⁽⁴¹⁸⁾ Conclusione alla quale conduce il tenore della norma che, invece di imporla direttamente, la persegue impedendo le possibili alternative: "l'onerato non ha facoltà né può essere obbligato a prestarne un'altra" (co. 1, art. 663 c.c.).

⁽⁴¹⁹⁾ Così CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 420; MASI, *Dei legati*, cit., p. 137. Contra PEREGO, *I legati*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di RESCIGNO, II, 6, Torino, 1984, p. 191 e ss. Per C. App. Napoli, 9 maggio 1960, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Successione legittima o testamentaria*, 114.

⁽⁴²⁰⁾ Comma 2 dell'art. 664 c.c. Deve darsi atto di come un pensiero abbastanza isolato reputa che anche il terzo abbia la stessa facoltà: BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, cit., p. 433, nota n. 146. L'opinione nettamente maggioritaria è però giustamente di contrario avviso, in ragione della chiara formula spesa dal legislatore: cfr., tra gli altri, CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, cit., p. 409; F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 485. Osserva ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, cit., p. 108, che meglio sarebbe stato discernere tra la scelta dei due soggetti, prescrivendo che il legatario non potesse prendere una cosa sopra la media a meno che cose del genere indicato non fossero nell'asse; si obietta al riguardo che il disposto è così formulato proprio considerando che il beneficiario difficilmente sceglierà un bene di minore qualità: MASI, *Dei legati*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1983, p. 118 e ss.

accaparrarsi la cosa migliore, se altre del genere esistono; con ciò avendo a disposizione un'opzione aggiuntiva, seppure unitaria che, se per un verso ne accresce l'arbitrio, portandolo fino al mero – per quanto concerne appunto l'assoluta discrezionalità di preferire la migliore – per l'altro non sembra sollevare problemi in ordine all'ipotetica impugnativa della scelta, dovendosi pensare che ben difficilmente gli altri chiamati contesteranno che sia caduta su di un bene che, in realtà, non è il migliore ⁽⁴²¹⁾.

Il fatto che il terzo invece non abbia la stessa possibilità si spiega probabilmente con l'opportunità di consentire al testatore di scegliere se permettere al legatario di prendersi la cosa migliore, in quanto diretto beneficiario dell'attribuzione, oppure affidarsi ad un soggetto che auspica disinteressato e che, perciò, agirà secondo maggiore prudenza ed equità, evitando possibili controversie tra onerato e legatario ⁽⁴²²⁾.

Quanto detto sin qui denota che l'art. 664 c.c. configura un arbitraggio secondo equo e prudente apprezzamento, i cui contorni sono tracciati combinatamente dai criteri legali di natura oggettiva ivi contenuti, e da quelli soggettivi apprestati dal testatore il quale, oltre ad indicare semplicemente il genere naturalistico di riferimento, può anche fornire dati ulteriori che riducano ancora il novero delle possibili opzioni, così limitando ancor più l'arbitrio ⁽⁴²³⁾. Che la decisione risulti sempre resa secondo *arbitrium boni viri* si alimenta di un'argomentazione *a contrario*, rilevando che si sarebbe potuto discorrere di mero arbitrio solo laddove l'arbitratore avesse potuto determinarsi tra le cose del genere

⁽⁴²¹⁾ E' evidente infatti che gli altri chiamati hanno esattamente l'opposto interesse, e cioè che il legatario prenda un bene di minor valore rispetto a quello che avrebbe potuto conseguire.

⁽⁴²²⁾ Così CARAMAZZA, *Delle successioni*, cit., p. 409; F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 485; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., p. 482 e ss.

⁽⁴²³⁾ IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., pp. 254-255.

voluto dal testatore in piena libertà, senza dover osservare i vincoli legali inderogabili apprestati dall'ordinamento in relazione alla qualità.

Il responso dell'arbitratore è dunque soggetto all'impugnativa per annullamento quando manifestamente iniqua od errata in relazione ai criteri minimi di legge eventualmente combinati con gli ulteriori del *de cuius*.

Tenuto conto delle tesi asserite nella sezione della trattazione dedicata alla scelta nell'istituto delle obbligazioni alternative, pare invece una petizione di principio ritenere che sia *boni viri* pure l'attività determinativa compiuta dall'arbitratore nel legato alternativo ai sensi dell'art. 665 c.c.

Non è dirimente invero addurre a conforto della tesi contestata l'assunto per cui l'arbitrio è ancor più limitato che nella scelta del legato di genere, non già dai confini correlati all'appartenenza del bene ad un certo *genus*, ma per quelli connessi all'appartenenza a quel gruppo di singoli beni infungibili specificati dal disponente (⁴²⁴). A ben vedere francamente non è sostenibile ritenere che se l'arbitratore deve determinarsi entro un numero ben definito di opzioni, lo fa per ciò solo secondo arbitrium *boni viri*, poiché l'ambito entro cui decidere è definito. Ciò equivarrebbe a dire qualcosa che è evidentemente paradossale, ovvero sia che si può avere arbitrio mero solo quando il novero delle alternative tra cui scegliere è assolutamente illimitato e praticamente infinito, evenienza giuridicamente e naturalisticamente inverosimile.

In sostanza si vuole osservare che non è corretto basarsi solo sul numero delle possibili scelte, al fine di dedurre la prudenziale equità oppure la libertà dell'apprezzamento di chi decide. La chiave per discernere le ipotesi è da rinvenire

altrove, ed in particolare nell'esistenza oppure mancanza di criteri che, nel quadro di una cerchia più o meno ampia, più o meno definita di opzioni, vincolano il determinatore.

Basti pensare al comune arbitraggio nell'ambito oggettuale del contratto, che mira all'identificazione della prestazione da eseguire.

Ora, per rendere un esempio, nessuno può dubitare che, se i contraenti una permuta si limitano ad identificare solo la cosa di uno di loro la cui proprietà dovrà essere trasferita all'altro, rimettendo al terzo di individuare in piena libertà quale bene del secondo dovrà essere trasferito in permuta al primo, ci si trova dinanzi ad un *arbitrium merum*; e questo, nonostante il numero dei beni in proprietà del contraente nel cui patrimonio guardare sia per forza di cose limitato. Per contro, la presenza di indicazioni aggiuntive dettate per orientare la scelta, come in ipotesi un certo valore, anche se compreso tra un minimo ed un massimo, comporta che l'arbitramento deve essere prudente ed equo.

Riassumendo, l'arbitrio è mero quando l'apprezzamento dell'elemento mancante non deve attenersi ad alcun criterio idoneo quantomeno a ridurre, non importa se assai o poco, lo spazio di determinazione da cui muovere, che comunque esiste ed è circoscritto dalla struttura del negozio da completare.

Viceversa è prudente ed equo quando i criteri ci sono e vanno osservati.

L'argomentazione, che di per sé rischia di apparire fumosa ed irrilevante, acquista un'importanza dirimente se si considera che dalla qualificazione corretta della natura dell'arbitrio del determinatore dipendono direttamente i motivi di censura spendibili avverso la stessa. Ed, in ultima analisi, la giustizia della determinazione.

⁽⁴²⁴⁾ Come sostenuto da IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 255.

Alla luce di quanto sopra occorre sostenere che la scelta del bene oggetto del legato alternativo, rimessa puramente e semplicemente al terzo senza che altro il testatore abbia previsto, eccetto i beni specifici tra cui decidere, è un arbitraggio mero, impugnabile solo se frutto di provata male fede dell'arbitratore. Come tale, non può ritenersi censurabile sotto il profilo dell'errore, come pure sostenuto ⁽⁴²⁵⁾.

Tuttavia, se il *de cuius* dispone che il lascito venga individuato secondo un equo e prudentiale apprezzamento, che tenga conto di taluni criteri di guida a tal fine dettati nel testamento, la determinazione operata in dispregio degli stessi sarà impugnabile qualora manifestamente iniqua od erronea.

Procedendo nell'analisi degli istituti in parola, si vede come in analogia con la disciplina generale in tema di obbligazioni alternative, ai sensi del 2° comma dell'art. 666 c.c., la scelta del legato di genere e del legato alternativo non richiede forme particolari e diviene definitiva una volta entrata nella sfera di recezione degli interessati ⁽⁴²⁶⁾. E che, in virtù del comma 1 del medesimo disposto, laddove l'onerato o il legatario non hanno potuto scegliere, la loro facoltà si trasmette agli eredi.

La legge non prefigura invece l'ipotesi in cui i predetti soggetti non possano o non vogliano accettare l'incarico, occupandosi espressamente solo della mancata determinazione da parte del terzo, prescrivendo con il 3° comma dell'art. 664 c.c. il ricorso al presidente del tribunale del luogo dell'aperta successione affinché venga resa la determinazione mancante. Intanto va detto che tale ultima prescrizione si ritiene

⁽⁴²⁵⁾ MASI, *Dei legati*, cit., p. 127, che ritiene possa lamentarsi anche la violenza, oltre che il dolo. Per quanto riguarda il motivo della violenza, si rimanda in replica alle osservazioni svolte nella parte della presente trattazione inerente l'art. 1349 c.c.

⁽⁴²⁶⁾ Cfr. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 435.

applicabile per analogia al legato alternativo ⁽⁴²⁷⁾. Sempre per analogia si reputa applicabile il rimedio dell'ultimo comma dell'art. 631 c.c. all'evenienza della mancata accettazione da parte di onerato e legatario, salvo che il fatto sia dovuto alla morte, essendovi la specifica norma dell'art. 666 c.c.

Non sussistendo neppure disciplina apposita per fronteggiare lo stallo del lascito dovuto non già al difetto della manifestazione di volontà di assunzione del compito, bensì al difetto di scelta del legatario o dell'onerato, voluto od obbligato, si sostiene, per colmare la lacuna, che ci si può rivolgere al presidente secondo summenzionata procedura dell'art. 631 c.c., potendosi chiedere anche la fissazione di un termine per decidere, se a dover decidere è il legatario, trascorso il quale l'inerzia si intenderà come rinunzia ⁽⁴²⁸⁾.

Infine, l'*iter* procedurale del giudizio di annullamento non si discosta da quello illustrato precedentemente nel commento dell'art. 631 c.c. cui pertanto si rimanda.

9. L'impugnabilità della divisione testamentaria compiuta dal terzo ex art. 733 cod. civ.

⁽⁴²⁷⁾ Così MASI, *Dei legati*, cit., p. 124; F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 488.

⁽⁴²⁸⁾ Così GIORDANO MONDELLO, voce *Legato*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 719 e ss., n. 37. Cfr. però MASI, *Dei legati*, cit., p. 121, che osserva come il decorso infruttuoso del termine giudiziale non implica necessariamente la volontà di rinunciare, e che comunque la scadenza del termine di cui all'art. 650 c.c. produce la perdita del diritto di rinunciare al legato, e non di conseguirlo. GANGI, *La successione testamentaria*, II, cit., p. 153, nota n. 54. Contrariamente F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 526, per cui il rimedio sarebbe tra quelli non estensibili all'arbitratore. Per ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 176, la scelta potrebbe essere operata dal rappresentante dell'incaricato della scelta che non ha più capacità di intendere e volere e dunque non può più manifestare una determinazione valida ed efficace.

Discostandosi dal previgente codice del 1865, che contemplava una sola eccezione al divieto dell'arbitramento in materia di disposizioni di ultima volontà ⁽⁴²⁹⁾, l'attuale corpo delle norme civili annovera più d'un istituto che deroga al principio della personalità del testamento; ultima delle quali, di seguito a quelle sopra approfondite, quella contenuta nell'art. 733, comma 2 in ordine alla divisione della comunione ereditaria per opera altrui preceduta dall'attribuzione di quote astratte ⁽⁴³⁰⁾.

La legittimità della disposizione di ultima volontà con cui il *de cuius* stabilisce che un terzo di fiducia operi la stima dei beni ereditari e delle porzioni da attribuire ai membri della comunione, anche in deroga dei criteri dettati dagli artt. 727, 728 e 729 c.c. ⁽⁴³¹⁾, consente al testatore di ingerirsi indirettamente *post mortem* in un'attività delicata e spesso latrice di conflitti tra i beneficiari ⁽⁴³²⁾. Proprio in ragione della finalità sottesa

⁽⁴²⁹⁾ L'art. 834, 2° co. consentiva l'ingerenza determinativa altrui nel solo caso del legato, con disposto ritenuto *ius singolare* insuscettibile di estensione, tra le altre ipotesi, anche alla divisione dell'ascendente, ritenuta valida dalla maggior parte della dottrina purché il compito attribuito al terzo fosse limitato all'assegnazione di lotti già formati dal testatore: così VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, in *Diritto civile italiano*, a cura di FIORE, VI, Napoli, 1907, p. 1086.; non mancavano però voci contrarie: LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1884, p. 725.

⁽⁴³⁰⁾ Osserva MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1954, che la norma in esame va coordinata con il divieto dell'art. 631 co. 1, per cui è nulla la disposizione che rimette all'arbitrio del terzo la determinazione della quota di eredità; sicché è necessario applicare la norma apposita in relazione alla reale natura dell'attribuzione: l'A. riporta l'esempio del testatore che ripartisce il patrimonio in quote concrete, affidando al terzo il compito di attribuirle ai fini dell'art. 588 co. 2 c.c. a beneficiari da scegliersi entro un ambito definito, disposizione che risulta valida ai sensi dell'art. 631, 2° co. poiché integra lasciati a titolo di legato (da affiancare alla chiamata a titolo di erede dei soggetti individuati per legge), e non in una divisione ex art. 734.

⁽⁴³¹⁾ In tale direzione militano una serie di pronunce della Suprema Corte, tra le quali si cita: Cass., 3 agosto 190, n. 2273, in *Rep. Giust. civ.*, 1960, voce *Compromesso e arbitrato*, 5; Cass., 24 marzo 1956, n. 844, in *Giust. civ.*, 1956, I, 607. In dottrina, vedi BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1980, p. 132 e ss., per il quale il progetto ha come solo limite il rispetto della quota di legittima. E' evidente l'opportunità di conferire alla medesima persona sia la stima dei beni che la formazione dei lotti, ma è comunque possibile che gli incarichi vengano affidati a soggetti differenti: così CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 80. Statuisce al riguardo Cass., 14 luglio 1983, n. 4826, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, 1702, che è una questione di fatto rimessa al giudice del merito ed incensurabile in punto di legittimità, se correttamente e logicamente motivata, quella inerente l'interpretazione del testatore di attribuire l'uno oppure l'altro compito, o ancora entrambi i compiti.

⁽⁴³²⁾ In ordine al generale argomento della divisione ereditaria, cfr. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 735 e ss.; MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit.; FORCHIELLI, *Della divisione*, sub artt. 713-768, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970; MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990; CARUSI, *Le divisioni*, Torino, 1978.

all'incarico, l'art. 733 c.c. impedisce di conferirlo ad un erede o ad un legatario, e dunque ad un soggetto con ogni evidenza interessato a formare per sé la quota migliore o di maggior valore.

Va rilevato che l'operazione di stima allude all'espletamento delle operazioni di divisione in senso lato, preordinate alla concreta separazione dei beni con attraverso la determinazione dei lotti; non è da escludere tuttavia che il terzo venga chiamato ad effettuare la divisione, svolgendo le mansioni di esecutore testamentario ex art. 706 c.c. ⁽⁴³³⁾.

Si è molto discusso in proposito circa la natura degli effetti della determinazione compiuta dal terzo nell'uno e nell'altro caso. Infatti, muovendo dal dato formale della *littera legis*, che pare scindere la fase dell'effettuazione della divisione da quella della formazione del progetto costituente una "proposta", la quale può anche non risultare "vincolante" se viziata, è lecito inferire la mera obbligatorietà dell'attività di stima ed eventualmente di formazione dei lotti, in cui il terzo avrebbe solo la funzione di formare l'assegno divisorio semplice ⁽⁴³⁴⁾.

Diversamente a dirsi quando il testatore demanda al terzo di "procedere" alla divisione sulla base dei lotti da lui o pure da altri stimati e formati, conferendogli un potere analogo a quello di cui all'art. 706 c.c., che consente all'esecutore testamentario di assegnare, con effetti reali, i beni oggetto della quota spettante, secondo l'assegno

⁽⁴³³⁾ Così MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI, Torino, 1986, p. 272, che considera l'ipotesi della delega alla formazione del negozio di cui all'art. 734 c.c. non ricompresa nella disciplina del disposto in parola, ma eventualmente appunto proprio in quella apprestata per l'attività divisionale dell'esecutore testamentario (art. 706). Afferma MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 162, che la proposta di divisione non può prescindere dalla formazione dei lotti, pertanto, dato che la norma si occupa degli effetti e dell'impugnativa della divisione proposta dal terzo, ne consegue che il termine stima allude all'*arbitrium boni viri*, che infatti se carente consente di ottenere l'annullamento del progetto stesso per manifesta iniquità.

⁽⁴³⁴⁾ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 774; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, Milano, 1962, p. 589 e ss; CICU, *Successioni per causa di morte. Divisione ereditaria*, cit., p. 471 e ss.; PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 1013.

divisorio qualificato. Sarebbe questa la fattispecie per così dire autentica di divisione della comunione ereditaria *per relationem* ⁽⁴³⁵⁾, non già la prima, nella quale la determinazione ad efficacia obbligatoria, che pure vincolerà la fase successiva, si porrebbe come attività di riempimento dell'ultima volontà lasciata in bianco dal *de cuius* sotto l'aspetto del *quomodo* della divisione, che solo con l'attribuzione delle porzioni potrebbe dirsi perfezionata ⁽⁴³⁶⁾.

Si reputa onestamente più condivisibile la tesi della efficacia meramente obbligatoria della determinazione di stima e/o di formazione dei lotti resa dal terzo, in ragione appunto degli effetti che produce, consistenti nel "vincolo" per i condividenti, i quali, esperendo azione di annullamento potranno ottenere l'effetto di liberarsene, e non di addivenire alla risoluzione del negozio divisorio i cui effetti reali devono ancora prodursi, che può e deve conseguirsi per altre vie ⁽⁴³⁷⁾. Quanto affermato non toglie comunque che invece, una volta attuata l'efficacia reale come conseguenza del vincolo obbligatorio originato, il progetto del terzo assume la funzione di negozio *per relationem* che va ad integrare la volontà del defunto, ed è di per sé negozio già perfetto ma

⁽⁴³⁵⁾ Così MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 166 e ss.; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, sub art. 706, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1972, p. 515 e ss.

⁽⁴³⁶⁾ Ritiene in proposito CICU, *Successioni per causa di morte. Divisione ereditaria*, cit., p. 470 e ss. che la "divisione testamentaria" impedisca la nascita della comunione, producendo effetti sin dall'evento morte, a differenza della "divisione ad opera del terzo" che presuppone attività tecniche di ripartizione dei beni e, quindi, la sussistenza di una comunione ereditaria da sciogliere. Non è però una divisione testamentaria quel progetto preparato dal terzo per Cass., 24 marzo 1956, n. 844, cit.

⁽⁴³⁷⁾ A sostegno della conclusione pare potersi proficuamente rinviare al ragionamento di MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 164, il quale sottolinea come l'atto di determinazione del terzo non è affatto collegato ad un negozio divisorio tra gli eredi, e come gli eventuali conflitti insorti tra i condividenti circa la divisione dell'eredità attuata non potrebbero essere oggetto di un arbitraggio, ma di giudizio statale o privato, e dunque di un arbitrato. Deve darsi conto tuttavia che l'A., pur partendo da tali premesse, si schiera a favore della natura reale della divisione per arbitrato del terzo, con effetti immediatamente dissolutivi della comunione ereditaria, ritenendola "ipotesi singolarissima, in cui la divisione del testatore, in quanto deve essere completata dall'arbitramento di un terzo, non impedisce il sorgere della comunione ereditaria".

parzialmente inefficace ⁽⁴³⁸⁾. D'altra parte, se così non fosse, e se cioè si ritenesse che la divisione del terzo abbia effetti reali, la disposizione del 2° comma dell'art. 733 c.c. non avrebbe alcun significato, poiché il codice appresta già appositi rimedi per impugnare la divisione viziata con il capo V del libro delle successioni (artt. 761 e ss.) ⁽⁴³⁹⁾, oltre a fornire quelli generali in tema di contratti da applicarsi nei limiti della compatibilità con le norme speciali per far fronte all'ipotesi di inesistenza e nullità ⁽⁴⁴⁰⁾.

In sintesi: se il progetto di divisione del terzo arbitratore non è ancora stato attuato dando seguito agli effetti traslativi, i dividendi devono intraprendere un'azione del genere di quella volta all'annullamento della determinazione ex art. 1349 c.c., avente ad oggetto l'atto di arbitrato, non il contratto di divisione.

Come detto il terzo incaricato dal testatore della stima dei beni non può essere l'erede o il legatario, ma nulla vieta che sia lo stesso l'esecutore testamentario; possono aversi peraltro due evenienze: se l'esecutore è investito del solo compito di redigere stima e porzioni, ma non di procedere all'attribuzione concreta dei relativi diritti, emette un *decisum* con effetti obbligatori, soggetto al gravame di cui all'art. 733, comma 2 c.c. Se per contro il *de cuius* ha conferito ad esso anche ⁽⁴⁴¹⁾ la mansione di compiere la divisione, questi, pur agendo quale arbitratore, dovrebbe comunque ritenersi tenuto ad

⁽⁴³⁸⁾ Per quanto concerne l'effetto dello scioglimento della comunione ereditaria, mentre le altre disposizioni producono immediatamente efficacia. In tal senso FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 191; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 775.

⁽⁴³⁹⁾ E così causa l'annullamento della divisione l'essere frutto della violenza e del dolo (art. 761 c.c.), o la rescissione l'aver leso un dividendo oltre il quarto (art. 763).

⁽⁴⁴⁰⁾ Il contratto di divisione potrà essere inesistente quando non si è concluso né si potrà mai concludere, o nullo ex art. 1418 c.c. per mancanza dell'elemento causale quando viene posto in essere da chi non ha la qualità di coerede, o per difetto di forma se riguarda diritti reali immobiliari. In deroga alla disciplina generale della patologia negoziale, invece, la divisione non è annullabile per errore sulla valutazione dei beni (salvo che consenta la rescissione), posto che l'art. 761 c.c. menziona solo la violenza ed il dolo. In argomento per ampi riferimenti si veda CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 740 e ss.

⁽⁴⁴¹⁾ Poiché se l'esecutore è incaricato solo della attuazione delle attribuzioni divisionali in forza della stima e delle porzioni in precedenza formate dal *de cuius* o da altro terzo arbitratore di stima, non dà luogo ad alcun atto di arbitraggio, bensì di mero adempimento di una prestazione determinata in ogni suo aspetto.

osservare le ulteriori prescrizioni di cautela imposte dalla legge in ragione dell'efficacia reale dell'attribuzione, nonché della sua più rilevante qualifica ⁽⁴⁴²⁾; in particolare l'obbligo di ascoltare gli eredi ai sensi del 2° comma dell'art. 706 c.c., prima di provvedere alla divisione ⁽⁴⁴³⁾.

Peraltro lo stesso dovere parrebbe gravare altresì a carico del terzo arbitratore, non esecutore testamentario, che sia incaricato di procedere alle operazioni della divisione ai fini traslativi dei diritti sulle porzioni. L'assunto è confortato dall'identità degli effetti connessi alla funzione espletata, in entrambi i casi reali, che avvalorano il ragionamento per l'applicazione analogica della norma ⁽⁴⁴⁴⁾.

Non sembra dubitabile che il terzo chiamato alla stima dei beni o alla formazione delle porzioni, oppure ad entrambe le mansioni, assuma la qualifica di arbitratore in senso tecnico ⁽⁴⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴²⁾ Che sottende la massima esaltazione dell'*intuitus personae* riposto in lui dal defunto.

⁽⁴⁴³⁾ La relazione al progetto preliminare del codice evidenzia che si tratta di dovere sancito a pena di nullità, ferma restando la non vincolatività del parere degli uditi. Ritiene la prescrizione in esame non estensibile alla divisione del terzo ex art. 733 c.c. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 274. Così anche CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 758; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 589. Cfr. MIGLIORI, *Aspetti pratici della esecuzione testamentaria*, cit., in *Riv. not.*, 1971, p. 262 e ss., per cui l'assimilazione tra arbitratore ed esecutore testamentario è parziale, non giustificandosi altrimenti l'esistenza dell'art. 706 c.c., la cui portata è contenuta nel 2° co. dell'art. 733.

⁽⁴⁴⁴⁾ In tale direzione, correttamente, MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 163, che osserva come l'adempimento in parola faccia parte dell'esatto espletamento dell'*officium* demandato, che deve ritenersi informato all'apprezzamento *boni viri*, al fine di evitare quanto più possibile liti tra i condividenti.

⁽⁴⁴⁵⁾ Così MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., pp. 272-273; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 775; FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 191; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 758. Cfr. però MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 162, il quale scinde l'ipotesi del terzo incaricato della stima, da quella del terzo incaricato dell'apporzionamento, reputando che la prima darebbe luogo ad una perizia dagli esiti vincolanti per le parti (più che ad un arbitraggio in senso tecnico), con la particolarità dell'impugnabilità limitata ai vizi della manifesta iniquità, e della violazione dei criteri lasciati dal testatore. L'assunto, per quanto originale, non convince del tutto, perché pare forzato sostenere che una perizia (nella specie si tratterebbe di perizia contrattuale, o arbitrale) possa risultare censurabile solo sotto il profilo di un vizio quale è quello della manifesta iniquità, che presuppone per definizione che sia stato violato l'equo e prudente apprezzamento: ma il giudizio peritale, come si è rilevato in precedenza, non è espressione di equo apprezzamento, bensì di discrezionalità tecnica che spazia in un ambito molto più ristretto di quello consentito all'arbitratore, e che non inerisce il concetto di *arbitrium*, tanto da non potersi controllare "secondo quegli indici di valutazione dei quali, anche sul piano equitativo, deve comunque tenere conto l'arbitratore nell'esplicazione della sua attività": GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 191. Sembra quindi lecito ritenere la mera attività di stima dei beni dell'eredità, scissa da

Che si verta poi nell'ipotesi di arbitraggio necessariamente equo e prudente lo dice la conformazione della norma dell'art. 733 c.c., laddove stabilisce l'annullabilità del *decisum* quando contrastante con la volontà del testatore, e quindi con quelle particolari norme da questi prescritte cui fa riferimento il 1° comma, oppure quando manifestamente iniqua.

L'uso della disgiuntiva a separazione delle due possibili categorie di vizi induce a sostenere che sia sufficiente la sussistenza, alternativamente, dell'uno o dell'altro affinché possa aversi annullamento; ma se è così, occorre inferire che, quand'anche il *de cuius* non abbia indicato alcun criterio per la formazione delle porzioni, o persino nel caso in cui abbia previsto che il terzo possa determinarsi secondo mero arbitrio, l'atto di arbitramento divisorio è sempre, ciononostante, annullabile se manifestamente iniquo e dunque contrario all'*arbitrium boni viri* (⁴⁴⁶). Sotto tale aspetto il 2° comma dell'art. 733 c.c. è da ritenersi norma inderogabile da parte del testatore, che origina una limitazione legale imposta d'imperio alla discrezionalità del terzo, ferma restando quella ulteriore convenzionale eventualmente disposta dal defunto.

E' in ragione di siffatto rilievo che si assume, con buona ragione, la non vincolatività della stima proposta dal terzo, che sia palesemente contraria ad equità, seppure inidonea a recare al coerede una lesione di oltre un quarto rispetto alla misura della quota assegnatagli (⁴⁴⁷).

quella di formazione dei lotti, un arbitraggio in senso tecnico e dal contenuto prettamente tecnico, avente ad oggetto il completamento dell'elemento negoziale mancante, nello specifico il valore economico dei beni, assimilabile al corrispettivo del trasferimento della proprietà o di altro diritto (che ben può essere rimesso alla quantificazione altrui). Per la tesi assolutamente di minoranza che invece afferma che l'art. 733 c.c. non origini un'ipotesi di arbitraggio si veda TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, p. 517 e ss. (⁴⁴⁶) MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 273; MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 167 e ss.; FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 191. (⁴⁴⁷) Lesione che, a norma dell'art. 763 c.c., co. 2 giustifica il rimedio della rescissione del contratto divisorio. Così MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, cit., p. 273. *Contra* MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 168, ad avviso di cui la misura della manifesta iniquità è data dalla lesione *ultra quantum*.

Come rilevato in esordio l'arbitratore può però, nel rispetto di tali vincoli, determinarsi a piacimento anche prescindendo dalle norme operanti in tema di divisione giudiziale.

Non comporta annullabilità dell'arbitraggio divisionale del terzo il mero errore circa il valore delle quote formate, come peraltro stabilito implicitamente dal comma 1 dell'art. 761 c.c. il quale non contempla tra le cause invalidanti l'errore, accanto alla violenza ed al dolo. Tuttavia, l'errore diviene rilevante quando si traduce in una determinazione contrastante con la volontà del *de cuius*, oppure evidentemente iniqua⁽⁴⁴⁸⁾.

La manifesta iniquità, che deve sussistere al momento della comunicazione del progetto ai coeredi⁽⁴⁴⁹⁾, è contestabile, oltre a quanto osservato poc'anzi in ordine alle lampanti sperequazioni del valore stimato rispetto all'entità della quota assegnata, anche davanti ad ingiustificabili disparità di trattamento circa gli aspetti qualitativi dei beni oggetto della ripartizione delle quote⁽⁴⁵⁰⁾. Inoltre, per le ragioni di cui sopra, tale vizio comporta l'annullabilità pur se il testatore ha disposto che il terzo operi secondo mero arbitrio, in deroga alla disciplina generale di cui all'art. 1349 c.c., stante l'inderogabilità della norma del 2° comma dell'art. 733 che vuole assicurare la percorribilità del rimedio di giustizia indipendentemente da ciò che ha detto il *de cuius*⁽⁴⁵¹⁾.

⁽⁴⁴⁸⁾ L'errore rileva quindi solo se implica uno dei vizi che legittimano l'azione di annullamento. Cfr. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 168; CICU, *Successioni per causa di morte. Divisione ereditaria*, cit., p. 472. Per quanto concerne l'errore sulla qualità di uno dei coeredi, il cui difetto causa la nullità del negozio di divisione della comunione testamentaria per essere stato concluso da soggetto non legittimato (e di riflesso per carenza dell'elemento dell'accordo di cui all'art. 1325, n. 1 c.c.) – ipotesi che ricorrerebbe quando il terzo sbagliando appresta un progetto destinando una porzione ad un beneficiario che non è erede – potrebbe affermarsi che vizia la determinazione poiché l'attribuzione disposta si pone in chiaro conflitto con la volontà del defunto, beneficiando qualcuno che questi non ha inteso beneficiare.

⁽⁴⁴⁹⁾ Cass., 24 marzo 1956, n. 844, cit.

⁽⁴⁵⁰⁾ Cfr. gli esempi al riguardo apportati da FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 192 e ss., quali l'irragionevole ed immotivato raggruppamento in porzioni di beni notevolmente eterogenei, o l'apporcionamiento insieme di beni immobili molto distanti, quando è possibile raggruppare beni vicini.

⁽⁴⁵¹⁾ CICU, *Successioni per causa di morte. Divisione ereditaria*, cit., p. 472; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 136.

La procedura, in difetto di indicazioni del legislatore che si limita a richiedere di avanzare istanza all'autorità giudiziaria, non può che essere quella da osservare per l'azione di annullamento dell'atto di arbitraggio.

Con alcune opportune precisazioni: la competenza territoriale, speciale, esclusiva ma derogabile è quella indicata dall'art. 22 c.p.c., che si occupa delle cause relative alla divisione di eredità ⁽⁴⁵²⁾; la legittimazione compete al coerede che assume di aver subito pregiudizio dal progetto di stima predisposto dal terzo, con obbligo di convenire in giudizio gli altri coeredi, sussistendo una fattispecie di litisconsorzio necessario; la pronuncia di accoglimento della domanda causa l'annullamento degli effetti obbligatori del progetto e quindi la permanenza della comunione, che per essere sciolta necessita di una divisione convenzionale oppure giudiziale sulla scorta di una nuova stima e di un nuovo piano di apporzionamento.

10. Il mandato a donare e la donazione con beneficiario od oggetto determinato dal terzo: fenomeni di arbitraggio o solo mandati particolari?

Venendo ad occuparsi ora di un altro istituto che involge il tema della necessaria personalità della disposizione – ragion per cui pare opportuna la collocazione subito dopo le disposizioni di ultima volontà che si sono affrontate – si deve dar conto della particolare donazione fatta a favore del donatario che debba essere scelto da un terzo, tra più persone fisiche o giuridiche indicate una per una dal donante, o tra

⁽⁴⁵²⁾ Art. 22, co. 1, n. 1) c.p.c. Si è detto in precedenza che il procedimento di impugnativa dell'arbitraggio divisorio del terzo non è propriamente causa di divisione di eredità, ma più propriamente causa relativa

determinate categorie; e di quella avente ad oggetto una cosa che il terzo deve individuare tra altre cose indicate dal donante, o entro i limiti di valore fissati dal disponente.

I commi 2 e 3 dell'art. 778 c.c. prevedono l'efficacia della liberalità donativa così configurata, a dispetto del negozio di mandato teso al compimento dell'atto di scelta del beneficiario e/o dell'oggetto della donazione, affetto da radicale nullità stante la prescrizione del 1° comma del medesimo disposto ⁽⁴⁵³⁾.

Si è al riguardo rimarcato il parallelismo lampante tra le norme degli artt. 631-632 c.c. e quella dell'art. 778, tanto sotto il profilo del contenuto precettivo della nullità e dispositivo dei limiti di manovra entro cui ammettere il lecito intervento altrui, quanto sotto il piano ontologico, rinvenendosi nella finalità dei disposti l'elemento differenziale principale ⁽⁴⁵⁴⁾.

L'obiezione che viene da frapporre d'impulso all'ammissibilità della determinazione del terzo nel campo della donazione è intuitivamente quella della invalicabile ed assoluta personalità dell'*animus donandi*, che sarebbe vulnerato qualora altri potessero indirizzarne gli effetti.

alla divisione dell'eredità, incidendo non direttamente sul negozio divisorio, bensì sul progetto di divisione che pure è a quel negozio preordinato e funzionalizzato.

⁽⁴⁵³⁾ Il dato della nullità della donazione *cui volens o quae volens* risulta ormai pacifico, ma le contese tra gli autori che hanno originato i principi poi fatti propri dal legislatore sono state numerose ed intense, a partire da una risalente pronuncia di merito che pronunciò la nullità di una disposizione di tal fatta (C. App. Potenza, 12 aprile 1886, in *Foro it.*, 1886, I, 998), la quale fu dunque ribaltata dalla Corte di Cassazione che ne stabilì la nullità. La rilevanza della questione di diritto richiamò l'intervento delle Sezioni Unite che si espressero per la nullità: Cass., Sez. Un., 2 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, 784. Per la conoscenza delle opinioni che si fronteggiarono, cfr. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1976, Bologna-Roma, p. 191. Da ultimo si veda Cass., 22 ottobre 1990, n. 10256, in *Vita not.*, 1991, 694, che afferma anche la responsabilità del notaio rogante una donazione del genere, ai sensi dell'art. 28, n. 1, legge 16 febbraio 1913, n. 89, e 54, r.d. 10 settembre 1914, n. 1326.

⁽⁴⁵⁴⁾ Così TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1956, p. 352.

Può però giustamente replicarsi come le eccezioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 778 c.c. sono ammesse proprio in considerazione dell'angusto spazio di scelta permesso al terzo, il quale può solo identificare il beneficiario tra i soggetti che il donante con evidenza reputa egualmente meritevoli dell'attribuzione, avendoli menzionati direttamente o indirettamente ⁽⁴⁵⁵⁾, oppure quantificare la *deminutio* del patrimonio altrui e la correlativa *implementio* di quello del designato, nei limiti che il donante ha ritenuto di voler sopportare, indicando i beni tra i quali scegliere quello da trasferire ⁽⁴⁵⁶⁾.

Detto ciò è utile indagare la funzione che espleta il terzo nell'ambito delle due disposizioni in commento, giacché la nullità è comminata *expressis verbis* dal comma 1 rispetto al "mandato" a donare, mentre nei seguenti due commi è sancita la validità della donazione con determinazione di un elemento da parte di altri; sicché non appare chiaro se la norma intenda eccezionalmente prevedere la validità del negozio donativo concluso a seguito del mandato conferito con le limitazioni soggettuali ed oggettuali indefettibili, oppure voglia riferirsi semplicemente alla donazione conclusa ma parzialmente indeterminata ⁽⁴⁵⁷⁾.

Muovendo dall'assunto del divieto assoluto della rappresentanza nella donazione, alcuni inquadrano il compito affidato al terzo come un arbitraggio che

⁽⁴⁵⁵⁾ La menzione diretta si ha quando il disponente indica i soggetti di diritto tra i quali optare, indiretta quando cita la categoria delle persone fisiche nell'ambito di cui determinarsi.

⁽⁴⁵⁶⁾ GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 194 e ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1961, p. 136; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Commentario al codice civile*, UTET, Torino, 1980, p. 261; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 805.

⁽⁴⁵⁷⁾ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 139 e ss., che accentua il rilievo dell'*intuitus personae* del rapporto, al di là dell'inquadramento giuridico sul quale tuttavia non si sbilancia.

preserva la paternità della manifestazione dello spirito di liberalità del donante, da integrarsi secondo il meccanismo relazionale mediante l'intervento altrui ⁽⁴⁵⁸⁾.

Altri sostengono che il sistema operi come un peculiare arbitraggio con rappresentanza, sia di tipo diretto sia indiretto ⁽⁴⁵⁹⁾.

Per il vero i più contestano la compatibilità del fenomeno dell'arbitramento con il negozio in parola, reputando più corretto concludere che il terzo agisce come rappresentante munito della procura di formulare l'offerta di donazione ⁽⁴⁶⁰⁾, senza che possa assimilarsi la figura a quella di cui all'art. 631, ultimo comma c.c. ⁽⁴⁶¹⁾.

Per quanto concerne la qualificazione del rapporto tra donante e terzo, occorre precisare la preponderanza della tesi a sostegno del rapporto di mandato ⁽⁴⁶²⁾, salva la differenziazione tra chi supporta l'ammissibilità di quello con o senza procura; un'opinione minoritaria afferma poi l'insussistenza del legame derivante dal mandato,

⁽⁴⁵⁸⁾ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 138.

⁽⁴⁵⁹⁾ CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, VI, Torino, 1982, p. 463. Escludono invece la rappresentanza diretta GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 241; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 804.

⁽⁴⁶⁰⁾ Tra gli altri, TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 352

⁽⁴⁶¹⁾ RESCIGNO, *Contributi e sovvenzioni statali e parità di trattamento, Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 462.

⁽⁴⁶²⁾ GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 241; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 463. Giusto a fini di completezza deve darsi conto di una visione piuttosto remota ma comunque interessante che, partendo dall'analisi del mandato ad alienare come fonte di un rapporto bilaterale doppio (tra mandante e mandatario, e mandatario e terzo) in cui le parti interpongono il mandatario impedendo la relazione tra mandante e terzo, giunge ad estendere il meccanismo al mandato a donare, affermando che la donazione del mandatario sarebbe atto di adempimento, e che quindi questi, tra adempiere o donare vuole donare, "perché donando adempie, cioè, vuole donare per adempiere": CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 126 e ss. In realtà può obiettarsi che ogni tipo di donazione è connotata dal particolare interesse del donante, ed ancor più a monte dalla causa della liberalità, da cui discendono dei limiti al mandatario proprio in virtù dello stretto legame di interdipendenza sussistente tra mandato e donazione. Si veda ancora l'assunto sostenuto da coloro che giungono ad ammettere la validità del mandato a donare *quae voles* nell'ambito delle donazioni remuneratorie, in virtù della pretesa esistenza di una proporzionalità tra le prestazioni che ancorerebbe ad un parametro oggettivo la discrezionalità del terzo, limitandola a sufficienza per ritenere osservato il divieto dell'art. 778, comma 1 c.c.: OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1974, p. 228; D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1962, p. 132.

con libertà per il terzo di scegliere se determinarsi oppure tacere ⁽⁴⁶³⁾. L'indagine sulla possibilità di configurare un mandato a donare non rappresentativo risulta interessante, poiché si riallaccia a quella riguardante la portata del divieto del 1° comma, nel senso cioè di comprendere se esso sia riferito ad ogni tipo di mandato, oppure solo a quello immediatamente produttivo di effetti nella sfera giuridica del mandante.

Assumere l'impossibilità per il donante di farsi sostituire in una fase delicata come quella del processo formativo della volontà donativa, porta come derivazione l'invalidità di ogni tipo di mandato ⁽⁴⁶⁴⁾.

Ricondurre la nullità del mandato generico a donare solo a quello con procura, in ragione dell'impossibilità della prestazione (ma non per illiceità dell'oggetto), origina l'inefficacia per invalidità sia del rapporto tra mandante e mandatario, sia del possibile rapporto tra mandatario e beneficiario, proprio per la mancanza del potere rappresentativo ⁽⁴⁶⁵⁾.

Diversamente dovrebbe dirsi invece per il mandato privo di rappresentanza, nel quale il terzo, eseguendo la donazione in suo nome, porrebbe in essere un proprio atto di adempimento dell'incarico a donare al quale resterebbe estraneo il mandante; Successivamente, il mandante potrà far sua la liberalità, assumendo la qualifica di donante, ratificando l'attribuzione eseguita dal mandatario. Una tale ricostruzione ha il pregio di porsi in sintonia con quelle più accreditate in ordine al tipo negoziale del

⁽⁴⁶³⁾ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 139 e ss.

⁽⁴⁶⁴⁾ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 351 e ss.

⁽⁴⁶⁵⁾ BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 149 e ss., il quale considera valido senza alcuna preclusione il mandato senza rappresentanza, ed apporta come esempio quello dell'offerta di donazione per atto pubblico in favore della persona che il terzo abbia a scegliere tra più determinate, la quale dovrà a sua volta accettare con la stessa forma. *Contra* TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 351 e ss. Si esprime a favore dell'eccezionalità della norma di cui all'art. 778 c.c. Cass., 29 febbraio 1954, n. 578.

mandato senza rappresentanza, secondo cui l'incarico originerebbe negozi formalmente riconducibili al mandatario, tanto da potersi ipotizzare che anche quelli personalissimi per il mandante possano venire demandati al compimento del mandatario *nomine proprio* ⁽⁴⁶⁶⁾. In tale ottica il divieto sanzionato con la nullità di cui all'art. 778, comma 1 c.c. dovrebbe riferirsi alla procura ed al mandato cui accede, se teso alla conclusione di donazioni indeterminate nell'aspetto dei beneficiari e dell'oggetto, ma non a quel mandato che, pur rilasciato al medesimo fine, non sia accompagnato dal potere di rappresentare il mandante, giacché così ragionando si stravolgerebbe la disciplina e la natura della figura negoziale di cui all'art. 1705 c.c. ⁽⁴⁶⁷⁾.

Il mandato a donare non generico esige la forma scritta *ad substantiam* ⁽⁴⁶⁸⁾; l'inadempimento dell'obbligo del terzo impone questo al risarcimento dei danni, e consente la revoca per giusta causa dell'incarico, la sostituzione con altro mandatario oppure la diretta opzione dell'elemento soggettivo od oggettivo della donazione mancante.

E' evidente che la genuinità e spontaneità dello spirito di liberalità che la legge vuole garantire consente anche la revoca espressa o tacita del mandato in ogni momento, a prescindere da una giusta causa ⁽⁴⁶⁹⁾, che anzi nel caso di specie potrebbe dirsi esistere e coincidere proprio con il ripensamento del disponente.

⁽⁴⁶⁶⁾ Così LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1985, p. 36, il quale richiama anche le osservazioni di CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 192 e ss.

⁽⁴⁶⁷⁾ In tale direzione ancora LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, cit., p. 36, nota n. 21.

⁽⁴⁶⁸⁾ Cass., 2 ottobre 1959, n. 2637, in *Giur. comm.*, 1960, I, 1037, con nota di BUGLIARI; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 806; GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 241, per cui però in difetto dell'atto formale il mandante può ratificare il mandato ai sensi dell'art. 1339 c.c.

⁽⁴⁶⁹⁾ RESCIGNO, *Contributi e sovvenzioni statali e parità di trattamento, Persona e comunità*, cit., p. 462.

Se il beneficiario individuato dal terzo non accetta, il mandato si ritiene risolto per sopravvenuta carenza di potere ⁽⁴⁷⁰⁾, o meglio sarebbe a dirsi per avvenuto adempimento della prestazione con estinzione dell'obbligazione a carico del mandatario ⁽⁴⁷¹⁾.

Dato conto degli assunti propugnati autorevolmente in ordine alla natura dell'istituto in esame, si impone ora il tentativo di offrirne una lettura personale sufficientemente convincente che soddisfi l'esigenza di rispondere all'interrogativo di fondo: se la valida rimessione al terzo prescritta dai commi 2 e 3 dell'art. 778 c.c. integra un'ipotesi di arbitraggio ai sensi dell'art. 1349 c.c.

Si premette di essere dell'avviso tendenzialmente negativo, con le precisazioni ed i distinguo che seguono.

Non già per la pretesa incompatibilità dell'arbitramento con il deferimento unilaterale del compito, presupponendo il mandato a donare un incarico ad opera del solo donante. E questo in ragione dell'applicabilità della disciplina dei contratti in generale agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale ai sensi dell'art. 1324 c.c. (salvo disposizioni specifiche contrarie), che consente di ipotizzare un arbitraggio nato dalla volontà di una sola parte, al fine di integrare una proposta di contratto, quale

⁽⁴⁷⁰⁾ RESCIGNO, *Contributi e sovvenzioni statali e parità di trattamento, Persona e comunità*, cit., p. 464. Nulla vieta al donante tuttavia di conferire un altro incarico allo stesso terzo, di scegliere nell'ambito già definito nel primo incarico, oppure in altri, o ancora di demandare ad un altro terzo differente la scelta.

⁽⁴⁷¹⁾ Infatti se il terzo sceglie un soggetto che poi non accetta, non per ciò solo può dirsi che perda il potere determinativo conseguito con il mandato, perché la norma, facendo riferimento alla eccezionale validità della donazione (co. 2 e 3, art. 778 c.c.), pare presupporre il perfezionamento del negozio, lasciando margine per argomentare che l'obbligazione assunta accettando il mandato alla determinazione di beneficiario o oggetto della liberalità si estingue solo con l'accettazione dell'attribuzione da parte dell'oblato, non già con la scelta dello stesso. Diversamente può sostenersi ponendosi, come pare corretto, nell'ottica della prestazione della scelta come oggetto del mandato, ritenendo che l'obbligazione cui è tenuto il terzo è quella di fornire una scelta, e che una volta fatta costui si libera, salvo accettazione di un nuovo mandato, da conferirsi con altro atto formale dinanzi al notaio.

pare sia quella di cui si sta trattando, che è certamente atto unilaterale di contenuto patrimoniale.

In realtà sembra che il legislatore, accorpando nel medesimo articolo le prescrizioni in commento, abbia voluto configurare tra 2° e 3° comma da una parte, e 1° comma dell'altra, un rapporto di eccezione a regola, esigendo alcune precauzioni affinché possa ritenersi valida la donazione conclusa con soggetto beneficiario od oggetto del beneficio determinato da altri diverso dal donante. Ma appare anche che, così prescrivendo, non si sia preoccupato tanto di affermare la validità del mandato a donare non generico, quanto piuttosto e principalmente di sancire la validità del negozio finale che in ipotesi può essere concluso con il ricorso al mandato. Così intendendo il disposto, si comprende che, se è invalida la donazione con soggetto oppure oggetto rimesso alla totale discrezionalità del terzo, di riflesso sarà invalido il mandato finalizzato al suo perfezionamento.

Da tale angolo visuale, quindi, la conclusione certa in ordine alla natura giuridica del rapporto che lega il donante con il terzo è inconferente, giacché non muta le sorti del negozio.

Non è così, però, ai fini dei rimedi esperibili avverso la determinazione del terzo, come intuitivo, poiché all'obbligazione derivante dal mandato sono applicabili le regole comuni in tema di inadempimento contrattuale, all'atto di arbitrato quelle diverse e più restrittive che riducono i motivi di censura modulandoli in relazione al margine di apprezzamento lasciato dal donante.

Ciò detto, si è dell'avviso che di arbitraggio in relazione all'art. 778, comma 2 c.c. possa realmente parlarsi esclusivamente a fronte dell'ipotesi, peraltro abbastanza

inverosimile, di donazione conclusa per atto pubblico con l'intervento dinanzi al notaio rogante, del donante, del terzo incaricato della scelta, e di tutti i soggetti aspiranti donatari inclusi nella cerchia identificata dal disponente. Il negozio donativo sarebbe così perfezionato – nel senso che la disposizione di liberalità non sarebbe più revocabile dal donante ex art. 782, comma 2 c.c. – al momento del ricevimento dell'accettazione da parte di tutti i possibili beneficiari, ma l'effetto traslativo del diritto, non però quello di assunzione dell'obbligo⁽⁴⁷²⁾, sarebbe temporaneamente sospeso in attesa della determinazione resa dal terzo in ordine a chi sarà il soggetto che conseguirà l'attribuzione⁽⁴⁷³⁾. D'altra parte, si osserva come sia valida la donazione sottoposta alla condizione dell'approvazione di un terzo⁽⁴⁷⁴⁾.

⁽⁴⁷²⁾ Ai sensi dell'art. 769 c.c. la donazione è il contratto con cui il donante arricchisce il donatario trasferendogli un diritto oppure assumendo nei suoi confronti una obbligazione. Però, mentre l'assunzione dell'obbligazione è concepibile come immediatamente operante anche se diretta verso controparte indeterminata (si pensi all'art. 1989 c.c., o alla promessa di pagamento sottesa al titolo di credito al portatore), il trasferimento del diritto può verificarsi, quanto all'effetto reale, solo quando è certo l'avente causa del rapporto. Prima che questo avvenga, può aversi soltanto il vincolo obbligatorio al trasferimento, del genere di quello che scaturisce dal contratto preliminare, con la differenza che nel caso della donazione parzialmente generica, una volta scelto il donatario o la cosa da donare ad opera del terzo, il beneficiario avrebbe a disposizione il rimedio dell'azione di adempimento, non già quella volta alla conclusione coattiva del contratto di cui all'art. 2393 c.c., proprio poiché la donazione è già conclusa e, una volta completato l'elemento mancante, anche pienamente efficace.

⁽⁴⁷³⁾ La determinazione del terzo si atteggia quindi a condizione sospensiva dell'effetto traslativo del diritto, e della coercibilità dell'obbligo sorto al momento della sottoscrizione del rogito. Cfr. al riguardo BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 143, che vede nella determinazione del terzo una condizione sospensiva posta dal donante alla dichiarazione di donare, concludendo però che la disciplina della donazione sarebbe una sfera a sé stante alla quale non è ammissibile estendere né la normativa del contratto per la predilezione della volontà del disponente (che non vuole contrattare bensì appunto disporre), né quella del testamento, poiché gli effetti si producono durante la vita del donante, che ha modo di superare l'ostacolo alla produzione degli effetti causato dall'indeterminatezza di uno degli elementi. Si oppone in proposito come la proposta non possa considerarsi soggetta a condizione, posto che il donante potrebbe a sua discrezione fare lui stesso la scelta oppure nominare un altro determinatore, a prescindere dal fatto che sia o non già stata effettuata: RESCIGNO, *Contributi e sovvenzioni statali e parità di trattamento, Persona e comunità*, cit., p. 462; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 464.

⁽⁴⁷⁴⁾ TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 355.

Ben più probabile e plausibile è invece un arbitraggio involgente l'oggetto della prestazione donativa, che non si differenzia da quello che riguarda ad esempio la determinazione del terzo del corrispettivo di una compravendita.

Laddove ci si imbatte nella evenienza descritte, e dunque in un vero arbitraggio, si devono applicare tutti i rimedi apprestati dalla disciplina dell'istituto di riferimento, nessuno escluso. E pertanto, la determinazione rimessa al mero arbitrio, pur negli ambiti irrinunciabili *ex lege* predefiniti dal donante, sarà annullabile se frutto di mala fede: si pensi alla decisione di scegliere un beneficiario sollecitata dalla promessa o dazione di denaro; oppure la scelta della cosa del massimo valore nella forbice indicata, fatta per la stessa ragione.

Se l'arbitramento è per contro soggetto a prescrizioni aggiuntive rispetto a quelle minime di legge, la violazione dell'apprezzamento equo e prudentiale sottopone la decisione del terzo all'impugnativa per la sola manifesta erroneità od iniquità, secondo i ben noti dettami ⁽⁴⁷⁵⁾.

Procedendo in coerenza con le premesse poste, si ritiene che l'inerzia del terzo possa essere surrogata dalla volontà del giudice, nel caso di *arbitrium boni viri*; non così nel caso di *arbitrium merum*, dinanzi al quale in difetto dell'accordo delle parti (ovverosia di donante e donatario, o dei possibili donatari) la donazione risulterebbe nulla o quantomeno inefficace.

⁽⁴⁷⁵⁾ La maggioranza degli studiosi afferma che il terzo debba agire secondo *arbitrium boni viri*: GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, cit., p. 241. Osserva BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 142 e ss., che dovendo il terzo decidere entro i confini dettati dal donante, non potrebbe aversi iniquità ma solo erroneità, nel caso di violazioni di detti limiti, e che l'evenienza legittimerebbe l'impugnazione della donazione per errore sulla dichiarazione, stante la distonia rispetto alla volontà del donante.

La legittimazione al gravame compete ai soggetti interessati alla legittimità e correttezza della scelta, e quindi, oltre che al donante, anche ai potenziali destinatari del lascito che siano stati pretermessi dal terzo.

La procedura non si discosta da quella analizzata nella parte destinata all'art. 1349 c.c.

L'accoglimento della domanda comporta effetti variabili in dipendenza del margine di arbitrio implicato: dinanzi alla scelta demandata all'apprezzamento equo, non sembra potersi negare la facoltà delle parti di chiedere al giudice di rendere la determinazione in luogo di quella venuta meno; senza richiesta la donazione resterebbe improduttiva di effetti stante la definitiva indeterminatezza ed indeterminabilità di elementi essenziali. L'annullamento della scelta compiuta secondo mero arbitrio non può dare luogo invece all'attività decisoria sostitutiva dal giudice, come detto poc'anzi, conseguendone, in mancanza della volontà delle parti di affidare l'incarico ad altro soggetto, la definitiva inefficacia del negozio.

All'infuori di siffatte possibilità, il ruolo del terzo che agisce ai fini del 2° e 3° comma dell'art. 778 c.c. deve essere inquadrato nella funzione del mandatario: il *favor* verso lo strumento dell'arbitraggio non può condurre a trascurare i dati strutturali e giuridici che depongono univocamente a sostegno della diversa conclusione.

Quando infatti il terzo assume l'obbligo di fare la scelta necessaria affinché il negozio donativo possa perfezionarsi, assume a tutti gli effetti il dovere di compiere un atto giuridico in nome e per conto del donante, ai sensi dell'art. 1703 c.c. Il donante ha facoltà di revocare il mandato sino alla conclusione del contratto, e quindi sino al ricevimento dell'accettazione da parte del donatario, peraltro anche in difetto di giusta

causa. Inoltre, in qualità mandante può esperire tutti i rimedi contro il terzo mandatario che sia inadempiente o non esattamente adempiente rispetto alle obbligazioni assunte.

Infine, si crede che il divieto di cui all'art. 778, comma 1 c.c. debba riferirsi al solo mandato con rappresentanza, in virtù della *ratio* del disposto e dell'essenza dello stesso tipo negoziale privo di procura, il quale potrebbe essere sottratto alla disponibilità della privata autonomia solo a seguito di un espresso divieto di legge che invece non pare sussistere.

CAPITOLO QUARTO

L'INTERVENTO DEL TERZO NEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. La determinazione del terzo della misura dei guadagni e delle perdite nella società semplice – 2. Le decisioni dell'assemblea dei sottoscrittori nell'*iter* costitutivo per pubblica sottoscrizione delle società per azioni – 3. Il terzo risolutore delle controversie in ordine alla determinazione delle quote consortili (art. 2603 cod. civ) – 4. Le clausole di deferimento all'altrui decisione dei contrasti gestionali nella S.r.l. e nelle società di persone.

1. La determinazione del terzo della misura dei guadagni e delle perdite nella società semplice.

Con una disposizione che appresta una disciplina ad un'ipotesi alquanto infrequente ⁽⁴⁷⁶⁾, il codice civile, facendo propri i principi già espressi da quello previgente ⁽⁴⁷⁷⁾, stabilisce con il 1° comma dell'art. 2264 la possibilità che il terzo determini la partecipazione di ciascun socio agli utili ed alle perdite della società semplice e della società di fatto ⁽⁴⁷⁸⁾.

⁽⁴⁷⁶⁾ Come rilevato è difatti improbabile che i soci affidino ad altri soggetti estranei alla compagine sociale la quantificazione di un fattore così importante del contratto sociale: G. FERRI, *Delle società*, sub art. 2247-2324, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 195.

⁽⁴⁷⁷⁾ L'art. 1718 del codice del 1865 consentiva di rimettere la determinazione in parola anche al socio.

⁽⁴⁷⁸⁾ Così ritiene, giustamente, FERRI, *Delle società*, cit., in ragione del rilievo che invece lo statuto degli altri tipi sociali necessita *ex lege* la commisurazione del valore dei conferimenti. Si ricorda che la società di fatto sussiste quando due o più persone si comportano in fatti come soci, senza che tra loro sia intervenuto alcun esplicito contratto di società, scritto o verbale. Per contro, la società occulta presuppone che vi sia il vincolo contrattuale, ma che lo si tenga celato nei rapporti con i terzi, imputandone gli effetti apparentemente ad una sola persona che agisce quale imprenditore individuale. Infine, la società apparente ricorre quando due o più soggetti si imputati si comportano in modo da ingenerare nei terzi l'opinione che agiscano quale società, pur mancando il vicolo sociale: cfr. GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004, p. 49 e ss.

La norma è piuttosto sintetica, limitandosi a prevedere con il secondo comma il diritto di impugnare la determinazione del terzo entro i tre mesi successivi alla sua comunicazione da parte del socio asseritamente leso, qualora sussistano le condizioni di cui all'art. 1349 c.c., ed escludendo che possa agire in giudizio a tal fine il socio che abbia dato volontaria esecuzione alla determinazione della parte nei guadagni e nelle perdite.

E' evidente che l'istituto, il quale costituisce certamente un fenomeno di arbitraggio, soggiace alla regolamentazione generale dell'art. 1349 c.c. alla quale deve farsi rinvio, seppure con i contemperamenti imposti dalle prescrizioni particolari dettate dal disposto in commento, anche al fine di argomentare quale sia la sorte del contratto sociale all'esito della mancanza del *dictum* del terzo, oppure dell'eventuale accoglimento della domanda ⁽⁴⁷⁹⁾.

Colui che è investito del compito di completare l'elemento oggettuale del contratto sociale che manca, ha facoltà di decidere in base al proprio mero arbitrio oppure in virtù di un apprezzamento equo. A tal riguardo si sottolinea che i poteri del terzo risultano maggiormente angusti rispetto quelli imposti dalla legge ai soci che devono determinare il medesimo elemento contrattuale, giacché, se i secondi sono tenuti soltanto a non infrangere il divieto di cui all'art. 2265 c.c. ⁽⁴⁸⁰⁾, il primo, oltre a ciò, deve

⁽⁴⁷⁹⁾ In tale direzione, sottolineando la incompletezza della norma che si occupa solo del profilo patologico della determinazione FERRI, *Delle società*, cit., p. 195; BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1975, p. 497.

⁽⁴⁸⁰⁾ Il cd. divieto di patto leonino importa la nullità del patto con cui uno o più soci sono totalmente esclusi dal concorso agli utili o alle perdite, senza che però il vizio si estenda all'intero contratto sociale: Cass., 3 marzo 1955, n. 626, in *Foro pad.*, 1956, I, 462. Si tratta di un principio generale applicabile anche alle società di capitali, attenendo alle condizioni essenziali del tipo e causa del contratto sociale (cfr. DALMARTELLO, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 369). In materia si veda GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., pp. 74-75-

rendere una quantificazione che sia anche equa, onde scongiurarne l'annullabilità per palese contrarietà a tale requisito ⁽⁴⁸¹⁾.

Ragionando sulla scorta della disciplina dell'arbitramento ⁽⁴⁸²⁾, deve reputarsi che laddove il terzo non renda la determinazione dovuta potrà venire sostituito dal giudice solo quando si verta nell'ambito di un arbitraggio secondo equità, con la possibilità che sia l'autorità giudiziaria ad emettere in sua vece la quantificazione della parte dei soci nei guadagni e nelle perdite ⁽⁴⁸³⁾.

Diversamente, l'arbitratore inerte chiamato a decidere in totale discrezionalità non può essere surrogato dal giudice, ma solo da un altro individuato per concorde volontà di tutti i soci della società, o di quelli rappresentanti la maggioranza necessaria per modificare il contratto sociale ⁽⁴⁸⁴⁾; in difetto di accordo il vincolo societario con il socio interessato non potrà perfezionarsi e resterà *tamquam non esset*, e quindi nullo, dovendosi reputare inammissibile la sostituzione di diritto dell'arbitratore, la cui scelta è connotata con ogni evidenza da un elevato grado di *intuitus personae* ⁽⁴⁸⁵⁾. Tra l'altro, la nullità del singolo rapporto potrebbe originare anche quella dell'intero contratto sociale in base ai comuni principi nel caso in cui debba considerarsi essenziale secondo le circostanze ⁽⁴⁸⁶⁾.

⁽⁴⁸¹⁾ BOLAFFI, *La società semplice*, cit., p. 498 e ss.; FERRI, *Delle società*, cit., p. 196.

⁽⁴⁸²⁾ Convengono sull'applicazione all'istituto della disciplina dell'arbitraggio riguardante la mancanza della determinazione del terzo, perché non emessa o annullata, FERRI, *Delle società*, cit., p. 195;

⁽⁴⁸³⁾ Cfr. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 70.

⁽⁴⁸⁴⁾ Ai sensi dell'art. 2252 c.c. il contratto sociale è modificabile con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto che sia sufficiente anche solo una determinata maggioranza, calcolata anche secondo un criterio differente da quello della partecipazione agli utili di cui all'art. 2257, 3° co. c.c., che è criterio inderogabile solo in ordine alle decisioni inerenti gli affari di amministrazione sociale.

⁽⁴⁸⁵⁾ Così FERRI, *Delle società*, cit., p. 197.

⁽⁴⁸⁶⁾ Come stabilito dall'art. 1420 c.c. riguardo ai contratti nei quali le prestazioni dei singoli contraenti sono dirette al perseguimento di uno scopo comune, che per quello sociale è l'esercizio comune di un'attività economica a sua volta finalizzato alla divisione degli utili (art. 2247 c.c.). Convengono sulla

Francamente non si crede che l'anzidetta conseguenza della nullità del singolo rapporto sociale derivante della mancata determinazione del terzo arbitratore di mero arbitrio – al pari, come si dirà di qui a poco, dell'annullamento della sua determinazione impugnata per mala fede – sia poi così scontata: l'analisi di alcuni dati normativi sembrano per il vero offrire qualche appiglio ad una diversa soluzione.

Il legislatore ha previsto l'istituto in esame quale alternativa a disposizione dei soci, da optare in luogo di un regime di partecipazione agli utili ed alle passività diversamente strutturato nel contratto sociale, oppure, in difetto di accordo contrattuale, di quello di cui all'art. 2263 c.c. Infatti a mente di tale disposto la misura dei guadagni e delle perdite di ciascun socio "si presume" proporzionale ai conferimenti; i conferimenti analogamente, in difetto di determinazione nel contratto, si presumono di valore eguale. Ma dunque, se la norma racchiude tra le altre ⁽⁴⁸⁷⁾ una presunzione *iuris tantum*, superabile dalla prova contraria del diverso accordo tra i soci ⁽⁴⁸⁸⁾, destinata ad operare in difetto di questo, proprio al fine logicamente presumibile di colmare la lacuna di un elemento fondamentale del vincolo del socio, non si comprende l'ostacolo accioccché avvenga sempre, indipendentemente dalla causa della mancanza, perlomeno in via di applicazione analogica, stante l'*eadem ratio*; e quindi, altresì dinanzi alla mancanza della determinazione rimessa al terzo della misura di partecipazione del socio all'andamento economico della società.

possibile nullità dell'intero contratto di società FERRI, *Delle società*, cit., p. 197, e RUPERTO, *Del lavoro. Delle società*, in *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 1975, p. 116.

⁽⁴⁸⁷⁾ Cfr. Cass., 29 dicembre 1969, n. 2972, in *Dir. fall.*, 1967, II, 34, in ordine alle tre presunzioni recate dal disposto in esame, operanti solo quando il contratto, fermo il divieto di patto leonino, non dispone diversamente.

⁽⁴⁸⁸⁾ Prova che può essere data con ogni mezzo, anche per testimoni, in ipotesi di conferimento di beni che non richiedono la scrittura ex art. 1350, nn. 1) e 9) c.c., atteso che di regola il contratto di società semplice gode del principio della libertà delle forme ai sensi dell'art. 2251 c.c.

In sostanza, non pare che l'art. 2263 c.c. intenda limitare l'operatività della presunzione; per converso, mostra chiaramente di favorirla, ed in definitiva di agevolare la conservazione del contratto, salvandolo dalla nullità per carenza di un elemento essenziale. E' anche in ragione di ciò che si spiega la presunzione del pari valore dei conferimenti, quando non è stabilito.

Concludendo, si ritiene di poter quantomeno revocare in dubbio che il singolo rapporto sociale che vede mancare definitivamente la determinazione da parte del terzo arbitratore mero, dell'entità del concorso del socio agli utili ed alle perdite sociali, deve necessariamente qualificarsi come nullo; l'applicazione della disciplina che comunemente opera in difetto dello specifico accordo dei soci sul punto consente il riscatto della posizione altrimenti inficiata dalla nullità.

Tornando ad occuparsi dell'argomento principale, occorre aggiungere che la quantificazione del terzo è censurabile per volontà della norma sotto i medesimi profili di cui all'art. 1349 c.c. e, pertanto, per manifesta iniquità od erroneità, se frutto di equo e prudente apprezzamento, oppure esclusivamente per la mala fede del terzo, se resa secondo mero arbitrio.

La iniquità palese è integrata da un divario tra valore del conferimento e partecipazione ai guadagni ed alle perdite tanto ingente da rivelarsi *ictu oculi* inspiegabile. Deve tenersi conto peraltro che il metro dell'equità non è necessariamente dato dalla proporzionalità tra valore del conferimento e concorso negli utili e nelle perdite, trattandosi di un criterio valevole solo in mancanza di diversa convenzione, come

detto; ne deriva che il terzo può determinarsi anche discostandosi da tale parametro, pur dovendo rispettare quello di fondo espresso dal concetto di equità ⁽⁴⁸⁹⁾.

L'erroneità evidente può ipotizzarsi quando la sperequazione di cui sopra è causata dalla cattiva interpretazione o colposa omissione dei criteri indicati all'arbitratore dai soci, od assunti quali presupposti del calcolo al fine di rendere la propria decisione.

Il dolo del terzo ricorre invece a fronte della volontà consapevole di recare danno oppure avvantaggiare il socio mediante una determinazione oggettivamente ingiustificata e contraria ad equità e correttezza.

Come riscontrato, ciò che distingue in fin dei conti i due motivi di censura è che nell'ambito dell'*arbitrium boni viri* è bastevole l'erronea percezione dei dati fattuali assunti alla base della decisione, mentre in quello mero l'errore non ricopre alcun rilievo; difatti quando vi è palese iniquità è improbabile che il terzo non l'abbia avvertita, e che perciò vi possa essere un vizio del genere senza che vi sia pure la relativa consapevolezza in capo a chi l'ha resa, e quindi la sua mala fede ⁽⁴⁹⁰⁾.

L'azione volta all'annullamento della quantificazione dell'arbitratore è soggetta ad un termine decadenziale di tre mesi, decorrente dalla comunicazione ricevuta dal socio che assume di subirne pregiudizio. Stante il termine speso dal legislatore, è lecito sostenere che la conoscenza, da identificarsi nell'ingresso nella sfera di cognizione del destinatario, operando il principio dell'equivalenza tra conoscibilità legale ed effettiva, deve ricondursi ad un atto precipuamente formato e destinato a ciò dal terzo o anche

⁽⁴⁸⁹⁾ GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 308 e ss.; FERRI, *Delle società*, cit., p. 196.

⁽⁴⁹⁰⁾ Così FERRI, *Delle società*, cit., p. 196.

dagli altri soci; senza che possa far correre il termine la conoscenza pervenuta per altra indiretta via od in altra occasione ⁽⁴⁹¹⁾.

Non ha legittimazione all'*actio* il socio che, pur se lesa dall'altrui arbitrato, abbia ciononostante ottemperato allo stesso volontariamente, e quindi con la coscienza del vizio invalidante ⁽⁴⁹²⁾; oppure, secondo altra tesi, spontaneamente e non forzatamente, a prescindere della conoscenza del vizio ⁽⁴⁹³⁾. L'adempimento si ha ad esempio nella riscossione o nel versamento agli altri soci della quota di utili che risulta dovuta in virtù della determinazione stessa.

Gli aspetti processuali infine ricalcano quelli della comune disciplina inerente l'istituto generale di riferimento; è intuibile che sussista una fattispecie di litisconsorzio necessario rispetto a tutti i soci della compagine interessata.

2. Le decisioni dell'assemblea dei sottoscrittori nell'*iter* costitutivo per pubblica sottoscrizione delle società per azioni.

⁽⁴⁹¹⁾ In tal senso ancora FERRI, *Delle società*, cit., p. 197, che argomenta la tesi osservando come, invece, nel 2° co. dell'art. 1718 del codice del 1865 il termine decorreva dalla "notizia" della decisione, e per il quale la comunicazione può effettuarsi con qualsiasi strumento, e non necessariamente tramite ufficiale giudiziario. Vedi anche RUPERTO, *Del lavoro. Delle società*, cit., p. 117.

⁽⁴⁹²⁾ FERRI, *Delle società*, cit., p. 197, che rileva come difficilmente può aversi carenza di consapevolezza del vizio in capo al socio che dà esecuzione ad una determinazione palesemente iniqua. A tal riguardo ritiene GHIDINI, *Società personali*, cit., p. 308 e ss., che la norma operi una presunzione di consapevolezza a carico del socio che ha dato volontario adempimento alla determinazione viziata.

⁽⁴⁹³⁾ FERRARA J., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, p. 224, che evidenzia la diversità della formula dell'art. in commento da quello dell'art. 1444 c.c., co. 2, che fa invece espresso riferimento sia alla volontaria esecuzione del contratto annullabile, sia alla conoscenza del motivo di annullabilità. E' peraltro chiaro che la *ratio* del divieto si ricollega non già all'esecuzione *tout court* della determinazione, bensì all'esecuzione cosciente della stessa ad onta della conoscenza del vizio.

L'art. 2335 del codice civile consegna nelle mani dell'assemblea dei sottoscrittori, tra gli altri ⁽⁴⁹⁴⁾, il potere di deliberare in ordine al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto (1° comma, n. 2) ed alla riserva di partecipazione agli utili fatta a proprio favore dai promotori (1° comma, n. 3).

Il fenomeno di costituzione della società per azioni attraverso la sottoscrizione pubblica ⁽⁴⁹⁵⁾ vede un nucleo di maggioranza di soci decidere, mediante la maggioranza per teste ivi rappresentata ⁽⁴⁹⁶⁾, parte del contenuto del contratto sociale già concluso, oppure, operando quale assemblea costituente, di quello ancora da concludere. Dunque, sembra *prima facie* versarsi in un'ipotesi di riserva di successiva determinazione unilaterale di taluni elementi di un regolamento, ed in particolare della prestazione contrattuale, e dunque in un arbitraggio ⁽⁴⁹⁷⁾.

⁽⁴⁹⁴⁾ Prevedono i nn. 1) e 4) dello stesso disposto che l'assemblea ha anche il compito di accertare le condizioni richieste per la costituzione della società, e di nominare amministratori e sindaci o membri del comitato di sorveglianza e del controllore contabile, ove previsto.

⁽⁴⁹⁵⁾ Per approfondire il fenomeno di cui all'art. 2333 c.c., per il vero non molto praticato e spesso postposto agli istituti di sollecitazione del risparmio di cui agli artt. 94 e ss. del D.lgs. 24 febbraio 1998, n.58 (T.U.F.), si rimanda a G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1984, p. 593 e ss.; GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nella società per azioni*, Milano, 2001, p. 77 e ss.

⁽⁴⁹⁶⁾ Ai sensi del 2° co. dell'art. 2335 c.c. l'assemblea si costituisce validamente con la presenza della metà dei sottoscrittori maggioranza e, in virtù del 3° co., decide con la maggioranza dei presenti a prescindere dal capitale detenuto.

⁽⁴⁹⁷⁾ Così DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 425 e ss., che rileva come non sia dubitabile che si versi nel meccanismo dell'arbitraggio di parte riguardo elementi accessori del contratto societario, mentre per quello principale l'assemblea ristretta opererebbe come delegata delle parti, e non in forza dei propri poteri organizzativi. Cfr. anche GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 128, nota n. 109; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., p. 80; ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 273; ID, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 169 e ss., in cui, sostenendo l'impugnabilità della determinazione unilaterale ai sensi dell'art. 1349 c.c., si analizza la possibilità di estenderla anche alle fattispecie della distribuzione degli utili e delle determinazioni relative ai conflitti tra socio e società. Si veda *contra*, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 333 e ss., con note di JAEGER-ANGELICI-GAMBINO-COSTI-CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, che riconduce la censurabilità delle iniziative deliberate dalla maggioranza al fine di conseguire obiettivi estranei all'interesse sociale e pregiudizievoli per le minoranze, sul piano dell'abuso del diritto o dell'eccesso di potere, e dell'esecuzione corretta e secondo buona fede del contratto di società, operando l'applicazione dell'art. 1375 c.c. In tema di abuso delle maggioranze, cfr. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca e borsa*, 1998, I, p. 157.

D'altra parte, i rilievi della plurilateralità del gruppo assembleare dei sottoscrittori, il dubbio che nell'ottica dell'art. 2335 c.c. questa o i sottoscrittori vengano visti quali parti contraenti, ed ancora la compatibilità tra i sistemi di governo e formazione della vita sociale e la decisione unilaterale del corrispettivo, hanno alimentato la soluzione giurisprudenziale più recente secondo cui deve respingersi la paternità delle decisioni degli organi societari in capo ad una delle parti contraenti, cioè alla società rispetto al socio nel negozio collegato a quello sociale ⁽⁴⁹⁸⁾. Conseguendone così la percorribilità delle forme di controllo del *decisum* reso dall'assemblea ristretta da parte dell'assemblea dei soci in composizione estesa, secondo le disposizioni che regolano la vita della compagine, piuttosto che attenendosi a quelle proprie del fenomeno arbitrato.

Tuttavia la visione dell'arbitraggio si presta ad essere sostenuta anche al fine di irrobustire gli strumenti di tutela degli interessi delle minoranze nello stesso gruppo di sottoscrittori, considerando questo, o la maggioranza in questo formatasi, quale rappresentante ⁽⁴⁹⁹⁾ dei sottoscrittori assenti o presenti ma dissenzienti, riguardo la determinazione ed apprestando ai rappresentati una via di censura parallela a quella per così dire istituzionale ⁽⁵⁰⁰⁾.

⁽⁴⁹⁸⁾ In tale direzione, secondo cui in pratica il principio maggioritario che informa le decisioni adottate dal gruppo persona giuridica escludono la natura unilaterale delle determinazioni, Cass., 10 maggio 1997, n. 4088, in *Foro it.*, 1998, I, 2268, che ha negato la nullità della clausola di deferimento al C.d.A. della determinazione del corrispettivo per il godimento di un immobile durante un certo tempo, poiché la decisione dell'organo è comunque sottoposta al controllo dell'assemblea dei soci che sono le controparti dello stesso contratto.

⁽⁴⁹⁹⁾ Si veda SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., p. 280, il quale, giustificando l'arbitraggio di parte proprio in base alle norme sulla rappresentanza, con particolare riferimento all'art. 1395 c.c., giunge ad ammettere per tale motivo anche l'*arbitrium merum*.

⁽⁵⁰⁰⁾ DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., pp. 218 e ss. e 425 e ss., per cui l'inquadramento in termini di arbitraggio consentirebbe appunto una tutela ulteriore per gli interessi del gruppo dei sottoscrittori minoritario.

Ancora, potrebbe osservarsi che, se è necessaria la maggioranza dei sottoscrittori riuniti in assemblea per deliberare l'atto costitutivo e lo statuto, è invece richiesta l'unanimità degli stessi per apportare modifiche alle condizioni convenute nel programma, ex art. 2335, comma 4; e che per la stessa assemblea dei sottoscrittori è adottato il *modus deliberandi* informato al principio maggioritario. Di talché sembrerebbe fondata l'argomentazione dell'autonoma natura ed operatività dell'assemblea⁽⁵⁰¹⁾, quale centro terzo rispetto ai sottoscrittori, a cui compete di riflesso la correlativa capacità di autonoma contrattazione negoziale secondo la regola maggioritaria; tanto che la partecipazione dei sottoscrittori nell'assemblea si giustifica come partecipazione del socio, non della parte⁽⁵⁰²⁾.

Quanto osservato agevolerebbe il superamento di una delle più comuni obiezioni fraposte alla tesi che vede un arbitraggio nell'istituto in parola, così come in tutti quelli in cui la determinazione degli elementi risulta affidata ad una sola delle parti: l'inammissibilità dell'arbitraggio unilaterale. Obiezione che, come già rilevato, si allaccia ad una lettura esasperatamente formalistica della norma, che pure discorre di

⁽⁵⁰¹⁾ Sulla possibilità di qualificare l'assemblea dei sottoscrittori un'entità provvisoria, esponente soggettiva di una organizzazione, nata da un contratto di società concluso e perfetto, si veda PORTALE, *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nelle <<società di capitali in formazione>>*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 1 e ss.; ZOPPINI, *Circolazione e recezione di un modello giurisprudenziale: la <<società di capitali in formazione>>*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 664 e ss.

⁽⁵⁰²⁾ L'argomento si riallaccia a quello, vastissimo ed ampiamente discusso, della natura del rapporto di società, seconda la prospettiva contrattualistica, organizzativa e istituzionalistica, per approfondire il quale si rinvia a OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 471 e ss.; per una visione antecedente la riforma del diritto societario, cfr. ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 977 e ss.; BIANCA, *Recensione a del Prato, I regolamenti privati*, Milano, 1988, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 732 e ss.

determinazione rimessa ad un “terzo”, ma che nel contempo mostra di ignorare i pur numerosi fenomeni tipizzati in cui la determinazione è invece rimessa ad una parte ⁽⁵⁰³⁾.

Detto ciò, pare superabile altresì la perplessità secondo cui non si configurerebbe un arbitraggio, perché questo presuppone un accordo già concluso, ma incompleto, mentre nel caso di specie il contratto sociale risulterà perfezionarsi solo e proprio in seguito alla determinazione dell’assemblea dei sottoscrittori che completerà gli elementi dell’atto costitutivo. In verità l’atto che origina la partecipazione societaria, e dunque l’adesione al vincolo dell’arbitramento (secondo la prospettiva sostenuta), non è l’atto costitutivo, il quale costituisce solo il piano dell’attività societaria, bensì il negozio di sottoscrizione con il relativo programma, che una volta sottoscritto dai promotori e pubblicato, ed accorpato a tutte le restanti sottoscrizioni degli adesori, fa sì che il contratto di società possa dirsi perfezionato; l’atto di versamento dei decimi costituirà mero adempimento del vincolo così in precedenza sorto.

Si sostiene in conclusione di aderire alla opinione che il procedimento disciplinato dall’art. 2335 c.c. assuma la fisionomia dell’arbitraggio, probabilmente di parte, in cui il ruolo dell’*arbitrator* spetta all’assemblea dei sottoscrittori, chiamati a colmare gli elementi contrattuali non definiti all’atto della sottoscrizione del programma, emettendo un *dictum* in virtù di una arbitrio che è limitato dalle prescrizioni in ipotesi contenute nel medesimo, oppure mero ⁽⁵⁰⁴⁾, se il programma non vincola lo *spatium*

⁽⁵⁰³⁾ Giova ancora il richiamo degli autori che sostengono l’ammissibilità della figura: GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all’)*, cit., p. 418 e ss.; CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 203; GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 196; DALBOSCO, *p. 321 e ss.*; *L’arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, cit., p. 321 e ss.; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 283; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli-Camerino, 1982, p. 29. Più addietro, LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 40 e ss.

⁽⁵⁰⁴⁾ Dubbioso GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all’)*, cit., p. 418 e ss., per cui, pur non potendosi negare l’astratta ammissibilità dell’arbitraggio meramente discrezionale della parte,

deliberandi oltre il limite minimo che esigono le previsioni richieste dalla legge ai fini della stessa valida esistenza del programma ⁽⁵⁰⁵⁾.

La determinazione equa e prudente palesemente iniqua od errata in relazione alle precauzioni imposte, così come quella formata in mala fede ⁽⁵⁰⁶⁾, è soggetta ad impugnazione ed annullamento, per iniziativa dei sottoscrittori di minoranza e degli altri soci, ma non dei sottoscrittori della maggioranza che ha deliberato il *dictum*, secondo i termini ed i modi di azione previsti dall'art. 1349 c.c.

occorrerebbe verificare caso per caso se l'elemento di fiducia del negozio esige o meno di affidarsi all'apprezzamento equo, come nell'ipotesi apportata di determinazione delle quote nella società. L'opinione, basata sul rilievo che la rimessione all'arbitrio mero della parte renderebbe dubitabile l'esistenza stessa del vincolo giuridico, in analogia con quanto previsto dall'art. 1355 c.c. circa le condizioni meramente potestative, viene sostenuta anche in ragione del difetto di una norma che estenda la disciplina dell'arbitrio del terzo a quello della parte. Può ribattersi però come, ragionando sempre in termini di prescrizioni esplicite, se si ritiene di estendere l'art. 1349 c.c., che menziona espressamente l'intervento del terzo, anche a quello della parte, non può pretendersi poi di limitarne l'estensione solo di alcune, proprio in mancanza di dati espliciti che suggeriscano ciò. Senza sottacere che il concetto di mero arbitrio si discosta da quello della potestatività mera della condizione, come conferma l'osservazione che non sempre il primo comporta la nullità, a differenza della seconda (art. 1355): sul tema STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 12 e ss.

⁽⁵⁰⁵⁾ Il 1° co. dell'art. 2333 c.c. richiede l'indicazione dell'oggetto, del capitale, delle principali disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto, dell'eventuale partecipazione agli utili riservata ai promotori. E' evidente pertanto che, a fronte di un programma che ad es. stabilisce laconicamente il diritto di percezione degli utili per i promotori, senza nulla aggiungere, legittima l'assemblea a determinarne la portata secondo libero apprezzamento ovviamente nel rispetto delle prescrizioni inderogabili quali il divieto di patto leonino, che verrebbe violato laddove i promotori vedessero assicurato il diritto a tutti gli utili, a discapito degli altri soci.

⁽⁵⁰⁶⁾ Il coefficiente soggettivo deve essere valutato con riferimento a tutti i sottoscrittori dell'assemblea che hanno votato a favore delle determinazioni secondo mala fede, stante la collegialità dell'organismo. Peraltro, il principio maggioritario potrebbe suggerire di dare corso ad una prova di resistenza in ordine alla decisione, tale da ritenerla non meritevole di annullamento se, all'esito dell'istruttoria, risulta che senza i voti dei singoli sottoscrittori in mala fede sarebbe stata approvata comunque. Potrebbe replicarsi però, che intanto sarebbe difficile indagare in casi in cui il sottoscrittore ha deciso in modo difforme da ciò che avrebbe fatto se avesse agito senza la volontà di pregiudicare una delle parti, dai casi in cui lo ha fatto solo perché ha errato colpevolmente; ed ancora, che dinanzi ad una determinazione sostenuta dal favore di sottoscrittori in mala fede, che per ciò solo il più delle volte risulta evidentemente squilibrata in danno di quelli di minoranza, sarebbe arduo sostenere che chi ha espresso voto a favore lo ha fatto senza il sospetto, e dunque la coscienza, di contribuire al raggiungimento dello scopo perseguito dalla mala fede altrui, e quindi in mala fede anch'esso. Tuttavia, posto che la questione è ad onore del vero di difficile soluzione, si reputa di dover soltanto manifestare sostegno alla tesi della opportunità di sottoporre il *decisum* impugnato alla prova di resistenza: e tanto poiché, se la *ratio* dell'annullamento radicato su tale motivo è quello di sanzionare la decisione adottata in modo non imparziale, solo il collaudo che passa

3. Il terzo risolutore delle controversie in ordine alla determinazione delle quote consortili (art. 2603 cod. civ).

Tra gli elementi che deve contenere a pena di nullità il contratto di consorzio avente ad oggetto il contingentamento della produzione o degli scambi dei consorziati⁽⁵⁰⁷⁾, rientra anche quello della quantificazione delle singole quote⁽⁵⁰⁸⁾, oppure la fissazione dei criteri idonei per determinarle, in forza del 2° comma dell'art. 2603 c.c. L'atto costitutivo può rimettere al giudizio di una o più persone la risoluzione di questioni relative alla determinazione delle quote; la decisione è soggetta ad impugnazione nel caso in cui sia manifestamente iniqua od erronea, entro trenta giorni dalla notizia.

Il duttile sistema che si passa a commentare attenua in parte il rigore della drastica sanzione della nullità prevista a fronte della mancanza della determinazione nel contratto consortile della quota di contingentamento, che non potrebbe essere altrimenti evitata neppure mediante l'applicazione analogica della presunzione di uguaglianza di cui agli artt. 2253-2263 c.c., ritenuta operante invece nell'ambito dei consorzi di

attraverso la finzione di inesistenza delle singole determinazioni confluenti in quella complessiva, consente di concludere se questa è resa parzialmente o meno.

⁽⁵⁰⁷⁾ Il 1° co. dell'art. 2603 c.c. enuncia una serie di elementi dei quali non tutti sono necessari affinché il contratto sia valido: cfr. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 120, per il quale vi rientrano l'oggetto del consorzio, gli obblighi dei consorziati e, solo per i consorzi con attività esterna, l'indicazione dei poteri degli organi di rappresentanza. Oltre a questi deve aggiungersi la determinazione delle quote, o l'indicazione dei criteri per determinarle, quando l'attività del consorzio è quella del contingentamento di produzione o scambi: così BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1985, p. 286. Per consorzio di contingentamento si intende quello che limita o commisura l'attività di ogni partecipante ad un denominatore comune, nel quadro del riparto dell'attività economica complessiva.

⁽⁵⁰⁸⁾ La quota, che di solito risulta espressa in valore percentuale, è la parte di pertinenza di ogni consorziato nel volume complessivo di affari mobilitato dal consorzio nel mercato. In virtù di questa si calcolano dati rilevanti quali la misura dei diritti ed obblighi dei consorziati, la partecipazione alle spese di gestione, la spettanza in caso di scioglimento del consorzio, l'accrescimento della quota stessa a seguito di recesso o esclusione di altro membro (art. 2609 c.c.), il peso del partecipante nelle delibere dell'assemblea.

cooperazione internazionale ⁽⁵⁰⁹⁾. Si è altresì notata l'utilità di tale strumento nella misura in cui consente di conformare il regime giuridico del contratto di consorzio all'andamento della situazione economica, senza dover ricorrere alla sistematica convocazione di tutti i consorziati per ottenere lo stesso fine attraverso una decisione certamente conflittuale, poiché vertente su profili assai delicati dell'accordo affidando la decisione al riguardo ad uno o più soggetti imparziali disinteressati che sostituiscono la propria volontà a quella delle parti ⁽⁵¹⁰⁾.

Il procedimento di definizione delle controversie, che non è chiaro se possa essere optato solo dai consorzi di contingentamento oppure anche da quelli di ogni altro tipo ⁽⁵¹¹⁾, viene da taluni esteso al di là di quelle della natura espressamente menzionata dalla legge, fino a quelle in ordine a facoltà, diritti ed altri dati quantitativi di rilievo, come la determinazione dei prezzi dei prodotti, le condizioni di vendita e la misura delle contribuzioni, e tutti gli elementi in genere che debbano o vogliano variarsi entro i paletti fissati dalla legge interna *antitrust* e dal Trattato della Comunità Economica Europea ⁽⁵¹²⁾. Ancora, è ben possibile ed anzi opportuno, stante le finalità anzidette, che il ricorso

⁽⁵⁰⁹⁾ BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, cit., p. 285. Ciò perché le imprese consorziate ricoprono ciascuna una differente potenzialità economica. Pertanto la quantificazione deve compiersi in base alla volontà delle parti, o in difetto d'essa, di eventuali usi, regole d'esperienza o norme tecniche.

⁽⁵¹⁰⁾ Così FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, sub art. 2602-2620, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1992, pp. 128-129; LO CIGNO, *Del lavoro*, in *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 1978, p. 225.

⁽⁵¹¹⁾ A sostegno della lettura restrittiva: ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 126; VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico economico*, diretto da GALGANO, IV, Padova, 1981, p. 371. Favorevole all'interpretazione estensiva invece GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1970, p. 332.

⁽⁵¹²⁾ FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, cit., p. 129; GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, cit., pp. 332-333. Vedi al riguardo C. App. Genova, 7 febbraio 1998, in *Soc.*, 1999, 572, che reputa deferibile anche le questioni circa la natura ed i caratteri del consorzio. *Contra*, VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, cit., p. 370 e ss., in ragione del rilievo che l'organo di amministrazione è deputato ad attuare il contratto consortile, e non a sostituire i partecipanti nella determinazione del contenuto contrattuale.

alla determinazione altrui si verifichi anche nel corso della vita consortile, e non solo al momento della nascita della compagine ⁽⁵¹³⁾.

Deve rilevarsi come l'istituto in analisi viene dai più ricondotto nell'alveo dell'arbitraggio ex art. 1349 c.c., con la precisazione che è imposto sempre l'*arbitrium boni viri*, attesa la limitazione dell'impugnabilità per i soli motivi della manifesta erroneità o iniquità, con l'esclusione del mero arbitrio e della censurabilità a causa del dolo di cui al 3° comma del medesimo disposto ⁽⁵¹⁴⁾. In realtà alcuni obiettano che di funzione di arbitratore a stretto rigore è lecito discorrere solo quando a determinarsi siano terzi estranei alla società oppure organi del consorzio, e non quando ciò facciano gli stessi consorziati riuniti in assemblea ⁽⁵¹⁵⁾.

Accantonando solo per ora l'opinione che si reputa di dover sostenere, che si presta ad una più esaustiva argomentazione all'esito dell'analisi dell'istituto, occorre

⁽⁵¹³⁾ Proprio perché è un *iter* che permette di superare le eventuali situazioni di stallo in cui possa cadere il consorzio, inteso quale maggioranza dei partecipanti, che voglia ritoccare le quote dei singoli adeguandole al diverso peso acquisito in conseguenza delle mutate condizioni del mercato: BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, cit., pp. 287-288, il quale aggiunge peraltro che la modificazione delle quote è concepibile esclusivamente se il contratto lo prevede, perché in difetto di una norma specifica non può sostenersi che il diritto quesito del membro di mantenere la stessa partecipazione assentita al momento della stipula del contratto consortile possa piegarsi all'interesse sociale di cui all'art. 2441 c.c, se non proprio attraverso la modifica del contratto stesso. Osserva peraltro ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 123, come è improbabile che i partecipanti consegnino nelle mani di estranei, o persino anche degli stessi organi del consorzio, decisioni ritenute di loro pertinenza, e così influenti per la propria attività d'impresa; è più plausibile tuttavia che affidino agli organi consortili la quantificazione periodica dell'entità complessiva delle merci producibili, in proporzione di cui vengono determinate percentualmente le quote dei singoli, ma sempre in forza delle percentuali contrattualmente poste.

⁽⁵¹⁴⁾ GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, cit., pp. 332-333; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 123; SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio*, cit., p. 68; MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1975, p. 75.

⁽⁵¹⁵⁾ Nega perentoriamente la funzione FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, cit., p. 129; FERRARA J., *Gli imprenditori e le società*, p. 347; VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, cit., p. 370; BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, cit., pp. 288-289, argomentando dall'art. 2336 che confermerebbe indirettamente la possibilità di affidare mansioni del genere anche all'organo assembleare. Per l'A. comunque si esula dall'arbitraggio nel caso in cui gli organi del consorzio rendono decisioni inerenti l'attività d'impresa, giacché rientranti nell'esercizio fisiologico delle

precisare come dalla natura dell'arbitraggio vengono tratti ulteriori rilievi quali la libertà della forma adottata per la decisione, e la doverosa forma scritta dell'atto di nomina dell'arbitratore, in linea, questa sì, con quella prescritta sotto pena della nullità per il contratto sociale dal 1° comma dell'art. 1603 c.c. ⁽⁵¹⁶⁾.

L'atto che pone fine alle questioni deferite è censurabile esclusivamente lamentandone in sede giurisdizionale l'evidente erroneità ed iniquità, mediante atto di citazione da notificarsi entro il termine ristretto, da ritenersi perentorio, essenziale e di decadenza ⁽⁵¹⁷⁾, di giorni trenta dalla relativa notizia ⁽⁵¹⁸⁾.

La legittimazione compete con evidenza ad ogni singolo consorziato che ritenga di essere danneggiato dalla decisione, nella misura in cui *ictu oculi* viola, mal interpreta o si discosta – colposamente o dolosamente non rileva, vertendosi nell'ambito

attività di perseguimento dello scopo associativo. Contrario ASCARELLI, *Consorti volontari tra imprenditori*, Milano, 1975, p. 51.

⁽⁵¹⁶⁾ BORGIOI, *Consorti e società consortili*, cit., p. 287, che ricorda anche la sufficienza della capacità naturale in capo all'arbitratore; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1970, p. 395. Cfr. Cass., 13 dicembre 1969, n. 3965, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Perizia in genere*, 3. Al riguardo non si pensa tuttavia di poter convenire con la tesi della non necessità della forma scritta di un atto di arbitrato che determina le quote di partecipazione ad un consorzio il cui contratto fondante deve essere fatto per iscritto a pena di nullità, proprio poiché si tratta di un *decisum* che va a modificarne il contenuto, tra l'altro sotto uno dei profili immancabili ai sensi dell'art. 2603, co. 2 c.c. A tutto voler concedere, appare sostenibile la libertà della forma di un arbitrato che si limita a risolvere le questioni insorte in ordine alla determinazione delle quote, pacificando le avverse pretese senza intaccare la misura partecipativa dei consorziati.

⁽⁵¹⁷⁾ MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., p. 75 e ss.

⁽⁵¹⁸⁾ Per quanto consta non è stata sottolineata la diversa terminologia voluta dal legislatore in tale disposto, in raffronto con quella del già analizzato art. 2264 c.c. nel quale si legge invece di un termine decorrente dalla "comunicazione" (cfr. *supra*) Senza voler scovare a tutti i costi profili problematici, pare abbastanza evidente che la notizia è un *quid* dissimile dalla comunicazione, che evoca un *quomodo* teso proprio al recepimento in senso legale della decisione, e dunque alla relativa notizia. Ne deriva che il termine dovrebbe ritenersi decorrente dal momento in cui il consorziato presunto leso ha avuto comunque cognizione della determinazione, a prescindere dalla fonte e dallo strumento con cui ciò è avvenuto, gravando l'onere di dimostrare la decadenza (e quindi il di dell'effettiva ricezione della notizia), secondo i principi generali, a carico di colui che la eccepisce. Certo è che la soluzione adottata sembra stonare con il maggior termine previsto dall'art. 2264 c.c.: se lì difatti il termine della decadenza dall'azione di impugnativa è di tre mesi, che per decorrere esige per di più l'adempimento di una modalità di comunicazione che permette di accertarne il tempo di avvenuta esecuzione da parte del comunicante, nell'art. 2603, per contro, il termine è assai breve ed oltretutto svincolato dall'obbligo di curare la trasmissione della notizia, e correlativamente anche sfornito della prova del relativo compimento.

dell'*arbitrium boni viri* – dai criteri contrattualmente o normativamente ⁽⁵¹⁹⁾ imposti all'arbitratore ai fini della determinazione delle quote di partecipazione; oppure anche quando dirime in modo clamorosamente contrario ad equità le controversie nate circa lo stesso tema.

Esaurita la disamina di quello che risulta l'inquadramento dell'istituto in parola nell'arbitraggio, che gode senza dubbio del miglior credito tra gli autori, pur tuttavia suggerirne uno divergente non sembra fuori luogo né ardito, tanto più che numerosi tra gli stessi che ne sostengono detta natura, non nascondono alcune perplessità riconducibili, in buona sostanza, alla constatazione di come il 3° comma dell'art. 2603 c.c. tenderebbe *naturaliter* a rientrare nell'orbita del giudizio arbitrale irrituale, o persino nella perizia contrattuale ⁽⁵²⁰⁾.

Occorre muovere da un'osservazione preliminare riguardo quella che può essere la finalità dell'intervento operato in virtù dell'articolo in commento: "risolvere questioni" relative alla determinazione delle quote.

Ora, non pare dubitabile che il contratto di un consorzio di contingentamento della produzione e scambio deve obbligatoriamente contenere o la determinazione della quote dei singoli membri ⁽⁵²¹⁾, o i criteri per addivenire alla determinazione mancante, altrimenti ritenendosi il contratto nullo ed il consorzio mai sorto.

⁽⁵¹⁹⁾ Come osserva FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, cit., p. 129, è impugnabile anche la determinazione manifestamente contraria alle condizioni generali della produzione evocate dall'ultimo comma dell'art. 1349 c.c.

⁽⁵²⁰⁾ In tale direzione BORGIOLO, *Consorzi e società consortili*, cit., pp. 286-287; COTTINO, *Consorzi e società consortili*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Padova, 2004, p. 495.

⁽⁵²¹⁾ PAOLUCCI, *I consorzi. Impresa e lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di RESCIGNO, IV, Torino, p. 419. Vedi però BORGIOLO, *Consorzi e società consortili*, cit., p. 286, il quale, dopo aver dato atto della nullità del contratto consortile che difetta dell'indicazione delle quote, sostiene che "se il contratto non contiene la determinazione delle quote (o comunque dei criteri per tale determinazione: ma è ovvio che tali criteri dovranno poi essere messi in pratica da qualcuno) è pur sempre

Ma se così è, la funzione della decisione resa ai sensi del comma 3 dell'art. 2603 è una delle seguenti: 1) determinare le quote in base ai criteri di cui al contratto consortile, dopo la stipula dello stesso, prima dell'inizio dell'attività o nel corso d'essa; 2) risolvere i dissidi in senso lato inerenti la determinazione delle quote, modificando oppure no le quote predefinite.

Dunque, non necessariamente la decisione dei *probi viri* interviene per sedare una questione, potendo (*rectius*: dovendo) rendersi necessaria altresì per quantificare la misura della partecipazione dei consorziati, la quale, inizialmente, nasce indeterminata ma comunque determinabile in virtù dei criteri minimi di legge, e che poi richiede di venire precisata onde consentire quelle attività che sono epifania della vita stessa della congregazione ⁽⁵²²⁾.

Pertanto non può affermarsi aprioristicamente che lo strumento disciplinato dal codice all'art. 2603 è integralmente sovrapponibile o ricompreso in quello di cui all'art. 1349, essendo vero semmai il contrario, ovverosia che, mentre il secondo è volto sempre e direttamente alla “determinazione della prestazione dedotta in contratto” lacunosa, il primo assolve tale funzione solo talvolta e non sempre direttamente ⁽⁵²³⁾, risolvendosi in altre occasioni, probabilmente anche di più frequente registrazione, nella “risoluzione di

possibile salvarne la validità, rimettendo il compito di risolvere le << questioni relative alla determinazione delle quote ad una o più persone >>”, così a quanto pare lasciando intendere che potrebbe sanarsi con il meccanismo dell'arbitraggio anche il contratto privo sia della determinazione delle quote, sia dei criteri per determinarle. Non può che ribadirsi la necessità di indicare quantomeno i criteri guida per la determinazione, tanto per la struttura stessa del tipo di consorzio in esame, la cui attività per definizione esige che si abbia la misura o la misurabilità della partecipazione di ogni consorziato ai risultati complessivi della stessa, quanto perché non si comprenderebbe come mai possa aversi una decisione manifestamente erronea in tema di determinazione delle quote, in mancanza dei criteri a cui chi decide deve attenersi.

⁽⁵²²⁾ Come ad esempio la definizione del valore del voto in assemblea, oppure la parte di spese di gestione di competenza del singolo.

questioni relative alla determinazione delle quote”, con una decisione che però non è affatto scontato che determini *ex novo* o modifichi tale elemento oggettuale del contratto di consorzio; e che, se ciò é, non è che per il dovere di adeguare necessariamente le quote allo *status* accertato dal responso.

Se infatti il consorzio sorge privo della quantificazione delle quote dei consorziati, presto o tardi sarà doveroso quantificarle, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di contrasti tra consorziati: ecco che in tale evenienza la decisione dei *probi viri* assume tutti i contorni del comune atto di arbitramento, perché va a completare un elemento fondamentale del contratto indeterminato e dunque mancante, e senza che osti alla qualifica la terzietà o meno dell'organo determinatore ⁽⁵²⁴⁾.

Ma se diversamente le quote sono già state determinate, solo la previsione del contratto di consorzio può legittimarne una modificazione al fine di adeguarla ai mutati rapporti di forza interconsortili, discendenti dalla mutata posizione nel mercato della compagine. Quando detta previsione esiste ⁽⁵²⁵⁾, e quando si innesca il meccanismo in

⁽⁵²³⁾ In particolare quando giunge per determinare le quote fino a quel momento non ancora determinate, anche ma non necessariamente per superare contrasti in ordine alla interpretazione dei criteri di quantificazione inseriti nel contratto.

⁽⁵²⁴⁾ Si è dato conto delle opinioni che negano la natura di arbitraggio all'intervento delle parti interessate, e quindi dei consorziati. Non è dato concordare con la tesi che esclude la facoltà delle parti contraenti di convenire che una di esse determini successivamente la prestazione, ritenendo preferibile invece aderire all'orientamento che sostiene l'ammissibilità dell'arbitraggio cosiddetto unilaterale o di parte, pur in difetto di una norma analoga al § 315 del BGB: si rimanda in proposito a DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 321 e ss. Cfr., oltre a quanto già osservato nella parte antecedente della trattazione circa l'art. 1349 c.c., : BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, cit., in particolare p. 165 e ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 168 e ss., che spiega la mancanza di una disposizione esplicita sull'arbitraggio di parte con la possibilità di evincere la regola secondo logica dall'istituto di riferimento, in in virtù della privata autonomia. Si veda anche FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 59, nota n. 1;

⁽⁵²⁵⁾ E potrebbe avere come contenuto il diritto di ogni consorziato, o di quello o tanti di quelli portatori di una certa maggioranza in assemblea, di chiedere periodicamente (ad es., alla chiusura annuale dell'esercizio), sussistendo certe condizioni, l'intervento dei *boni viri* per verificare della rispondenza delle quote, così come determinate, alle nuove condizioni del mercato ed ai sopravvenuti nuovi equilibri di forza interni al consorzio, ovviamente sempre sulla base dei criteri di cui al contratto, e sempre che l'intervento

commento con l'obiettivo di superare l'*impasse* sotteso al conflitto tra consorziati in ordine all'interpretazione dei criteri che stabiliscono l'*an* ed il *quantum* per la modifica delle quote, si addivene ad una decisione che può ridefinirne la quantificazione, come può invece confermarla.

E se, nell'ipotesi di conferma, di certo non si ha alcuna determinazione di un elemento del contratto, pare dubitabile altresì che si abbia nell'ipotesi di sostituzione alla precedente di una diversa determinazione dello stesso elemento; quindi, a stretto rigore dogmatico, qualcosa di differente dall'essenza del fenomeno di cui all'art. 1349 c.c. che risiede appunto nel completamento di un aspetto del contratto mancante, non già nella sostituzione di uno che preesiste. Senza sottacere che, nel caso specifico che ci occupa, la nuova determinazione non rappresenta il fine precipuo della decisione, bensì la conseguenza necessitata della soluzione delle questioni nate circa l'interpretazione e l'applicazione dei criteri di determinazione delle partecipazioni, nel senso che, una volta accolta la prospettazione delle tesi a favore della nuova quantificazione, è inevitabile darvi corso con un'operazione che, il più delle volte, risulterà di mero calcolo algebrico.

Riassumendo, l'istituto in analisi può denominarsi arbitraggio *stricto sensu* solo in limitati frangenti, e comunque si discosta dal fenomeno generale sotto il profilo non trascurabile dei ristrettissimi termini di impugnativa, a parte la limitazione dei relativi motivi, i quali peraltro sono derivazione obbligata della natura d'equità della decisione.

In tutte le occasioni in cui, per contro, l'intervento si innesta su di una controversia tra consorziati inerente la determinazione delle quote, non sembra fondato

risolutore sia imposto dall'impossibilità di approvare, stanti le controversie tra i votanti, una delibera assembleare di modificazione delle quote.

pretendere di leggere nello strumento a tutti i costi un arbitraggio, attese le insuperabili obiezioni sollevate in merito all'*occasus*, alla funzione, agli effetti della decisione.

Più corretto sarebbe ritenere che tale *iter* di soluzione delle questioni, anche laddove influisce sulla determinazione delle quote, costituisce un arbitrato irrituale *sui generis*, fondato su di una clausola compromissoria ai sensi del 3° comma dell'art. 2603 c.c., connotato dalla soggezione ad un motivo di impugnazione eccezionalmente aggiuntivo oltre quelli di cui all'art. 808-ter, comma 2 c.p.c. ⁽⁵²⁶⁾ oppure, diversamente opinando, pur sempre per violazione del n. 4) dello stesso disposto, in quanto il lodo risulta emesso in dispregio di una regola imposta dalla parti consorziate, o meglio per loro, dalla legge quale condizione essenziale di validità del lodo ⁽⁵²⁷⁾.

E' ovvio che qualora la decisione risulti affidata alle stesse parti in lite, e dunque ai consorziati direttamente come maggioranza assembleare, non si è dinanzi né ad arbitraggio, né ad arbitrato né ad alcun diverso istituto, ma solo ad una comune deliberazione dell'organo consortile che, adottata in difformità dalle disposizioni in materia di consorzio e da quelle del contratto, è impugnabile dinanzi all'autorità

⁽⁵²⁶⁾ Non sarebbe un arbitrato obbligatorio come tale *contra legem*, poiché i soggetti che aspirano a costituire il contratto di consorzio di contingentamento della produzione o degli scambi possono scegliere liberamente di rimettere la decisione delle questioni, considerata la proposizione condizionale subordinata del 3° co. dell'art. 2603 c.c., e perché gli aspiranti nuovi consorziati che non approvano la clausola possono rinunciare all'ingresso nel consorzio, non potendo certo pretendere di aderire derogando a quella (sarebbe una situazione simile a quella in cui si trova colui che vuole entrare nel *management* di una società di capitali con statuto contenente una clausola compromissoria ai sensi dell'art. 34, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

⁽⁵²⁷⁾ Si veda al riguardo BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., p. 210 e ss., ed in articolare pp. 216-217, il quale, nell'indagare i possibili motivi di censura avverso la perizia arbitrale, che, letta in chiave processuale, non reputa soggetta al gravame di cui all'art. 1349 c.c. alla quale dovrebbe naturalmente sottoporsi, rinviene nel motivo di cui al n.7) dell'art. 829 c.p.c. quello tale da consentire l'annullamento della decisione peritale contraria al dovere di osservanza di certe regole, "per cui essa, prima che erronea nel merito, è viziata per violazione di una norma negoziale, norma nel rispetto della quale invece il perito arbitrale avrebbe dovuto dare il suo responso".

giudiziaria entro trenta giorni dall'iscrizione, o se non prevista dalla comunicazione all'assente, ai sensi dell'art. 2606, comma 2 c.c.

Se a decidere sono tuttavia gli organi consortili, quali il consiglio direttivo o il presidente, la funzione svolta in detta veste esula da quella esercitata istituzionalmente per il perseguimento e l'attuazione dell'oggetto del contratto, di talché il *decisum* che risolve il contrasto è, a tutti gli effetti, lodo impugnabile anche per manifesta iniquità od erroneità.

Sotto altra prospettiva ancora, esaltando la valenza dell'atto decisorio quale accertamento di uno stato di fatto o di diritto di una concreta situazione a sua volta rilevante ai fini dell'esistenza o del modo di essere di un rapporto giuridico, sarebbe consentito affermare che ci si trova davanti ad una perizia contrattuale, od arbitrale, che è difatti, secondo la lettura più persuasiva, un arbitrato parziale irrituale⁽⁵²⁸⁾, censurabile per lesione delle regole volute dalle parti come presupposto di validità della decisione, e quindi perché palesemente erronea o non equa.

D'altra parte, è stato messo in risalto il frequente ricorso nei consorzi a quelle che vengono definite "vere e proprie" clausole compromissorie, aventi ad oggetto la definizione di controversie del genere⁽⁵²⁹⁾; ebbene, non pare dubitabile che una clausola del genere debba di forza prevedere l'impugnativa del lodo manifestamente iniquo od erroneo e che, mancando una previsione del genere, il lodo sarebbe comunque censurabile sotto tale profilo.

⁽⁵²⁸⁾ BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., p. 179, per cui però si tratterebbe sempre di arbitrato rituale.

⁽⁵²⁹⁾ FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, cit., p. 129, che rileva come il più delle volte si ricorre all'arbitrato irrituale per decidere questioni circa l'interpretazione o l'esecuzione del patto, senza che possa rimettersi al giudizio degli organi dell'ufficio, che potrebbero essere coinvolti dalla stessa questione.

A conforto dell'assunto giova rilevare per inciso l'identità tra il termine di trenta giorni previsto dal 2° comma dell'art. 2606 c.c. per l'impugnazione delle deliberazioni consortili adottate senza la maggioranza dei consorziati od in contrasto con le previsioni del contratto (tra le quali vi sono anche quelle inerenti i criteri di determinazione delle quote), e quello stabilito dal 3° comma dell'art. 2603 per l'impugnativa della decisione delle questioni relative alla determinazione delle quote. Identità che non si mostra casuale, e si spiega considerando che il legislatore ha probabilmente voluto apprestare la medesima tutela avverso le decisioni viziate in tema di determinazione delle quote, sia se emesse dai consorziati, sia emesse da soggetti diversi.

4. Le clausole di deferimento all'altrui decisione dei contrasti gestionali nella s.r.l. e nelle società di persone.

L'art. 37 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 consente agli atti costitutivi ⁽⁵³⁰⁾ delle società a responsabilità limitata e di persone la previsione del deferimento ad uno o più terzi della soluzione di contrasti tra i soggetti aventi il potere di amministrazione inerente le decisioni da adottare nella gestione sociale.

⁽⁵³⁰⁾ Nulla osta all'inserimento di clausole del genere anche nel diverso documento dello statuto, tra l'altro indefettibile diversamente dall'atto costitutivo, nella stesura originaria o mediante modificazione successiva con la prescritta unanimità nella società di persone, o con la necessaria maggioranza nelle S.r.l. stante la sostanziale sovrapposibilità tra questo e l'atto costitutivo in forza del 3° co. dell'art. 2328 c.c. Ne consegue che la clausola deve assumere la forma dell'atto in cui si innesta, potendo essere convenuta anche verbalmente, come nel caso di atto costitutivo della società semplice per cui non sono imposte forme particolari (salvo quelle necessarie in relazione alla natura dei conferimenti), o nell'ambito di società irregolare o di fatto. Si veda al riguardo CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società. Il nuovo processo societario*, sub art. 37, in *Commentario*, diretto da CHIARLONI, Bologna, 2004, pp. 1031-1032, che si occupa anche del tema del diritto di recesso del socio a seguito della modifica statutaria che introduce l'istituto in commento, al pari di quella introduttiva o soppressiva di una clausola compromissoria.

La norma ha introdotto quello che viene efficacemente appellato come arbitrato o arbitraggio gestionale, o economico, o ancora rispettivamente insieme economico-gestionale, spendendo facoltà ritenute racchiuse nella legge delega n. 366/2001, ma nel contempo offrendo l'istituto a società estranee all'influenza programmata dalla delega, e sottraendolo ad altre invece ad essa soggette ⁽⁵³¹⁾. A prescindere dai rilievi di pretesa contrarietà alla legge delega ⁽⁵³²⁾, appare evidente che detta scelta si spiega considerando come il modello del *management* delle società per azioni si presta, per la propria composizione frequentemente plurale e retta dal principio collegiale e maggioritario o comunque, se singolare, retta dalle decisioni dell'unico, a superare fisiologicamente ed internamente gli stalli in cui potrebbe trovarsi la compagine per contrasti di vedute circa la linea di gestione ⁽⁵³³⁾.

Per quanto concerne poi l'estensione alle società di persone, l'opzione merita consenso tenendo presente come in queste, sempre più spesso composte da diversi partecipanti, i contrasti insuperabili tra i soci determinano lo scioglimento della

⁽⁵³¹⁾ La Relazione al d.lgs. n. 5/2003 sostiene che l'introduzione dell'istituto sarebbe ammessa dal 1° e dal 2° co. dell'art. 1, legge 366/2001, oltre a non essere vietata dall'art. 12. Come osservato però, intanto la delega fa riferimento alle società di capitali ed alle cooperative, senza occuparsi di quelle di persone, ed inoltre il governo non può appropriarsi di un potere di legiferare su di un argomento, sull'assunto che ciò non gli è stato vietato dall'organo legislativo primario, potendo farlo solo quando gli viene espressamente conferito per delega il relativo potere; da qui il concreto rischio che il disposto incorra in declaratorie di incostituzionalità: così CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., pp. 1022-1023, il quale esclude anche che le società cooperative possano farvi ricorso, non ritenendo operante la disposizione di cui al 2° co. dell'art. 2519 c.c.

⁽⁵³²⁾ Per approfondire i quali si rinvia a CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., pp. 1022-1023.

⁽⁵³³⁾ In argomento si rinvia ai contributi più risalenti di WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, ed in particolare p. 93, e MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956; più di recente, circa il quadro *post-riforma*, SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Soc.*, 2002, p. 1465 e ss. Si occupano della inderogabilità del principio collegiale che regge le deliberazioni degli organi manageriali plurisoggettivi delle società per azioni, e dell'inammissibilità della gestione collettiva non collegiale, o necessariamente unanime o ancora disgiunta, FRANZONI, *Gli amministratori ed i sindaci*, Torino, 2002, p. 206 e ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 1999, II, p. 355, nota n. 1; si registrano tuttavia alcune voci contrarie: BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, pp. 26-27.

compagine per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto del contratto sociale (⁵³⁴). Ipotesi drastica, questa, affatto infrequente atteso che, di regola, la gestione compete a tutti i soci in quanto amministratori, e che sull'opposizione decide la maggioranza calcolata in base alla partecipazione agli utili. Aggiungendo anche come, nel caso di amministrazione congiuntiva, serve l'unanimità di tutti o della maggioranza prescritta dallo statuto da computarsi sulla parte degli utili (⁵³⁵). Ne deriva che, mancando un processo deputato istituzionalmente alla creazione collegiale della maggioranza minima della metà più uno di partecipazione agli utili, l'atto di gestione potrebbe non venire mai ai sensi di legge approvato, o impedito (⁵³⁶).

(⁵³⁴) Cfr. COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, Padova, 1999, I, 2, p. 163; LUBRANO, *Insanabile dissidio tra i soci di società di persone, prevalenza dello scioglimento del vincolo particolare e modalità di liquidazione della quota*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 868 e ss. In giurisprudenza, Cass., 22 agosto 2001, n. 11185, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Società*, 899; Cass., 28 maggio 1993, n. 5958, in *Soc.*, 1993, 1211.

(⁵³⁵) L'amministrazione disgiuntiva deriva dall'applicazione dei principi valevoli per le società semplici di cui agli artt. 2257-2258 c.c., alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, giusti gli artt. 2293 e 2315. Sul tema si vedano SALAFIA, *L'amministrazione delle società personali*, in *Soc.*, 1999, p. 1285 e ss.; BELVISO, *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 713 e ss.

(⁵³⁶) Nelle società di persone infatti le volontà dei singoli partecipanti possono venire raccolte separatamente, con evidenti vantaggi in termini di celerità laddove i soci siano pochi, ma per converso con il rischio di particolare farraginosità della raccolta e lentezza quando i soci siano molti, in danno dell'efficienza operativa; non potrebbe applicarsi invero nel sistema disgiuntivo la facoltà di compimento dell'atto urgente potenzialmente danno (3° co., art. 2258 c.c.), ed in quello congiuntivo alcuna disposizione che imponga un termine massimo entro cui decidere sull'opposizione: così COSTI e DI CHIO, *Società in generale*, in *Giurisprudenza sistematica*, di BIGIAMI, Torino, 1991, p. 372. Deve precisarsi peraltro che, in difetto di esplicite prese di posizione da parte del legislatore, sul punto delle modalità di formazione della volontà dei soci delle società di persone vi sono difformi vedute; tra coloro che assumono la doverosa applicazione del metodo collegiale vedi: DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 76. Per la tesi della libertà delle forme di raggiungimento della *voluntas* sociale, perfezionata al momento della raccolta del voto favorevole della maggioranza, a prescindere dalla cognizione da parte degli altri soci: FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI, Torino, 1987, p. 232 e ss.; COTTINO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 93 e ss., il quale considera però lecita la diversa previsione dell'atto costitutivo; GHIDINI, voce *Società semplice*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Roma, 1993, p. 16, con la specificazione che se la legge richiede una "deliberazione" è invece obbligatorio formare una volontà collegiale, salva diversa previsione statutaria. Da segnalare la posizione intermedia di chi, pur ritenendo ineludibile che ogni socio conosca la posizione degli altri affinché vi sia il confronto tra le rispettive volontà, apre alla possibilità di raggiungere il *quorum* anche per la via del metodo del "*referendum*". In giurisprudenza predomina pacificamente la visione della derogabilità del sistema collegiale: tra le altre, Cass., 15 luglio 1996, n. 6394, in *Soc.*, 1996, 1410 e ss.

Egualemente opportuna si rivela la fruibilità consentita dal disposto in commento alle società a responsabilità limitata, tipo societario reso estremamente flessibile dagli interventi della riforma, che offre un modello legale di amministrazione unisoggettiva oppure consiliare con principio collegiale; uno che affida le decisioni ad un consiglio di amministrazione che opera anche non collegialmente, attraverso una consultazione ed un consenso scritto e, infine, quello stabilito per le società di persone ai sensi del combinato disposto degli artt. 2475, comma 3 e 2257-2258 c.c. ⁽⁵³⁷⁾. E' proprio dinanzi siffatto tale ultimo sistema di gestione, e nel caso di esistenza del consiglio di amministrazione, che possono sorgere quegli insanabili contrasti che l'arbitrato gestionale tende a superare.

La comprensione dell'essenza dell'istituto ha già dato adito ad interessanti e prolifiche contrapposizioni, nonostante la sua recente introduzione, e si mostra assai rilevante specie in ragione della necessità di individuare la disciplina mediante cui rimediare i vuoti della scarsa e non chiara normativa; anche se il profilo indubbiamente più delicato, che è quello dell'impugnazione della decisione, risulta fortunatamente disciplinato, potendo pertanto la soluzione abbracciata influire nel senso di ritenerla censurabile per altri motivi ed attraverso altri strumenti al di là di quelli tipizzati.

Muovendo per gradi, occorre premettere che non sono rinvenibili analogie particolari con la mediazione e la conciliazione, fenomeni caratterizzati quasi per

⁽⁵³⁷⁾ Cfr. in argomento PERRINO, *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1118 e ss.; IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 161 e ss.; SALAFIA, *Il nuovo modello delle società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, p. 5 e ss.; RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo della nuova S.r.l.*, in *Soc.*, 2003, p. 664 e ss. Sulla disciplina precedente la riforma, con particolare riguardo ai contrasti circa l'ammissibilità del sistema di amministrazione disgiuntiva, si vedano DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., p. 409; BUONOCORE, (a cura di) *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 411; FRANZONI, *Gli amministratori ed i sindaci*, cit., p. 206 e ss.

definizione dalla mancanza del potere dei soggetti terzi di decidere o di imporre una decisione, potendo al più stimolare le parti al raggiungimento spontaneo dell'accordo⁽⁵³⁸⁾.

Certamente più vicini si palesano invece i connotati dell'arbitrato libero e dell'arbitraggio. Ed invero sono questi gli istituti verso i quali hanno guardato i commentatori che si sono occupati del fenomeno di cui all'art. 37 d.lgs. n. 5/2003.

I più, rappresentativi di una maggioranza pressoché assoluta, hanno inteso identificarvi un arbitraggio⁽⁵³⁹⁾, esaltando la componente sostanziale del fenomeno, rilevando al riguardo come la finalità propria sia quella di completare un negozio in formazione, consistente nella decisione inerente atti di gestione degli affari sociali, emessa da un soggetto terzo e soggetta ai rimedi previsti dall'art. 1349 c.c., a conferma della pretesa natura. A sostegno della tesi viene anche addotto che, eccettuata la scelta statutaria di sottoporre al reclamo collegiale la decisione, non è invece contemplata l'impugnabilità della stessa, ed anche che il richiamo all'art. 1349 c.c. implica

⁽⁵³⁸⁾ Le peculiarità degli istituti sono ben descritte da NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1017 e ss.

⁽⁵³⁹⁾ MORLEO, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel d.lgs. n. 5/2003. Spunti di riflessione sulle controversie in ambito cooperativo*, in *Cooperative e consorzi*, 2003, p. 108; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 446; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 430; RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 517; LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 252; MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *An. Giur. econ.*, 2003, p. 313; CABRAS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *www.dircomm.it*, p. 5; MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *www.judicium.it*, p. 10; SOLDATI, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in *Soc.*, 2003, p. 796; SANTAGADA, *Arbitrato e conciliazione, in Il nuovo processo societario*, a cura di D'ALESSANDRO-GIORGETTI-SANTAGADA-ZUMPANO, Milano, 2006, p. 286 e ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario*, a cura di BIAVATI-CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, Bologna, 2004, p. 73; RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo della nuova S.r.l.*, cit., p. 10; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1285, nota n. 5; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, nota n.3.

deduttivamente la facoltà della rimessione al giudizio mero del terzo, oppure ancora che è concessa la possibilità di affidare a questo anche decisioni su questioni collegate ⁽⁵⁴⁰⁾.

Si è però osservato che i contrasti sottoposti alla decisione del terzo, poiché inerenti questioni di gestione della società che implicano scelte amministrative discrezionali, non rientrano tra le materie arbitrabili o conoscibili dal giudice statale; e che al giudice sarebbe precluso scendere nell'esame del merito, al fine di rendere una determinazione, difettando il rinvio da parte dell'art. 37 , comma 1 dell'art. 1349 c.c. ⁽⁵⁴¹⁾.

In fin dei conti nessun autore, per quello che consta, afferma con decisione per converso, che l'art. 37 d.lgs. n. 5/2003 integri un'ipotesi di arbitrato vero e proprio, pur suggerendosi da alcuni qualche spunto utile a perorare tale assunto.

Si è rilevato in particolare che tale strumento, qualificato con formula caratterizzante come arbitrato economico, costituirebbe una figura di arbitrato *sui generis*, deputata ad apprestare un sistema del tutto particolare di risoluzione dei contrasti intersociali inerenti l'attività di gestione degli affari della società ⁽⁵⁴²⁾; non senza dare atto che, ad onta della definizione spesa dalla norma, lo strumento sembra conciliarsi più persuasivamente con l'arbitramento. L'espressione, oltre a ricalcare quella che, non a caso, è spesa nella Relazione al decreto in parola, evoca la notissima distinzione risalentemente suggerita tra arbitraggio, deputato alla soluzione delle

⁽⁵⁴⁰⁾ MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 314, il quale aggiunge che la norma discorre di "contrast", non già di controversie, con ciò lasciando ulteriormente intendere che si tratti di arbitraggio. Può replicarsi però che la stessa norma parla di "decisione" del terzo, anziché di "determinazione", come invece accade nell'art. 1349 c.c.

⁽⁵⁴¹⁾ LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 252.

⁽⁵⁴²⁾ Così SASSANI-GUCCIARDI, *Arbitrato societario*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, Estratto, Aggiornamento UTET, pp. 15-16, e nota n. 77.

controversie giuridiche, ed arbitrato, deputato alla soluzione di controversie economiche⁽⁵⁴³⁾.

Parimenti è stato rettamente osservato che l'istituto non dovrebbe collocarsi nell'alveo di strumenti di diritto sostanziale, pur se neppure confacente si mostra l'assimilazione al fenomeno di cui agli artt. 806 e 808, non esistendo conflitti avverso "posizioni di diritto soggettivo" che siano azionabili dinanzi la giurisdizione statale⁽⁵⁴⁴⁾. Ed ancora, che il contratto di società in cui si inserisce l'intervento del terzo ivi contemplato è un negozio completo in ogni suo elemento⁽⁵⁴⁵⁾.

E' ora ultroneo ripercorrere nuovamente le argomentazioni sostenute per tracciare una linea di confine tra arbitrato (irrituale) ed arbitraggio, e giungere ad una soluzione in ordine a quale tra questi si avvicini maggiormente alla figura che ci occupa, essendoci sul punto già soffermati in precedenza.

In estrema sintesi giova ribadire che non è dirimente la sussistenza o meno di un conflitto di interessi o pretese, atteso che anche nell'arbitraggio si tende a superare una difformità di vedute circa un elemento del negozio incompleto⁽⁵⁴⁶⁾. Ma anche che, pur non negandosi l'eterogeneità delle figure di arbitraggio esistenti nell'ordinamento, molte delle quali sono state e saranno analizzate nel presente contributo, non pare

⁽⁵⁴³⁾ CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 123 e ss., per cui le controversie giuridiche sono quelle che si prestano ad essere composte a prescindere dalla volontà delle parti in lite, mediante gli strumenti forniti dall'ordinamento, a differenza di quelle economiche, che possono risolversi per altre vie che non siano giurisdizionali statali, tramite l'accordo diretto tra le parti, o mediato dall'intervento di un terzo arbitratore che ricopre poteri analoghi a quelli del giudice in virtù della volontà delle parti.

⁽⁵⁴⁴⁾ F. AULETTA, *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino, 2003, pp. 354-355.

⁽⁵⁴⁵⁾ CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1029.

⁽⁵⁴⁶⁾ Cfr. al riguardo PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 40; G. GABRIELLI, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento e nella transazione*, cit., p. 664. In passato, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 142 e ss., il quale coglie l'unica diversità tra gli istituti in paragone nel fatto che la contesa nell'arbitraggio è dipendente dal rapporto negoziale cui l'elemento controverso accede, mentre quella nell'arbitrato è fine a se stessa.

consentito vedere un arbitraggio, per quanto speciale, in un fenomeno che comporta la soluzione, genericamente, di contrasti, se non sono ricadono perlomeno sul contenuto dell'accordo parzialmente indeterminato ⁽⁵⁴⁷⁾.

Considerando quanto sopra, si è per il vero dell'avviso che la distanza che separa il cosiddetto arbitrato economico, vuoi dall'arbitraggio, vuoi dall'arbitrato è più o meno analoga.

Cosicché pare potersi affermare che non si è di fronte né ad un fenomeno sostanziale peculiare, né ad un *iter* procedimentale di giustizia privata. Bensì, piuttosto, nient'altro che ad uno speciale sistema alternativo di amministrazione degli affari sociali, più o meno ampiamente considerati – da qui la facoltà estensiva di cui al 3° comma dell'art. 37 ⁽⁵⁴⁸⁾ – che consente di superare le situazioni di conflittualità intermanageriale

⁽⁵⁴⁷⁾ Non si può dunque convenire con il passaggio dell'argomentazione di CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., pp. 1027-1028, laddove ritiene che l'arbitratore possa dirimere un contrasto, e non solo la determinazione del contenuto di un negozio, dovendo la prima funzione riflettersi in qualche misura sulla seconda, affinché possa parlarsi di arbitraggio; altrimenti dovendosi discorrere di arbitrato, o di un altro strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla giustizia statale. L'A. porta come esempi di arbitrato volti a risolvere un lite in fieri quelli di cui all'art. 1474, inerente un contratto incompleto, ed all'art. 2264 c.c., riguardante un contratto invece completo, non considerando che però che nella prima fattispecie, come si è visto, l'intervento del terzo è certamente teso a determinare il prezzo, nella seconda una parte degli utili o delle perdite, che è pur sempre elemento prestazionale del contratto di società, non diretto ed originario, ma comunque necessaria conseguenza dello svolgimento dell'attività sociale. Diversamente, l'art. 37 d. lgs. 5/2003 non si occupa di una decisione che si renderà necessaria nella vita sociale, ma di un contrasto eventuale che non completerà alcun elemento oggettuale, diretto o mediato, del contratto di società, ma solo le manifestazioni di volontà manageriale.

⁽⁵⁴⁸⁾ In forza di cui gli atti costitutivi possono prevedere che il o i più soggetti incaricati della decisione rendano "indicazioni vincolanti" su "questioni collegate" con quelle oggetto dell'esplicito deferimento. La prima versione della norma si riferiva per il vero alle questioni "connesse", sicché la portata estensiva dell'attività deferibile ai terzi sembra essersi sensibilmente ridotta: cfr. bozza originaria del d. lgs. 5/2003 in *Il Sole 24 Ore*, 4 ottobre 2002, la quale tra l'altro non conteneva il rinvio all'art. 1349 c.c. Si ritiene, sembra a ragione, che il collegamento presuppone che la questione sia contenuta nella materia gestionale oggetto del contrasto, pur non essendo ancora investita direttamente dallo stesso: MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 320. Non si può però sostenere che il terzo possa fornire le indicazioni vincolanti su tali questioni senza che ciò gli venga richiesto espressamente, come opina invece MINERVINI, *Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 884. Così anche CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1037, per cui deriverebbe dalla pronuncia la sostituzione degli amministratori con gli arbitratori, senza che i primi si liberino però dalla responsabilità delle operazioni che ricade sempre su di loro, in mancanza di prescrizioni differenti che sarebbero state opportune. Resta implicito che la decisione sulle questioni collegate è vincolante come

insanabili, potenzialmente dannose per la società, mediante la temporanea destituzione degli amministratori istituzionalmente incaricati, ed il loro avvicendamento da parte di uno o diversi soggetti non amministratori, convenzionalmente deputati del compito di portare la società fuori della fase patologica ⁽⁵⁴⁹⁾, rendendo un *decisum* avente, in definitiva, riflessi sull'aspetto gestionale ⁽⁵⁵⁰⁾.

Dedurre la natura di arbitrato dalla previsione dell'impugnabilità, secondo quanto previsto dal disposto del codice che si occupa dell'arbitraggio, non si mostra corretto, giacché non è il mezzo di censura che identifica *ex se* l'istituto e poiché, come osservato in precedenza nel commento all'art. 2603 c.c., la spiegazione potrebbe essere altra, ovvero sia quella di fornire un metro di giudizio al giudice statale investito della domanda di annullamento del *decisum*.

Deve infatti rammentarsi come le scelte in merito all'amministrazione della società sono ritenute, per giurisprudenza consolidata, sottratte a monte al sindacato del giudice, anche se pregiudizievoli, di talché il comma 4 dell'art. 37, inserita peraltro *in extremis* ⁽⁵⁵¹⁾, può giustificarsi proprio con la premura di rendere la decisione dei terzi

quella sulle questioni direttamente deferite, e dunque soggiace allo stesso regime di impugnazione in ipotesi stabilito dall'atto costitutivo; quanto ai relativi costi, parrebbe equo ripartirli in misura eguale tra gli amministratori in conflitto, per incentivare il raggiungimento di accordo circa le scelte di gestione senza dover accedere al procedimento, oppure ancora farli gravare su chi attiva l'intervento od in base alla soccombenza. Per MINERVINI, *Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale*, cit., p. 882, i costi resterebbero a carico della società, ma così avvenendo non si porrebbe alcun freno a continue richieste di interventi spesso superflui e probabilmente pretestuosi e defatigatori.

⁽⁵⁴⁹⁾ Affronta il problema dell'estensibilità dell'istituto ad altre situazioni di "deadlock" non contemplate CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1041-1042.

⁽⁵⁵⁰⁾ Si segnala al riguardo la brillante intuizione di RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 517, laddove osserva che si tratta di "una particolare forma di amministrazione della società da parte di soggetti, ai quali la qualifica di amministratori non è stata attribuita secondo le regole relative alla formazione degli organi amministrativi societari"; ciononostante, l'A. finisce per inquadrare il fenomeno nell'ambito dell'arbitraggio.

⁽⁵⁵¹⁾ Si veda la Relazione al d. lgs. 5/2003, cit., che contempla l'impugnativa per mala fede della decisione quando è resa secondo il mero arbitrio.

censurabile sotto il profilo della inopportunità e dannosità, provando che la scelta sia dovuta alla mala fede.

Non può poi obliterarsi, inoltre, che siffatta e per certi versi oscura previsione non si spiegherebbe altrimenti, posto che, se davvero lo strumento integrasse un arbitraggio, non vi sarebbe stata la necessità di specificare quale sia il sistema dell'impugnazione, già contenuto nella disciplina generale alla quale si sarebbe potuto rinviare; e che, a bene intenderla, essa si presta ad essere intesa secondo una duplice soluzione, ciascuna delle quali assolutamente distonica con l'essenza intima dell'arbitraggio: letta per un verso, parrebbe alludere alla volontà di rovesciare il sistema di riferimento, rendendo la decisione secondo mero arbitrio la regola, in difetto di prescrizione differente; letta nell'altro, sembrerebbe limitare in ogni evenienza l'impugnazione al motivo della *mala fides*, anche in ipotesi di decisione resa secondo *arbitrium boni viri* ⁽⁵⁵²⁾.

Quanto alla natura del fenomeno, è necessario approfondire i residui aspetti prendendo le mosse da quelli strettamente procedurali a dir poco lacunosi che permettono ai soci di fare uso di una larga autonomia dispositiva e per quanto concerne la legittimazione alla domanda di inizio dell'arbitrato o arbitraggio di gestione ⁽⁵⁵³⁾, e per

⁽⁵⁵²⁾ Da quanto osservato nella nota precedente si evince difatti che la scelta di contemplare la sola censura per mala fede avverso la decisione generalmente menzionata, potrebbe sottendere la volontà di fare del mero arbitrio la regola, derogabile o meno non è però dato comprendere.

⁽⁵⁵³⁾ Che può spettare ad uno o più amministratori, oppure anche ai soci non amministratori nella società di persone con amministrazione disgiunta, i quali votano sull'opposizione all'atto di gestione ai sensi dei co. 2-3 dell'art. 2257 c.c., così già esercitando un'attività di amministrazione: CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1033.

ciò che inerisce il numero dei decisori, la nomina statutaria o successiva degli stessi, ed il soggetto deputato a compierla ⁽⁵⁵⁴⁾.

Le finalità perseguite dal rimedio giustificano una procedura deformalizzata, salvo il rispetto delle prescrizioni di cui alla clausola, che potrebbe avvalersi dell'ascolto informale degli amministratori e della visione della documentazione necessaria per la corretta determinazione risolutiva; purché si rispettino le esigenze di celerità sottese all'opzione del rimedio che vuole aggirare lo stallo in cui versa l'attività sociale.

I terzi possono soltanto preferire una tra le soluzioni gestionali loro prospettate dagli amministratori, dovendosi escludere la potestà di preferirne una differente dalle stesse, in ragione della funzione dell'istituto che comporta l'eccezionale surrogazione del management nella direzione degli affari societari ⁽⁵⁵⁵⁾.

Stante la natura dello strumento che si è innanzi propugnata, specie alla luce della limitata censurabilità della decisione, non si reputa di poter assumere che sia l'equo apprezzamento il criterio guida vincolante per gli arbitratori. Se, come pare fondato, questi si sostituiscono a tutti gli effetti agli amministratori adottando un *dictum* che orienta l'andamento gestionale della società, e dunque compiendo in sostanza un atto di amministrazione, proprio all'attività gestoria dell'organo di amministrazione dovrebbe guardarsi per rinvenire il parametro alla base del giudizio degli arbitratori.

⁽⁵⁵⁴⁾ Cfr. sempre CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1034, per il quale deve escludersi il ricorso alla nomina dell'arbitratore ai sensi dell'art. 809 c.p.c. per decreto del presidente del tribunale, data la sostenuta diversità degli istituti nonché la carenza di *eadem ratio* che fondi l'analogia. Sostiene l'A. inoltre che l'incarico possa affidarsi solo ad un soggetto estraneo alla compagine sociale nella sua interezza, e non solo all'organo di amministrazione, stante il tenore della norma che parla di "terzi" decidenti.

⁽⁵⁵⁵⁾ CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1035.

Ebbene, i terzi devono assumere la decisione dell'atto di amministrazione secondo la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico ricoperto, ai sensi del 1° comma dell'art. 2392 c.c. ⁽⁵⁵⁶⁾. Certo è evidente che, in fin dei conti, il crisma della diligenza finisce per coincidere in sostanza con l'apprezzamento equo e prudente, specialmente quando nella clausola di deferimento sono indicate talune precauzioni cui attenersi, che costituiranno però sempre criteri di delimitazione del diligente apprezzamento. Ma non è scontato che sia sempre così.

Quindi è quanto mai opportuno valutare la correttezza del *decisum* con il medesimo metro con cui si valterebbe se promanasse direttamente dagli amministratori, anche in ragione del fatto che, non potendo la scelta gestionale far capo agli arbitratori ⁽⁵⁵⁷⁾, dovranno applicarsi le normali regole circa la responsabilità degli amministratori contenute negli artt. 2260 e 2476 c.c. ⁽⁵⁵⁸⁾. In particolare, escludendo che possa ritenersi responsabile l'amministratore che non ha voluto e si è opposto (tanto da rendere obbligato l'intervento in esame) all'atto di gestione poi però scelto dai terzi, opererà l'esonero dalle conseguenze previsto dalle suddette norme nell'ambito delle società di persone e delle s.r.l., il quale è subordinato alla prova di non avere colpa in ordine all'adozione della scelta; prova implicita nel dissenso all'atto voluto dagli arbitratori.

⁽⁵⁵⁶⁾ Ciò suggerisce la precauzione di eleggere per tale funzione soggetti sufficientemente qualificati non digiuni nella materia della gestione imprenditoriale.

⁽⁵⁵⁷⁾ Ai quali possono peraltro addebitarsi profili di inadempimento relativi al rapporto che li lega alla società.

⁽⁵⁵⁸⁾ Così MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 322 e ss.; CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1036. *Contra* MINERVINI, *Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale*, cit., p. 884.

Ancora, gli organi di amministrazione potranno (*rectius*: dovranno) astenersi dal porre in essere l'opzione espressa dai terzi, laddove difforme dalle soluzioni avanzate dai primi, provenendo da soggetti in quel caso privi della potestà di esercizio indiretto della funzione amministrativa che la norma dell'art. 37 d.lgs. 5/2003 riconosce loro eccezionalmente, subordinandola appunto all'ossequio verso le prescrizioni statutarie⁽⁵⁵⁹⁾. Qualora lo facessero, incorrerebbero nelle conseguenze della responsabilità portate dal riferimento dell'atto direttamente a loro. Allo stesso modo, il *management* sarà responsabile verso società e terzi qualora non adempia la decisione di gestione preferita dagli arbitrali⁽⁵⁶⁰⁾.

Quanto rilevato rende valore agli appunti critici in ordine ad un sistema che, introducendo una sorta di responsabilità degli amministratori per un fatto di altri, che sono tenuti a compiere, ma che possono tuttavia scegliere di non compiere (se reputato ciononostante pregiudizievole), è destinato inevitabilmente a trovare scarsa applicazione⁽⁵⁶¹⁾.

Il *dictum* dei terzi, da assumersi per intuibili motivazioni di convenienza per iscritto⁽⁵⁶²⁾, rappresenta un atto giuridico di gestione degli affari sociali che, ponendo fine alla controversia insorta circa le possibili scelte, non completa alcun negozio ma

⁽⁵⁵⁹⁾ MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, cit., p. 322, per cui gli arbitrali non assumono mai la funzione diretta ed originaria di amministrazione gestionale.

⁽⁵⁶⁰⁾ Si ricordi che l'azione di responsabilità individualmente esperibile dal terzo e del socio ex art. 2395 c.c. è ritenuta esercitabile anche nella sfera delle società di persone da buona parte della giurisprudenza: *ex multis*, Cass., 28 marzo 1996, n. 2846, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3230, con nota di SCHERMI. Per la tesi contraria cfr. COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., p. 78.

⁽⁵⁶¹⁾ CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1037; RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo della nuova S.r.l.*, cit., p. 669, per cui l'istituto si presta ad uno uso *in fraudem legis* destinato ad interporre altri nell'amministrazione della società; RICCI, *Il nuovo arbitralo societario*, cit., p. 517.

produce effetti imputabili direttamente agli amministratori i quali hanno l'obbligo di attuarla.

Il 2° comma dell'art. 37 in commento consente agli statuti di introdurre clausole disciplinanti termini e modi del regime di reclamo della decisione originaria, da deferire al giudizio di un organo necessariamente collegiale.

Il disposto, per di più se letto in coordinamento con il comma seguente, non contribuisce affatto a fare chiarezza in ordine ad alcuni aspetti di rilievo, primo tra tutti quale sia il motivo per cui possa venire chiesto ed accolto il reclamo.

Atteso peraltro che il 4° comma sancisce l'impugnabilità per mala fede, omnicomprensivamente, de "La decisione resa ai sensi del presente articolo", sembra fondato dedurre che sia quello l'unico motivo spendibile sia in sede di reclamo, sia in sede di impugnazione, con preclusione di altre doglianze quali, in particolare, la manifesta iniquità od erroneità ⁽⁵⁶³⁾.

Inoltre e per questo, in difetto di eterogenee disposizioni dello statuto al riguardo, che impongano obbligatoriamente il reclamo prima dell'impugnazione giudiziale, sembra che la norma lasci la libertà di scelta se ricorrere o meno al collegio previsto dalla clausola che, a parte istituirlo, null'altro preveda; e che non possa impedirsi a chi è ricorso in sede di reclamo di investire dell'impugnazione il giudice, non sussistendo rapporto di alternatività esclusiva tra le due vie ⁽⁵⁶⁴⁾. Nemmeno la volontà statutaria potrebbe determinare detta conseguenza, stante la formulazione perentoria

⁽⁵⁶²⁾ Come osserva CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1038, la forma scritta rassicura tanto i soci quanto i terzi che entrano in contatto con la società, oltre a fornire il *corpus* dell'eventuale impugnazione o del riesame.

⁽⁵⁶³⁾ CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, cit., p. 1041.

della norma che è palesemente volta ad assicurare in ogni caso il vaglio giudiziale della decisione radicato sulla mala fede, che altrimenti potrebbe agevolmente aggirarsi.

Infine, deve negarsi ogni forma di sostituzione della decisione carente o annullata con altra emessa dal giudice, ostandovi il difetto di rinvio al comma 1 dell'art. 1349 c.c., e dunque il fondamento normativo, nonché la preclusione dell'argomento analogico, posto il contemporaneo e contrario richiamo espresso del comma 2 dello stesso articolo.

⁽⁵⁶⁴⁾ Alternatività di cui è convinto per contro CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*,

PARTE 2

LE DETERMINAZIONI DEL TERZO NELLA LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO QUINTO

IL DIRITTO CAMBIARIO, DELLA NAVIGAZIONE, DEI BENI CULTURALI E DEL GIOCO SPORTIVO ORGANIZZATO. ALCUNE FATTISPECIE INDIVIDUABILI

NELLA PRASSI

SOMMARIO: 1. Il riempimento delle cambiali in bianco – 2. La determinazione della nave per il trasporto ed il chirografo d'avaria (artt. 419 e 619 cod. nav.) – La determinazione del prezzo di acquisto in via di prelazione dei beni culturali ex art. 60 D.lgs. 22.01.2004, n. 42 – 4. Le decisioni del terzo arbitro sportivo. La commissione di controllo AAMS. Le promesse al pubblico ed i concorsi a premi – 5. La casistica delle decisioni del terzo emerse nella prassi: Le modifiche dello statuto degli enti ad iniziativa della maggioranza. I regolamenti privati delegati. La determinazione degli elementi statutari mancanti – 6. Altre figure controverse.

1. Il riempimento delle cambiali in bianco.

Nel campo della legislazione cambiaria (⁵⁶⁵) l'esigenza legale della completezza documentale è particolarmente avvertita, giacché la sussistenza dei requisiti formali

cit., p. 1041.

(⁵⁶⁵) I titoli cambiari, così definiti sulla scorta del *nomen* del titolo che ne rappresenta lo storico prototipo, sono essenzialmente la cambiale tratta, il pagherò o vaglia cambiario, l'assegno bancario e l'assegno circolare. Detti titoli sono classificabili come strumenti di credito (le cambiali), ed in mezzi di pagamento (gli assegni), oppure come titoli con ordine di pagamento (cambiale tratta ed assegno bancario) e titoli con promessa di pagamento (pagherò ed assegno circolare). Sull'argomento dei titoli di credito si veda: ASQUINI, *I titoli di credito*, Padova, 1951; FERRI, *I titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto

costituisce il presupposto stesso per il riconoscimento dei numerosi effetti che l'ordinamento riconosce alla cambiale, su tutti quello di azionare il diritto ivi incorporato contro uno qualsiasi degli obbligati cambiari.

In ragione di tale rilievo si giustificano i disposti degli articoli di esordio di entrambe le cosiddette leggi cambiarie, che assumono in realtà la forma del regio decreto, i quali elencano gli elementi della cambiale e dell'assegno cambiario ⁽⁵⁶⁶⁾; ad essi si aggiungono l'art. 100 della legge camb., e l'art. 83 della legge ass., che dettano a loro volta rispettivamente i requisiti del vaglia cambiario e dell'assegno circolare. Ora, se è vero che in relazione a tutti i titoli di credito esiste un precipuo disposto che, con formula identica, sancisce la non validità del titolo manchevole di alcuno dei requisiti prescritti, non deve sfuggire che solo per i primi tre dei summenzionati è altresì prevista una clausola di salvezza di tipo suppletivo ⁽⁵⁶⁷⁾, che contempla un'eccezione al principio dell'invalidità del titolo incompleto, con esclusione dell'assegno circolare ⁽⁵⁶⁸⁾.

VASSALLI, Torino, 1958; GUALTIERI, *I titoli di credito*, Torino, 1953; MESSINEO, *I titoli di credito*, Padova, 1933; CARNELUTTI, *Teoria cambiaria*, Padova, 1937; ARENA, *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, Milano, 1956; SANTINI, *L'azione causale nel diritto cambiario*, Padova, 1955; DE SEMO, *Diritto cambiario*, Milano, 1953. In particolare sulle cambiali: PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI; *La cambiale*, in ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, Roma, 1949; ASCARELLI, voce *Cambiale*, in *NN.Dl.*, II, Torino, 1958; MOSSA, *Trattato della cambiale*, Padova, 1956; FERRARA, *La girata della cambiale*, Roma, 1935; BIGIAMI, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Merano, 1943.

⁽⁵⁶⁶⁾ R.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, *Modificazione alle norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario*; R.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, *Disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'Istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia*. Entrambe le leggi risultano attuazione con aggiunte e varianti di due corrispondenti leggi elaborate durante le Conferenze internazionali di Ginevra degli anni 1930-1931, tenutesi col fine di unificare la legislazione in materia, ed a cui seguì la stipula di convenzioni internazionali che obbligavano gli stati membri sottoscrittori e ratificanti ad adottare nell'ordinamento interno leggi uniformi. Per un panorama dell'istituto cambiario nella prospettiva storica, cfr. BENZA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, p. 239 e ss.; CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII*, Torino, 1930.

⁽⁵⁶⁷⁾ Contenuta negli artt. 2 e 101 legge camb., e 2 legge ass.

⁽⁵⁶⁸⁾ MICHELI-DE MARCHI, voce *Assegno circolare*, in *Enc. dir.*, Varese, p. 359.

Tuttavia è opinione diffusa che anche detto titolo soggiace alla stessa disciplina di favore volta a recuperare, per quanto sia possibile attraverso le norme di suppletiva, la validità ed efficacia in base alla natura di circolare ⁽⁵⁶⁹⁾.

Inoltre, le cambiali, sia la tratta che il pagherò giusto il rinvio all'art. 14 operato dal 2° comma dell'art. 102 del R.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, possono per disposizione espressa venire emesse incomplete, con l'accordo di essere riempite in un certo modo; se il completamento – che è oggetto di un vero e proprio diritto da cui il portatore decade trascorsi tre anni dall'emissione ⁽⁵⁷⁰⁾, a meno che non abbia acquistato

⁽⁵⁶⁹⁾ Occorre però dare conto dell'opinione maggioritaria in ordine alla problematica degli assegni emesso in bianco, di grande rilievo pratico posta la diffusione nella pratica corrente, per cui uno degli elementi da apporre, che in realtà, stante la presenza in stampa degli altri sui moduli forniti dagli istituti di credito, si riducono alla cifra, alla data ed al luogo di emissione. In estrema sintesi può dirsi che prevale la tesi della invalidità di tale titolo per originaria incompletezza, e della natura personale della relativa eccezione, che quindi non è opponibile al terzo portatore di buona fede che riceve il titolo completo; a sostegno dell'opinione si adduce l'incompatibilità del bianco con la funzione specifica del cd. *chèque*, il difetto di una norma nella legge ass. analoga a quella dell'art. 14 legge camb., che espressamente contempla la cambiale in bianco e, infine, l'illiceità penale dell'emissione incompleta di cui all'art. 116, n. 3 legge ass., da cui deriverebbe anche quella del patto di riempimento fra traente e prenditore: MICHELI-DE MARCHI, voce *Assegno circolare*, cit., p. 316 e ss.; ASQUINI, *I titoli di credito*, cit., p. 400; GUALTIERI, *I titoli di credito*, p. 300 e ss.; FRAGALI, voce *Biancosegno*, in *Enc. Dir.*, p. 319. Per contro, si è perorata la causa della validità ricostruendo in sostanza l'assegno in bianco come fattispecie in formazione progressiva e non nulla, che costituisce un biancosegno di diritto comune del quale è autorizzata e voluta la trasformazione in titolo cambiario, il cui patto di riempimento è opponibile tra le parti ed al cessionario, salva la non vincolatività del patto di postdatazione; così l'abuso di riempimento sarebbe soggetto per analogia alla disciplina della cambiale di cui all'art. 14 legge camb.: tra gli altri, OPPO, *Titolo <<incompleto>> e titolo in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, pp. 12 e 161 e ss.; I, *Opponibilità dell'accordo di riempimento al sottoscrittore di titolo in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 85 e ss.

⁽⁵⁷⁰⁾ Il riempimento tardivo è privo di effetti e determina la nullità dello stesso titolo per difetto di completezza, titolo che non avrà più vigore cartolare, con effetto liberatorio per tutti gli obbligati cambiari solidali: ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 155. Va notato che mentre l'abusivo riempimento è opponibile al portatore in mala fede o in colpa grave, la decadenza solo al debitore che ha acquistato in mala fede, poiché con il riempimento abusivo si tende a far pagare più di quanto effettivamente si deve e si era convenuto, con quello tardivo invece si mira a far pagare ciò che era dovuto e che sarebbe ancora dovuto senza l'intervenuta decadenza: ASQUINI, *I titoli di credito*, cit., p. 202; BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, Milano, 1957, p. 86. Si è notato che il termine decorre, in caso di bianco della data di emissione, da quella della negoziazione, anche se le parti hanno concordato nel patto di riempimento una certa scadenza lasciata in bianco; non così se invece esiste la scadenza all'origine, ed è in bianco l'emissione, perché allora il triennio decorre dalla data indicata: ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 149 e ss. Ai sensi dell'art. 2964 c.c., ed in difetto di disposizioni specifiche derogatorie, la decadenza non è soggetta ad interruzione e, in quanto oggetto di una norma cogente relativa ad aspetti di ordine pubblico, è rilevabile da qualunque interessato ed anche dal giudice *ex officio*, e non è prorogabile dalle parti: *contra*, BIANCHI D'ESPINOSA,

in buona fede il titolo già completo – avviene *contra pacta*, la violazione è opponibile al portatore acquirente in mala fede o colpa grave.

Appunto l'esistenza dell'accordo di riempimento permette secondo alcuni di discernere le cambiali che nascono incomplete e sono destinate a restare tali nella volontà o nell'inconsapevolezza del firmatario, in ipotesi colmate mediante le presunzioni di legge dell'art. 2 legge camb. da quelle tecnicamente qualificabili in bianco, in cui la mancanza delle indicazioni è determinata dalla volontà di riempire il titolo successivamente, in un certo modo prefissato, senza ulteriore intervento dell'emittente⁽⁵⁷¹⁾.

Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio, cit., p. 85, sul rilievo che la materia cambiaria non può dirsi indisponibile poiché incide su diritti patrimoniali disponibili. Si è però ritenuto derogabile il termine *in minus*: C. App. Genova, 25 giugno 1940, in *Giur. tor.*, 1941, 606. Non vi è unanimità di vedute circa il soggetto gravato dell'onere di dimostrare il tempo del completamento, distinguendosi coloro che reputano sia il debitore che vuole liberarsi (ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 160), da coloro che ritengono sia il creditore che chiede l'adempimento (BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., p. 86; C. App. Napoli, 19 aprile 1968, in *Dir. e giur.*, 1970, 639, con nota di CERVELLI, *Brevi note in tema di cambiale in bianco*). La seconda visione si lascia preferire, considerando che se si prova che la cambiale è nata incompleta, dovrebbe valere la presunzione, sino a prova opposta, che sia rimasta tale fino all'azionamento; e che, se il patto di riempimento è un presupposto della cambiale, la quale rimane sospensivamente condizionata al tempestivo completamento, ne deriva che il creditore che oppone il verificarsi della condizione, e quindi l'esigibilità della prestazione di cui al negozio cambiario, è tenuto a fornire la prova *de quo*. Resta impregiudicata la facoltà per il creditore, una volta intervenuta la decadenza ed estinto il diritto di riempimento, di far uso della cambiale come promessa di pagamento ai sensi dell'art. 1988 c.c., che offre la presunzione di esistenza del rapporto fondamentale sottostante, e consente l'emissione di ingiunzione di pagamento in quanto prova scritta di un credito per somma di denaro certa e liquida ex artt. 633, co. 1-634, co. 2, c.p.c.

⁽⁵⁷¹⁾ Cfr. OPPO, *Titolo <<incompleto>> e titolo in bianco*, cit., pp. 12 e 161 e ss., ID, *Incompletezza, completezza e bianco di operazioni cambiarie successive*, in *Banca e cred. agr.*, 1952, I, p. 377 e ss., il quale ritiene che solo nell'ipotesi di cambiale tecnicamente in bianco, destinata per volontà del firmatario all'altrui riempimento, l'acquirente di buona fede del titolo completato sarebbe tutelato ai sensi dell'art. 14 legge camb., diversamente rispetto al caso della cambiale incompleta e da non completare, la cui incompletezza originaria sarebbe opponibile a chiunque, anche ai portatori di buona fede ai sensi dell'art. 2. Si obietta in contrario che il dato normativo dell'art. 14 non distingue tra riempimento abusivo, riempimento difforme riguardo ai patti, ed ogni altra ipotesi di perfezionamento del titolo effettuato con o senza la volontà del sottoscrittore: BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., p. 75; FERRARA, *La girata della cambiale*, cit., p. 458 e ss.; PELLIZZZI, *Pregi e pericoli della teoria del titolo incompleto*, in *riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 193 e ss.; ASQUINI, *I titoli di credito*, cit., p. 197. Per Cass., 2 settembre 1961, n. 2006, cit., anche se la distinzione è in astratto possibile, è destinata tuttavia a restare priva di rilievo pratico, stante la formulazione delle norma di riferimento. Cfr. anche Cass., 8 agosto 1956, n. 3093, in *Giust. civ.*, 1957, I, 119, e C. App. Milano, 18 giugno 1937, in *Foro*

Non sono mancati i contrasti dottrinali ⁽⁵⁷²⁾ in ordine alla natura della cambiale in bianco, che hanno visto dividersi i sostenitori della cambiale *in fieri* (soggetta ad una formazione progressiva e sospensivamente subordinata all'evento condizionale del completamento ⁽⁵⁷³⁾), dai fautori della cambiale vera e propria (che conferisce al primo possessore il diritto di riempimento per il solo fatto del possesso, e che prescinde dalla necessità di provare l'esistenza dell'accordo di riempimento ⁽⁵⁷⁴⁾).

La disciplina non enuncia peraltro i dati che possono omettersi, lasciando intendere che, in linea teorica, il titolo potrebbe mancare di tutti quelli ⁽⁵⁷⁵⁾ che non siano

lomb., 1937, II, 179, per le quali non è vera cambiale in bianco quella che l'emittente consegna incompleta la prenditore affinché questi la riempia subito dopo la consegna.

⁽⁵⁷²⁾ Sulle cause che hanno alimentato le contrapposte opinioni, si veda SALANITRO, *Profili dei titoli in bianco*, in *Giur. it.*, 1979, IV, p. 1 e ss.

⁽⁵⁷³⁾ ASQUINI, *I titoli di credito*, cit., p. 197 e ss.; BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., p. 72; NAVARRINI-PROVINCIALI, *La cambiale e l'assegno cambiario*, Roma, 1950, p. 94. Secondo questa opinione la cambiale in bianco può circolare ed attribuire i diritti propri della cambiale completa, subordinatamente però al regolare completamento in virtù dell'esercizio del relativo diritto che l'accordo assicura definitivamente ed irrevocabilmente di completare conformemente alla legge, conferendo al titolo il suo pieno valore processuale e documentale. In giurisprudenza: Cass., 6 luglio 1939, n. 2371, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1939, II, 135; Cass., 16 ottobre 1959, n. 2883, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1960, II, 215; Cass., 2 settembre 1961, n. 2006, cit.; Cass., 6 marzo 1962, n. 439, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1305.

⁽⁵⁷⁴⁾ O di ogni altro elemento extracartolare, essendo per volontà di legge il foglio firmato in bianco già cambiale, o titolo potenzialmente tale avendone lo scheletro base, che deve solamente essere integrato degli elementi mancanti: DE SEMO, *Diritto cambiario*, cit., p. 330.

⁽⁵⁷⁵⁾ La cambiale è dunque in bianco quando nel momento in cui è emessa, cioè materialmente consegnata al prenditore (così Cass., 2 settembre 1961, n. 2006, cit.) manca l'indicazione del luogo di emissione o di pagamento e la scadenza, e tali dati possono venire completati dalla presunzione dell'art. 2 legge camb., oppure per iniziativa del portatore, in ogni caso con l'effetto di salvare dall'invalidità il titolo. Invece, se a mancare sono le indicazioni restanti, il completamento volontario del portatore diviene l'unico mezzo per preservare la cambiale dall'invalidità: ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pp. 145-146. Possono risultare in bianco anche l'indicazione della somma (come spesso accade nelle cambiali rilasciate in garanzia, nei rapporti di scoperto in conto corrente di corrispondenza, nei quali la misura della cambiale non è conoscibile quando emessa); la data di emissione (contraria C. App. Milano, 19 gennaio 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 752, per cui tale data non può essere oggetto di accordo di riempimento); il nome del prenditore, in difetto del quale il titolo circola tramite *traditio brevi manu*, con i diritti cambiari e quello di riempimento, e con la conseguenza dell'opponibilità al cessionario delle eccezioni opponibili al primo prenditore, anche se inerenti il rapporto di base, trattandosi di fenomeno di cessione ordinaria: così, *ex multis*, cfr. Cass., 10 agosto 1960, n. 2354, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 119, con nota di GUGLIELMUCCI, *Circolazione della cambiale in bianco*; Cass., 18 ottobre 1966, n. 2513, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 1147; C. App. Firenze, 29 maggio 1965, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1965, II, 572. L'effetto della cessione ordinaria consegue però solo alla girata di cambiale con prenditore in bianco, e non anche a quella totalmente riempita e girata in bianco. Dall'assunto è stata tratta la coerente conseguenza per cui il

la firma, il solo necessario e sufficiente a manifestare la volontà dell'obbligazione ed a far sorgere il diritto cartolare, indipendentemente dalla volontà di stesura o completamento del testo ⁽⁵⁷⁶⁾.

diritto del prenditore indicato dopo il riempimento di agire cambiariamente contro l'emittente non può contestarsi adducendo la regolare posizione di prenditore in capo al possessore del titolo in virtù del diverso assetto del rapporto causale, sui cui profili la legge consente eccezioni nei limitati casi espressi. Riguardo detto ultimo profilo della circolazione della cambiale priva del nome del prenditore, si opina ancora che non verrebbero trasferita la piena efficacia cambiaria, mancando l'annotazione della girata sul titolo che precluderebbe all'acquirente la qualifica di possessore nonché l'uso della tutela della circolazione cartolare: PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 124; ma vedi ASQUINI, *I titoli di credito*, cit., p. 198, per cui non rileva distinguere se la cambiale in bianco circola nella forma della girata o con la manuale tradizione. Se ad essere in bianco è il nome di altri diverso dal prenditore, per alcuni il titolo circola per girata ma privo degli effetti della cambiale, sino a quando incompleto, sicché il giratario assume la veste di cessionario del credito di cui al titolo, sottoposto alle regole di un chirografo contenente una promessa di pagamento: OPPO, *Titolo incompleto e titolo in bianco*, cit., p. 178 e ss.; ASQUINI, *I titoli di credito*, cit., p. 198; così C. App. Napoli, 15 gennaio 1968, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1970, II, 237. Altri invece considerano che la circolazione attribuisce i diritti della cambiale completa, sotto la condizione del completamento regolare, anche perché altrimenti non si spiegherebbe la previsione che ammette la circolazione della cambiale in bianco, se si volesse negargli l'efficacia cartolare: PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 130 e ss.; FERRARA, *La girata della cambiale*, cit., p. 461 e ss. Infine, occorre precisare che la cambiale in bianco entra in negoziazione al momento dell'emissione, intesa come materiale consegna accompagnata dall'*animus* dello spossessamento a favore della materiale disponibilità in capo al prenditore: ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pp. 142-143; BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., p. 73; Cass., 20 maggio 1938, n. 1754, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, 873.

⁽⁵⁷⁶⁾ Cass., 19 gennaio 1973, n. 212, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1442; Cass., 25 novembre 1977, n. 5141. PELLIZZI, *Pregi e pericoli della teoria del titolo incompleto*, cit., p. 196, il quale, rifuggendo la tradizionale concezione della cambiale quale dichiarazione di volontà, assume che la firma manifesta di per sé già tutta la manifestazione di volontà rappresentativa della fattispecie, e che il testo cambiario sarebbe un mero fatto giuridico, una *tabula* alla quale la legge riferisce d'imperio l'obbligazione addossata al sottoscrittore. Cfr. anche ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pp. 143-144. *Contra* OPPO, *Titolo << incompleto >> e titolo in bianco*, cit., pp. 12 e 161 e ss., ID, *Incompletezza, completezza e bianco di operazioni cambiarie successive*, in *Banca e cred. agr.*, 1952, I, p. 377 e ss. Che la firma sia requisito minimo indispensabile della cambiale in bianco non pare possa confutarsi, poiché, se così non fosse, tutti i modelli cambiari in bianco acquistabili presso i rivenditori sarebbero cambiali così come sono. Tuttavia non è pacifico se basti la firma di qualsiasi persona, che assumerà la qualifica solo una volta completato il titolo (così ASCARELLI-BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, in *NN.D.I.*, 17, oppure se serva la firma del traente o dell'emittente (NAVARRINI-PROVINCIALI, *La cambiale e l'assegno cambiario*, cit., p. 102), o ancora se può mancare la firma di traente purché vi sia quantomeno quella per accettazione quando il titolo viene negoziato in bianco, anche perché altrimenti il portatore potrebbe indicare se stesso come traente (OPPO, *Sull'emissione di cambiale in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 13; Cass., 25 maggio 1960, n. 1355, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1960, II, 346). Altro problema che ha diviso gli studiosi della materia è quello relativo alla necessità che la sottoscrizione sia stesa su di uno dei moduli tipici preformati a tal fine, che lascia presumere la volontà implicita di obbligarsi cambiariamente, oppure su di un foglio libero, in tal caso però con la menzione espressa della volontà di assumere detto obbligo: è l'opinione prevalente, per la quale vedasi Cass., 25 maggio 1960, n. 1355, in *Giust. civ.*, 1960, I, 111; Cass., 19 gennaio 1973, n. 212, in *Giur. it.*, 1973; tra la dottrina, PELLIZZI, *Pregi e pericoli della teoria del titolo incompleto*, cit., p. 193; MOSSA, *Trattato della cambiale*, cit., p. 352. Cfr. PAVONE LA ROSA, voce *Cambiale*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1959, p. 858 e ss., e OPPO, *Titolo << incompleto >> e titolo in bianco*, cit., p. 198, i quali

Una volta emessa in bianco, la cambiale conferisce al prenditore in via definitiva il diritto di riempirla ⁽⁵⁷⁷⁾, attenendosi agli accordi convenuti ed alle prescrizioni di legge. E' questo il punto focale dell'analisi in corso, giacché ci si può imbattere in un ulteriore fenomeno di determinazione di uno o più elementi di un negozio rimessa ad un soggetto terzo rispetto al patto che ha originato detto potere determinativo; il che accade, come osservato, quando il riempimento non è curato dal primo prenditore.

Per quanto concerne la fonte del potere di completare il titolo, o la si vede nel negozio di mandato in *rem propriam* attribuito dall'emittente al soggetto prenditore ⁽⁵⁷⁸⁾, oppure nella convenzione di riempimento conclusa tra emittente ed acquirente ⁽⁵⁷⁹⁾; salvo preferire di individuare nella legge la fonte di un diritto direttamente ed oggettivamente inerente al titolo preparato *ad hoc* ⁽⁵⁸⁰⁾.

A tal riguardo le decisioni di legittimità sono parse ondivaghe, dapprima tendenzialmente orientate ad escutere la fonte negoziale del diritto del portatore al completamento, reputato genericamente autonomo ⁽⁵⁸¹⁾; quindi tese a ravvisarne la

osservano come la firma potrebbe apporsi anche su di un foglio qualsiasi, ma che sarebbe necessario accompagnarla dalla dicitura "cambiale" o altra equivalente. Contrario BIGIAMI, *I vizi della volontà della dichiarazione cambiaria*, 1943, p. 159, per cui varrebbe come cambiale la sottoscrizione apposta ad un frammento cartaceo qualsiasi, senza alcuna specificazione. E' opinione condivisa invece che il bollo è necessario solo per azionare l'efficacia esecutiva del titolo.

⁽⁵⁷⁷⁾ Pertanto la morte o la sopravvenuta incapacità legale o naturale del firmatario non revocano il diritto, così come il venir meno del potere rappresentativo in capo a chi ha sottoscritto l'obbligazione in nome altrui: PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 135.

⁽⁵⁷⁸⁾ ASCARELLI-BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, cit., n. 703.

⁽⁵⁷⁹⁾ PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 137.

⁽⁵⁸⁰⁾ ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pp. 143 –147, per cui l'accordo di riempimento non è requisito di validità, bensì fondamento delle eccezioni personali sollevabili da determinati soggetti. Infatti non sempre alla cambiale in bianco si accompagna detta convenzione, di talché il diritto deve ritenersi sorgere implicitamente con il trasferimento del possesso stesso del titolo al primo prenditore. Così pure FAVARA, *Ancora sul diritto di riempimento della cambiale in bianco*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1968, II, p. 347, nota a Cass., 5 febbraio 1968.

⁽⁵⁸¹⁾ Cfr. Cass., 23 luglio 1935, n. 2943, in rep. *Giur. it.*, 1935, voce *Cambiale*, 7.

base nel mandato in *rem propriam* ⁽⁵⁸²⁾. Infine, volte a fondare il diritto *de quo* nella volontà della norma, la quale lo ricollega all'acquisto del titolo in bianco, però dotato degli elementi minimi per divenire cambiale ⁽⁵⁸³⁾, conseguendo così che l'eventuale accordo di riempimento, incluso in quello di emissione, riguarda solo le modalità di riempimento e non il diritto di effettuarlo.

Aderendo alle ultime due tra le surriferite interpretazioni, si comprende la *ratio*, che si evince con ragionamento *a contrario*, del 1° comma dell'art. 14 del R.d. 14 dicembre 1933, n. 1669, per cui la compilazione della cambiale contraria agli accordi pregressi, espressi o taciti ed impliciti ⁽⁵⁸⁴⁾, è violazione inopponibile al portatore che ha acquistato il titolo già completo senza colpa grave o mala fede ⁽⁵⁸⁵⁾, bensì al solo prenditore primario ed ordinario, in quanto parte degli accordi stessi e responsabile dell'inadempimento ⁽⁵⁸⁶⁾.

⁽⁵⁸²⁾ Così Cass., 18 dicembre 1964, n. 2887, in *Giust. civ.*, 1965, I, 279, che richiama la figura del mandato anche nell'interesse del mandatario al fine di giustificare l'inesistenza dell'obbligo per il portatore di dare corso al riempimento, e la non estinzione dello stesso con la morte dell'emittente.

⁽⁵⁸³⁾ Il diritto di riempimento nasce dall'emissione e dalla consegna della cambiale in bianco, quali fatti a cui la legge ricollega la volontà dell'emittente di creare e far circolare in titolo suscettibile di acquisire efficacia e caratteri cambiari all'esito del riempimento da parte di qualsiasi portatore. Da qui deriva il limite dell'opponibilità delle eccezioni previsto dall'art. 14 legge camb.: Cass., 22 giugno 1967, n. 1492, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1968, II, 16; Cass., 5 febbraio 1968, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1968, II, 347; Cass., 19 gennaio 1973, n. 212, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1441; C. App. Napoli, 19 aprile 1968, cit.

⁽⁵⁸⁴⁾ Cass., 26 luglio 1943, n. 1949, in *Giur. it. Mass.*, 1943, 664, per la quale il cassiere di banca che riceve una cambiale in bianco deve reputarsi implicitamente autorizzato del riempimento prima che intervenga la decadenza di cui all'art. 14, co. 2 legge camb. Per ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., pp. 153 e ss., sono limiti impliciti al diritto di riempimento solo quelli inerenti gli elementi del rapporto fondamentale, ma, in difetto di questi, il portatore ben può provvedere al riempimento come crede, ma sempre attenendosi all'equo apprezzamento, dovendosi ritenere che traente ed emittente abbiano voluto lasciare al portatore la massima libertà determinativa.

⁽⁵⁸⁵⁾ Sostengono la natura di "eccezione in senso stretto" Cass., 10 febbraio 1977, n. 595, in *Giur. it. Mass.*, 1977, 139; Cass., 2 settembre 1961, n. 2006, in *Giust. civ.*, 1962, I, 95. Si occupano di fattispecie di opponibilità dell'eccezione ai portatori acquirenti di mala fede e con colpa grave: C. App. Napoli, 5 giugno 1970, in *Dir. e giur.*, 1971, 54; C. App. Catanzaro, 9 febbraio 1965, in *Calabria giur.*, 1966, 227, con nota di CADERAZZO. Cfr. anche PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 139.

⁽⁵⁸⁶⁾ Cass., 23 luglio 1935, n. 2943, cit.

Il potere di completamento una volta esperito non è suscettibile di leciti ripensamenti correttivi e modificazioni dei dati inseriti, che potrebbero a tutto voler concedere tollerarsi finché il titolo non venga trasferito ad altri o fatto valere ⁽⁵⁸⁷⁾.

L'eccezione di abusivo riempimento rientra nel novero delle eccezioni cambiarie di cui all'art. 65 della legge in materia ⁽⁵⁸⁸⁾, ed in particolare nella sottocerchia di quelle involgenti i rapporti extracartolari, inerendo una convenzione di cui non vi è traccia nel cartaceo. E' di natura personale e soggettiva, in ragione del fatto che gli obbligati sottoscrittori del titolo, dopo l'abusivo completamento, sono tenuti al pagamento secondo i termini del testo risultanti dal riempimento ⁽⁵⁸⁹⁾; inoltre, può avere ad oggetto tutti gli elementi del titolo che si lamentino essere stati riempiti *contra pacta* ⁽⁵⁹⁰⁾.

Ai fini dell'utilizzo dell'eccezione in parola assume rilievo dirimente l'indagine in ordine allo *status* psicologico del portatore al momento dell'acquisto del titolo, già abusivamente riempito da precedenti prenditori, o da lui stesso completato in violazione degli accordi.

Premettendo opportunamente che la fattispecie del riempimento abusivo non si ritiene configurabile laddove l'attività di completamento sia lasciata al totale arbitrio del

⁽⁵⁸⁷⁾ ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 153; *contra*: C. App. Torino, 19 febbraio 1937, in *Giur. tor.*, 1938, 462, che ritiene in ogni caso illecito modificare e correggere il titolo una volta riempito.

⁽⁵⁸⁸⁾ Senza addentrarsi nello specifico della classificazione delle eccezioni cambiarie, giova qui solamente rammentare come si sia soliti separare, a seconda del criterio adottato, quelle oggettive (opponibili ad ogni obbligato) da quelle soggettive (opponibili solo a determinati obbligati); quelle reali o assolute (opponibili ad ogni possessore) da quelle personali o relative (opponibili solo ad un certo portatore che versi in una certa situazione). Queste ultime, che rilevano per l'argomento in analisi, non interessano il rapporto cartolare e non implicano un suo possibile vizio, nel senso di anomalia della *causula* tale da legittimare la spendita di eccezioni avverso qualunque possessore, pure se immune da personali ragioni di censura. Infine, si distinguono le eccezioni cartolari da quelle extracartolari, in base dal coinvolgimento o meno degli elementi del titolo materiale.

⁽⁵⁸⁹⁾ ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 584.

⁽⁵⁹⁰⁾ Ad es., il luogo e la data di emissione, nonché il nome del prenditore: in tal caso l'eccezione è sollevabile dall'emittente contro chi risulta dal titolo il prenditore, pur avendolo ricevuto già completo da un

prenditore – il che avviene quando non esistono dati espliciti o impliciti che limitino la facoltà – che abbia provveduto così a propria discrezione, pur se intempestivamente⁽⁵⁹¹⁾, integra la mala fede il comportamento scientemente e volutamente indirizzato a recare danno al debitore cambiario, anche inserendo elementi contrastanti con i patti pregressi e conosciuti, oppure acquistando il titolo già completato abusivamente nella consapevolezza del vizio⁽⁵⁹²⁾.

Versa in colpa grave il prenditore che, in dispregio del canone di minima diligenza che lo avrebbe permesso, e perciò inescusabilmente, non si avveda dell'abusività del completamento compiuto da altri o da lui, pur non dimostrando la grave negligenza la mera conoscenza dell'emissione originaria del titolo in bianco poi acquistato già completo⁽⁵⁹³⁾.

terzo, perché si ritiene che debba accertarsi che il riempimento sia avvenuto o dall'emittente o da altri, però legittimamente.

⁽⁵⁹¹⁾ Così Cass., 6 maggio 1935, n. 1637, in *Rep. Giur. it.*, 1935, voce *Cambiale*, 195. Obietta peraltro in proposito ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 153 e ss., che in tale ipotesi invece il traente o l'emittente può comunque opporre l'eccezione di riempimento abusivo a fronte della determinazione che, pur se rimessa al totale arbitrio del portatore, risulta manifestamente iniqua od erronea, con facoltà di domandare al giudice l'emissione da parte sua della determinazione. L'assunto, per quanto comprensibilmente animato dall'intento di apprestare al firmatario uno strumento di garanzia che lo ponga al riparo de scelte particolarmente dannose, non può tuttavia approvarsi, perché omette di considerare che l'istituto di cui all'art. 1349 c.c. esclude l'intervento giudiziale in sostituzione della determinazione rimessa al mero arbitrio, e che per potersi lamentare l'erroneità o l'iniquità del completamento è sempre necessario che vi siano degli elementi, espressi o taciti e dunque implicitamente emergenti dal titolo, in base ai quali saggiare il vizio dell'arbitramento di riempimento (dati che nell'ipotesi concreta non vi sono). In altre occasioni è stata affermata l'irrilevanza dell'eccezione di abusivo riempimento della data di scadenza, quando non sia contestata anche l'intervenuta scadenza o l'insussistenza del debito: C. App. Caltanissetta, 3 giugno 1934, in *Rass. Giur. nissena*, 1937, 359; si è altresì rilevata l'incompatibilità tra l'eccezione in oggetto e quella di prescrizione delle azioni cambiarie, posto che la prima presuppone l'inesistenza dell'obbligazione, la seconda la valida nascita: così C. App. Milano, 16 ottobre 1934, in *Temi lomb.*, 1935, 846. Inoltre, si è esclusa l'abusività del riempimento della cambiale rilasciata in bianco alla banca a garanzia dello scoperto di conto corrente di corrispondenza, per l'importo del credito verso il cliente alla chiusura del conto: Trib. Bologna, 14 luglio 1976, in *Giur. merito*, 1977, 269.

⁽⁵⁹²⁾ C. App. Brescia, 30 ottobre 1936, in *Foro lomb.*, 1936, II, 255; C. App. Bari, 15 luglio 1960, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1961, 82; Cass., 9 gennaio 1935, n. 56, in *Sett. Cass.*, 1935, 217.

⁽⁵⁹³⁾ BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., p. 80. In giurisprudenza, cfr. Cass., 17 gennaio 1955, n. 80, in *Giust. civ.*, 1955, I, 192.

Nei rapporti diretti tra le parti della convenzione di riempimento prevalgono le clausole in questa contenute rispetto ai dati stesi sulla cambiale in dispregio dei termini dell'accordo, con la conseguenza, tra le altre, che il termine di prescrizione delle azioni cambiarie decorre dalla data effettivamente convenuta nei patti, e non da quella del riempimento, come avverrebbe invece in difetto della pregressa intesa sulla data stessa ⁽⁵⁹⁴⁾.

L'onere della prova dell'indebito completamento incombe sul debitore cambiario che la eccepisce, in forza dei principi generali in materia ⁽⁵⁹⁵⁾.

A tal riguardo, venuta meno la libera disponibilità di ogni mezzo di prova che vigeva sotto il codice di commercio del 1889 ⁽⁵⁹⁶⁾, si è inizialmente stabilita la necessità di esperire il procedimento della querela di falso ex art. 221 c.p.c. per dimostrare il riempimento abusivo della cambiale in bianco, della quale non fosse stata nel contempo disconosciuta l'autenticità della firma, stante l'efficacia di scrittura privata del titolo fino a querela di falso, a norma dell'art. 2702 c.c. Così opinando si assumeva in sostanza che solo il vittorioso esercizio dello strumento processuale deputato alla demolizione della

⁽⁵⁹⁴⁾ PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., pp. 138-139. Cass., 17 giugno 1949, n. 1508, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1950, II, 99, con nota di BOSELLI. *Contra* C. App., Catanzaro, 21 giugno 1940, in *Calabria giur.*, 1940, 281.

⁽⁵⁹⁵⁾ *Ex multis*: Cass., 10 febbraio 1977, n. 595, in *Giur. it. Mass.*, 1977, 139; Cass., 28 dicembre 1967, n. 3015, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 196; Cass., 18 dicembre 1964, n. 2887, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 279; C. App. Napoli, 9 aprile 1974, in *Dir. e giur.*, 1977, 136. Interessante la decisione di C. App. Bari, 23 marzo 1956, in *Giust. civ., Mass. App. Bari*, 1956, 8, che ha ritenuto non bastevole la prova della sola diversità delle grafie delle varie firme sul titolo.

⁽⁵⁹⁶⁾ Attesa la ritenuta natura commerciale delle controversie cambiarie, il riempimento abusivo soggiaceva alle disposizioni di cui al codice della materia allora in vigore, e poteva essere dimostrato liberamente, pure attraverso presunzioni e prova per testi: Cass., 16 marzo 1942, n. 745, in *Giur. it. Mass.*, 1942, 232. Vedi però C. App. Napoli, 28 novembre 1938, in *Dir. e giur.*, 1938, 28, per cui la prova per testi e presunzioni era impedita quando fosse necessario dimostrare un accordo di riempimento vincolato alla stipula per iscritto a pena di nullità.

fede privilegiata della scrittura privata cambiaria potesse spezzare il legame di paternità sotteso alla firma apposta sulla dichiarazione cartolare (⁵⁹⁷).

L'errore di prospettiva dell'approccio è stato oggetto di critiche (⁵⁹⁸), poi recepite dalle Corti, che sono giunte a correggere il tiro operando una distinzione tra insussistenza dell'accordo di riempimento da una parte, e preesistenza ma violazione dei termini dello stesso dall'altra.

Occorre osservare che il riempimento illegittimo del titolo implica con evidenza che la dichiarazione formalmente riconducibile al sottoscrittore diverge dalla genuina volontà di costui, giacché gli elementi completati dal prenditore in virtù dell'autorizzazione non sono corrispondenti agli impegni assunti. Ne deriva che l'oggetto della prova è esclusivamente l'effettivo contenuto dell'accordo di riempimento violato, e la violazione stessa, donde nessuna limitazione riguardo agli strumenti probatori pare giustificarsi: la divergenza lamentata può essere fatta valere, stando alla visione ormai prevalente e consolidata, entro i limiti e secondo i profili propri di rilevanza dei vizi della volontà.

Diversamente, quando si intende contestare la paternità in sé del titolo, e dunque il riempimento *sine pactis*, non già *contra pacta*, ovverosia in mancanza assoluta della relativa autorizzazione, si reputa che la querela di falso torna ad essere percorso

(⁵⁹⁷) Cass., 10 gennaio 1973, n. 212, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1442; Cass., 14 marzo 1962, n. 523, in *Temì napol.*, 1962, I, 375. BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., p. 82. L'orientamento faceva propria la visione di chi rammentava come l'efficacia probatoria della scrittura privata autenticata o accertata (e quindi anche riconosciuta o non tempestivamente disconosciuta) giova a coloro che intendono servirsi dell'apparente paternità del biancosegno in capo al sottoscrittore, munendola di una valenza che può sgretolarsi solo mediante la querela di falso in sede civile, strumento necessario non solo per acclarare il falso materiale della firma, ma anche per provare che le dichiarazioni della scrittura non provengono dal sottoscrittore perché il patto di riempimento manca, o perché è stato violato. Quindi, solo dopo aver azionato positivamente il giudizio civile di falso, sarebbe stato possibile accertare il contenuto della convenzione di riempimento per appurarne la pretesa violazione: ANDRIOLI, *Biancosegno*, cit., p. 390.

necessitato, vertendosi in una fattispecie di falso materiale; sempre che il documento abbia subito alterazioni o aggiunte dirette a stravolgere il senso dell'originaria dichiarazione, senza le quali non si potrebbe nemmeno configurare il riempimento abusivo ⁽⁵⁹⁹⁾.

Sin qui si è dato conto della soluzione che gode del maggior credito riguardo i rimedi spendibili contro l'ingiusto riempimento del terzo della titolo di credito in bianco.

Giova peraltro suggerirne una alternativa, in ragione della tesi proposta in precedenza nel testo relativamente all'impugnabilità del biancosegno; e ciò perché, ovviamente, ma non pare dubitabile, si è dell'avviso che un titolo cambiario emesso in bianco rappresenta un biancosegno, che a sua volta costituisce arbitraggio soggetto a particolare modalità di formazione.

Secondo quanto si è tentato a suo tempo di sostenere, l'evenienza del titolo emesso volutamente incompleto, contemporaneamente quindi alla conclusione dell'accordo di riempimento che legittima la posteriore integrazione degli elementi mancanti, deve ricondursi al fenomeno generale dell'arbitraggio, costituendone una peculiare applicazione: di mero arbitrio se il patto attribuiva soltanto il potere di riempire

⁽⁵⁹⁸⁾ PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., pp. 141-142, il quale argomenta la differenza tra illegittimo riempimento del titolo in bianco ed alterazione del testo cambiario, rilevando l'esistenza per la seconda patologia di un'apposita disciplina contenuta dall'art. 88 legge camb.

⁽⁵⁹⁹⁾ Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1980, n. 5459, cit. ; Cass., 28 aprile 1981, n. 2590, cit.; Cass., 17 ottobre 1986, n. 6093, cit.; Cass., 4042/1980. Così anche CARNELUTTI, *La teoria del falso*, Padova, 1935, p. 165 e ss.; COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 275 e ss. *Contra*: SCHERMI, *Abusivo riempimento di foglio firmato in bianco e querela di falso*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2716 e ss.; DELLA VALLE, *Querela civile di falso per abuso di biancosegno: profili sostanziali e probatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, I, p. 1585 e ss. Per Cass., 2 settembre 1961, n. 2006, cit., se la cambiale è emessa in bianco ed è destinata al riempimento non si può verificare falsità, non essendoci contraffazione delle firme degli obbligati, o modificazione degli elementi cambiari contrariamente o senza la volontà dell'emittente; invece, il possessore del titolo in bianco che completa i dati omessi in forza dell'accordo di riempimento, contribuisce a determinare la dichiarazione cambiaria ingerendosi legittimamente nella sfera giuridica e patrimoniale del firmatario; la conclusione è che l'abusivo riempimento si risolve nell'abuso di biancosegno, che può essere opposto in via di eccezione personale.

liberamente; d'equità se gli accordi contenessero determinate indicazioni cui il riempitore avrebbe dovuto attenersi, come è assai più probabile che accada, risultando difficile immaginare il rilascio di una promessa di pagamento incompleta e rimessa alla totale scelta altrui, quantomeno per elementi importanti, primo tra tutti la somma.

Pertanto l'emittente o il traente possono opporre l'eccezione di riempimento abusivo, impugnando la determinazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 1349 c.c., potendo lamentare solo la mala fede del terzo, se avevano esclusivamente conferito il potere di completare il titolo senza ulteriori prescrizioni, oppure potendo censurare la manifesta iniquità o erroneità, (colposa o dolosa non importa) della determinazione dei dati inseriti, rispetto ai criteri convenuti a suo tempo (se dimostrati), con facoltà di chiedere anche al giudice di sostituire i dati annullati con quelli direttamente da lui emessi, stavolta nel rispetto del patto.

Ciò poiché come detto tale sistema di impugnazione offre maggiori garanzie rispetto a quello proprio basato sulla disciplina dell'annullabilità del contratto ⁽⁶⁰⁰⁾, assorbendone tutti i potenziali motivi del vizio del consenso, sicché non v'è ragione per negarne la praticabilità.

Nell'affrontare il tema del giudizio di accertamento del riempimento abusivo occorre rammentare come questo sia destinato nella maggior parte delle ipotesi ad inserirsi nell'ambito di quello cambiario, o di quello comune e causale, attivati dal

⁽⁶⁰⁰⁾ Tesi sostenuta da GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 113 e ss.; ID, *Della nullità del contratto*, cit., p. 125 e ss.; riguardo alla quale non si nega tuttavia il merito di essere frutto di un pregevole argomento di applicazione analogica della normativa contrattuale al biancosegno, quale contratto atipico che persegue interessi meritevoli d'essere tutelati dalla legge; ma che non pare comunque superare l'obiezione per cui l'applicazione analogica di una disciplina presuppone per definizione che l'istituto risulti privo di una normativa *ad hoc*, che invece esiste ed è quella dell'art. 1349 c.c., giacché il biancosegno sembra davvero a tutti gli effetti un arbitraggio, seppure caratterizzato da peculiari modalità formali di stesura dell'accordo.

portatore che vuol far valere in giudizio le azioni derivanti dal titolo ⁽⁶⁰¹⁾. Infatti l'eccezione in esame, esigendo il più delle volte attività istruttorie di lunga durata ⁽⁶⁰²⁾, difficilmente esplica effetti sospensivi avverso l'efficacia esecutiva propria del titolo di cui si contesta la nullità, stante la previsione dell'istituto della condanna con riserva delle eccezioni di cui all'art. 65, comma 2 legge camb.; sospensione peraltro obbligatoria per il giudice se richiesto dal portatore ⁽⁶⁰³⁾, e che comporta la condanna provvisoria con sentenza definitiva, previa o meno prestazione di cauzione, al pagamento della somma indicata ⁽⁶⁰⁴⁾. La pronuncia è destinata a cadere, con tutti gli obblighi di restituzione, qualora l'indagine relativa ai vizi del riempimento lamentati appuri la loro veridicità ⁽⁶⁰⁵⁾.

⁽⁶⁰¹⁾ Il processo cambiario è quello che ha ad oggetto l'esercizio dell'azione cambiaria diretta o di regresso, e soggiace alle forme e prerogative processuali proprie del processo cambiario delineate dalla legge in materia; diversamente, le azioni comuni di natura causale o di arricchimento sono disciplinate dalle comuni norme processuali e non godono delle stesse prerogative, eccetto per quelle riflesse dovute al concorso con le azioni cambiarie (art. 66). Il portatore è libero di esercitare l'azione causale, fondata sul rapporto obbligatorio sottostante il titolo, o quella cambiaria, basata sul mero cartaceo che incorpora ed astrae il rapporto stesso, rispettando nel caso della prima le formalità previste dall'art. 66 legge camb.; e ciò, sia cumulativamente, sia alternativamente. Secondo la giurisprudenza di legittimità inoltre, è ammissibile il passaggio dalla domanda cambiaria a quella causale (resa necessaria dalle difese del convenuto che eccepisce l'inefficacia del titolo come cambiabile), poiché si tratterebbe di una semplice modificazione dell'originaria domanda, possibile nel corso di tutto il giudizio di primo grado, ed anche di quello in opposizione all'ingiunzione di pagamento: così Cass., 16 marzo 1951, n. 676, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 640. *Contra*: MOSSA, *Trattato della cambiale*, cit., p. 763, sulla scorta della certa diversità tra la *causa petendi* delle rispettive domande, e della possibile diversità anche del *petitum*. In generale in argomento, vedi: SANTINI, *Azione causale ed azione cambiaria nella disciplina legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1947, p. 533 e ss. Con particolare riferimento agli aspetti della competenza, del litisconsorzio e delle partecipazioni di terzi al processo cambiario attivato nel corso del giudizio di cognizione, cfr. BIANCHI D'ESPINOSA, voce *Cambiale (dir. proc.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, pp. 910-911.

⁽⁶⁰²⁾ Che implicano cioè l'assunzione in tempi lunghi di strumenti istruttori, con decisione che, se immune da vizi di motivazione, non è ricorribile per Cassazione: PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 685 e ss.

⁽⁶⁰³⁾ Osserva al riguardo PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 685 e ss. che il giudice può disattendere la richiesta compiendo la completa cognizione quando ritiene le prove inammissibili o irrilevanti, respingendole, o per converso già sufficienti per decidere sulle eccezioni sollevate dal debitore, giungendo alla decisione complessiva della causa. D'altra parte, non possono ritenersi eccezioni in senso proprio, anche se necessitano di indagini approfondite, e non giustificano la condanna con riserva, quelle che obbligano l'attore a dimostrare la verità del fatto contestato e devono essere decise immediatamente, come il disconoscimento della firma del titolo, o la contestazione della rappresentanza. A parte questi casi, il tenore della legge non consente di inferire alcun criterio per stabilire se l'eccezione richiede indagini complesse, rinviando al prudente apprezzamento del giudice di merito la relativa decisione: ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, cit., p. 240.

⁽⁶⁰⁴⁾ La pronuncia è definitiva giacché esaurisce la fase necessaria del giudizio cambiario di cognizione e di opposizione a precetto, ed è dunque gravabile con gli ordinari mezzi di impugnazione; nell'appello in

Infine, quanto agli effetti del giudizio, occorre rilevare che la reiezione della domanda di accertamento dell'abusivo riempimento (non quella per la falsità materiale) per carenza della relativa prova, origina la presunzione che i dati inseriti sono corrispondenti a quelli convenuti ⁽⁶⁰⁶⁾. L'accoglimento, per converso, rende inesigibile la pretesa della prestazione così come risultante dalla *carthula* cartolare da parte del presentatore del titolo, dovendosi il titolo ritenere nullo per mancanza di uno dei requisiti essenziali ai sensi dell'art. 2 legge camb.; legittima il debitore a pretendere di eseguire la prestazione secondo il contenuto che avrebbe assunto in difetto dell'abuso del potere di riempimento.

Tuttavia, se l'obbligazione cambiaria viene assunto con avallo o girata dopo il riempimento abusivo stesso, il debitore si ritiene obbligato ad eseguire la prestazione cartolare conformemente alle indicazioni del titolo ⁽⁶⁰⁷⁾. Inoltre, il presentatore affermato responsabile è tenuto al risarcimento del danno cagionato all'emittente, oltre ad essere esposto alle eventuali conseguenze derivanti dalla penale responsabilità derivante dalla falsità o dalle alterazioni di cui si è macchiato, quale quella sanzionata dall'art. 486 c.c.

particolare potranno sollevarsi le eccezioni non precluse ex art. 345 c.p.c. Il passaggio in giudicato della sentenza non ne impedisce la modifica o revoca se, una volta chiusa la fase eventuale del giudizio inerente le eccezioni riservate, viene statuita la fondatezza delle medesime. Non è pacifico che tale genere di condanna possa essere emessa nel corso del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: a favore si esprimono: CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 225; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 683 e ss., per cui il creditore opposto può valersi della condanna con riserva qualora il decreto non è stato munito di provvisoria esecutività, o che non è stato usato per vizi di forma o di nullità dell'ingiunzione. Contrario BIANCHI D'ESPINOSA, voce *Cambiale (dir. proc.)*, cit., p. 912.

⁽⁶⁰⁵⁾ L'onere di attivare la seconda ed eventuale fase del giudizio incombe sul convenuto condannato sotto riserva, mediante atto di ricorso in riassunzione del processo teso alla cognizione delle eccezioni riservate, con possibilità di sollevare eccezioni nuove, su cui non si sia formato il giudicato con la sentenza di condanna con riserva: PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 683 e ss., p. 691.

⁽⁶⁰⁶⁾ In punto di incompetenza territoriale del giudice adito eccepita dall'emittente, spetta questi dimostrare che il luogo di emissione apposto è differente da quello concordato: BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio*, cit., pp. 81-82.

⁽⁶⁰⁷⁾ OPPO, *Titolo <<incompleto>> e titolo in bianco*, cit., pp. 197-198; ASCARELLI, voce *Cambiale*, cit., p. 703.

Non è certo che il titolo nullo possa beneficiare della conversione in altro negozio, ai sensi dell'art. 1424 c.c., esteso dall'art. 1324 agli atti unilaterali tra vivi di contenuto patrimoniale: dovendosi indagare lo scopo perseguito dalle parti in una fattispecie connotata dall'astrattezza, ed essendovi dubbio sulla natura negoziale stessa della fonte dell'obbligazione ⁽⁶⁰⁸⁾. E' certo però che costituisce una promessa di pagamento che, ai sensi dell'art. 1988 c.c., dispensa il promissario dall'onere di dimostrare il rapporto sottostante, presunto esistente fino a prova contraria, e che consente l'emissione di ingiunzione di pagamento in quanto prova scritta di un credito per somma di denaro certa e liquida ex artt. 633, comma 1 e 634, comma 2, c.p.c. ⁽⁶⁰⁹⁾.

2. La determinazione della nave per il trasporto ed il chirografo d'avaria (artt. 419 e 619 cod. nav.).

Stabilisce l'art. 419 del R.d. 30 marzo 1942, n. 327, meglio noto come Codice della Navigazione ⁽⁶¹⁰⁾, che la nave sulla quale deve effettuarsi la prestazione di trasporto di cose ⁽⁶¹¹⁾ può risultare determinata o indeterminata.

⁽⁶⁰⁸⁾ PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 94 e ss.

⁽⁶⁰⁹⁾ Per quanto concerne poi l'efficacia particolare della cambiale tratta o dell'assegno bancario incompleto quale delegazione di pagamento, titoli che rappresentano di regola delegazioni di pagamento, sembra opportuno verificare in relazione al singolo caso di specie se la delegazione esiste ed è operante nonostante gli elementi mancanti; senza dimenticare peraltro che, essendo il pagamento cambiario l'oggetto precipuo dell'ordine di pagamento, e che l'incompletezza a norma delle stesse leggi cambiarie rende nullo il titolo, può sostenersi che il trattario è legittimato a rifiutare di pagare la cambiale tratta incompleta e, se la paga, risponde verso il traente: cfr. Pret. Roma, 28 aprile 1959, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1961, II, 151, con nota di DE MARCHI, in una fattispecie in cui era controversa l'addebitabilità di un assegno bancario da parte della banca al correntista, che si presumeva presentato senza data.

⁽⁶¹⁰⁾ Il corpo normativo in parola, la cui formulazione si deve principalmente all'opera di Antonio Scialoja che si fece latore dell'autonomia e dell'unitarietà del diritto della navigazione, è stato poi completato e posto in esecuzione dal D.p.r. 28 giugno 1949, n. 631 (Regolamento per la navigazione interna) e dal D.p.r. 15 febbraio 1952, n. 328 (Regolamento per la navigazione marittima). Tenuto conto che in precedenza il diritto marittimo era disciplinato negli aspetti privatistici dal Codice di Commercio del 1882, e

L'oggetto del contratto di trasporto per acqua, che tendenzialmente esige la forma scritta *ad probationem* ⁽⁶¹²⁾, può essere dato genericamente da un carico totale o parziale, oppure da cose determinate, nell'un caso operando le particolari norme del trasporto di carico ⁽⁶¹³⁾, c.d. *voyage charter*, nell'altro quelle del trasporto di cose

per quelli pubblicistici dal Codice per la marina mercantile del 1887 e relativo regolamento del 1879, deve riconoscersi al codice del '42 il fondamentale merito dell'unificazione in un plesso codicistico autonomo dell'intera materia della navigazione per mare interna ed aerea, modellando gli istituti della navigazione aerea su quelli millenari della navigazione marittima, e configurando questa come parte generale della disciplina. Per completezza deve citarsi l'emanazione nel campo della navigazione aerea del D.m. 18 giugno 1981, costituente Regolamento di attuazione del Capo II, Titolo VI, Libro I, Parte II del codice della navigazione. Tra la bibliografia che offre la panoramica di più agevole lettura della specialistica materia in esame, anche sotto l'aspetto della sua evoluzione nella plurisecolare storia, si rimanda a: SCIALOJA, *Corso di diritto della navigazione*, I, Roma, 1943; LEFEBVRE-PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1983; GAETA, *Diritto della navigazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1987, I, 1; GRIGOLI, *Diritto della navigazione*, Torino, 1982; FIORENTINO, *Diritto della navigazione*, Napoli, 1954; CAMARDA, *Fonti e strutture organizzatorie nel diritto della navigazione*, Torino, 1988; PESCATORE, *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951.

⁽⁶¹¹⁾ Il contratto di trasporto disciplinato dal codice della navigazione racchiude eterogenei sottotipi che si differenziano in ragione della via (per acqua e per mare), e dell'oggetto (di persone e di cose e bagagli). La normativa speciale deve coordinarsi con quella di diritto comune di cui all'art. 1680 cod. civ. che, pur applicandosi anche ai trasporti per via d'acqua o per via d'aria, fa comunque salve le disposizioni del codice della navigazione e delle leggi speciali eventualmente derogatorie. Inoltre, a mente dell'art. 1 del cod. nav., le norme del diritto civile comune si applicano alla materia della navigazione marittima interna ed aerea solo in mancanza di disposizioni *ad hoc* di tutte le fonti del codice della navigazione stesso, compresi regolamenti ed usi, o di altre applicabili per analogia. Da questo punto di vista, l'art. 1680 cod. civ. non integra la disciplina del trasporto per mare ed aria ma, essendo collocata in una fonte di carattere generale, circoscrive la sfera di efficacia del codice civile, stabilendo il principio che questo trova applicazione ai contratti di trasporto solo se la normativa speciale non dispone diversamente. Sul contratto di trasporto: ASQUINI, voce *Trasporto (in genere)*, in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973; IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970; CARBONE, *Contratto marittimo di cose*, Milano, 1988.

⁽⁶¹²⁾ Se la prestazione deve essere eseguita mediante navi a propulsione meccanica di stazza superiore alle dieci tonnellate, o ad altro tipo di propulsione superiori alle venticinque. Ma tra le parti la prova può emergere anche dalla polizza di carico, titolo di credito rappresentativo di merci, o dalla lettera di trasporto aereo, come solitamente accade per il trasporto di cose determinate; mentre, quello su nave determinata è attestato da apposito documento (*charter party*). In argomento si veda TULLIO, *I contratti di charter party*, Padova, 1981, p. 257. In ordine alla efficacia probatoria delle polizze di carico, cfr. PAVONE LA ROSA, *Studi sulla polizza di carico*, Milano, 1958; ASCARELLI, *Causalità e astrattezza nella polizza di carico*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, I, p. 3 e ss.

⁽⁶¹³⁾ Si tratta della disciplina generale sul trasporto di cose di cui agli artt. da 419 a 438 cod. nav., ai quali rinvia l'art. 439, nell'intento, dichiarato dalla Relazione al cod. nav., n. 259, di ricondurre nell'ambito del trasporto, caratterizzato dall'individuazione del mezzo, la figura del noleggio a viaggio con obbligo di riconsegna del carico all'arrivo. La figura contrattuale in oggetto ha come obbligazione del vettore sia quella di trasportare da un luogo ad un altro con una determinata nave (o un aeromobile) un carico che utilizzi totalmente o in parte gli spazi di carico a disposizione del mezzo. Quando il trasporto riguarda un carico parziale di merci omogenee caricate da parte di più spedizionieri sulla stessa nave, il titolare della singola partita diventa comproprietario *pro quota* del coacervo al momento del carico, e riacquista la

determinate ⁽⁶¹⁴⁾, c.d. *carriage in a general ship*. I due tipi di contratto si differenziano ⁽⁶¹⁵⁾ proprio sotto l'aspetto della determinatezza della nave ed aeromobile, piuttosto che sulla base dell'oggetto della prestazione.

Invero il trasporto di carico totale o parziale, proveniente dal vetusto "noleggio a colletta", solitamente esercitato dai *tramps* nel quadro del traffico libero, presuppone come elemento naturale la messa a disposizione di un determinato mezzo nautico al fine di usarne in tutto o in parte il potenziale di carico; l'obbligazione che ne nasce è dunque di specie, con la conseguenza che se la nave si perde prima del trasporto per fatto non imputabile al vettore ai sensi dell'art. 1463 cod. civ., questi è liberato.

Non è da escludere però che la nave sia determinata solo nel genere attraverso l'indicazione di taluni requisiti, sicché l'obbligazione del vettore è quella di cui all'art. 1178 cod. civ.; oppure che, in difetto di specificazione del mezzo, esista una riserva di indicazione a favore del vettore. Ancora, se la nave è indicata quale alternativa da

proprietà esclusiva una volta specificatagli alla riconsegna: Cass., 3 novembre 1983, n. 6470, in *Trasp.*, 34, 1984, 108, con nota di FOGLIANI. Cfr. Lodo arb., 27 dicembre 1993, in *Dir. mar.*, 1994, 1123, con nota di TORIELLO, *Osservazioni in tema di atipicità nei contratti di utilizzazione della nave*, che ha qualificato come atipico soggetto alla maggiore prescrizione decennale, anziché di trasporto di carico parziale, il contratto con cui l'armatore mette a disposizione del caricatore un certo spazio della nave impegnata in servizio di linea per un certo tempo, verso un corrispettivo fisso a prescindere dall'uso dello spazio.

⁽⁶¹⁴⁾ Disciplinato dagli artt. 451-456 e 950-955 cod. nav., ed avente ad oggetto l'obbligazione di trasportare cose specificate mediante un veicolo determinato solo nel genere.

⁽⁶¹⁵⁾ Come è dato leggere nella Relazione al codice della navigazione, n. 248, la diversità di disciplina è parsa giustificata in virtù delle "esigenze della realtà", riferite alle eterogenee modalità di esecuzione delle relative prestazioni. Criticano il fondamento della distinzione, tuttavia: ROMANELLI, *In tema di trasporto sui voli <<charter>>*, in <<*Annali Istituto dir. aeron.*>>, Univ. Catt. Milano, II (1970-1971), p. 36, e SPASIANO, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in *Studi per Berlingieri*, Genova, 1964, p. 54, che rileva giustamente come, tra l'altro, un carico parziale può costituire la *summa* di più cose determinate, con l'inconveniente di non evincersi quale sia la disciplina da applicare; e che, proprio in ragione di tale rischio di confusione ritiene importante l'elemento della determinatezza o meno della nave per connotare il trasporto di carico totale o parziale da quello di cose determinate, perché per il primo è indispensabile scegliere una nave che abbia le caratteristiche e la portata idonee a specificare il volume di carico. Si può ribattere però che lo spazio del mezzo potrebbero assumere rilievo anche ai fini del trasporto di cose determinate, senza sottacere che la stessa Relazione al cod. nav. prevede, al n. 248, che i trasporti di carico si servono "normalmente" di una nave determinata, lasciando così possibile la convenzione contraria: TULLIO, *I contratti di charter party*, cit., p. 248.

sceglersi ad opera del vettore o dell'armatore tra due (o più) differenti indicate, si applica la disciplina delle obbligazioni alternative contenuta negli art. 1285 e ss. cod. civ.

Il contratto di trasporto di cose determinate, denominate dal codice "colli" ⁽⁶¹⁶⁾, abitualmente svolto dai *liners* nel traffico di linea, prescinde dalla determinazione del mezzo che il vettore deve fornire per l'adempimento della prestazione, potendo armatore ed esercente sostituire il mezzo (salvo espresso divieto) con altro equivalente sino all'inizio del tragitto, ai sensi del combinato disposto degli art. 429, 2° comma e 451 cod. nav., ed essendo vietato perciò il trasbordo in costanza di percorrenza. Ne deriva inoltre che, risultando il mezzo nautico oggetto del patto di trasporto di cose determinate individuato solo nel genere, esso è del tutto fungibile e intercambiabile con uno che abbia requisiti parificabili; pertanto, anche l'obbligazione del vettore è di genere, e resta tale fino all'inizio del viaggio, intrapreso il quale deve ritenersi definitivamente specificata.

Qualora poi l'accordo preveda invece l'esecuzione della prestazione solo con la nave in esso designata, l'obbligazione è di specie e soggiace alla disciplina dell'art. 1463 cod. civ. ⁽⁶¹⁷⁾.

Il che permette di cogliere la dissimile pregnanza assunta dalla nave entro i due suddetti regolamenti contrattuali; nel senso che l'interesse negoziale nel trasporto di carico, contrariamente a quello dello stesso tipo con oggetto determinato, trova soddisfacimento *ex se* dalla specificazione della capacità di carico e degli altri pregi del

⁽⁶¹⁶⁾ Così la Relazione al codice della navigazione, nn. 248-264, che parla di "oggetti singoli" o di "colli". A tal riguardo si è sottolineato che, se il concetto di "singoli" richiama quello della determinatezza, non altrettanto può dirsi quanto al concetto di "colli", che evoca un qualsiasi oggetto di qualunque dimensione da spedire o trasportare: così SPASIANO, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, cit., nota n. 11.

⁽⁶¹⁷⁾ Da notare che nel trasporto aereo non viene mai specificato l'aeromobile con cui deve effettuarsi il trasporto, sicché il vettore può liberamente trasbordare anche durante l'*iter*.

mezzo del vettore, giacché agevola di riflesso la determinazione dell'oggetto stesso del trasporto, inizialmente indeterminato, il quale si evince proprio dall'entità degli spazi fruibili per la navigazione (⁶¹⁸). Per converso, l'interesse contrattuale in capo al caricatore nel trasporto di cose specificate si esaurisce nel trasferimento di un certo quantitativo di merce.

Affinché la nave possa dirsi indeterminata, imponendo la necessità dell'intervento di completamento dell'oggetto del negozio, rileva il difetto di indicazioni della portata e di tutti quei requisiti che rivestono influenza in relazione agli interessi che i contraenti mirano a soddisfare (⁶¹⁹).

Quando il mezzo nautico si mostra non definito nell'accordo, evenienza che può presentarsi come visto per la natura stessa del contratto oppure per scelta apposita delle parti, diviene necessario ricorrere all'attività determinativa del soggetto a ciò facoltizzato dal negozio, che sia parte o estraneo allo stesso. La funzione che costui andrà a svolgere pare assimilarsi senza dubbio a quella dell'*arbitrator boni viri*; atteso che, nel caso in cui è chiamato a scegliere la nave per il trasporto di carico eccezionalmente lasciata indeterminata, deve attenersi alle precauzioni derivanti dai requisiti resi necessari dall'oggetto stesso del trasporto, che, come precisato, sussistono sempre, come la portata minima di carico.

(⁶¹⁸) Come assume ROMANELLI, *In tema di trasporto sui voli <<charter>>*, cit., p. 36, argomentando dall'art. 440 cod. nav. Aggiunge TULLIO, *I contratti di charter party*, cit., p. 249, che l'indicazione della nave e dunque dei relativi requisiti influenza anche il livello di cooperazione richiesto al vettore nella attività di esecuzione della prestazione, ed in particolare la messa disposizione di un mezzo che risponda ai requisiti verso cui lo spedizioniere ha mostrato interesse.

(⁶¹⁹) GAETA, *La distinzione fra contratto di trasporto di carico e contratto di trasporto di cose determinate*, in *Riv. dir. nav.*, 1972, I, p. 172; DE VITA, *Contributo alla teoria del trasporto marittimo di cose determinate*, Milano, 1964, p. 19 e ss.

Nell'ipotesi diversa di determinazione fisiologica del mezzo per il trasporto di cose determinate, l'irrilevanza in linea di principio del mezzo al momento dell'accordo viene limitata dal dovere di sceglierne uno che sia idoneo all'adempimento dell'obbligazione nel momento successivo dell'effettivo trasporto e, pertanto, dotato di un volume di carico sufficiente per il complesso degli oggetti determinati nel contratto. In sostanza non sembra avere spazio il mero arbitrio, in ragione dell'esistenza di criteri guida che delimitano sensibilmente l'apprezzamento dell'arbitratore, derivanti dalla causa e dall'oggetto stesso di entrambe le specie contrattuali – che è quello di compiere il trasporto di un quantitativo di una merce di quantità (seppure non di natura e qualità) sempre definita – la cui violazione pregiudica in radice l'assolvimento della concreta funzione economico sociale del negozio.

Qualche problema in ordine alla comprensione di chi sia il soggetto legittimato a svolgere la mansione di arbitratore potrebbe sorgere nel caso in cui il contratto non si esprima sul punto.

Un'indicazione logica e ragionevole proviene dal ricorso per analogia alla disciplina in tema di scelta della prestazione oggetto dell'obbligazione alternativa, che prevede la legittimazione alla scelta del debitore, in mancanza di accordi diversi che la rimettono al creditore o al terzo, ai sensi dell'art. 1286 cod. civ. Dunque, vettore e armatore hanno facoltà di determinare la nave deputata al trasporto e, dinanzi alla loro inerzia, il caricatore e lo spedizioniere possono chiedere al giudice di decidere in loro vece, secondo il comma 2 dell'art. 1349 cod. civ., sempre che, una volta decorso il termine per il viaggio, abbiano ancora interesse all'adempimento piuttosto che alla

risoluzione del contratto per inadempimento, tanto del patto di arbitraggio quanto, di riflesso, di quello di trasporto.

Resta impregiudicata l'impugnabilità della decisione palesemente erronea (poiché caduta ad esempio su di una nave adatta al trasporto di carichi liquidi, anziché di bestiame come da contratto), o evidentemente iniqua (giacché, in un contratto che preveda deroga all'art. 442 cod. nav., e quindi spese di carico e scarico gravanti sul caricatore, venga optata un nave la cui struttura comporti costi notevolmente superiori a quelli richiesti dall'altra oggetto dell'alternativa, e non vi fosse motivazione per preferirla); la determinazione annullata potrà essere sostituita da quella giudiziale.

Non è invece arbitraggio l'istituto che risponde alla denominazione di chirografo d'avaria disciplinato dall'art. 619 cod. nav., stante l'inequivoca formulazione della norma ⁽⁶²⁰⁾ e la chiara funzione assolta dallo strumento ⁽⁶²¹⁾.

Va premesso che il ricorso al chirografo presuppone il verificarsi di un'avaria comune, o generale, consistente a rigor di termine nei danni e nelle spese derivate da un atto posto in essere per la salvezza di una spedizione marittima; in accezione più lata però l'avaria viene riferita anche alla fase della contribuzione, e dunque all'intero antichissimo istituto ⁽⁶²²⁾ di diritto marittimo informato al principio equitativo per cui le

⁽⁶²⁰⁾ Il 1° co. dell'art. 619 cod. nav. stabilisce: "Gli interessati possono, mediante stipulazione di chirografo di avaria, compromettere per arbitri le controversie relative alla formazione del regolamento di contribuzione".

⁽⁶²¹⁾ In costanza del previgente codice di commercio non vi era la stessa certezza circa la natura dell'istituto, a causa dell'ambigua formulazione del disposto dell'art. 658: LEFEBVRE D'OVIDIO, *Sulla natura giuridica del chirografo d'avaria e su alcune sue clausole particolari*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 47 e ss.; ID, *Questioni varie in materia di liquidazione delle avarie comuni*, *ivi*, 1939, II, p. 274 e ss.

⁽⁶²²⁾ In realtà, mentre l'atto di avaria è il provvedimento che il comandante della nave adotta ai sensi dell'art. 302 cod. nav. per salvare la spedizione, sacrificando parte della nave o del carico, o disponendo una spesa, la contribuzione alle avarie è l'obbligazione di ripartire spese e danni tra i soggetti interessati. Sul tema in generale, cfr. BERLINGIERI, *Delle avarie e della contribuzione nelle avarie*, Torino, 1888; ANTONINI, *L'obbligazione contributiva nelle avarie comuni*, I, II, Padova, 1983; BOGLIONE, *Avarie*

conseguenze pregiudizievoli dell'atto di salvataggio, effettuato nel comune interesse di più soggetti, devono ripartirsi addosso a tutti i medesimi, in proporzione al vantaggio da ciascuno conseguito.

Invero come è agevole avvedersi l'istituto richiama un atto con cui gli interessati della ripartizione delle masse creditorie e debitorie, formate al fine di provvedere al regolamento contributorio ⁽⁶²³⁾ (cioè alla distribuzione a ciascuna parte della spedizione di una quota del complessivo ammontare della massa di credito corrispondente al rapporto tra valore di stima del bene per cui concorre o ammontare totale della massa di debito) rimettono o assumono l'obbligo di rimettere ad arbitri la predisposizione del regolamento stesso.

Il chirografo d'avaria è quindi un arbitrato avente ad oggetto il deferimento ai giudici privati del compito di risolvere la potenziale controversia circa la ripartizione dei doveri di contribuzione, stabilendo le quote di spettanza di ciascuno indicate nell'apposito regolamento.

Il procedimento può seguire le norme del codice di procedura civile disciplinanti l'arbitrato rituale o irrituale ⁽⁶²⁴⁾, stante la disposizione del 2 comma dell'art. 619 cod.

comuni, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Comm.*, II, Torino, 1987, p. 38 e ss.; TORRENTE, *Appunti sulla natura dell'avaria comune*, in *Riv. dir. nav.*, 1959, I, p. 379.

⁽⁶²³⁾ Sono parti del regolamento contributorio, la cui disciplina è peraltro di natura dispositiva e dunque derogabile, i debitori del contributo, che sono gli interessati alla spedizione, quali i proprietari della nave o del carico e gli aventi diritto al nolo o coloro per cui il nolo è in rischio, tutti soggetti sui quali pende il rischio della perdita della nave o del carico o del nolo. I creditori sono i diretti ed effettivi danneggiati dall'atto di avaria, per averne sostenuto la spesa, o perso il nolo, o subito il danneggiamento della nave o del carico di loro proprietà. L'oggetto della contribuzione è l'importo pari al danno complessivo d'avaria, calcolato in base al nesso causale di cui all'art. 470 cod. nav. e liquidato mediante procedimento arbitrale (con il chirografo d'avaria) o giudiziale, attraverso la compilazione del regolamento d'avaria comune, atto prettamente tecnico che riporta le singole voci attive e passive, con le quote individuali di debito e credito.

⁽⁶²⁴⁾ Giova segnalare che il ricorso all'arbitrato libero risulta assai più frequente nella prassi internazionale, considerato che la liquidazione delle avarie comuni ottenuta stragiudizialmente per via di un negozio che, pur non avendo efficacia di giudicato, risulta vincolante tra le parti stabilendo una ripartizione delle quote alle quali gli interessati prestano acquiescenza, preferendo derogare la composizione amichevole nella

nav.; con la precisazione che è necessario convenire espressamente che si vuole una decisione suscettibile di *exequatur*, affinché il lodo possa avere efficacia di titolo esecutivo.

Tuttavia la disposizione deve essere riletta alla luce dell'ultima riforma della materia arbitrale la quale, come sei è osservato a tempo debito, ha rovesciato la presunzione di favore per l'arbitrato libero, rendendola operante solo in difetto di esplicito (o implicito ma comunque evidente) richiamo a quello rituale, ed imponendo che per avere la decisione con determinazione contrattuale in deroga all'art. 824-*bis* c.p.c. è necessaria una disposizione espressa per iscritto, in difetto della quale si applicano le disposizioni dell'arbitrato rituale.

Da quanto sopra consegue poi che tutti gli aspetti relativi al procedimento arbitrale ed alla capacità di stipulare e disporre, al numero degli arbitri, ed ogni altro profilo procedimentale deve adeguarsi ai noti disposti normativi operanti nella materia.

E' stato altresì osservato che le clausole usualmente inserite nelle polizze di carico o nei contratti di noleggio, contenenti l'obbligo di provvedere, al verificarsi di dati e circostanze, alla sottoscrizione del chirografo d'avaria, sono da considerarsi clausole compromissorie giacché, in sostanza, attuano un vincolo preliminare alla successiva stipula di un atto che costituisce il compromesso per così dire definitivo ⁽⁶²⁵⁾.

Nel caso in cui invece non sia stato sottoscritto il chirografo, trova applicazione lo speciale procedimento giurisdizionale a tal fine apprestato dall'art. 611 cod. nav., che

formazione dello stesso regolamento anche per scongiurare eventuali questioni originate dalla liquidazione e dalla contribuzione. Il ricorso all'arbitrato libero è tuttavia possibile nella misura in cui non vi siano disposizioni inderogabili di legge o di contratti o accordi collettivi: SCAFIDI, *La contribuzione alle avarie comuni*, Trapani, 1991, p. 129.

prevede l'instaurazione di un procedimento per azionare la contribuzione alle avarie comuni mediante ricorso al Pretore competente, oggi da intendersi ovviamente riferito al Tribunale ⁽⁶²⁶⁾.

Infine, l'azione giudiziale di contribuzione alle avarie comuni si prescrive decorso un anno dal termine del viaggio della nave, al pari dell'azione rivolta ad ottenere la condanna del pagamento delle quote emesse all'esito di un regolamento irrituale ⁽⁶²⁷⁾.

3. La determinazione del prezzo di acquisto in via di prelazione dei beni culturali ex art. 60 D.lgs. 22.01.2004, n. 42.

Un altro particolare caso di arbitraggio unilaterale è contemplato dal codice dei beni culturali e del paesaggio *sub* art. 60.

⁽⁶²⁵⁾ In tale direzione LEFEBVRE D'OVIDIO-PESCATORE-TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, VIII Ed., p. 763.

⁽⁶²⁶⁾ La disciplina è estremamente lineare e prevede la nomina tramite ordinanza di uno o più liquidatori di avaria, che nel caso delle navi marittime devono essere inseriti in un elenco speciale ai sensi degli artt. 477-478 Reg. nav. mar., che soggiacciono alle norme del c.p.c. relative ai consulenti tecnici; la fissazione di un termine entro il quale il comandante della nave deve depositare presso la Cancelleria una copia da lui sottoscritta del processo verbale da cui risultano le cause e i provvedimenti presi dal comandante; la fissazione di una udienza per l'audizione degli interessati, convocati con forme che attestino l'avvenuta ricezione della comunicazione esaminati i documenti acquisiti viene fissato un termine entro il quale depositare il regolamento di contribuzione predisposto dai liquidatori, del cui deposito viene data comunicazione agli interessati. Il regolamento può essere impugnato entro 30 giorni dalla comunicazione del relativo deposito mediante ricorso dinanzi alla Corte d'Appello, che provvede alla convocazione delle parti, previa riunione dei diversi ricorsi eventualmente avanzati. La pronuncia definitiva, una volta passata in giudicato, consente l'apposizione di un'ordinanza di omologazione al regolamento che gli conferisce efficacia di titolo esecutivo. Diversamente, all'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato il Tribunale dispone la formazione di un nuovo regolamento ad opera dello stesso o di altro liquidatore, che potrà nuovamente essere impugnato ma non per gli stessi motivi già spesi nel precedente gravame. Altre norme apposite disciplinano le ipotesi di recupero delle cose perdute e di modifica consequenziale del regolamento.

⁽⁶²⁷⁾ Così QUERCI, *Diritto della navigazione*, Padova, 1989, p. 547, il quale peraltro precisa che una volta apposta l'ordinanza di omologazione del regolamento, oppure emesso il decreto di esecutorietà del lodo arbitrale rituale oppure ancora passata in giudicato la sentenza sull'azione giudiziale di contribuzione alle avarie comuni, alla prescrizione annuale si sostituisce quella ordinaria ai sensi dell'art. 2953 c.c.

La norma, nell'occuparsi della facoltà di acquisto in via di prelazione ⁽⁶²⁸⁾ esercitata dal Ministero, dalla regione o da altri enti pubblici territoriali (se a questi ultimi due il primo trasferisce la propria), stabilisce che il corrispettivo del trasferimento venga determinato *ex officio* dal soggetto prelazionario, qualora il bene sia alienato insieme ad altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza la previsione del corrispettivo in denaro, oppure ancora sia trasferito in permuta; tutte evenienze derivanti dall'evenienza in cui l'acquisto non possa avvenire al prezzo risultante dall'atto di alienazione o dalla denuncia che attribuisce il valore nell'atto di conferimento.

Il prezzo viene così ad essere fissato nel medesimo decreto che opera il trasferimento del bene ⁽⁶²⁹⁾.

Il proprietario alienante ha la possibilità di reagire al *quantum* liquidato d'ufficio agendo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, trattandosi di controversia involgente un diritto soggettivo (non già di interesse legittimo ⁶³⁰), sia negando che sussistano le condizioni previste dal primo comma dell'art. 60 D.lgs. 42/04, e quindi la potestà

⁽⁶²⁸⁾ L'istituto, che salvaguarda i beni di particolare e rilevante interesse per la collettività, realizza il controllo pubblico nella circolazione dei beni culturali, e trova fondamento nell'art. 9 della Costituzione. In forza della prelazione il negozio di vendita viene caducato rispetto ad entrambe le parti, e sostituito da un rapporto giuridico obbligatorio tra amministrazione ed alienante, con l'effetto di inserire coattivamente lo stato (al momento della formazione del provvedimento formale, e dell'emissione del mandato di pagamento, con la notifica al venditore) in un rapporto già concluso e valido, ma soggetto a condizione, in luogo dell'originario contraente: BUONAURO, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di LEONE-TARASCO, Padova, Cedam, 2006, *sub* art. 60, p. 397 e ss., cui si rinvia per altri riferimenti. In giurisprudenza, Corte Cost., 269/95, che ne ha affermato la compatibilità con il rispetto dell'autonomia negoziale dei privati.

⁽⁶²⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 1987, n. 802, in *Cons. Stato*, 1987, I, 1467, che afferma l'inderogabilità del prezzo dichiarato e la conseguente inammissibilità di un suo adeguamento al valore venale del bene.

⁽⁶³⁰⁾ T.A.R. Lombardia, 1547/04, per cui la controversia relativa al *quantum* spettante al privato, dopo l'esercizio della prelazione culturale, afferisce ad un rapporto obbligatorio originato dall'esercizio del potere stesso. Diversamente deve dirsi quando si contesti la legittimità dell'esercizio del potere statale di supremazia sotteso al diritto di prelazione, poiché in tal caso sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, in virtù dell'affievolimento del diritto del privato operata dall'atto dell'amministrazione. In ogni caso, esiste litisconsorzio necessario in capo ad alienante ed acquirente privati destinatari del provvedimento di esercizio della prelazione: Cass., 2646/85.

dell'autorità amministrativa di determinare il prezzo, sia lamentando l'esiguità del prezzo indicato nel decreto in misura eguale a quello dell'alienazione o della denuncia, chiedendone una quantificazione superiore.

In alternativa a questa ipotesi che, pur non essendo contemplata dalla legge è tuttavia da ritenersi ammissibile in virtù delle norme costituzionali ed ordinarie dell'ordinamento, il proprietario può altresì chiedere che la determinazione del prezzo del trasferimento venga fissato da un soggetto "terzo", designato concordemente all'amministrazione; in caso di disaccordo riguardo la nomina o la sostituzione del terzo arbitratore che non possa o non voglia accettare l'incarico, la designazione verrà effettuata dal Presidente del Tribunale del luogo di conclusione del contratto.

In perfetta coerenza con la disciplina dell'arbitraggio, è il 4° comma dell'art. 60 in commento legittima l'impugnazione della determinazione del prezzo resa dal terzo quando viziata da errore o da manifesta iniquità.

Che si tratti sotto tutti i punti di vista di un fenomeno di arbitrato non vi sono dubbi, attesa la formulazione della norma che ricalca quasi integralmente quella dell'art. 1349 comma 1, c.c. , e la finalità stessa perseguita dal terzo che è evidentemente diversa dalla risoluzione di una controversia giuridica in qualità di giudice o di arbitro.

E' chiaro anche che al terzo viene rimesso il completamento dell'elemento oggettivo per eccellenza del negozio di trasferimento in via di prelazione, in vece dell'accordo autonomamente raggiunto tra i contraenti (⁶³¹).

D'altra parte, ponendo l'accento sul tipo di attività richiesta al terzo, che finisce per risolversi il più delle volte in un calcolo algebrico guidato da elementi base sottratti

alla volontà dispositiva delle parti (quali ad esempio il valore catastale del bene), potrebbe affermarsi che in realtà ci si trova dinanzi ad una perizia arbitrale o contrattuale⁽⁶³²⁾.

Si è dell'avviso tuttavia che la qualifica di perito non sia in questo caso particolare del tutto calzante, in considerazione del fatto che la legge, prevedendo espressamente l'impugnazione del *dictum* viziato da manifesta iniquità, oltre che da errore (che è concetto ovviamente riferito ai dati assunti a fondamento del calcolo, e che quindi da solo avrebbe potuto confermare la natura peritale dell'incarico), mostra di aver fatto riferimento ad un possibile vizio che può anche prescindere dalla violazione del solo procedimento di assunzione di dati (e di calcolo in virtù degli stessi), bensì anche ad un vizio derivante da un inaccettabile squilibrio tra le rispettive prestazioni.

Concetto che presuppone per definizione un apprezzamento non riguardante dati oggettivi ma profili equitativi.

Si vuole osservare in sostanza che, se il sistema avesse previsto una perizia contrattuale pura e semplice, avrebbe in coerenza limitato l'impugnativa al solo vizio dell'errore, già assorbente di tutti gli altri profili di censurabilità della decisione che, passando attraverso una semplice elaborazione tecnica di dati oggettivi, potrebbe essere o erronea (perché non aderente alle regole del calcolo) o, viceversa, corretta alla luce delle stesse; non già anche iniqua, perché l'ingiustizia della decisione sarebbe inclusa *ex se* nell'errore stesso.

⁽⁶³¹⁾ ANDRIOLI, *Determinazioni arbitrali per la tutela di cose di interesse artistico e storico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, p. 19.

⁽⁶³²⁾ In tale direzione CATRICALA', voce *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Ed. Treccani, 25.

Non è dato comprendere in verità se la previsione del gravame della decisione in caso di semplice errore, e non già di errore propriamente manifesto, sia dovuto ad una mera svista nella stesura della norma da parte del legislatore; il quale avrebbe tralasciato di anteporre l'aggettivazione "manifesta", tanto all'erroneità quanto all'iniquità, anziché soltanto alla seconda.

Certo è che il vizio dell'errore *tout court* esprime qualcosa di diverso ed evidentemente meno grave dell'errore manifesto; di talché un'interpretazione strettamente letterale della norma potrebbe indurre ad opinare che la decisione in ordine al prezzo sia annullabile anche per errori non così gravi da balzare subito ed agevolmente agli occhi dell'uomo, anche non perito: quindi, più spesso di quanto potrebbe accadere invece se si potesse sanzionare soltanto un errore così grave ed incisivo da emergere *ictu oculi*.

Tuttavia il rilievo della natura di arbitraggio dell'istituto pare giustificare una lettura non così rigorosa e, quindi, la conclusione che anche l'erroneità debba risultare in maniera palese onde consentire l'annullamento.

La qualificazione indubbia di arbitraggio equo e prudente legittima infine la domanda di una o di entrambe le parti affinché l'autorità giudiziaria adita determini il corrispettivo dell'alienazione, in luogo non solo di quella annullata, ma anche di quella che il terzo non renda, nonostante l'accettazione dell'incarico: invero, pur mancando nel comma 2 dell'art. 6 d. lgs. 42/04 una disposizione analoga a quella presente nell'art. 1349, comma 1 seconda parte (che si occupa dell'ipotesi in cui la determinazione del terzo "manca") l'affinità (*rectius*: identità) tra gli strumenti che contemplano casi simili di

intervento determinativo del terzo, pur se in materie non analoghe, legittima l'applicazione analogica del secondo disposto alla fattispecie disciplinata dal primo.

In passato non è mancata la tendenza a qualificare la funzione del terzo come organo amministrativo, sulla scorta della natura della materia oggetto della decisione caratterizzata dalla presenza di atti amministrativi anziché negozi giuridici, che suggeriva di ritenere che alla base della decisione vi fosse un procedimento amministrativo complesso preordinato alla definizione della prelazione artistica. Anche perché il decreto dell'autorità, pur se immediatamente produttivo dell'effetto traslativo, non è idoneo a definire irrevocabilmente l'altro aspetto del rapporto bilaterale di prelazione (⁶³³).

E' possibile però obiettare che è necessaria l'accettazione della liquidazione da parte del proprietario, in difetto della quale questa non potrà imporsi autoritativamente determinando un effetto di acquiescenza del privato; con ciò intendendosi elevare la volontà positiva dell'interessato a requisito irrinunciabile per il perfezionamento del trasferimento (⁶³⁴).

L'azione di annullamento della determinazione del prezzo rientra come detto nella giurisdizione ordinaria dibattendosi relativamente al diritto soggettivo patrimoniale dato dal corrispettivo (⁶³⁵).

(⁶³³) Così Cass. 17 febbraio 1976 n. 514 ...; vedi però Cass. Sez. Un. 27 gennaio 1977 n. 401 in *Rass. Avv. Stato*, 1977, 408.

(⁶³⁴) In tal senso ALIBRANDI-CENERINI, *I beni culturali e ambientali*, in *Commentario di legislazione amministrativa*, fondato da PIGA e diretto da LASCHENA, Milano, 2001, p. 526 per i quali la disposizione così come configurata rivela la volontà di non dare rilevanza adesiva all'inerzia del privato davanti alla quantificazione dell'amministrazione.

(⁶³⁵) In realtà il credito del privato sorge contemporaneamente all'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'amministrazione, cosicché il credito è immediatamente liquido se il prezzo è quello dell'atto di alienazione, altrimenti diviene tale quando determinato secondo il procedimento in esame. Occorre ricordare che i crediti verso le amministrazioni statali diventano esigibili solo nel momento in cui viene adottato l'ordine di pagamento successivamente all'atto costitutivo dell'obbligazione che grava sull'autorità

Sembra opportuno infine dare conto delle modificazioni intervenute riguardo la disposizione in parola, prendendo le mosse dalla formulazione originariamente contenuta nell'art. 31 della legge 1089/39, la quale prevedeva che la determinazione del prezzo fosse resa da una commissione composta da tre membri, due dei quali nominati dalle parti dell'alienazione, la terza dal presidente del tribunale, e che la decisione fosse "insindacabile"; pertanto, non era data altra via per sfuggire alla quantificazione del corrispettivo, quand'anche fosse risultato manifestamente iniquo ed erroneo, con ciò sottintendendo che si vertesse in ambito di *arbitrium merum*.

Successivamente, con l'approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, per norma del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, la precedente disposizione è stata trasfusa nell'art. 59, con la rilevante modificazione introdotta in ordine all'impugnabilità della determinazione erronea o manifestamente iniqua.

Da ultimo, l'accorpamento delle disposizioni di cui al predetto testo unico con quelle in materia paesaggistica, nell'unico codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/04, emanato ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002 n. 137), ha visto inserire lo strumento dell'arbitraggio nell'art. 60, apportando l'ulteriore modificazione consistente nella sostituzione alla commissione di tre membri, nel ruolo di arbitratore, con un "un terzo" da nominarsi concordemente; recando vantaggi all'alienante in termini di risparmio delle spese del procedimento la cui anticipazione è posta a suo carico.

4. Le decisioni del terzo arbitro sportivo. La commissione di controllo

AAMS. Le promesse al pubblico ed i concorsi a premi.

Come noto esistono molteplici competizioni di giuoco sportivo ⁽⁶³⁶⁾ sul cui esito si svolgono scommesse organizzate e diffuse presso tutto il territorio nazionale ed oltre ⁽⁶³⁷⁾.

Ebbene, di regola la vittoria del premio o la perdita della posta giocata è condizionata dall'esito dell'evento sportivo e, sovente, questo è a sua volta (purtroppo) condizionato, anziché dal naturale sviluppo del giuoco stesso, dagli atti e dalle deliberazioni delle autorità sportive facenti capo principalmente al Comitato Olimpico

⁽⁶³⁶⁾ Non si affronterà l'argomento del rapporto tra giuoco e scommessa, la cui diversità risiede proprio nella presenza dell'elemento economico presente nella seconda ed assente nella prima, e quello delle scommesse o puntate per concorsi pronostici basati su competizioni sportive che la legge reputa socialmente meritevoli di tutela, al punto di derogare alla generale incoercibilità del debito e della irripetibilità del suo spontaneo adempimento ex artt. 1933-1934 c.c. Si rinvia per approfondimenti al riguardo a BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 225 e ss., per cui l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, che può essere richiesta anche in casi diversi dalle lotteria, non determina ex se l'efficacia obbligatoria del debito di gioco, che quindi merita di essere tutelato secondo quanto prevede il codice; Cfr. anche VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 1986, p. 67; FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, III ed., Torino, p. 158 e ss.

⁽⁶³⁷⁾ La normativa attualmente vigente in materia è il frutto di ripetuti interventi correttivi, modificativi ed attuativi. Comunque, il corpo originario contenente la disciplina delle attività di giuoco è il D.lgs. 14 aprile 1948, n. 496, ratificato dalla l. 22 aprile 1953, n. 342, il quale stabilisce la riserva esclusiva dello Stato, attraverso il Ministero delle Finanze, con possibilità di affidamento a persone fisiche o giuridiche ritenute idonee, in merito all'organizzazione e l'esercizio dei giuochi di abilità e di concorsi pronostici con partecipazione soggetta al pagamento di una posta in denaro, e ricompensa in qualsiasi natura. Il D.p.r. 18 aprile 1951, n. 581 ne ha poi recato le norme regolamentari di applicazione ed esecuzione, dettando le norme comuni alla svolgimento di tutti i giochi di abilità e concorsi pronostici, disponendo in particolare all'art. 3 l'emanazione per ognuno di questi di un apposito regolamento. Per il concorso pronostici del Totocalcio, che qui interessa, è stato emanato il D.M. finanze 23 marzo 1963, poi oggetto a sua volta di successive modifiche ed integrazioni, ultima delle quali per opera del D. Direttoriale dell'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato 30 luglio 1998. Inoltre, il D. Direttoriale 22 marzo 2004 disciplina le modalità di partecipazione al concorso del Totocalcio (oltre che del Totogol e del "9"). Invece, le ultime modifiche recate alla disciplina generale dei concorsi pronostici su base sportiva di cui al predetto decreto presidenziale risultano quelle del D.M. economia e finanze 19 giugno 2003, n. 179, e del D.M. 5 agosto 2004, n. 228.

Nazionale Italiano; tra esse, gli organi di giustizia, gli arbitri ed i direttori di gara in genere.

Non stupisce pertanto la proliferazione delle controversie intentate dinanzi alla giustizia statale, inerenti le decisioni assunte dalle autorità sportive, le quali, pur sottoposte al peculiare regime della giustizia sportiva, producono effetti verso gli interessi patrimoniali degli scommettitori. E ciò poiché i competitori tesserati del Coni o degli altri enti o associazioni di regolamentazione dell'attività sportiva sono sottoposti al *decisum* dell'autorità della associazione ⁽⁶³⁸⁾ di cui fanno parte, in virtù del noto vincolo sempre più spesso nominato, non sempre a proposito, quale clausola compromissoria, sottoscritto all'atto del tesseramento presso l'ente di riferimento, e devono avanzare istanze reclami ed azioni necessariamente attenendosi alle prescrizioni dell'ordinamento sportivo ⁽⁶³⁹⁾. Per converso, gli scommettitori non subiscono direttamente tale limitazione, ma ne scontano in parte effetti indiretti nella misura in cui non possono dolersi davanti al giudice statale della violazione da parte degli organi decisori delle regole extragiuridiche disciplinanti le competizioni sportive.

Quando però si prendono in esame le conseguenze recate dalle decisioni dei direttori delle gare, si comprende come quella che è un'attività volta a garantire il rispetto di norme regolamentari di diritto sportivo, ciononostante determina le sorti dell'evento e, conseguentemente, le sorti delle puntate. Muovendo da tale prospettiva si è tentato di

⁽⁶³⁸⁾ L'ordinamento statale riconosce e garantisce l'autonomia e la separatezza di quello sportivo, conferendogli i necessari poteri di autodichia; resta ferma la primazia della legge dello stato, quando i rapporti giuridici soggettivi collegati all'ordinamento sportivo assumono rilievo per l'assetto giuridico statale, ai sensi dell'art.1, 2° co., legge 17 ottobre 2003, n. 280).

⁽⁶³⁹⁾ NUOVO, *L'ordinamento giuridico dello sport in rapporto al suo assetto economico sociale*, in *Riv. dir. sport.*, 1958, p. 3. Ad esempio, l'art. 27, 2° co. dello Statuto della Federazione Italiana Gioco Calcio prevede che tutti gli associati accettino "la prima e definitiva efficacia" dei provvedimenti adottati dalla F.I.G.C., dai suoi organi o soggetti delegati, anche nelle vertenze di carattere economico.

persuadere che l'arbitro sportivo agisce quale arbitratore ⁽⁶⁴⁰⁾, avendo il potere di individuare il legittimato a percepire la vincita, per volontà delle parti o per l'accettazione del regolamento dell'ente organizzatore degli eventi; da tale inquadramento delle funzioni si è dedotta anche la possibilità che l'autorità giudiziaria si ingerisca nella valutazione del corretto verificarsi dei presupposti (l'esito della gara), da cui sono scaturiti gli effetti economici patrimoniali relativi alle scommesse.

Per la maggioranza dei sostenitori della tesi, l'arbitraggio è sempre indefettibilmente equo e prudente, trovando limite, in ragione della funzione adempiuta dall'arbitro arbitratore, nei criteri e nelle regole del giuoco sotto cui si svolge la gara; la decisione adottata dall'autorità nel campo dell'evento sportivo è dunque censurabile ed annullabile, ai fini dell'efficacia della scommessa, laddove resa con dolo oppure manifestamente iniqua o erronea (cioè *ictu oculi* contrastante con le prescrizioni basilari del giuoco o clamorosamente ed ingiustificatamente dannosa per una parte contendente e vantaggiosa per l'altra). E questo, a prescindere dall'eventuale ratifica dell'autorità sportiva, attesa l'impossibilità di escludere la giurisdizione civile ordinaria o l'applicazione della legge in nome della pretesa autonomia di una norma ordinamentale sportiva, quand'anche gli si voglia attribuire connotati di giuridicità ⁽⁶⁴¹⁾.

⁽⁶⁴⁰⁾ In tale direzione CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 20 e ss.; ritiene però BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 236, che nel caso di scommesse organizzate e di concorsi per pronostici sull'esito delle competizioni sportive, mancherebbe il legame diretto tra gara e scommessa che invece è presupposto necessario per poter qualificare l'arbitro mandatario di chi scommette, restando solo la strada dell'azione dinanzi all'A.G.O. Escludono anche quest'ultima possibilità FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 623, VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., p. 13.

⁽⁶⁴¹⁾ Così FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., p. 171, ed *ivi* nota n. 24, che rileva come sia sempre ammissibile per il giudice statale valutare la liceità dei trasferimenti dei contratti di lavoro dei calciatori, ritenuti assai restrittivi della libertà individuale nel rapporto lavorativo stesso. Cfr. anche BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., pp. 15 e 209 e ss.

Si è d'altra parte pure affermata la visione più rigoristica favorevole all'annullabilità in presenza di una decisione frutto di mala fede dell'arbitro ⁽⁶⁴²⁾.

Con riferimento alla disciplina regolamentare comune allo svolgimento di tutti i giochi di abilità e concorsi pronostici su base sportiva di cui al D.p.r. 18 aprile 1951, n. 581, e segnatamente con riguardo a quella del Totocalcio di cui al D.M. 23 marzo 1963 del Ministero delle Finanze e successive modifiche ed integrazioni, si è inteso vedere nell'art. 15 una fonte integrativa del negozio, posto in essere con gli scommettitori dalla società concessionaria della attività di gioco su scommesse, nel contempo idonea a predeterminare i criteri in virtù dei quali individuare la compagine vincitrice. La garanzia dell'osservanza delle modalità di gioco spetta appunto al direttore di gara quale *arbitrator* garante del loro rispetto, che dirimerebbe così non solo la contesa tra le squadre in gara, ma, relazionalmente, anche quella tra gli scommettitori e l'ente di organizzazione sportiva, nel caso di specie la Federazione Italiana Gioco Calcio ⁽⁶⁴³⁾.

Un ricostruzione del genere non pare evidentemente condivisibile in ragione del rilievo che, pur ricoprendo l'arbitro un ruolo certamente tale da influenzare l'esito delle competizioni sportive, e dunque anche quello delle scommesse, non esercita tale funzione grazie al mandato od al patto di arbitraggio concluso dai soggetti destinatari diretti o mediati delle conseguenze, sportiva e patrimoniali, delle sue determinazioni. Inoltre, non decide alcuna controversia riguardante gli scommettitori, i quali possono se

⁽⁶⁴²⁾ Trib. Rovigo, 11 settembre 1948, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 101.

⁽⁶⁴³⁾ In tale direzione Cass., 12 luglio 1951, n. 1930, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 52, a decisione di un giudizio intrapreso da uno scommettitore contro la Sisal per contestare la legittimità della distribuzione delle vincite dal monte premi, compiuta attenendosi al risultato di una gara durata per un tempo inferiore a quello regolamentare per volontà dell'arbitro.

ritengono di essere stati lesi nei loro diritti patrimoniali, adire le vie della giurisdizione statale senza alcuna preclusione derivante da un qualche vincolo compromissorio ⁽⁶⁴⁴⁾.

Allo stesso modo non completa alcun negozio lacunoso perché, quello di gioco è completo in ogni suo elemento già quando concluso (cioè nell'istante della giocata); mentre l'elemento determinante le sorti del vincolo aleatorio (ossia l'esito dell'incontro sportivo) non deriva dalla determinazione, equa e prudente oppure meramente discrezionale dell'arbitro (che decide *iure proprio* chi vince o perde la gara, e di riflesso l'esito della scommessa), quanto piuttosto dal naturale sviluppo della competizione in base alle capacità delle squadra che si affrontano, dinanzi alle quali il direttore di gara si pone come soggetto istituzionalmente deputato dalla FIGC ad assicurare il rispetto del regolamento di gioco, superando le contese che in volta per volta si innescano tra i contendenti avversari durante la partita, e permettendo alla gara di pervenire ad un risultato che poi sarà oggetto di "omologazione" da parte della giustizia sportiva ⁽⁶⁴⁵⁾.

Merita indagarsi anche una tra le funzioni espletate da quella peculiare commissione di controllo istituita dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato

⁽⁶⁴⁴⁾ Senza sottacere che per definizione l'arbitro risolve la lite dopo che è insorta, non già prima, come sarebbe se si reputasse che il direttore di gara sportiva è arbitro, nel senso di giudice privato. Per non parlare poi delle insuperabili obiezioni che potrebbero sollevarsi circa le modalità di sottoscrizione della clausola compromissoria da parte degli scommettitori, che si limitano a versare la somma della scommessa ritirando la relativa ricevuta, ponendo in essere un comportamento che è attuazione di un negozio di gioco, ma che, in difetto di accordo espresso precedente tra le stesse parti, e di prescrizioni contenute nel regolamento di gioco al quale con l'atto di pagamento della somma si aderisce, è privo di conclusione giuridicamente vincolante in ordine alla rinuncia alla via giustiziale statale.

⁽⁶⁴⁵⁾ Che ha così il potere decisivo ultimo riguardo l'esito della gara svoltasi sotto il giudizio dell'arbitro, che da questo punto di vista agisce quale pubblico ufficiale il quale ha potere di conferire stato definitivo al risultato e di riflesso alle scommesse: così GUERRA, *L'arbitro sportivo è arbitratore nel contratto si scommesse al Totocalcio?*, in *Riv. dir. sport.*, 1951, p. 44 e ss., nota a Cass., 12 luglio 1951, n. 1930, cit., il quale in conclusione nega la qualifica tanto di arbitratore quanto di mandatario degli scommettitori, analizzando il tenore dell'allora formulazione dell'art. 15 del Reg. Totocalcio che prevedeva che ai fini delle scommesse facesse stato il risultato certificato dall'arbitro sul campo, e non quello eventualmente diverso dovuto a successivi interventi della giustizia sportiva. Cfr. anche, ID, *Una strana figura di arbitratore:*

ed operativa in uno dei suoi uffici, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento generale dei concorsi pronostici su base sportiva di cui al D.M. Economia e Finanze 19 giugno 2003, n. 179, attualmente in vigore con le relative modifiche e integrazioni.

La commissione è definita dall'art. 1, "l'organo deputato al controllo, accertamento e verbalizzazione finale di tutte le operazioni inerenti alla chiusura dell'accettazione, alla determinazione dei montepremi, allo spoglio, alla determinazione ed al riscontro delle colonne unitarie vincenti, al calcolo delle quote di vincite ed alla comunicazione ufficiale degli esiti dei concorsi pronostici su base sportiva".

Ne fanno parte tre membri, due dei quali rappresentanti di AAMS (un dirigente ed un dirigente generale che presiede) e l'altro del CONI (sempre con la qualifica dirigenziale), assistiti da un dipendente dell'Amministrazione finanziaria facente funzioni di segretario.

Prevede l'art. 7 che la suddetta commissione di controllo decida sui ricorsi presentati dai partecipanti –per iscritto, unitamente al versamento di euro 50,00 quale rimborso spese e diritti di segreteria, entro il termine di decadenza di 90 giorni dalla data di comunicazione ufficiale dell'esito del concorso⁽⁶⁴⁶⁾ – con deliberazione da prendersi entro trenta giorni dalla data di ricezione del ricorso, e da pubblicarsi nel primo bollettino ufficiale immediatamente successivo alla decisione.

l'arbitro di calcio rispetto al contratto di scommessa al Totocalcio, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 52 e ss.; FURNO, *Totocalcio e arbitraggio sportivo*, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 449 e ss.

⁽⁶⁴⁶⁾ Ai sensi dell'art. 17 del Regolamento, che parifica detto termine a quello fissato per il diritto alla riscossione dei premi presso i punti vendita e gli sportelli, previa verifica della ricevuta attestante la regolare partecipazione al concorso.

Il comma 6 dello stesso articolo fa salva in ogni caso l'azione presso l'autorità giudiziaria ordinaria, sia contro la decisione della commissione in merito al ricorso, sia indipendentemente dalla proposizione del ricorso stesso.

Intanto v'è da premettere che il partecipante può lamentare con il ricorso alla commissione la violazione di una qualsiasi delle regole dettate a disciplina del concorso su pronostici cui ha partecipato ⁽⁶⁴⁷⁾: asserendo ad esempio di averne ricevuto un pregiudizio, per non essere stato ritenuto vincitore della posta, come invece doveva risultare, o anche per aversi vista assegnata una posta inferiore a quella che gli spettava, per errori di calcolo o perché altri giocatori hanno ottenuto una vincita poi detratta dal montepremi, quando per contro non ne avevano titolo.

I medesimi motivi di doglianza possono ovviamente spendersi davanti al giudice statale. E, quando a questi ci si rivolga impugnando la decisione della commissione, chiedendone l'annullamento, potranno farsi valere altresì i vizi inficianti la decisione stessa, purché siano tali da aver originato una determinazione errata, o ingiusta, o illegittima. Infatti, qualora il giudice ritenga di addivenire ad una decisione del merito analoga a quella assunta dalla commissione, rigettando la domanda del partecipante per non avere diritto alla vincita reclamata, non potrà diversamente concludere, ed accogliere la domanda, solo per vizi meramente procedurali, come in ipotesi l'emissione della decisione impugnata oltre i trenta giorni.

⁽⁶⁴⁷⁾ Evidentemente, nonostante il silenzio della prescrizione di riferimento, attestando la partecipazione al concorso mediante la relativa ricevuta emessa dal terminale di gioco, che costituisce l'unico strumento dotato di tale efficacia probatoria ai sensi del regolamento stesso, da allegarsi in originale (art. 4, co. 1). Peraltro, in vista del probabile successivo accesso alla tutela giurisdizionale, pare quanto mai opportuno che il ricorrente si premunisca di una copia.

Ma quale è la natura del procedimento, e quindi la funzione che riveste la commissione?

Certamente ed evidentemente non è un arbitrato, nemmeno irrituale, non già per la dubbia natura contrattuale della fattispecie interessata dalla controversia da risolvere ⁽⁶⁴⁸⁾, quanto piuttosto per la composizione parziale dei membri del collegio, nonché la facoltatività della procedura, si rivelano aspetti incompatibili con la efficacia propria della clausola compromissoria comportante rinuncia alla via della giurisdizione dello stato.

Non è una perizia arbitrale, giacché il *decisum*, che pure potrebbe nel caso concreto risolvere una questione, di fatto o giuridica, non riveste tuttavia alcun effetto vincolante per la definitiva soluzione della lite nelle sedi giudiziarie.

Non pare sussistere poi alcuno dei dati indizianti l'arbitraggio, stante *in primis* la mancanza di lacune negoziali da completare, ed in secondo luogo della previsione dell'impugnabilità della decisione per i motivi tipici dell'atto di arbitramento.

Per il vero si è dell'avviso che tale procedura integri un ricorso per via amministrativa a tutti gli effetti: l'organo decidente non è imparziale, in quanto composto da due soggetti appartenenti all'amministrazione statale e da uno rientrante nell'amministrazione dall'attività sportiva ⁽⁶⁴⁹⁾; l'esperimento del ricorso non è condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale; la decisione è soggetta ad impugnazione dinanzi al giudice statale.

⁽⁶⁴⁸⁾ Stante la previsione dell'art. 808-bis invero le parti possono deferire al giudizio arbitrale anche controversie future relative ad uno o più rapporti determinati, dacché si potrebbe affermare che l'accettazione del regolamento del concorso pronostico mediante il versamento della posta implica anche l'accettazione della clausola compromissoria ivi contenuta.

⁽⁶⁴⁹⁾ Il CONI è difatti l'ente che gestisce le attività sportive sul cui esito si basano i concorsi pronostici.

Resta da capire quale sia il termine per esperire l'azione davanti al giudice; in caso di azione diretta, sembra essere quello di prescrizione ordinaria del diritto alla prestazione della somma di denaro di cui alla vincita invocata. Ai fini della proponibilità della domanda avverso la decisione della commissione sul ricorso, invece, aderendo alla natura del procedimento sostenuta, si dovrebbe coerentemente opinare che il termine da osservare, pena la decadenza, sia quello apprestato per impugnare in sede giurisdizionale la decisione resa all'esito di un ricorso amministrativo.

L'argomento generale sin qui preso in esame si riallaccia a quello più lato delle aggiudicazioni dei premi nelle promesse al pubblico e dei concorsi a premi, di cui sembra opportuno accennare in questa sede, anche perché conduce a soluzioni diverse da quelle poc'anzi affermate circa la posizione dell'arbitro sportivo.

Difatti è fuor di dubbio che, posta una promessa ex art. 1989 c.c., diretta al pubblico, di elargire una certa prestazione in favore di chi si troverà in una certa situazione o compirà una certa azione, il compito di determinare se si abbia e chi effettivamente abbia diritto di percepire l'adempimento promesso, oppure altresì di quantificare la prestazione stessa, viene affidato ad un soggetto arbitratore, chiamato a decidere necessariamente secondo criteri di arbitrio *boni viri* (dovendo attenersi alle rigide prescrizioni indicate nella promessa, o a quelle della scienza e dell'arte relativi alla tipologia di prestazione oggetto della promessa ⁽⁶⁵⁰⁾).

Analoga funzione ricopre la commissione di giuria chiamata a stabilire formalmente chi ha diritto a conseguire il premio oggetto del concorso ⁽⁶⁵¹⁾.

⁽⁶⁵⁰⁾ MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, 1899, p. 109 e ss.

⁽⁶⁵¹⁾ VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., p. 141 e ss.

In entrambi i casi infatti si è dinanzi ad un soggetto terzo, che agisce nell'interesse di promittente e promissari, e dei singoli partecipanti al concorso, che deve emettere una determinazione ⁽⁶⁵²⁾ necessaria per completare gli elementi e gli effetti traslativi della fattispecie negoziale già perfezionata, e che può essere sostituito se non vuole o è impossibilitato ad accettare o non decide ⁽⁶⁵³⁾.

Inoltre, la sua decisione è suscettibile di impugnazione per palese iniquità o fallacia, oltre che di dolo, e di sostituzione ad opera del giudice, che dovrà attenersi ai criteri di cui alla promessa o al regolamento del concorso ⁽⁶⁵⁴⁾.

⁽⁶⁵²⁾ Che richiede uno sforzo tanto più valutativo quanto maggiori sono gli elementi a cui il premio o la promessa è subordinata, e che pertanto può spaziare dall'accertamento di un mero accadimento di un fatto materiale (ad es., l'essere possessori della matrice vincente del premio del concorso), per giungere fino alla complessa riflessione, anche di natura tecnica, circa il rispetto delle regole o il migliore risultato ottenuto (ad es., il giudizio di squalifica di un concorrente per violazione delle prescrizioni del concorso, o la valutazione dell'opera migliore perché tecnicamente più efficiente).

⁽⁶⁵³⁾ Come criterio preferenziale per la sostituzione, che prevale su quello ad opera del giudice, si segue innanzitutto quello delle indicazioni eventualmente contenute nella dichiarazione di promessa al pubblico o nel regolamento del concorso a premi, che potrebbe riservare anche a promittente ed organizzatore del concorso la scelta di altri. In difetto però, ciascuno degli interessati (promittente, soggetto organizzatore del concorso da un lato, promissari che assumono di aver diritto alla prestazione promessa e concorrenti dall'altro) è legittimato a domandare la nomina al giudice; non spetta quindi al promittente o all'organizzatore del concorso la sostituzione a proprio piacimento dell'arbitratore, perché il patto di arbitraggio in tal caso è contenuto in un negozio a prestazioni corrispettive, in cui alla prestazione degli stessi corrisponde il sacrificio degli altri, che hanno acquistato il biglietto per conseguire il premio, o che hanno profuso energie ed affrontato spese per compiere ciò che condiziona la dazione della prestazione promessa.

⁽⁶⁵⁴⁾ MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, cit., p. 112.; SCADUTO, *Arbitri e arbitrori*, cit., pp. 158-159, il quale aggiunge anche il motivo di impugnazione della violenza, e che giustifica la possibilità della revisione nel merito della decisione in ragione della necessaria esattezza del giudizio, e sulla necessità di prediligere la correttezza della decisione o piuttosto che la provenienza personale della stessa dal promittente o dalla giuria, anche considerando che, ad esempio, lo stesso vincolo nato dalla promessa si trasmette all'erede del promittente in caso di decesso, consentendo a costui di esercitare la funzione di arbitratore che eventualmente spettava al *de cuius*. L'A. (*ivi*, p. 160) estende poi lo stesso sistema di censura anche agli esiti del concorso ad impieghi privati, che si diversificano solo per il fatto che il premio consiste nel corrispettivo della prestazione lavorativa eroganda, nonché, seppure "in astratto", a quelli pubblici implicanti un alto tasso di discrezionalità tecnica, dunque vincolata, dando comunque atto dell'esistenza di principi pubblicistici che impongono lo stesso regime di censura previsto per la discrezionalità pura, con conseguente insindacabilità del merito della decisione della amministrazione o della commissione dalla stessa incaricata. Ovviamente deve tenersi conto del periodo in cui l'A. scriveva, e dell'evoluzione registratasi nella decisione della magistratura amministrativa che non può essere ora richiamata ma che, in sostanza, denota un certo riconoscimento delle tesi espresse.

Solitamente l'arbitratore è già indicato nel corpo della promessa stessa ma, se così non è, sembra plausibile e coerente con la *ratio* stessa della promessa opinare che sia il promittente ad assumere detta funzione; anche poiché non si vede chi possa farsi interprete migliore della volontà di chi ha promesso, se non appunto esso stesso ⁽⁶⁵⁵⁾.

5. La casistica delle decisioni del terzo emerse nella prassi: Le modifiche dello statuto degli enti ad iniziativa della maggioranza. I regolamenti privati delegati. La determinazione degli elementi statutari mancanti.

La duttilità, economicità e speditezza del fenomeno di deferimento all'altrui decisione, non giurisdizionale, dell'integrazione di elementi lacunosi di un negozio o di composizione eteronoma di una controversia in punto di fatto o di diritto, trova riscontro nella propagazione di congegni volti all'attuazione dello stesso nelle talvolta ingegnose, talaltra contorte, clausole contrattuali operanti nelle materia più varie.

Degna di menzione è anzitutto la variegata fenomenologia delle modificazioni statutarie degli enti privati operate dalla maggioranza ⁽⁶⁵⁶⁾, che viene principalmente

⁽⁶⁵⁵⁾ Così ancora MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, cit., p. 109.

⁽⁶⁵⁶⁾ Trattasi di tema ampiamente discusso, specie nei suoi fondamenti dogmatici, che risulta impossibile affrontare *ex professo* in questa sede. In estrema sintesi può rammentarsi come il previgente codice del 1882 ammetteva per le società per azioni le modificazioni statutarie con la decisione della maggioranza senza distinguere tra ritocchi essenziali e non essenziali, riconoscendo il diritto di recesso al socio dissenziente a seguito delle prime. Nel sistema del codice attuale, a parte le modifiche degli statuti delle società di persone che esigono l'unanimità dei soci amministratori, per le società per azioni a seguito della riforma del Capo V, Titolo V del libro V per mezzo dell'art. 1 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, l'art. 1437 c.c. assicura in ogni caso (pena la nullità delle previsioni contrarie) il diritto del recesso del socio dissenziente rispetto alle deliberazioni inerenti una serie di materie tra le quali quelle di modificazione dello statuto nei profili del diritto di voto o di partecipazione. In argomento si vedano: ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, ora in *Studi in tema di società*, Milano,

affrontato e risolto a seconda della soluzione adottata in ordine alla qualifica di terzo o parte del gruppo maggioritario, ed ancora riguardo l'ammissibilità o negazione dell'arbitraggio di parte.

A tal proposito si rileva che il gruppo nel complesso non è entità separata dagli stessi appartenenti, ma uno strumento a disposizione di costoro per attuare lo scopo sociale sicché, quella che appare formalmente la volontà del gruppo, è in realtà la volontà dei singoli ⁽⁶⁵⁷⁾.

Di contro si sostiene il netto dualismo della soggettività giuridica di gruppo e soci, e la distinzione tra l'interesse del primo all'attuazione della vita istituzionale ed organizzativa, ed il potere (ma non il diritto soggettivo) dei secondi di prendere parte ai processi decisionali della stessa ⁽⁶⁵⁸⁾.

Nell'ambito delle differenti ragioni apportate a fondamento del potere maggioritario, si rintraccia comunque una sostanziale preponderanza di vedute orientate verso la qualificazione di arbitraggio della modificazione dello statuto ⁽⁶⁵⁹⁾.

1952, p. 99 e ss., sostenitore della concezione contrattualistica per cui la prevalenza dell'interesse negoziale, e dunque dei membri al percepimento degli utili, rispetto a quello istituzionale, comporta che l'ordinamento della compagine possa modificarsi nel corso della sua vita quando, se e come la maggioranza ritenga opportuno in vista del miglior perseguimento dello scopo finale. Così anche CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 305; BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 115 e ss. Cfr. sul punto G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 737 e ss., che ritiene però prevalere l'interesse istituzionale del gruppo al miglior funzionamento prevalere su quello del conseguimento del risultato da parte del singolo socio. Giustificano il fenomeno assumendo che l'atto di ingresso nella società costituisca una accettazione tacita preventiva alle modifiche successive della maggioranza: RUBINO, *Associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 63 e ss., e VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1923, p. 79. Per VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 98, per cui il potere deriva da un generale principio di sostituzione della volontà della maggioranza a quella della totalità dei membri.

⁽⁶⁵⁷⁾ DALAMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, 1937, p. 47 e ss.

⁽⁶⁵⁸⁾ PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 113 e ss. PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, p. 154 e ss.; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 90.

⁽⁶⁵⁹⁾ F. FERRARA Sr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1958, p. 229, che ritiene si tratti di *arbitrium boni viri*; GALGANO, *Associazioni non riconosciute. Comitanti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1976, p. 143, che ritiene

Non si reputa che l'assunto sia condivisibile, per una in particolare tra quelle irrinunciabili premesse relative alla funzione finalistica precipua dell'istituto che è stata supportata nell'affrontare l'argomento della disciplina dell'art. 1349 c.c.: l'arbitraggio è deputato a colmare una lacuna del regolamento negoziale mancante, *ab origine* od sopravvenuta.

La modifica statutaria deliberata dalla maggioranza non è propriamente un atto di completamento del contratto sociale, bensì di modificazione. La differenza, tangibile, non è di poco momento, atteso che la norma di riferimento appresta un meccanismo chiaramente ed esclusivamente finalizzato alla determinazione dell'elemento oggettuale, in ordine al quale sussiste un contrasto di vedute *lato sensu* inteso.

Stante detto rilievo, che non pare tacciabile di fondarsi su di un eccessivo formalismo nella lettura della norma – anche considerando che i più disparati fenomeni di arbitraggio presi in esame sottendono tutti una lacuna regolamentare – si associa agli altri argomenti addotti, pregevoli ma francamente a quanto sembra non decisivi, inerenti l'incompatibilità tra un fenomeno contrattuale quale l'arbitraggio ed un profilo organizzativo della compagine sociale; o, ancora, che sarebbe inimmaginabile l'applicazione nel sistema societario del regime di impugnativa del *dictum* palesemente iniquo o erroneo, o frutto di mala fede. Ed anche che nella maggioranza delle fasi della vita sociale i singoli non sono portatori di diritti soggettivi al conseguimento di prestazioni determinate verso il gruppo, e quindi non sono contraddittori, ma possono, finché

si versi in caso di *arbitrium merum*. Nella stessa direzione anche: DALAMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, cit., p. 47 e ss.

partecipano alla compagine, solamente contribuire alla formazione della volontà dell'ente⁽⁶⁶⁰⁾.

Pertanto la modifica dell'atto regolamentare della società decretato dal gruppo di maggioranza dei soci dovrebbe qualificarsi per quello che è, ossia una delle possibili manifestazioni della volontà del gruppo, emanata in forza dei principi normativi ed istituzionali regolatori, soggetta ai previsti strumenti e motivi di censura apprestati in materia delle deliberazioni assembleari.

Altrimenti deve dirsi con riferimento agli accordi denominati in termini di regolamenti privati delegati⁽⁶⁶¹⁾.

Accade con una certa frequenza, per il vero superiore in ambito delle associazioni e fondazioni⁽⁶⁶²⁾, che i componenti degli enti demandano ad un limitato gruppo di essi, o ad un organo dell'ente, o ad uffici a tal fine formati, o ancora a singoli membri o terzi, l'emanazione di norme per disciplinare talune materie di cui la maggioranza nel contempo si spoglia. Il fenomeno si dispiega negli spazi della privata autonomia riconosciuta dall'ordinamento, e nel rispetto dei criteri propri del tipo negoziale in cui produce effetti, e tende in definitiva a riempire i vuoti del regolamento dell'ente lasciati dai membri nell'atto costitutivo e nello statuto, con decisione adottata nella fase costitutiva, ma anche in una susseguente nel corso della vita dell'ente.

⁽⁶⁶⁰⁾ CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 356 e ss.

⁽⁶⁶¹⁾ Sul tema non può che richiamarsi il contributo di DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

⁽⁶⁶²⁾ Anche per il formalismo vigente in tema di statuto ed atto costitutivo delle società di capitali e di persone (eccetto quelli della società semplice, salvo che sia richiesta dal tipo di beni conferiti), che porta inevitabilmente a ridurre i costi di stesura e registrazione ad un unico atto. Riguardo il problema delle modificazioni di atto costitutivo e statuto di associazioni e fondazioni, cfr. GALGANO, *Persone giuridiche*, sub art. 2, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1969, p. 177 e ss., con particolare riferimento alle diversità tra le due tipologie di enti.

In tale istituto deve vedersi un arbitraggio, poiché il *decisum* del soggetto cui è conferito il potere determinativo si atteggia a fonte integrativa relazionale del contratto fondante o regolamentare dell'ente.

La conclusione non muta neppure laddove l'arbitratore sia un soggetto non propriamente "terzo" alla compagine collettiva, in quanto si è avuto modo di sostenere la mancanza di dati normativi che osteggino la deferibilità di tal compito ad una delle stesse parti destinatarie degli effetti della decisione ⁽⁶⁶³⁾.

6. Altre figure controverse.

L'intervento determinativo altrui si registra altresì nella materia giuslavoristica.

Il contratto individuale di lavoro si presta ad essere concluso con omissione di un qualche elemento oggettuale ⁽⁶⁶⁴⁾ la cui individuazione viene affidata all'altrui arbitrio, purché vi sia (per tutti tranne che per il compenso del prestatore, come si vedrà) il rispetto della irrinunciabile determinabilità ai sensi dell'art. 1346 c.c.

E così, il terzo può essere investito del compito di determinare qualità, quantità e modalità esecutive della prestazione lavorativa ⁽⁶⁶⁵⁾; ancora, può essere chiamato a decidere la misura del corrispettivo della retribuzione di un contratto non regolato da

⁽⁶⁶³⁾ Si veda però CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., pp. 370-374, che discrimina tra arbitraggio d'equità, per cui non è necessario indagare la terzietà dell'arbitratore, in ragione dei vincoli che astringono la sua determinazione, ed arbitraggio di mero arbitrio, per cui invece è necessario verificare i casi concreti per capire se sia meritevole o meno la rimessione del potere, che presuppone la estraneità totale agli effetti del negozio da completare.

⁽⁶⁶⁴⁾ GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, p. 220 e ss.; CORRADO, *La nozione unitaria del rapporto di lavoro*, Torino, 1956, p. 180 e ss.; ID, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 116 e ss.

⁽⁶⁶⁵⁾ RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da BORSI-PERGOLESI, Padova, 1958, p. 123 e ss.

alcuna disciplina collettiva che, però, stante la tutela costituzionale ed il particolare *favor* di cui gode tale rapporto, può anche venire determinato dal giudice per via del disposto speciale di cui al 2° comma dell'art. 2099 c.c. ⁽⁶⁶⁶⁾. L'arbitratore deve decidere secondo apprezzamento equo e prudente, vuoi perché esistono i vincoli evincibili dal comma 2 dell'art. 36 Cost. – e delle molteplici elaborazioni trattene dai giudici – vuoi perché nella materia è contemplato l'intervento giudiziale in surroga di quello del terzo persino in difetto del patto di arbitraggio, o della indicazione di requisiti che rendano quantomeno determinabile la prestazione, che implica l'inaammissibilità del mero arbitrio ⁽⁶⁶⁷⁾.

Viene esattamente letto un fenomeno di arbitrato anche nell'intervento del terzo mandatario delle parti contrapposte in una controversia economica collettiva, investito del compito di determinare una parte mancante del regolamento collettivo al fine di scongiurare gli inconvenienti originati dello sciopero delle categorie di lavoratori in protesta per il mancato rinnovo del contratto ⁽⁶⁶⁸⁾. L'esperimento della procedura, manifestazione del principio di libertà sindacale e contrattazione collettiva nota anche in altri ordinamenti ⁽⁶⁶⁹⁾, e come tale meritevole di tutela, non deve tuttavia risultare condizione imprescindibile per l'esercizio del diritto di sciopero, giacché risulterebbe nullo per violazione degli artt. 39-40 della Costituzione ⁽⁶⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁶⁾ SMURAGLIA, *La determinazione della retribuzione da parte del giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 83 e ss.

⁽⁶⁶⁷⁾ *Contra* BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 382-383, per cui è ammissibile il mero arbitrio, dal quale si avrebbe un'obbligazione alternativa, dipendendo dall'arbitratore il carattere gratuito o oneroso della prestazione.

⁽⁶⁶⁸⁾ RIVA SANSEVERINO, *Diritto sindacale*, Roma, 1959, p. 447; SANTORO-PASSARELLI, *La legge sindacale*, Napoli, 1952, p. 75.

⁽⁶⁶⁹⁾ Riferiscono in proposito BRIOSCHI-SETTI, *Lo sciopero nel diritto*, Milano, 1949, p. 447.

⁽⁶⁷⁰⁾ MENGONI, *Lo sciopero*, Roma, 1952, p. 18; GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., pp. 223-224, che ritiene un tal genere di arbitraggio lesivo dell'autonomia del diritto di sciopero e quindi dell'autonomia collettiva.

E' poi evidente che l'arbitratore deve decidere con apprezzamento *boni viri*, stante il valore sociale dell'accordo da completare; inoltre, proprio in ragione della rilevanza e delle ripercussioni che il contratto collettivo di lavoro è destinato a dispiegare verso tutti i singoli rapporti lavorativi dei singoli lavoratori della categoria aderenti (e quindi delle loro condizioni economiche e della dignità delle condizioni di vita, valore costituzionalmente tutelato), che ne suggerisce il completamento piuttosto che la quiescenza ed il proliferare delle lotte sociali, si ritiene sia configurabile l'annullamento del *decisum* palesemente non equo o errato, ed eventualmente l'emissione di altra da parte del giudice ⁽⁶⁷¹⁾.

L'analisi delle statuizioni giurisprudenziali, emesse a definizione delle più svariate controversie, conferma l'ampia diffusione nella prassi negoziale del fenomeno di cui si è trattato e l'importanza di definirne la natura e la disciplina applicabile, segnatamente nella fase patologica delle iniziative volte a demolire l'efficacia e la vincolatività delle determinazioni altrui.

In particolare, quando il terzo estraneo al contratto di appalto viene incaricato di elaborare per conto del committente il progetto dei lavori, non opera nella veste di arbitratore, bensì quale prestatore d'opera che non completa alcuna lacuna negoziale,

⁽⁶⁷¹⁾ Non così per GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, cit., p. 226, il quale esclude quella che ritiene sarebbe "un'estensione analogica" del principio dell'art. 1349 c.c., e sostiene che la parte ritenuta lesa potrebbe "rifiutare la determinazione del terzo e riprendere la sua libertà d'azione". L'assunto non convince, perché vuoterebbe di significato l'istituto che, se pure non può essere imposto obbligatoriamente quale condizione di esercizio della sciopero, pena la incostituzionalità, una volta liberamente optato dalle parti diviene vincolante ed annullabile ricorrendo ad un'apposita decisione del giudice, e non deve ritenersi liberamente disattendibile da ogni parte solo perché reputato a propria discrezione evidentemente erroneo o equo. Ed infatti l'A. citato sembra porsi in contraddizione quando giunge alla suddetta conclusione, dopo aver peraltro osservato che il fenomeno in parola ha diffusione limitata per "la comprensibile resistenza delle associazioni professionali a rinunciare all'esercizio del potere di fissare il regolamento collettivo delle condizioni di lavoro ed a rimettersi alla determinazione sostitutiva di un terzo". Ma, se la determinazione

posto che il contratto di appalto a cui è finalizzato il progetto è già integro, avendo come oggetto il compimento dell'opera appaltata, così come da altri progettata ⁽⁶⁷²⁾.

Non si versa in ipotesi di arbitraggio nemmeno nell'ambito di quella serie di operazioni, pur così impropriamente denominate, che pongono in essere gli istituti finanziari e bancari o gli agenti di borsa laddove preferiscano l'uno all'altro (prima ed anche durante il rapporto), interscambiandoli, qualcuno tra i sistemi di operazione negoziale prospettati al cliente in combinazione o alternativa tra essi ⁽⁶⁷³⁾, trattandosi invero di un atto di adempimento secondo le facoltà concesse dal contratto stipulato.

In passato non si è ritenuto che fosse arbitraggio, ancora, l'intervento degli organismi tecnici collegiali istituiti presso la Rai per dirimere le eventuali controversie scaturite tra partecipanti e Rai stessa in relazione all'esito dei programmi di gioco basati su domande a quiz ⁽⁶⁷⁴⁾.

Con riguardo alle esemplificazioni di fattispecie ritenute applicazione dell'istituto di cui all'art. 1349 c.c., possono citarsi per cominciare gli affidamenti di incarichi, ad altri che non siano i soggetti destinatari degli effetti, aventi ad oggetto la quantificazione

non fosse vincolante, come pure sostenuto, non si vede perché mai le categorie rappresentative dovrebbero essere restie a ricorrere all'istituto.

⁽⁶⁷²⁾ Cfr. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 23.

⁽⁶⁷³⁾ I cosiddetti arbitraggi di portafoglio, su riporti, in borsa. Si pensi ad es. alla gestione dei sempre più diffusi piani di accumulo del capitale (PAC), che consistono nel versamento periodico di una somma predefinita al gestore dell'investimento, affinché questi la converta in azioni e obbligazioni (inizialmente più nelle prime) secondo un rapporto che nel corso del tempo è destinato a mutare a progressivo vantaggio delle seconde, e per decisione del gestore, presa al fine di consolidare gli utili ottenuti dall'azionario, riversandoli nel più certo obbligazionario. In tal caso, il gestore dell'investimento ha facoltà e dovere per contratto di determinare il modo di investimento migliore per il cliente, mutandolo in relazione all'andamento delle condizioni del mercato, senza agire come arbitratore che completa un negozio lacunoso, ma soltanto adempiendo l'obbligazione assunta secondo diligenza, e quindi mirando al maggior utile. In argomento si veda VASETTI, voce *Arbitraggio*, cit., p. 824 e ss., e BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., p. 954.

⁽⁶⁷⁴⁾ In un caso di contestazione della decisione degli organismi sull'esito del gioco *Lascia o raddoppia*, mentre si trattava di arbitraggio per Trib. Roma, 31 gennaio 1957, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 321, per C.

dell'entità di un assegno vitalizio ⁽⁶⁷⁵⁾, o delle quote dei comunisti al fine di procedere allo scioglimento della comunione ⁽⁶⁷⁶⁾.

Può convenirsi che si sia dinanzi ad un arbitraggio qualora l'intervento del terzo sia inserito nel contesto di una fattispecie negoziale perfezionata, ma da completare quanto alla misura delle prestazioni, in ragione dei *dicta* richiesti; con la precisazione che, trattandosi di funzioni che potrebbero connotarsi di un alto grado di tecnicismo, non sarebbe da escludere a priori il ricorrere di una perizia contrattuale, specie se pattuita proprio al fine di scongiurare contrasti insorti o insorgenti in ordine alla questione del valore delle prestazioni. Difatti è stato correttamente visto un *arbitrator* nel terzo investito della mansione di curare nella divisione la costituzione delle quote dei partecipanti alla comunione, e conseguentemente di assegnarle, al solo fine di completare il contratto già perfezionato e senza risolvere alcuna controversia tra i condividenti ⁽⁶⁷⁷⁾.

Invece, si reputa più confacente la qualificazione di perito contrattuale, o arbitrale, in capo al soggetto affidatario della quantificazione, ritenuta vincolante, del danno da liquidare a seguito di un sinistro ⁽⁶⁷⁸⁾, oppure ancora del corrispettivo di un'opera ⁽⁶⁷⁹⁾.

Se l'esito di una procedura di concorso, bandito da un privato per l'assegnazione di abitazioni ai bisognosi in possesso di certi requisiti, è rimesso alla valutazione di una commissione formata per stilare la graduatoria dei concorrenti, questa

App. Roma, 30 luglio 1959, in *rep. Giust. civ.*, 1961, voce *Compromesso e arbitrato*, 5, si rientrava nell'ambito dell'arbitrato.

⁽⁶⁷⁵⁾ Così Cass., 24 febbraio 1954, n. 529, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Arbitrato*, 33.

⁽⁶⁷⁶⁾ In tal senso Cass., 23 gennaio 1969, n. 197, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Arbitrato*, 29.

⁽⁶⁷⁷⁾ Cass., 3 agosto 1960, n. 2273, in *Giust. civ.*, 1961, I, 308. Si veda anche TARZIA, *Divisione, arbitrato libero (o arbitraggio) ed esecuzione per rilascio*, in *Foro pad.*, 1963, I, p. 93 e ss.

⁽⁶⁷⁸⁾ Cfr. Trib. Torino, 31 marzo 1956, in *Foro pad.*, 1958, I, 184, che ha che l'attività ritenuta fosse di arbitraggio.

determina in funzione di arbitratore, integrando il requisito mancante nel negozio di attribuzione del diritto, ossia l'avente causa ⁽⁶⁸⁰⁾. Analoga conclusione pare doversi pacificamente sostenere in ordine alla clausola inserita nel contratto di locazione per deferire alla decisione di un terzo la misura dell'aumento del canone a fronte della proroga della durata, in caso di disaccordo di locatore e conduttore ⁽⁶⁸¹⁾; e così, anche nella fattispecie di un trasferimento di un immobile indicato solo con una bozza sommaria annessa al contratto, da determinarsi per via del compimento del frazionamento da parte del terzo ⁽⁶⁸²⁾.

⁽⁶⁷⁹⁾ E' invece un arbitraggio per Trib. Parma, 17 maggio 1968, in *Temi*, 1968, 675.

⁽⁶⁸⁰⁾ FAUCEGLIA, *Riflessioni sull'arbitraggio e sulla <<discrezionalità>> nel diritto privato*, in *Giur. mer.*, 1982, p. 274 e ss. In giurisprudenza, Cass., 18 maggio 1967, n. 1039, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1243.

⁽⁶⁸¹⁾ C. App. Messina, 9 marzo 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1957, voce *Compromesso e arbitrato*, 4.

⁽⁶⁸²⁾ Così C. App. Brescia, 23 gennaio 1970, in *Giur. mer.*, 1971, I, 285, per la quale il trasferimento della proprietà avviene senza che i contraenti debbano nuovamente manifestare la propria volontà, nel momento in cui è compiuta l'altrui determinazione.

INDICE SOMMARIO

PREMESSE

Considerazioni introduttive generali	1
Prospettiva dell'indagine	11

PARTE 1

GLI ATTI SOSTANZIALI DETERMINATIVI CON FUNZIONE DI GIUSTIZIA E GLI ATTI VOLITIVI.

LE FIGURE GENERALI DI RIFERIMENTO: TIPICHE, ATIPICHE E "DERIVATE"

CAPITOLO PRIMO

L'ARBITRATO IRRITUALE

1. L'arbitrato irrituale. Rilievi preliminari di carattere generale.	17
2. Costruzione dogmatica dell'istituto e differenziazioni da quelli affini.	19
3. L'istituto alla luce dell'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c.	27
4. I motivi di impugnazione del lodo irrituale	29

CAPITOLO SECONDO

ARBITRAGGIO E BIANCOSEGNO

1. L'arbitraggio, un istituto dalla vita tormentata	56
---	----

2. Differenziazione da istituti affini: rispetto agli arbitrati rituale ed irrituale	58
3. Rispetto alla perizia contrattuale	62
4. <i>Arbitrium boni viri/merum</i> . Le condizioni generali della produzione	66
5. L'atto di determinazione del terzo	74
6. I rimedi avverso i vizi della determinazione del terzo	79
7. Profili processuali	85
8. Gli effetti della pronuncia, i vincoli per il giudice e la censura della determinazione "togata"	93
9. Il biancosegno	96
10. I rimedi avverso la determinazione di riempimento viziata	98

CAPITOLO TERZO

LE IPOTESI TIPICHE DEI FENOMENI IN ANALISI NEL CODICE CIVILE

1. Le determinazioni del terzo nelle obbligazioni alternative (art.1286-1287 cod. civ.)	106
2. Nella compravendita (art. 1473 e ss. cod. civ.)	111
3. Nella somministrazione e nei contratti affini alla vendita	118
4. Nelle disposizioni <i>mortis causa</i> : rispetto della personalità e certezza della disposizione tra <i>relatio</i> formale e sostanziale.	124
5. Le singole ipotesi di arbitraggio per volontà del <i>de cuius</i> : l'art. 630 cod. civ.	132
6. La disposizione a titolo particolare con beneficiario indeterminato ma determinabile.	138
7. La determinazione del legato per equo apprezzamento ai sensi dell'art. 632 cod. civ.	144
8. La scelta del terzo nel legato di genere ed alternativo.	151
9. L'impugnabilità della divisione testamentaria compiuta dal terzo	

ex art. 733 cod. civ.	159
10. Il mandato a donare e la donazione con beneficiario od oggetto determinato dal terzo: fenomeni di arbitraggio o solo mandati particolari?	167

CAPITOLO QUARTO

L'INTERVENTO DEL TERZO NEL DIRITTO SOCIETARIO

1. La determinazione del terzo della misura dei guadagni e delle perdite nella società semplice.	179
2. Le decisioni dell'assemblea dei sottoscrittori nell'iter costitutivo per pubblica sottoscrizione delle società per azioni.	185
3. Il terzo risolutore delle controversie in ordine alla determinazione delle quote consortili (art. 2603 cod. civ).	191
4. Le clausole di deferimento all'altrui decisione dei contrasti gestionali nella S.r.l. e nelle società di persone.	201

PARTE 2

LE FIGURE PREVISTE DALLE LEGISLAZIONI SPECIALI

CAPITOLO QUINTO

IL DIRITTO CAMBIARIO, DELLA NAVIGAZIONE, DEI BENI CULTURALI E DEL GIOCO SPORTIVO ORGANIZZATO. ALCUNE FATTISPECIE INDIVIDUABILI NELLA PRASSI

1. Il riempimento delle cambiali in bianco	216
2. La determinazione della nave per il trasporto ed il chirografo d'avaria (artt. 419 e 619 cod. nav.).	232
3. La determinazione del prezzo di acquisto in via di prelazione dei	

beni culturali ex art. 60 D.lgs. 22.01.2004, n. 42.	241
4. Le decisioni del terzo arbitro sportivo. La commissione di controllo AAMS. Le promesse al pubblico ed i concorsi a premi.	248
5. La casistica delle decisioni del terzo emerse nella prassi: Le modifiche dello statuto degli enti ad iniziativa della maggioranza. I regolamenti privati delegati. La determinazione degli elementi statutari mancanti.	258
6. Altre figure controverse.	262
INDICE DEGLI AUTORI E DELLE OPERE	272

INDICE DEGLI AUTORI E DELLE OPERE

- ALIBRANDI-CENERINI, *I beni culturali e ambientali*, in *Commentario di legislazione amministrativa*, fondato da PIGA e diretto da LASCHENA, Milano, 2001, p. 526.
- ALLARA, *La teoria delle vicende del negozio giuridico*, Torino, 1950.
Principi di diritto testamentario, Torino, 1957.
- ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 728 e ss.
- ALPA-MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 34 e ss.
- ANDRIOLI, *Biancosegno*, in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958, p. 389 e ss.
Commento al codice di procedura civile, Napoli, 1947.
Determinazioni arbitrali per la tutela di cose di interesse artistico e storico, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, p. 19 e ss.
- ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 977 e ss.
- ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, Roma, 1949.
- ANTONINI, *L'obbligazione contributiva nelle avarie comuni*, Padova, 1983.
- ARENA, *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, Milano, 1956.
- ASCARELLI, voce *Cambiale*, in *NN.D.I.*, II, Torino, 1958.
Arbitri e arbitratori, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 320 e ss.
Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1960.
Problemi giuridici, I, Milano, 1959.
Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 169 e ss.
Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti, ora in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 99 e ss.
Causalità e astrattezza nella polizza di carico, in *Riv. dir. nav.*, 1949, I, p. 3 e ss.
- ASCARELLI-BONASI-BENUCCI, voce *Cambiale*, in *NN.D.I.*, Torino, 1973.
- ASQUINI, *I titoli di credito*, Padova, 1951.

Voce *Trasporto (in genere)*, in *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973.

- F. AULETTA, *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino, 2003.
- Arbitri e responsabilità civile*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 745 e ss.
- G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982.
- F. S. AZZARITI-MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979.
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. La struttura*, Milano, 1963.
- BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1961.
- BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.
- BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, in *Biblioteca di diritto privato*, ordinata da RESCIGNO, Napoli, 2005, 55.
- BELVISO, *Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone*, in *Riv. Soc.*, 2001, p. 713 e ss.
- BENSA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937.
- BERLINGIERI, *Delle avarie e della contribuzione nelle avarie*, Torino, 1888.
- BERNARDI, *Le successioni testamentarie*, a cura di BIANCA, in *Giurisprudenza sistematica civile commentata*, fondata da BIGIAMI, Torino, 1983, p. 84 e ss.
- BERNARDINI, *caratteristiche dell'istituto conciliativo*, in *La conciliazione – modelli ed esperienza di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di BERNARDINI, Milano, 2001.
- BERNINI, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992.
- L'arbitrato*, Bologna, 1993,
- Principio del contraddittorio e arbitrato irrituale*, nota a Cass., 24 gennaio 2005, n. 1398, in *Riv. arb.*, 2006, 702 e ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.
- Voce *Autonomia privata*, in *NN.D.I.*, I, 2, Torino, 1958.
- BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 925 e ss.
- BIANCA, *Il Contratto. Diritto civile*, Milano, 2000.
- L'obbligazione. Diritto civile*, Milano, 1990.
- La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1993.

La famiglia. Le successioni, Diritto civile, II, Milano, 1981.

Recensione a del Prato. I regolamenti privati, Milano, 1988, in Riv. dir. civ., 1990, I, p. 732 e ss.

- BIANCHI D'ESPINOSA, *Le leggi cambiarie nella giurisprudenza dell'ultimo ventennio, Milano, 1957, p. 86.*

Voce Cambiale (dir. proc.), in Enc. dir., Milano, 1959.

- BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, p. 1173 e ss.*

- BIGIAVI, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria, Merano, 1943.*

- BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, Milano, 1976.*

Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967.

- BIONDI, *Le donazioni, in Trattato di diritto civile, diretto da VASSALLI, Torino, 196.*

- BOGLIONE, *Avarie comuni, in Dig. Disc. Priv.-Sez. Comm., II, Torino, 1987.*

- BOLAFFI, *La società semplice, Milano, 1975.*

- BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni, Milano, 1985.*

- BORGIOLO, *Consorzi e società consortili, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1985.*

- BORTOLOTTI, *la conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie, in Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 2003.*

- BOVE, *Note in tema di arbitrato libero, in Riv. dir. proc., 1999, p. 688 e ss.*

La perizia contrattuale, in I contratti di composizione delle liti, a cura di GABRIELLI-LUISSO, in Trattato dei contratti, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005.

La perizia arbitrale, Torino, 2001.

L'arbitrato irrituale dopo la riforma, in www.judicium.it.

Ancora sull'arbitrato irrituale, in www.judicium.it.

L'arbitrato nelle controversie societarie, in Giust. civ., II, 2003, p. 470 e ss.

- BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale, Padova, 2000.*

- BRANCA, *Delle promesse unilaterali, in Commentario del codice civile, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1966.*

- BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994.
- BRIOSCHI-SETTI, *Lo sciopero nel diritto*, Milano, 1949.
- BUGLIARI, nota a Cass., 2 ottobre 1959, n. 2637, in *Giur. comm.*, 1960, I, 1037 e ss.
- BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986.
- BUONAURO, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di LEONE-TARASCO, Padova, Cedam, 2006, sub art. 60.
- BUONOCORE, (a cura di) *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001.
- BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1980.
- BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1959.
- CABRAS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in www.dircomm.it.
- CAGNASSO-COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Torino, 2000.
- CAGNASSO, *La permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di RESCIGNO, 2000.
La somministrazione, in *Trattato di diritto civile*, a cura di RESCIGNO, 2000.
- CALAMANDREI, *Studi sul processo civile. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Padova, 1930.
Opere giuridiche, Napoli, 1968.
Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità, in *Arch. giur.*, 1921, I, p. 224 e ss.
- CAMARDA, *Fonti e strutture organizzatorie nel diritto della navigazione*, Torino, 1988.
- CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.
- CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 1999, II
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983.

- CARAMAZZA, *Delle successioni*, in *Commentario teorico pratico al codice civile*, diretto da DE MARTINO, Roma, 1973.
- CARBONE, *Contratto marittimo di cose*, Milano, 1988.
- CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.
Le successioni per causa di morte, Napoli, 1977.
- CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, p. 123 e ss.
Istituzioni di diritto processuale civile, Padova, 1941.
Teoria giuridica della circolazione, Padova, 1935.
Note sull'accertamento negoziale, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940.
Teoria cambiaria, Padova, 1937.
La teoria del falso, Padova, 1935, p. 165 e ss.
Figura giuridica dell'arbitro sportivo, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 20 e ss.
- CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1982.
- CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 5 e ss.
Profili dell'arbitrato in materia di società, in *Riv. arb.*, 2003, p. 430 e ss.
- CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.
- CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto Civile e Commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1987.
La transazione, Torino, 1954.
- CARUSI, *Le divisioni*, Torino, 1978.
- CATRICALA', voce *Arbitraggio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, II, 1988.
- CECCHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in *L'arbitrato*, a cura di CECCHELLA, Torino, 2005.
- CECCHETTI, *Negoziato per relationem*, in *Enc. Giur.*, XX, Milano, 1990.
- CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII*, Torino, 1930.
- CERVELLI, *Brevi note in tema di cambiale in bianco*, nota a C. App. Napoli, 19 aprile 1968, in *Dir. e giur.*, 1970.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1923; ristampa, 1950.

- CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948.
- COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XIX, Torino, 1985.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, Padova, 2008.
Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi, Padova, 2008.
- CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrale e contratto a favore di terzi*, nota a Cass., 1 aprile 1994, n. 3207, in *Riv. arb.*, 1995, p. 69 e ss.
Gli statuti delle società per azioni, Milano, 1971.
- CORRADO, *I contratti di borsa*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI, 1959.
La somministrazione, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI, 1963.
La nozione unitaria del rapporto di lavoro, Torino, 1956.
Il negozio di accertamento, Torino, 1942.
- CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società. Il nuovo processo societario*, sub art. 37, in *Commentario*, diretto da CHIARLONI, Bologna, 2004.
L'arbitrato nella riforma del diritto societario, in *Giur. it.*, 2003, p. 1285 e ss.
- COSTI-DI CHIO, *Società in generale*, in *Giurisprudenza sistematica*, di BIGIAMI, Torino, 1991.
- COTTINO, *Del riporto. Della permuta*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA.
Somministrazione, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1970.
Consorzi e società consortili, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Padova, 2004, p. 495.
Diritto commerciale. Le società, Padova, 1999.
- COVIELLO, *Successioni*, Napoli, 1914.
Il « mandatum post mortem », in *Riv. dir. civ.*, 1930, I, p. 1 e ss.
- CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980.
Il testamento. Norme e casi, Padova, 1991.
- CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995.

- CURTI, *Considerazioni generali sulla perizia contrattuale quale <<modello sostanziale di risoluzione delle controversie>>*, nota a Cass., 21 maggio 1999, n. 4954, in *Foro Pad.*, 2000, I, 140 e ss.

L'arbitrato irrituale, Torino, 2005.

- DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 321 e ss.
- DALMARTELLO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Padova, 1958.

I rapporti giuridici interni nelle società commerciali, Milano, 1937.

Il negozio di accertamento, Milano, 1996.

- D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1962, p. 132.
 - DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1974.
 - DEGNI, *Lezioni di diritto civile. La compra-vendita*, Padova, 1930.
 - DELLA VALLE, *Querela civile di falso per abuso di biancosegno: profili sostanziali e probatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1585 e ss.
 - DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.
 - DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 403.
 - DE PAOLO-GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie-ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999.
 - DE SEMO, *Diritto cambiario*, Milano, 1953.
 - DE VITA, *Contributo alla teoria del trasporto marittimo di cose determinate*, Milano, 1964, p. 19 e ss.
 - DI MAJO, *Lineamenti di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2000, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- Voce *Promessa unilaterale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988.
- DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di ALPA, in *Giurisprudenza sistematica civile commentata*, Torino, 1999.
 - DI PACE, *Il Negozio per relationem*, Torino, 1940.
 - DI ROCCO-SANTI, *La conciliazione*, Milano, 2004.

- DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 76.
 - DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca e borsa*, 1998, I, p. 157 e ss.
 - FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941 p. 281.
 - FAUCEGLIA, *Riflessioni sull'arbitraggio e sulla <<discrezionalità>> nel diritto privato*, in *Giur. mer.*, 1982, p. 274 e ss.
 - FAVARA, *Ancora sul diritto di riempimento della cambiale in bianco*, nota a Cass., 5 febbraio 1968, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1968, II, p. 347 e ss.
 - FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 583 e ss.
- Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, Estratto da *Studi Urbinati*, XXV, Varese, 1956-1957.
- Giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova, 1953.
- Sulla "libertà di forme" del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 638 e ss.
- I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. priv.*, 1968, p. 459.
- La distinzione fra arbitrato <<rituale>> e <<irrituale>>: qualcosa si muove?*, nota a Cass., 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arb.*, 1999, II, p. 256 e ss.
- Voce Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv. Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, I, p. 1 e ss.
- L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 446.
- FERRARA J., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975.
 - F. FERRARA sr., *Teoria dei contratti*, NAPOLI, 1940.
 - F. FERRARA Sr., *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1958.
 - C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.
 - G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozi formali per relationem*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, ora in *saggi di diritto civile*, Rimini, 1992, p. 220 e ss.
- La vendita in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1984.
- I titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto VASSALLI, Torino, 1958.
- G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 737 e ss.

Delle società, sub art. 2247-2324, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1981.

Le società, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI, Torino, 1987, p. 232 e ss.

- L. FERRI, *Successione in generale*, Bologna-Roma, 1980.

- FESTI, *La clausola compromissoria*. in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI-LUIISO, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005.

La clausola compromissoria, Milano, 2001.

- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

- FIORENTINO, *Diritto della navigazione*, Napoli, 1954.

- FITTIPALDI, *Ancora a proposito della svolta "negoziale" della Cassazione in tema di arbitrato*, nota a Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Corr. Giur.*, 2002, 361 e ss.

- FORCHIELLI, *Della divisione*, sub artt. 713-768, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970.

- FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*. in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI-LUIISO, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005.

Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico, Torino, 2002.

- FRAGALI, voce *Biancosegno*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959.

- FRANCESCHELLI, *Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, sub art. 2602-2620, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1992.

- FRANZONI, *Gli amministratori ed i sindaci*, Torino, 2002.

- FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966.

- FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, III ed., Torino, 1961, IX.

- FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, p. 157 e ss.

Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 623 e ss.

Totocalcio e arbitraggio sportivo, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 449 e ss.

- E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, I, Torino, 1993.

Voce Arbitraggio, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, Torino, 2003.

Il contratto di arbitraggio. in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI-LUISO, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005.

- GAETA, *Diritto della navigazione*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

La distinzione fra contratto di trasporto di carico e contratto di trasporto di cose determinate, in *Riv. dir. nav.*, 1972, I, p. 172 e ss.

- GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1988.

Diritto ed equità nel giudizio arbitrale, in *Contratto e Impresa*, 1991, p. 477 e ss.

Della Nullità del contratto, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1998.

Diritto commerciale, Le società, Bologna, 2004, p. 49 e ss.

Persone giuridiche, sub art. 2, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1969.

Associazioni non riconosciute. Comitati, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1976.

- F. GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, Torino, 1987.

- GANGI, *La successione testamentaria*, Milano, 1952.

- GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1976, Bologna-Roma.

Dell'istituzione d'erede e dei legati – disposizioni generali, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1983.

- GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1969.

Il contratto in generale, Napoli, 1987.

Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma, in *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 310 e ss.

L'attribuzione patrimoniale mediante conferma, Milano, 1991.

- GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1961, p. 804 e ss.

- GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972.

Voce *Società semplice*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Roma, 1993.

- GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

Il contenuto atipico del testamento, Milano, 1954.

- GIANNATTASIO, *La permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di CICU-MESSINEO, Bologna-Roma, 1978.

Delle successioni. Divisione. Donazione, in *Commentario al codice civile*, UTET, Torino, 1980.

- GIANNINI, voce *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

- GIAQUINTO, *Delle obbligazioni alternative*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'AMELIO e FINZI, I, Firenze, 1948.

- GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nella società per azioni*, Milano, 2001.

- GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966.

Voce *Legato*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.

- GIORGETTI, *Profili dell'impugnazione del lodo libero*, in *Riv. arb.*, 1999, II, p. 825 e ss.

Lodo di diritto reso da arbitro di equità, lodo rituale reso da arbitro libero e ... viceversa, in *Riv. arb.*, 2000, II, p. 741 e ss.

- GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1957, p. 897.

Il negozio d'accertamento, Milano, 1939.

- GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999.

La transazione. in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI-LUIISO, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO-GABRIELLI, Torino, 2005.

- GRADASSI, *Mandato post mortem*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 827 e ss.

- GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963.

- GRIGOLI, *Diritto della navigazione*, Torino, 1982.

- GUALTIERI, *I titoli di credito*, Torino, 1953.
- GUERRA, *Arbitro sportivo è arbitratore nel contratto di scommesse al Totocalcio?*, nota a Cass., 12 luglio 1951, n. 1930, in *Riv. dir. sport.*, 1951, p. 44 e ss.
Una strana figura di arbitratore: l'arbitro di calcio rispetto al contratto di scommessa al Totocalcio, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 52 e ss.
- GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1970.
- GUGLIELMUCCI, *Circolazione della cambiale in bianco*, nota a Cass., 10 agosto 1960, n. 2354, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 119 e ss.
- IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.
- IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970.
- IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1957.
Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui, Milano, 1967.
- A. JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Napoli, 1979.
- LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004.
- LAUDISA, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 211 e ss.
Arbitrato libero e corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in *Riv. arb.*, 1997, p. 61 e ss.
- LALIVE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989.
- LEFEBVRE D'OVIDIO, *Sulla natura giuridica del chirografo d'avaria e su alcune sue clausole particolari*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 47 e ss.
Questioni varie in materia di liquidazione delle avarie comuni, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 274 e ss.
Manuale di diritto della navigazione, Milano, 1983.
- LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale*, in *Riv. arb.*, 1999, II, p. 450 e ss.
- LEVI, *L'arbitrato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1985.

- LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbitraggi*, in *Annali Messina*, Messina, VII (1932-33), p. 33 e ss.
- LO CIGNO, *Del lavoro*, in *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 1978.
- LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano, 2007.
- LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950.
- LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1884, p. 725.
- LUBRANO, *Insanabile dissidio tra i soci di società di persone, prevalenza dello scioglimento del vincolo particolare e modalità di liquidazione della quota*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 868 e ss.
- LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 e ss.
L'oggetto del processo arbitrale, in *Riv. arb.*, 1996, p. 669 e ss.
Principio di eventualità e principio della trattazione orale, in *Studi in onore di FAZZALARI*, II, Milano, 1993, p. 205 e ss.
- LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006.
- LUMINOSO, *Vendita – contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da BUONOCORE, Torino, 2004.
- LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1985.
- LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961.
- MACALUSO, *Poveri (disposizioni a favore dei)*, in *N.N.DI.*, XIII, Torino, 1966.
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007.
- MARANI, *In tema di arbitraggio, arbitrato, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 611 e ss.
- MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale, Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002.
Il termine per la pronuncia del lodo irrituale, in *Corr. giur.*, 2006, p. 878 e ss.

- MASI, *Dei legati*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1983.
- MEARELLI, *Sulla rilevanza del motivo del testamento*, in *Giur. Mer.*, 1979, p. 488 e ss.
- MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1954.
Lo sciopero, Roma, 1952.
- MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, 1899.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962.
I titoli di credito, Padova, 1933.
- MICHELI-DE MARCHI, voce *Assegno circolare*, in *Enc. dir.*
- MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990.
Gli amministratori di società per azioni, Milano, 1956.
Concorrenza e consorzi, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1975.
Risoluzione dei contrasti sulla gestione sociale, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 884 e ss.
Il mandato – La commissione – La spedizione, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, 1954.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1987.
Dei singoli contratti, in *Commentario del codice civile*, UTET, 1991.
- MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it.
- MIGLIORI, *Aspetti pratici della esecuzione testamentaria*, in *Riv. not.*, 1971, p. 262 e ss.
- MONTALENTI, *La riforma dell'arbitrato: primi appunti*, in *Giur. it.*, 2007, p. 501 e ss.
- MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981.
- MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI, Torino, 1986.
- MORELLINI, *Rilevanza della volontà delle parti per distinguere l'arbitrato rituale da quello irrituale*, in *Le società*, 2006, p. 235 e ss.

- MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *An. Giur. econ.*, 2003, p. 313 e ss.
- MORLEO, *L'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel d.lgs. n. 5/2003. Spunti di riflessione sulle controversie in ambito cooperativo*, in *Cooperative e consorzi*, 2003, p. 108 e ss.
- MOSSA, *Trattato della cambiale*, Padova, 1956; FERRARA, *La girata della cambiale*, Roma, 1935.
- NASI, voce *Equità (Giudizio di)* in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966.
- NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943.
Voce *Conflitto di diritti*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. civ.*, III, Torino, 1988.
- NAVARRINI-PROVINCIALI, *La cambiale e l'assegno cambiario*, Roma, 1950.
- NELA, *Verso il riconoscimento giurisprudenziale di un nuovo motivo di impugnazione del lodo irrituale?*
Le recenti riforme del processo civile, sub art. 808-ter, in *Commentario del diritto processuale civile*, diretto da CHIARLONI, Bologna, 2007.
Tecniche della mediazione delle liti, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1017 e ss.
- NICOLO', *la relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 117 e ss.
- NUOVO, *L'ordinamento giuridico dello sport in rapporto al suo assetto economico sociale*, in *Riv. dir. sport.*, 1958, p. 1 e ss.
- OBERTO, voce *Permuta*, *Dig. civ.*, 1995, p. 370 e ss.
- OPPO, *Titolo «incompleto» e titolo in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 33 e ss.
Adempimento e liberalità, Milano, 1974.
Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 471 e ss.
- *Opponibilità dell'accordo di riempimento al sottoscrittore di titolo in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 85 e ss.
- *Incompletezza, completezza e bianco di operazioni cambiarie successive*, in *Banca e cred. agr.*, 1952, I, p. 377 e ss.
- *Sull'emissione di cambiale in bianco*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 13 e ss.

- PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939.
- PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1996.
- PAOLUCCI, *I consorzi. Impresa e lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1985.
- PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1989.
Voce *Cambiale*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1959.
Studi sulla polizza di carico, Milano, 1958.
- PELLIZZI, *Pregi e pericoli della teoria del titolo incompleto*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 193 e ss.
Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 113 e ss.
- PEREGO, *I legati*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di RESCIGNO, Torino, 1984.
Favor legis e testamento, Milano, 1970.
- PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.
- PERRINO, *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1118 e ss.
- PESCATORE, *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951.
Attività e comunione nelle strutture societarie, Milano, 1974.
- PIOLA, *Osservazioni in tema di oggetto del contratto*, nota a Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Riv. not.*, 1976, p. 902 e ss.
- POLACCO, *Delle successioni*, Roma, 1928.
- PORTALE, *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nelle <<società di capitali in formazione>>*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 1 e ss.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 99 e ss.
- PUGLIATTI, *Delle successioni testamentarie, Libro delle successioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'AMELIO, Firenze, 1941.
Voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

- PUNZI, *Disegna sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000.
 - QUERCI, *Diritto della navigazione*, Padova, 1989.
 - RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.
 - REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, in *Dei contratti in generale*, a cura di REDENTI, Padova, 1934.
 - RESCIGNO, *Contributi e sovvenzioni statali e parità di trattamento, Persona e comunità*, Bologna, 1966.
- L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952.
- Note di diritto privato sull'attività dell'Amministrazione Pubblica*, in *Dir. e econ.*, 1964, p. 34 e ss.
- Arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 e ss.
- RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 517 e ss.
- Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la l. 9.2.1983 n. 28*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 635 e ss.
- RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1987.
 - RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da BORSI-PERGOLESI, Padova, 1958.
- Diritto sindacale*, Roma, 1959.
- ROCCO, in *Riv. it. scienze giur.*, XLI, 1906, p. 34 e ss.
 - ROMANELLI, *In tema di trasporto sui voli <<charter>>*, in <<*Annali Istituto dir. aeron.*>>, Univ. Catt. Milano, II (1970-1971), p. 36 e ss.
 - SALV. ROMANO, voce *Equità*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966.
- Vendita – contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO-SANTORO PASSARELLI, Milano, 1960.
- Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957.
- SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Autonomia*, Milano, 1983.
 - ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto" e su una sua recente applicazione a tutela di "contraenti deboli"*, in *Giur. It.*, 1979, II, p. 146 e ss.

- RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo della nuova S.r.l.*, in *Soc.*, 2003, p. 664 e ss.

- ROSSI, *Il testamento*, Milano, 1988.

- RUBINO, *Associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.

Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili, sub art. 1285-1320, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1968.

La compravendita, Milano, 1971.

- RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 1994.

- RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.

Del lavoro. Delle società, in *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 1975.

- E. RUSSO, *Istituzioni delle leggi civili*, di RUSSO-DORIA-LENER, Padova, 2006.

- SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da SACCO, Torino, 1993.

Voce Autonomia nel diritto privato, in *Dig. disc. priv.-Sez. civ.*, I, Torino, 1987.

- SALAFIA, *Il nuovo modello delle società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, p. 5 e ss.

Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria, in *Soc.*, 2002, p. 1465 e ss.

L'amministrazione delle società personali, in *Soc.*, 1999, p. 1285 e ss.

- SANTAGADA, *Arbitrato e conciliazione*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di D'ALESSANDRO-GIORGETTI-SANTAGADA-ZUMPARO, Milano, 2006, p. 286 e ss.

- SALANITRO, *Profili dei titoli in bianco*, in *Giur. it.*, 1979, IV, p. 1 e ss.

- SANTINI, *Azione causale ed azione cambiaria nella disciplina legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1947, p. 533 e ss.

L'azione causale nel diritto cambiario, Padova, 1955.

- SANTORO-PASSARELLI, *La legge sindacale*, Napoli, 1952.

La determinazione dell'onorario di un lascito e l'arbitrio del terzo, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961.

La transazione, Napoli, 1975.

Atto giuridico, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.

Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1976.

Negoziato e giudizio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1157 e ss.

- SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 e ss.

- SASSANI-GUCCIARDI, *Arbitrato societario*, in *Dig. Disc. Priv.-Sez. Civ.*, Estratto, Aggiornamento UTET.

- SASSANI-TISCINI, *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario. Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giur. Comm.*, 2003, p. 2 e ss.

- SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. Arbitrato*, 1974, p. 1 e ss.

Contributo alla dottrina dell'arbitrato, Milano, 1931.

- SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923,

- SCAFIDI, *La contribuzione alle avarie comuni*, Trapani, 1991.

- SCHERMI, *Abusivo riempimento di foglio firmato in bianco e querela di falso*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2716 e ss.

- SCHIRMER, *Arbitrium merum und arbitrium boni viri*, in *AcP*, vol. 91, p. 136 e ss.

- SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967.

Dell'arbitrato, Milano, 1982.

Arbitrato irrituale e arbitraggio, Milano, 1963.

- SCIALOJA, *Corso di diritto della navigazione*, I, Roma, 1943.

- SMURAGLIA, *La determinazione della retribuzione da parte del giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 83 e ss.

- SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970.

- SMIROLODO, *Obbligazione alternativa e facoltativa*, in *N.N.DI.*, XI, 1965.

- SOLDATI, *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, in *Soc.*, 2003, p. 796 e ss.

- SOLDATI-AA.VV., *La conciliazione*, in *I libri di guida al diritto del Sole 24 Ore*, 2007.

- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

- SPASIANO, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in *Studi per Berlingieri*, Genova, 1964.
 - STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli-Camerino, 1982.
 - TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, sub art. 706, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1972.
 - TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1987, p. 1 e ss.
 - TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, 11, p. 1621 e ss.
 - TORIELLO, *Osservazioni in tema di atipicità nei contratti di utilizzazione della nave*, nota a Lodo arb., 27 dicembre 1993, in *Dir. mar.*, 1994, 1123 e ss.
 - TORRENTE, *Appunti sulla natura dell'avaria comune*, in *Riv. dir. nav.*, 1959, I, p. 379 e ss.
- La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1956.
- TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 247 e ss.
 - TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998.
 - TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.
 - TULLIO, *I contratti di charter party*, Padova, 1981.
 - VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 1986.
 - VASETTI, voce *Arbitraggio*, in *NN.D.I.*, 2, Torino, 1958.
 - VECCHIONE, *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*.
 - VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.
 - VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 674 e ss.
 - VIGORITI, *Arbitrato del lavoro sportivo*, nota a Trib. Milano, 28 febbraio 2006, n. 736, in *Giur. it.*, 2007, II, p. 961 e ss.
 - VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, in *Diritto civile italiano*, a cura di FIORE, VI, Napoli, 1907.
 - VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1923.

- VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico economico*, diretto da GALGANO, IV, Padova, 1981.
- WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.
- ZOPPINI, *Circolazione e recezione di un modello giurisprudenziale: la <<società di capitali in formazione>>*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 664 e ss.
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario*, a cura di BIAVATI-CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, Bologna, 2004.
- ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992.