

LUISS

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma

Dipartimento di Giurisprudenza

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

L'ACCERTAMENTO DI QUESTIONI NELL'ARBITRATO

LA PERIZIA CONTRATTUALE

(Breve riassunto)

Tutor

Chiar.mo Prof. Claudio Cecchella

Candidato

Dott. Francesco Campione

A.A. 2014/ 2015

Lo scopo dell'indagine che si va, riassuntivamente, a presentare, è quello di proporre un inquadramento sistematico all'istituto conosciuto nel nostro sistema giuridico come perizia contrattuale (oppure arbitrale).

Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno da considerevole tempo diffuso (e conosciuto) nella prassi dei traffici giuridici, ma che non è mai stato isolato normativamente.

La sua configurazione, per come conosciuta nel nostro sistema, è dovuta prevalentemente all'opera ermeneutica della giurisprudenza e della dottrina.

Si ritiene che, anche in ragione della significativa dimensione pratica di cui gode, la via preferibile da seguire per proporre una plausibile ricostruzione sistematica debba partire da una sorta di fotografia fenomenologica di tale istituto.

Dottrina e giurisprudenza, infatti, hanno individuato, nel corso del tempo, alcuni casi tipici di perizia contrattuale. Le ipotesi senz'altro più ricorrenti, o comunque più note, consistono, la prima, nella previsione, inserita in clausole apposte ad alcuni contratti di assicurazione (polizze danni e assicurazioni contro gli infortuni, per lo più), in base alla quale, in caso di disaccordo tra le parti, uno o più elementi di pregnanza tecnica (il *quantum* del danno prodotto; il grado di invalidità; il nesso di causalità tra l'evento e il danno; e così via) rilevanti ai fini dell'esistenza o del modo di essere di una situazione giuridica soggettiva (il diritto risarcitorio), sono oggetto della valutazione e dell'accertamento di uno o più esperti designati dalle parti, i quali risolvono tali questioni servendosi delle proprie cognizioni tecnico-scientifiche mediante un responso per i contraenti vincolante; la seconda, dai c.d. arbitrati tecnici o sulle qualità. Qui i casi concreti sono quelli di contratti in cui una parte s'impegna a dare o fare qualcosa verso il corrispettivo di un prezzo o di un compenso e dove i contraenti stabiliscono che, in caso di divergenze maturate in fase esecutiva in ordine alla qualità delle cose fornite, dell'opera o del lavoro effettuati, la decisione – vincolante per le parti – circa la corrispondenza o meno di quanto fatto a quanto previsto o promesso sia affidata ad uno o più terzi.

Anche solo da questi due esempi s'intuisce che la peculiarità del fenomeno peritale sta nell'incarico ad un terzo, esperto in un certo settore tecnico dell'esperienza umana, di accertare o risolvere una o più questioni, di notevole pregnanza tecnica, rilevanti nella fattispecie di un diritto (o di un

rapporto), senza tuttavia pronunciarsi in ordine all'attuale esistenza del diritto.

Invero, lo studio del fenomeno, ha condotto alla formazione di diversi orientamenti; in linea generale, è possibile affermare che, tendenzialmente, esso è accostato all'arbitraggio – regolato nel codice civile all'art. 1349 nell'ambito della determinazione dell'oggetto del contratto -, ovvero all'arbitrato – disciplinato nel codice di rito agli artt. 806 ss. quale mezzo, alternativo al giudizio statale, di soluzione delle controversie giuridiche -, oppure, ancora, a entrambi, a seconda dei casi. Si tende, per contro, a negare l'autonomia giuridica della figura.

L'idea di fondo della presente ricerca è, dunque, quella di sottoporre ad analisi critica tale quadro ermeneutico di certo non univoco e di proporre una ricostruzione della perizia contrattuale che possa meglio spiegarne la *ratio*, la funzione e la disciplina nel nostro sistema giuridico.

In tale prospettiva, si è pensato dapprima di effettuare una breve indagine storica sul rapporto tra arbitrato e arbitraggio, a partire dall'epoca romanistica. Sia pure a grandi linee, essa consente di capire come la distinzione tra tali istituti non sia sempre stata limpida. Infatti, mentre nell'esperienza giuridica romana, al di là del *nomen* utilizzato, era ben chiara la distinzione tra la funzione risolutiva delle controversie giuridiche e quella integrativa dei contratti, in epoca medievale ha cominciato a farsi strada una certa confusione, sino, talora, a sovrapporre, se così possiamo dire, *arbiter* e *arbitrator*.

Grazie, in particolare, alla Pandettistica, si è riportato ordine circa la distinzione funzionale tra le due figure; tale risultato, in linea di massima, si è poi trasferito, sul piano del del diritto positivo, nelle moderne codificazioni.

Successivamente, si è ritenuto opportuno presentare una prima e brevissima disamina delle tesi propugnate nel nostro ordinamento in materia di perizia contrattuale, nonché una sintetica panoramica tesa a far emergere la presenza di istituti affini alla perizia nell'esperienza di altri ordinamenti giuridici. Peraltro, tale parte dell'indagine è stata preceduta da una premessa storico-sistemica. Invero, con quest'ultima, si è voluto dar conto, richiamando in particolare il lavoro della dottrina che più compiutamente ha studiato la perizia (arbitrale), della dottrina tedesca del XIX e del XX secolo

della *Schiedsgutachten* (perizia arbitrale), e del contesto storico in cui è sorto un istituto di estremo rilievo nell'economia del presente scritto, e cioè l'arbitrato c.d. irrituale.

Lo studio della speculazione tedesca in materia di perizia arbitrale, mette in luce in maniera evidente la complessità del fenomeno, inquadrato, in tale contesto, ora nell'ambito delle attività di formazione di rapporti giuridici, ora in seno alle attività di accertamento di elementi di un rapporto giuridico preesistente, ora, addirittura, nell'area degli istituti probatori.

In parte qua, peraltro, un dato da segnalare attiene al recepimento, da parte del BGB, dell'idea di arbitraggio per come riaffermata dalla Pandettistica, dunque in linea con le fonti romane.

Ad ogni buon conto, l'elemento più significativo che emerge, è che in tale contesto, in realtà, non si riesce a raggiungere l'unificazione del quadro sistematico intorno alla perizia arbitrale.

Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, esso consiste in un mezzo di soluzione delle controversie nato in seno all'autonomia privata. Si ritiene, comunemente, che la nascita per così dire ufficiale di esso sia da rintracciare in un arresto della Corte di cassazione di Torino del 27 dicembre 1904, e che rappresenti una realtà esclusivamente italiana. Esso si caratterizza per porsi come alternativa non solo alla via giurisdizionale statale, ma anche all'arbitrato disciplinato nel codice processuale, assicurando la soluzione della controversia con un atto negoziale.

Invero, grazie soprattutto al contributo della dottrina italiana che ha indagato, per così dire, le manifestazioni straniere dell'arbitrato negoziale, si è potuto appurare che anche in altri ordinamenti è diffusa la prassi della composizione dei contrasti facendo ricorso a strumenti nati nell'ambito dell'autonomia privata. Il dato interessante che emerge ai nostri fini da tale panoramica è che, sovente, tali mezzi di soluzione delle controversie, che dal punto di vista dell'ordinamento italiano possono essere decifrati quali ipotesi di arbitrato libero, si sviluppano, in primo luogo, con l'obiettivo di dare soluzione a questioni tecniche (per esempio, in materia assicurativa, la determinazione del *quantum* di un indennizzo).

Ad ogni modo, venendo ad una brevissima rassegna delle tesi sostenute nel nostro ordinamento sul tema della perizia contrattuale, è possibile affermare che, grosso modo, le idee sul campo sono quattro: per alcuni la perizia è una

peculiare forma di arbitraggio; per altri, al contrario, è un fenomeno arbitrale; per una terza ricostruzione, probabilmente maggioritaria in dottrina, essa può essere, a seconda dei casi, sia un arbitraggio, sia un arbitrato, posto che il tratto caratteristico è dato solo dalla natura tecnica dell'attività espletata e dell'apprezzamento espresso, ma tale aspetto ben si confà tanto all'attività dell'arbitratore, quanto a quella dell'arbitro; infine, secondo una quarta opinione, la perizia rappresenta un istituto autonomo.

Questo essendo il quadro generale in cui collocare la nostra analisi critica, si è considerato interessante proporre una più accurata analisi del sistema di diritto dell'arbitrato spagnolo, che ha vissuto un'evoluzione che, a nostro avviso, presenta spunti meritevoli di approfondimento ai fini della presente indagine.

Così, si sono illustrate le varie tappe normative dell'arbitrato processuale, il quale, sin dal codice civile e dalla legge processuale di fine '800, è sempre stato considerato un mezzo alternativo al giudizio statale. Di contro, non ha mai goduto di espreso riconoscimento normativo l'arbitrato irrituale, mentre la figura generale di arbitraggio è stata presa in considerazione dalla legge sull'arbitrato del 1953 per poi, nell'88, essere espunta (pur mantenendosi le figure speciali di arbitrato previste, in primo luogo, nel codice civile).

Invero, da un lato, ad onta dell'abrogazione formale della norma generale in materia di arbitraggio, dottrina e giurisprudenza spagnole hanno sempre ammesso l'esistenza della figura del terzo chiamato a completare o integrare un rapporto giuridico; da altro lato, la legge del '53 e quella del 1988, in materia di arbitrato, prevedevano la possibilità di ricorrere ad un arbitrato "informale", ma si stabiliva che la decisione sarebbe stata vincolante solo se accettata dopo la sua emissione. Si è così stabilizzata l'idea che nel sistema spagnolo non è concepita una figura corrispondente al nostro arbitrato irrituale, anche se prima della legge arbitrale del 1953 la giurisprudenza riconosceva la possibilità, in virtù del principio di autonomia privata, di incaricare un terzo di fiducia affinché resolvesse la controversia con un atto negoziale.

Inoltre, dottrina e giurisprudenza spagnole si sono dovute misurare con alcuni istituti disseminati tra codice civile, codice del commercio e leggi speciali, consistenti, tendenzialmente, nel deferimento ad un terzo esperto di

fissare uno o più elementi di pregnanza tecnica, rilevanti nell'ambito di un rapporto preesistente. Le soluzioni offerte sono prevalentemente andate nel senso di escludere tali fattispecie dall'area dei fenomeni arbitrari; ciò in quanto, da un lato, l'arbitrato puntualmente regolato è alternativo al giudizio statale, onde può avere ad oggetto solo la controversia giuridica nel suo complesso; dall'altro lato, non è ammessa la figura dell'arbitrato libero.

Peraltro, una più accurata indagine ha permesso di evidenziare come la giurisprudenza di fine '800 e inizio '900, ammissiva dell'arbitrato libero in Spagna, si era occupata, tra l'altro, anche dell'inquadramento delle ipotesi di attività peritale sopra richiamate. In particolare, la casistica più frequente atteneva alla determinazione dell'indennizzo in sede assicurativa, e le corti spagnole avevano delineato tali casi come ipotesi di arbitrati speciali.

Ad ogni modo, salvo qualche autorevole eccezione, la dottrina è sempre stata orientata a ricondurre tali fattispecie nell'area dell'arbitraggio, quindi considerandole realtà esclusivamente di diritto sostanziale.

Non avendo trovato neanche nell'ordinamento iberico un'appagante soluzione al problema oggetto di questa indagine – anche se si è potuto cogliere utili dati sistematici -, si è passati così all'analisi critica delle idee sul campo nel nostro sistema.

Si è scelto di presentare una più dettagliata analisi casistica ed empirica delle ipotesi di perizia contrattuale, onde meglio capire qual è la *ratio* di fondo di tale istituto e, pertanto, il senso della sua scelta ad opera dei soggetti. A tal fine, si sono prese in considerazione alcune delle numerose clausole peritale inserite nei regolamenti delle camere arbitrali ovvero nei contratti di assicurazione, e si è potuto vedere che l'incarico concreto conferito ai periti diverge tanto da quello assegnato all'arbitratore, tanto da quello rimesso all'arbitro *tout court*. Invero, con la clausola per perizia contrattuale le parti vogliono che il terzo, nominato in ragione della sua preparazione, accerti oppure fissi un elemento (tendenzialmente) di fatto di pregnanza tecnica, comunque rilevante all'interno della fattispecie di un rapporto già in essere e completo in tutti i suoi elementi.

Tale ricostruzione richiama, strutturalmente, l'arbitrato.

Si è così cercato di dimostrare la profonda distinzione funzionale e strutturale tra perizia e arbitraggio, così come tra quest'ultimo e l'arbitrato *tout court*. La fattispecie ex art. 1349 c.c., infatti, si caratterizza per

attribuire al terzo, previo incarico delle parti, il compito di colmare una lacuna contrattuale, dunque la funzione è quella di cooperare con le parti affinché il rapporto si completi in tutti i suoi elementi. Mentre la perizia e l'arbitrato intervengono a dirimere una controversia con riferimento a rapporto preesistenti perfetti e completi in tutti i loro elementi; la peculiarità risiede nel fatto che con l'arbitrato si risolve la controversia giuridica nel suo complesso, mentre con la perizia solo una questione, comunque rilevante all'interno del rapporto, ma senza nulla decidere in ordine alla tutela giuridica dei diritti da esso derivanti.

Peraltro si è osservato che riportare la perizia all'area dell'arbitrato, almeno nel nostro ordinamento, non basta, posto che, adesso anche espressamente, sono contemplati due tipi arbitrali.

Si è così brevemente riproposto il dibattito sulla c.d. natura dell'arbitrato, passando, tra le altre, per le tesi fauriche della contrapposizione tra le due modalità arbitrali (tra le quali anche quella per cui l'arbitrato irrituale consiste in un arbitraggio applicato ad un negozio di accertamento ovvero ad una transazione) e per le tesi aderenti alla c.d. teoria unitaria dell'arbitrato.

Alla luce, soprattutto, del nuovo art. 808 *ter* c.p.c., ai sensi del quale è possibile per le parti incaricare gli arbitri affinché risolvano la controversia con una determinazione contrattuale, si è pensato di sostenere un'idea ricostruttiva secondo la quale l'arbitrato rituale e l'arbitrato libero condividono la medesima funzione decisoria e un'analogia struttura processuale; la differenza sta nella scelta per un arbitrato che sfoci in un atto considerato equipollente alla sentenza (art. 824 *bis* c.p.c.) e come tale soggetto al regime delle sentenze (impugnazione del lodo per nullità-revocazione e opposizione di terzo dinanzi alla Corte d'appello), dunque, in fin dei conti, in un arbitrato sostitutivo di un grado di giudizio; e un arbitrato che si concluda con lodo-contratto, soggetto, tendenzialmente, al regime dei negozi giuridici.

I due modelli, dunque, non debbono ritenersi nettamente contrapposti, ed anzi, anche nella prospettiva della disciplina applicabile, nei limiti della compatibilità, il tipo rituale è un riferimento processuale per il tipo irrituale. Detto questo, considerando l'attività del perito un accertamento, si è proposta un'analisi dell'accertamento negoziale, alla luce degli autorevoli

contributi di dottrina e giurisprudenza, e si è concluso nel senso dell'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di un accertamento negoziale anche limitato a fatti, il cui effetto peculiare è di fissare, vincolando in tal senso anche il giudice, la realtà giuridica e/o di fatto, per come ricostruita dalle parti.

Si è poi studiato il problema dell'oggetto dell'arbitrato. Si è sostenuto che, pur non essendoci insuperabili ostacoli sistematici a ritenere proponibile in arbitrato una domanda limitata all'accertamento di una questione, nel nostro ordinamento, precisi indici normativi, in particolare (e soprattutto) in tema d'impugnazione del lodo, testimoniano l'idea di configurare l'arbitrato rituale quale mezzo sostitutivo di un grado di giudizio. Invero, una domanda arbitrale limitata all'accertamento di una questione, nell'arbitrato rituale non consentirebbe alla parte, ai sensi dell'art. 827 c.p.c., di impugnare autonomamente il lodo.

Così, pur senza negare la possibilità per le parti di scegliere comunque la modalità rituale – del resto, se la perizia è un fenomeno arbitrale, può essere teoricamente declinata nei due modi – la perizia contrattuale appare meglio inquadrabile come arbitrato irrituale ad oggetto ristretto. Il lodo-contratto, avrà ad oggetto l'accertamento di una questione normalmente di fatto di elevata pregnanza tecnica, e sarà soggetto al regime dei negozi, o, per meglio dire, al regime predisposto per il lodo libero: impugnazione dinanzi al giudice competente secondo le regole generali, onde far valere la pretesa all'annullamento dell'atto peritale.

Tale opzione, posto che assicura una tutela più completa, appare sistematicamente preferibile.