

Differenze tra arbitraggio e arbitrato irritale

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

dell'Avv. ***** a Tribunale Catania n. 36 del 9.1.03 riportata in calce

Il caso

Nell'accordo che regola il passaggio della gestione di un'agenzia assicurativa da un agente all'altro si prevede che tutta l'attrezzatura mobiliare dell'agenzia è automaticamente trasferita in proprietà della gestione subentrante e che, in mancanza di accordo tra le due gestioni interessate sul prezzo da corrispondere, la sua determinazione sarà rimessa al giudizio di un arbitro unico in qualità di amichevole compositore, nominato concordemente dalle gestioni interessate o, in difetto, dal Presidente del Tribunale.

Verificatosi il disaccordo delle parti sul prezzo, l'agente uscente fa ricorso al Presidente del Tribunale per la nomina dell'arbitro, e questi, una volta nominato, provvede alla determinazione del prezzo.

Successivamente l'agente uscente intraprende il giudizio di merito avente ad oggetto la richiesta di pagamento di quanto determinato dall'arbitro.

La questione

Per pervenire alla decisione - risolvendo le eccezioni processuali e sostanziali sollevate dalle parti - il giudice deve stabilire se l'attività posta in essere dall'arbitro debba essere ricondotta alla fattispecie dell'arbitraggio o dell'arbitrato rituale.

Un obiter significativo: la tendenziale evaporazione della distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale

Il giudice ha ritenuto di dover premettere che i più recenti arresti giurisprudenziali tendono a svalutare le differenze tra le figure dell'arbitrato rituale ed irrituale.

E' noto, infatti, che, secondo l'insegnamento tradizionale, la distinzione tra le due figure di arbitrato risiederebbe in ciò, che l'arbitrato rituale avrebbe natura sostanzialmente giurisdizionale e quello irrituale, invece, natura negoziale.

Tuttavia, a partire da Cass., Sez. Un. 2000, n 527, si è assistito ad un ripensamento di tale tradizionale distinzione e si è affermato che anche l'arbitrato rituale, al pari di quello irrituale, va ricondotto all'attività negoziale delle parti.

Le più immediate ed evidenti ricadute applicative del nuovo orientamento riguardano la qualificazione dell'eccezione di arbitrato e l'ammissibilità della tutelare cautelare ante causam in presenza di clausola per arbitrato irrituale.

Quanto alla prima questione, sulla scia della pronunzia delle SS.UU. sopra ricordata, è oggi prevalente, nella giurisprudenza di legittimità, l'affermazione che quella di arbitrato - poco importa se rituale o irrituale - non costituisce un'eccezione di competenza, ma sempre e solo un'eccezione di merito. Con la

conseguenza che la relativa pronuncia non è impugnabile con regolamento di competenza (Cass. Sez. Un., 3 ottobre 2002, n 14223; Cass. Sez. Un., 22 luglio 2002, n 10723; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n 9289; Cass., sez. I, 8 agosto 2001, n 10925; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001, n 7858).

Quanto alla seconda questione, si va sempre più consolidando nella giurisprudenza di merito l'orientamento favorevole all'ammissibilità della tutela cautelare ante causam pur in presenza di una clausola per arbitrato irrituale (TR Milano, 9 aprile 2002 in Giur. it. 2002, 1657; TR Palermo, 17 febbraio 2002, in Giust.it, n 3-2002; TR Lanciano, 29 novembre 2001, in Giur. merito 2002, 340; TR Catania, 16 ottobre 2001, in Le Società 2002, 63, TR Catania, 4 ottobre 2001, in **** 2001, 2881).

Arbitrato irrituale, arbitraggio e perizia contrattuale: i criteri distintivi

La sentenza in esame si colloca nel solco dell'insegnamento dottrinario e giurisprudenziale circa i caratteri distintivi tra arbitrato libero (o irrituale) ed arbitraggio.

E' noto che quest'ultimo ha la sua fonte normativa nella previsione generale dell'art. 1349 c.c. in tema di determinazione dell'oggetto del contratto, norma questa alla quale fa puntuale riscontro l'art. 1473 c.c. in tema di vendita.

L'istituto in esame si iscrive nel quadro dei rapporti tra l'autonomia privata e le fonti determinative esterne del regolamento negoziale.

Più in particolare, l'arbitraggio costituisce lo strumento, vincolante per le parti che lo hanno attivato, di determinazione di un elemento mancante del contratto.

L'arbitraggio presuppone, quindi, un rapporto contrattuale incompleto, perché mancante di un elemento essenziale.

L'arbitrato, invece, presuppone un rapporto perfetto in tutti i suoi elementi ma controverso.

In quest'ordine d'idee la giurisprudenza è solita affermare che "l'arbitrato si differenzia dall'arbitraggio perché, mentre con il primo le parti attribuiscono agli arbitri il compito di risolvere divergenze insorte in ordine ad un rapporto preconstituito in tutti i suoi elementi, con il secondo le parti demandano ad altro soggetto la determinazione del contenuto di un contratto già concluso ma non completo (si veda, tra le altre, Cass. 28 luglio 1995, n. 8289 - da ultimo, Cass. 19 aprile 2002, n 5707).

L'arbitraggio si differenzia, altresì, dalla c.d. perizia contrattuale - istituto di prevalente creazione giurisprudenziale -, che ricorre quando le parti "devolvono al terzo, o ai terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, non già la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva" (Cass. 21 maggio 1999, n. 4954).

L'attività determinativa del terzo arbitratore ed il regime delle impugnazioni del dictum

La disciplina dell'arbitraggio è caratterizzata dalla distinzione - quanto alla natura dell'attività determinativa dell'arbitratore - tra mero arbitrio ed equo apprezzamento (quest'ultimo si presume iuris tantum in assenza di contraria previsione nella clausola di arbitraggio).

Nel caso di determinazione rimessa al mero arbitrio, gli interpreti sono sostanzialmente concordi nell'affermare che la valutazione del terzo deve essere comunque ispirata a criteri di ragionevolezza, essendo inconcepibile che l'ordinamento garantisca tutela ad una decisione palesemente irrazionale, capricciosa o addirittura disonesta. In quest'ordine di idee, un autore (*****), L'arbitraggio, Napoli 1992,

pag. 113 ss) ha sostenuto che anche la determinazione affidata al mero arbitrio, al pari di quella rimessa all'equo apprezzamento, deve essere concepita come un giudizio serio e ponderato.

Quando l'arbitratore deve procedere con equo apprezzamento, la sua determinazione deve essere vincolata a criteri tecnici di comune accezione, serietà e ponderazione, e deve tener conto di tutte le circostanze del caso, note o conoscibili, secondo la comune esperienza.

La distinzione tra mero arbitrio ed equo apprezzamento rileva in punto di mezzi d'impugnazione del dictum dell'arbitratore: nella determinazione affidata all'equo apprezzamento potranno farsi valere la manifesta iniquità e l'erroneità della decisione; in quella affidata al mero arbitrio soltanto la mala fede.

La mala fede consiste in ciò, che l'arbitratore, tradendo la fiducia delle parti, si sia consapevolmente piegato al volere di una sola di esse, agendo intenzionalmente (dolo) a danno di una parte del contratto, sì da pervenire ad una decisione diversa da quella che egli avrebbe assunto ove avesse mantenuto la sua imparzialità. In questi casi, assume rilievo decisivo l'atteggiamento psicologico dell'arbitratore che, tradendo la fiducia conferitagli, si pieghi consapevolmente agli interessi di una delle parti, non essendo sufficiente che l'incarico non sia stato compiutamente eseguito e che le determinazioni siano prive di ragionevolezza (Cass. 2 febbraio 1999, n. 858).

Quando l'arbitratore abbia proceduto con equo apprezzamento, il dictum può essere impugnato solo se la determinazione sia manifestamente iniqua o erronea.

L'attributo che deve caratterizzare l'iniquità rimanda ad una dimensione quantitativa (l'iniquità deve essere notevole, secondo il *****, o addirittura certa, secondo il Sacco), e deve essere oggettiva, sicché si prescinde dall'eventuale colpa o dolo dell'arbitratore (*****).

Quanto alle conseguenze dell'eventuale annullamento, nel caso di mero arbitrio il giudice dovrà limitarsi alla declaratoria di annullamento, non potendo provvedere né alla determinazione dell'elemento contrattuale mancante né alla sostituzione dell'arbitratore. Ove, invece, l'arbitratore abbia proceduto con equo apprezzamento, il giudice, annullato il dictum, effettuerà egli stesso la determinazione.

Va segnalato, in ultimo, che la giurisprudenza valorizza la distinzione tra arbitrato irrituale ed arbitraggio per escludere che al primo possano applicarsi i mezzi d'impugnazione normativamente previsti per il secondo: con massima costanza si ripete che la manifesta iniquità, che legittima di per sé l'impugnazione del dictum dell'arbitratore, non consente, invece, l'impugnazione della decisione arbitrale, se non quando, assieme ad altre circostanze, costituisca espressione del dolo degli arbitri (Cass. 29 agosto 1995, n 9070; Cass. 19 agosto 1992, n 9654).

Sentenza n 36/03

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI CATANIA

sezione quarta civile

Il giudice istruttore in funzione di giudice unico dr. *****

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 3968/99 R.G.

Promossa da:

*** ***, in proprio e nelle qualità di coagente generale INA/Assitalia di Catania per il periodo

1-8-1993/29-2-1996 e di socia amministratrice della società di gestione *** & *** s.d.f. e di coagente generale INA/Assitalia di Catania per il periodo 1-5-1996/17-7-1996 in regime di società irregolare con ***, elettivamente domiciliata in Catania, via Pola n. 36, presso studio dell'avv. ***** che la rappresenta e difende per procura in calce all'atto di citazione;

attrice

contro

, elettivamente domiciliato in Catania, corso Sicilia, 10, presso lo studio dell'avv. ** che lo rappresenta e difende per procura a margine della comparsa di costituzione;

convenuto

, elettivamente domiciliato in Catania, via Luigi Rizzo n. 21, presso lo studio dell'avv. ** che lo rappresenta e difende per procura a margine della comparsa di costituzione;

convenuto

, elettivamente domiciliato in Catania, via *** ** n. 4, presso lo studio dell'avv. ***** rappresentato e difeso dall'avv. ***** del Foro di Siracusa per procura a margine della comparsa di costituzione.

convenuto

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 30-4-2002 i procuratori delle parti concludevano come in atti.

Trascorsi i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, a mente dell'art. 190 c.p.c., il giudice ha osservato.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato 2-6 luglio 1999 *** ***, in proprio e nelle qualità di coagente generale INA/Assitalia di Catania per il periodo 1-8-1993 9 2-1996 e di socia amministratrice della società di gestione *** & *** s. d. f. e di coagente generale INA/Assitalia di Catania per il periodo 1-5-1996/17-7-1996 in regime di società irregolare con ***, nel convenire in giudizio dinanzi a questo Tribunale, *** ***, *** ***, e *** ***, premesso che: a) il giorno 1 agosto 1993 essa *** ***, veniva nominata agente generale INA/Assitalia di Catania insieme a *** ***, b) tale coagenza era durata dal giorno 1-8-1993 al 29-2-1996, data nella quale il *** veniva nominato agente generale unico di Gorizia; c) essa attrice rimaneva agente generale unico per il periodo compreso tra l'1- 3-1996 e il 30-4-1996; d) a far data dall'1-5-1996 essa *** e *** ***, venivano nominati coagenti generali INA per Catania; e) la gestione ***/*** si protraeva fino al 17-7-1996, giorno nel quale cessava per le dimissioni di *** e per recesso ad nutum delle società preponenti; f) dall'1-1-1997 il nuovo agente generale INA/Assitalia per Catania diveniva *** ***, esponeva quanto segue: 1) l'art. 5 della lettera di nomina allegata al capitolato per la concessione delle agenzie generali INA stabiliva che: "A/l'atto de/la cessazione del mandato, l'attrezzatura mobiliare dell'Agenzia si intende trasferita automaticamente in proprietà de/la libera gestione subentrante restando l' eventuale temporanea gestione diretta semplicemente depositaria dell'attrezzatura stessa. La determinazione dell'equo prezzo sarà concordata fra la gestione uscente e la gestione subentrante e il prezzo stesso, ove la gestione subentrante sia una temporanea gestione diretta, sarà sottoposto all'accettazione della successiva libera gestione. In mancanza di accordo o accettazione della successiva libera gestione, la determinazione del prezzo sarà rimessa al giudizio di un arbitro unico - in qualità di amichevole compositore- indicato concordemente dalle gestioni interessate o, in difetto, nominato dal Presidente del

Tribunale su istanza delle parti interessate; 2) con provvedimento del 18-24 luglio 1997 il Presidente del Tribunale di Catania, su ricorso di essa attrice, nominava arbitro unico l'avv. ***** con il compito di determinare l'equo prezzo dei beni mobili di pertinenza dell'agenzia generale INA/Assitalia di Catania trasferiti in proprietà all'attuale agente generale, *** ***, in forza della suddetta clausola contrattuale; 3) il procedimento per arbitrato si concludeva con le determinazioni assunte dall'arbitratore il 21-5-1999, comunicate con lettera raccomandata n. 7504 del 22-5-1999; 4) l'arbitratore determinava in complessive lire 264.880.333 l'importo che *** *** era tenuto a pagare alla gestione di *** *** e *** *** a titolo di prezzo dei mobili, arredi e attrezzature di pertinenza dell'agenzia generale INA/Assitalia di Catania, precisando che: "Di fatto occorrerà che, per semplificare il rapporto, il prezzo che dovrà corrispondere il sig. *** dovrà confluire verso la gestione ***-***, fatti i debiti conguagli fra una gestione e l'altra per le svalutazioni rilevate dal CT. La gestione *** dovrà pagare alla gestione ***-*** la somma di lire 264.880.333, oltre IVA se dovuta. La gestione ***-*** dovrà pagare alla gestione *** la somma di lire 267.555.892, oltre IVA se dovuta. La gestione *** dovrà pagare alla gestione ***-*** la somma di lire 266.007.972 oltre IVA se dovuta"; 5) l'ultima gestione ad avere effettivamente pagato il prezzo dei mobili era quella di *** e ***, sicchè la somma che *** dovrà versare andrà ripartita tra *** *** e *** *** in ragione di metà per ciascuno, previ i dovuti conguagli tra le diverse gestioni nella misura indicata dall'arbitratore; 6) sulla somma di lire 264.880.333, oltre IV A, erano dovuti gli interessi a far data dall' 1-1-1997, posto che: i) i mobili, arredi e attrezzature venduti a *** *** costituivano la struttura materiale di un'azienda commerciale (la libera agenzia assicurativa INA/Assitalia di Catania), sicchè l'acquirente beneficiava (e aveva beneficiato) dell'utilizzo di una struttura produttiva per il cui godimento, a valori di mercato, avrebbe dovuto corrispondere un corrispettivo di non pochi milioni mensili; ii) essa attrice andava indennizzata per il mancato godimento dei beni; iii) essa attrice non aveva potuto riscuotere il prezzo, atteso che lo stesso andava determinato dal terzo ex art. 1473 c.c.. Chiedeva, pertanto, *** *** che il Tribunale: a) condannasse *** ***, attuale agente generale INA/Assitalia per la città di Catania e per i comuni dipendenti, a pagare ad essa attrice, quale contitolare della precedente gestione agenziale, la complessiva somma di lire 264.880.333, oltre IV A, e con gli interessi dall'1-1-1997 al soddisfo; b) condannasse, altresì, *** *** e *** *** a pagare ad essa *** *** rispettivamente il primo la somma di lire 7.092.000 e il secondo quella di lire 3.546.000 per spese di arbitrato; c) condannasse *** *** a pagare ad essa *** *** la somma di lire 133.777.946, oltre IV A e interessi dall' 1-5-1996, pari alla metà del valore dei mobili, arredi e attrezzature trasferiti alla gestione ***/***; d) statuisse che la somma di lire 264.880.333, oltre accessori come specificati, venisse pagata, quanto al 50% a *** *** e quanto al residuo 50% a *** *** (e non ad *** ***), fatti salvi i conguagli tra le diverse gestioni come stabiliti dall'arbitratore, con vittoria di spese e compensi.

Costitutosi, *** ***, deduceva, in via principale, la nullità del "lodo" reso dall'arbitratore, difettando le condizioni legittimanti l'accesso al detto arbitrato e, in subordine, *** stava la quantificazione dell'importo posto a carico di esso convenuto dall'arbitratore, quale pagamento delle attrezzature mobiliari per cui è causa.

Chiedeva, pertanto, che il Tribunale, in via preliminare, dichiarasse la nullità del "lodo" reso dall'arbitratore e, in subordine, previa accertamento dell'iniquità della determinazione effettuata dall'arbitratore medesimo, determinasse l'equo prezzo dovuto pro quota da esso convenuto per le attrezzature in questione, con il favore delle spese di lite. All'udienza del 4-4-2000 si costituiva in giudizio

*** *** il quale deduceva: A) la nullità del lodo posto a base del giudizio, sotto i seguenti profili: i) difetto del potere di promuovere la procedura arbitrale, essendo già iniziato in relazione alla medesima vicenda altro giudizio dinanzi al Tribunale di Messina; ii) difetto dei presupposti della procedura di nomina dell'arbitro, non avendo controparte inteso ricercare l'accordo sulla nomina dell'arbitratore; iii) eccesso di mandato, per avere l'arbitratore deciso la controversia insorta tra le parti in merito ai soggetti tenuti al pagamento del prezzo da determinare; iv) mancato rispetto dei termini perentori previsti che venivano illegittimamente prorogati; B) la carenza di legittimazione passiva di esso convenuto, non risultando configurabile alcuna gestione ***/***; C) l'infondatezza delle domande attoree, per non avere l'arbitratore tenuto in debito conto la natura obsoleta di gran parte dei beni oggetto di valutazione e i relativi ammortamenti. Rilevava, a quest'ultimo riguardo, il convenuto come l'unica somma, a tutto concedere, dovuta da esso *** alla *** ammonterebbe, al più, a lire 1.337.779 (pari alla metà della differenza tra lire 267.555.892 [importo dovuto dalla gestione ***/*** alla gestione ***] e lire 264.880.333 [importo dovuto dalla gestione *** alla gestione ***/ ***]) e non già alla somma richiesta dall'attrice pari a lire 133.177.946, con ulteriore e immotivata esclusione di qualsivoglia partecipazione alla ripartizione della somma di lire 264.880.333 dovuta, ad avviso dell'arbitratore, dalla gestione *** alla gestione ***/***.

Chiedeva, quindi, che, in via preliminare, il Tribunale dichiarasse l'inammissibilità e, comunque, la nullità del lodo arbitrale del 21-5-1999 nonché la carenza di legittimazione passiva di esso convenuto, con conseguente richiesta di estromissione dal giudizio. Chiedeva, inoltre, in via subordinata, il rigetto delle domande attoree, in quanto infondate, con vittoria di spese e compensi.

Il giudice istruttore con ordinanza resa alla detta udienza, nell'assegnare alle parti, per come richiesto i termini di cui all'art. 183 co. 5 c.p.c., fissava l'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184 c.p.c., previa dichiarazione della contumacia di *** ***, non costituitosi, sebbene ritualmente citato.

All'udienza del 30-4-2001 si costituiva in giudizio *** *** il quale, nel ribadire la ritualità del procedimento arbitrale espletato per la determinazione dell'equo prezzo delle attrezzature e l'infondatezza delle contrarie eccezioni sollevate dai convenuti *** e ***, chiedeva la condanna di *** ***, quale attuale agente generale INA/Assitalia per Catania al pagamento in favore di esso convenuto, quale coagente generale INA/Assitalia per il periodo dall'1-8-1993 al 29-2-1996 della somma pari al 50% dell'importo di lire 264.880.333 siccome determinata dal lodo, oltre interessi, nonché delle spese del presente giudizio.

Il giudice istruttore, a scioglimento della riserva assunta all'udienza, revocata l'ordinanza dichiarativa della contumacia di *** ***, rigettate le richieste istruttore formulate dalle parti, rinviava per la precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 30-4-2002, la causa sulle conclusioni in atti rassegnate col richiamo di quelle sopra esposte, veniva, infine, trattenuta in decisione, previa concessione alle parti dei termini di rito per le difese conclusive.

Motivi della decisione.

Ritiene il decidente opportuno, ai fini della risoluzione dell'odierno ***nzioso, prendere le mosse dall'esame della questione relativa alla qualificazione della fattispecie oggetto di causa.

Si tratta, in particolare, di chiarire se l'attività posta in essere dal soggetto nominato dal Presidente di questo Tribunale con decreto del 18-24 luglio 1997 debba essere ricondotta alla figura dell'arbitraggio ovvero a quella dell'arbitrato. E' evidente, infatti, che dalla predilezione dell'uno ovvero dell'altro corno dell'alternativa interpretativa prospettata discendono immediate conseguenze sul piano della

individuazione dei limiti del potere di cognizione di questo giudice.

E' appena il caso di segnalare, per quanto interessa, che a seguito del recente arresto delle Sezioni Unite della Corte regolatrice (cfr. Cass. Sez. Un. n. 527/00, da ultimo ribadito da Cass. n. 1403/01), senz'altro condiviso da questo Tribunale (cfr. Trib. Catania, 16 ottobre 2001, ord., in *Le Società*, 2001, 63), si è assistiti ad una sostanziale *reductio ad unum* della natura giuridica delle due forme di arbitrato universalmente note, sicché può, ad avviso del giudice, ritenersi definitivamente superato l'indirizzo interpretativo - pur autorevolmente sostenuto in giurisprudenza- che rimarcava la distinzione tra arbitrato rituale, da un parte, e arbitrato irrituale o libero, dall'altra.

La Corte, in ciò cogliendo gli auspici della più recente dottrina, ha espressamente negato natura giurisdizionale alla specie dell'arbitrato rituale, escludendone l'appartenenza alla sfera pubblicistica e affermandone, di contro, la natura privata da riferire, quindi, anche al dictum che ne consegue.

Ciò premesso, rileva il decidente come l'arbitraggio, secondo l'opinione espressa da autorevole dottrina, sia l'atto giuridico mediante il quale un terzo, detto arbitratore, determina su incarico delle parti uno degli elementi del loro rapporto contrattuale. Laddove, l'arbitro esprime una volontà negoziale diretta a fissare il rapporto esistente tra i contendenti, sicché tale atto vincola costoro in forza del potere di rappresentativo che questi conferiscono all'arbitro in funzione della composizione della lite.

Appare condivisibile l'indirizzo dottrinario che, nell'evidenziare gli innegabili legami tra arbitraggio e arbitrato - rappresentati dal comune fondamento contrattuale e dalla identità del negozio attributivo dei poteri al terzo prescelto dalle parti (mandato congiuntivo) -, sottolinea la diversità di funzione delle due figure, affermando come l'arbitraggio ricorra allorché le parti abbiano lasciato indeterminato uno degli elementi del negozio, affidando a un terzo (l'arbitratore) il mandato di determinare l'elemento stesso. Con l'arbitraggio, quindi, i contraenti non tendono in alcun modo alla definizione di una controversia, ma puramente e semplicemente alla determinazione di un elemento del rapporto al quale concordemente hanno dato vita (cfr., *ex plurimis*, sulla diversità di funzione tra gli istituti dell'arbitrato e dell'arbitraggio, Cass. civ. sez. I, 19 aprile 2002 n. 5707, in *Dir. e Giust.* 2002, fasc. 20, 71, nonché Cass. civ. sez. lav. 25 giugno 1983 n. 4364).

In altri termini, nell'arbitraggio il terzo non è chiamato a risolvere un conflitto di interessi (che pure può sussistere), non deve giudicare, su una *res litigiosa*, ben potendo mancare la necessità di dirimere un contrasto. Certo, la "controversia economica" (quale conflitto di interessi in ordine al quale le parti non sono in grado di trovare da sole una comune disciplina) può sussistere e tuttavia essa va considerata - come rilevato da attenta dottrina- come mero presupposto di fatto del ricorso al terzo, come occasione che lo determina, non essendo l'attività del terzo funzionalmente diretta alla soluzione di quel contrasto ma esclusivamente volta "all'integrazione dell'efficacia o alla precisazione del rapporto".

L'arbitraggio è figura che trova esplicito riconoscimento nel diritto positivo.

Ed invero, l'art. 1349 c.c. prevede, in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto, la possibilità che le parti deferiscano al terzo di determinare la prestazione dedotta in contratto.

La determinabilità ad opera del terzo, e su incarico delle parti, di "porzioni" del regolamento contrattuale intercorrente tra le parti medesime incontra un duplice ordine di limiti. Da un lato, infatti, le parti non possono rimettersi interamente alla decisione del terzo, poiché ciò creerebbe un ingiustificato assoggettamento del contraente al potere altrui in violazione del principio della parità reciproca, sicché si ritiene comunemente che le parti debbano avere previamente determinato la causa del contratto e la

natura delle principali prestazioni. Dall'altro lato, la determinazione del terzo risulta espressamente esclusa con riguardo all'oggetto della donazione, ai sensi dell'art. 778 cc. 1 c.c.. La ratio del divieto sta nella esigenza di garantire maggiormente la personalità della disposizione contrattuale. Analoghe limitazioni si riscontrano nella disciplina del testamento (cfr. l'art. 631 c.c.).

Un'apposita previsione normativa dedicata alla determinazione del prezzo da parte del terzo si rinviene, di contro, nell'ambito della disciplina codicistica dettata in materia di contratto di vendita: il riferimento è al disposto dell' art. 1473 c. c.

Come correttamente osservato da attenta dottrina, l'incarico all'arbitratore può basarsi su due logiche diverse, in relazione al modo in cui le parti richiedono al terzo di svolgere la sua valutazione, finalizzata alla determinazione dell'oggetto contrattuale: la logica dell'equo apprezzamento e la logica del mero arbitrio.

La determinazione secondo equo apprezzamento è quella per cui il terzo deve, per un verso, determinarsi mediante l'equilibrato e razionale impiego di criteri obbiettivi, tenendo conto delle circostanze rilevanti che vanno a connotare il caso concreto e, per altro verso, rendere controllabile il rispetto di questo *modus procedendi*, esplicitando le motivazioni della propria scelta.

La determinazione secondo mero arbitrio significa non tanto che le parti si rimettono a qualsiasi valutazione del terzo per quanto capricciosa o arbitraria, quanto piuttosto che esse, in ragione della speciale fiducia che nutrono nel terzo, lo esonerano dal seguire un iter logico rigorosamente fondato su criteri obbiettivi e razionali (e, a maggior ragione, dal correlato obbligo di motivazione) e lo autorizzano a scelte che possono anche apparire razionalmente non motivate.

Il legislatore presume, in mancanza di diversa manifestazione di volontà delle parti, che esse si siano rimesse all'*arbitrium boni viri* (art. 1349 co. 1, primo periodo c.c.).

Ora, a seconda che il terzo sia stato incaricato di procedere con equo apprezzamento o invece secondo mero arbitrio, muta la disciplina dell'arbitraggio affidatogli (cfr. Cass. civ. sez. I, 2 febbraio 1999 n. 858).

Tale disciplina si concentra intorno a due ipotesi variamente patologiche: quella per cui la determinazione del terzo non si produca e quella per cui si produca in modo viziato.

Nel primo caso "manca la determinazione del terzo", vuoi per impossibilità a lui non imputabile, vuoi per inadempimento imputabile dell'incarico ricevuto (con conseguente responsabilità nei confronti delle parti mandanti).

In tale ipotesi se il terzo doveva procedere con equo apprezzamento, la determinazione non fatta da lui viene fatta dal giudice (ex art. 1349 co. 1 c.c. seconda parte): la sostituzione è ammissibile poiché il giudice potrà ben applicare quegli stessi criteri obbiettivi e razionali ai quali il terzo avrebbe dovuto ispirare le sue scelte.

Di contro, se l'arbitratore era autorizzato a procedere secondo mero arbitrio, la sostituzione ad opera del giudice non è possibile, avendo le parti manifestato l'intenzione di affidarsi esclusivamente al terzo, alla "sua irripetibile soggettività", sicché delle due l'una: o le parti si accordano per sostituire il terzo con altro arbitratore e il contratto resiste ovvero non si accordano e il contratto è nullo per indeterminabilità dell'oggetto (ex art. 1349 co. 2 c.c.).

La seconda ipotesi ricorre nel caso in cui la determinazione del terzo via sia ma risulti affetta da un vizio. Orbene, i limiti dell'impugnativa dell'atto dell'arbitratore risentono ancora una volta dalla tipologia di arbitraggio, atteso che la determinazione rimessa all'equo apprezzamento del terzo è suscettibile di essere

impugnata per "manifesta iniquità od erroneità", id est quando risulti affetta da palese squilibrio o irragionevolezza ovvero basata su errori evidenti (cfr. Cass. civ. sez. I, 29 agosto 1995 n. 9070 e Cass. civ. sez. I, 19 agosto 1992 n. 9654 che individuano la finalità dell'impugnazione nella tutela contro la rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte) o, in altri termini, quando sia "sommamente ed apertamente ingiusta ovvero frutto di una stima ictu oculi inficiata da calcoli sbagliati" (cfr. Cass. 9 luglio 1962 n. 1804). L'accoglimento dell'impugnativa comporta l'inefficacia della determinazione del terzo con conseguente sua sostituzione da quella del giudice (art. 1349 co. 1, seconda parte).

Se la determinazione è, invece, affidata al mero arbitrio del terzo, la possibilità di impugnati va è assai circoscritta, potendo le parti dolersi solo ove risulti provata la mala fede del terzo (art. 1349 co. 2, prima parte). E' appena il caso di evidenziare che l'accertamento della sussistenza del cennato elemento di soggettiva riprovevolezza della condotta del terzo (in una -secondo il migliore indirizzo interpretativo- all'ulteriore elemento oggettivo dello squilibrio della determinazione-) dissolve quel presupposto di sua soggettività affidabilità su cui le parti hanno basato l'incarico, con conseguente nullità del contratto.

Orbene, nel caso che occupa, a ben vedere, ritiene il decidente applicabile la norma dell'art. 1473 c.c. che, in ogni caso, costituisce evidente espressione, almeno secondo l'opinione prevalente, della figura generale ***mplata dal citato art. 1349 c.c..

Ed infatti, a parere del giudice, la clausola di cui all'art. 5 delle condizioni generali di contratto afferenti il rapporto di agenzia di cui in narrativa risulta senz'altro riconducibile alla figura dell'arbitraggio siccome delineata dai compilatori del codice.

Per vero, il tenore della previsione contrattuale in discorso manifesta chiaramente la comune intenzione delle parti di rimettere ad un terzo la determinazione del prezzo dei beni meglio indicati in contratto. Il testo della clausola in esame, per quanto interessa, prevede, infatti, che: "La determinazione dell'equo prezzo sarà concordata fra la gestione uscente e la gestione subentrante e il prezzo stesso, ove la gestione subentrante sia una temporanea gestione diretta, sarà sottoposto all'accettazione della successiva libera gestione. In mancanza di accordo o di accettazione della successiva libera gestione, la determinazione del prezzo sarà rimessa al giudizio di un arbitro unico - in qualità di amichevole compositore- indicato concordemente dalle gestioni interessate o, in difetto, nominato dal Presidente del Tribunale su istanza delle parti interessate". Ne la circostanza per cui la debenza nell'erogazione del detto prezzo investa la gestione subentrante in favore di quella uscente risulta, a ben vedere, oggetto di ***nzioso tra le parti, per come si avrà modo di chiarire in appresso, di talché nessun eccesso di mandato può essere addebitato all'arbitratore, avuto riguardo alla pretesa individuazione dei soggetti tenuti al pagamento, trattandosi di una statuizione immediatamente conseguente al legittimo esercizio delle prerogative attribuite dalle parti all'arbitratore. La clausola de qua non contiene, peraltro, alcun elemento che possa far ritenere che le parti si siano rimesse al merum arbitrium del terzo. Si è, al riguardo, già evidenziato come nel nostro sistema di diritto positivo la mancata espressa manifestazione di volontà delle parti di rimettere al mero arbitrio del terzo la determinazione del prezzo fa scattare la presunzione per cui la determinazione va considerata rimessa all'equo apprezzamento dell'arbitratore.

La qualificazione dell'attività posta in essere dal terzo ai fini della determinazione dell'equo prezzo relativo agli arredi e alle attrezzature meglio descritte in atti e di pertinenza dell'agenzia assicurativa suddetta comporta - sì come anticipato- effetti rilevanti quanto alla individuazione dei limiti della

cognizione del giudice adito.

All'individuazione dei detti limiti deve procedersi, non prima di avere superato le questioni afferenti, da un lato, la affermata litispendenza dell'odierno giudizi rispetto ad altro procedimento pendente dinanzi al Tribunale di Messina e, dall'altro lato, la prospettata carenza di legittimazione attiva di *** *** e di legittimazione passiva di *** *** e *** ***.

Sul primo dei due profili, osserva il giudice che nessuna allegazione documentale risulta effettuata sul punto dagli odierni ***ndenti e, in particolare, dalla parte che siffatta eccezione ha sollevato, sicché risulta preclusa a questo giudice qualsivoglia delibazione sul punto. L'eccezione va, pertanto, disattesa.

Quanto al secondo dei due profili sopra indicati, deve rilevarsi, in relazione alla prospettata carenza di legittimazione attiva della ***, che coglie nel segno quanto rilevato dalla difesa dell'attrice, nel senso che se si ritiene che la "coagenzia" tra la *** e l'*** non si sia configurata ovvero che non abbia, nel caso di specie, dato luogo alla costituzione di alcuna società (regolare o irregolare), deve ritenersi che la *** goda senz'altro della legittimazione attiva per la tutela dei propri diritti in quanto (co)agente; laddove si ritenga, invece, che la gestione in comune dell'agenzia assicurativa si sia avuta e abbia, addirittura, dato luogo ad una società di fatto, l'attrice resterebbe comunque legittimata a promuovere il giudizio per conto della società, ai sensi dell'art. 2266 c.c..

Quanto all'eccezione di carenza di legittimazione passiva di *** ***, siccome sollevata dalla difesa di questo, deve osservarsi quanto segue.

L'*** ha insistito, ancora in seno alla comparsa conclusionale, nell'eccezione di carenza di legittimazione passiva, sostenendo di non avere mai costituito alcuna società di gestione dell'agenzia di assicurazioni per cui è causa insieme alla odierna attrice e, anzi, affermando, in particolare, di non avere provveduto a costituire la cauzione imposta dall'INA per "l'inizio del...mandato agenziale".

Ed invero, che l'INA avesse proceduto ad affidare l'incarico di coagenti generali di Catania con effetto 1-5-1996 ad *** *** e *** *** risulta inequivocabilmente dal tenore della nota in pari data inviata dalla compagnia assicurativa preponente ai predetti, quali "coagenti generali di Catania", in cui è fatta espressa menzione della nomina in discorso. Ciò detto, può, ad avviso del decidente, ritenersi, del pari, comprovata la circostanza per cui l'*** ebbe non soltanto a non formalizzare la costituzione di una società (regolare o irregolare che fosse) con la *** (cfr., all'uopo, i telegrammi che le parti risultano essersi scambiate in data 22, 28 e 30 maggio 1996, prodotti in giudizio dal convenuto ***), ma, altresì, a non costituire la cauzione pretesa dalla compagnia assicurativa, sicché - stando almeno al tenore della richiamata nota dell' 1 maggio 1996- non avrebbe mai avuto inizio il mandato agenziale di cui alla detta nomina in relazione alla posizione dell'***. Del resto, che l'*** non abbia, in fatto, esercitato il mandato di coagente, sebbene ne manifestasse la qualità (cfr. la sottoscrizione apposta dall'odierno convenuto in calce al telegramma suindicato e alla missiva del 3 giugno 1996 inviata alla ***), risulterebbe altresì dall'intestazione delle fatture versate in atti dal convenuto medesimo: si tratta, infatti, di fatture rilasciate in favore della " Agenzia generale INA-Assitalia di Catania di *** ***" e relative al periodo compreso tra il 3 giugno e il 30 luglio 1997. La riferita documentazione non ha costituito oggetto di ***stazione ad opera di parte attrice. Deve, in definitiva, ritenersi fondata l' eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata da *** *** il quale, sebbene formalmente nominato coagente dalla compagnia assicurativa, non ebbe mai ad adempiere alle condizioni prescritte ai fini del perfezionamento del mandato, per come dallo stesso evidenziato.

Quanto osservato finisce comunque per confermare quanto affermato dall'arbitratore nell'atto di

determinazione del prezzo qui impugnato e cioè che: "In sostanza l'*** mentre sul piano formale può essere considerato destinatario della metà del valore dei mobili e delle attrezzature dell'Agenzia generale INA, di fatto consente con la *** che egli in tutta la vicenda non abbia titolo per chiedere alcunché", senza che rilevi, nella presente sede la questione inerente la mancata costituzione della società tra i due "coagenti".

Ciò detto, ritiene il decidente che, in applicazione del disposto dell'art. 1349 c.c., e alla luce delle osservazioni già svolte in ordine alla natura dell'arbitraggio che occupa, le parti odierne ***ndenti possano nella presente sede limitarsi a censurare l'attività dell'arbitratore esclusivamente sotto il duplice profilo della manifesta iniquità ovvero della manifesta erroneità, siccome sopra delineate.

Rimane, peraltro, precluso al giudice l'esame delle censure di inammissibilità e di nullità del relativo procedimento di nomina dell'arbitratore sollevate dai convenuti e ciò in dipendenza del regime impugnatorio previsto dall'art. 82 disp. att. c.c..

Le questioni in discorso risultano, infatti, sia pure implicitamente, deliberate dal Presidente del Tribunale in seno al decreto di nomina dell'arbitratore. Il decreto in parola che è, com'è noto, suscettibile di reclamo al Primo Presidente della Corte d'Appello, non risulta essere stato impugnato.

Del resto, in punto di fatto, rileva il decidente come l'attrice abbia dato prova di avere con lettera raccomandata a.r. del 10-2-1997 indicato al nuovo agente generale dell'INA/Assitalia, *** ***, il valore da corrispondere alla gestione uscente a titolo di equo prezzo per l'attrezzatura e gli arredi di cui all'art. 5 delle condizioni generali del contratto e di avere, inoltre, con atto stragiudiziale notificato il 2-6-1997 inutilmente reiterato la detta richiesta in una all'indicazione del soggetto che avrebbe potuto fungere da arbitratore.

Fermo quanto osservato, rileva, nel merito, il decidente che nessuna censura può essere appuntata sotto il profilo già evidenziato della manifesta iniquità alla pronuncia dell'arbitratore, essendo questo, sulla scorta di accertamenti tecnici appositamente esperiti, pervenuto alla determinazione del prezzo dei beni di cui alla clausola n. 5 del contratto di cui in narrativa. senza che i rilievi mossi al riguardo dai convenuti appaiano tali da comprovare una iniquità, men che meno manifesta, ovvero sia evidente, di quanto appurato dall'arbitratore che, per questo verso, si è limitato a richiamare le risultanze della consulenza dianzi segnalata, attenendosi nella determinazione del prezzo del compendio mobiliare che occupa alle indicazioni tecniche fornite dal consulente, senza che siano emersi, al riguardo, valutazioni non rispondenti alle regole della tecnica. Dal che discende che neppure fondate risultano le censure inerenti la manifesta erroneità della determinazione operata dall'arbitratore.

Per vero, l'arbitratore ha indicato i criteri che avrebbe seguito e che risulta avere seguito nella determinazione del prezzo (cfr. pagg. 29, 30, 34 e 40 dell'atto di arbitraggio) e, tra questi, anche quello del deprezzamento per obsolescenza e logorio dei beni, sicché la censura mossa dal convenuto *** risulta infondata ne la stessa può ritenersi, per altro verso, specifica, avendo la parte omesso di puntualmente indicare i pretesi scostamenti della determinazione del prezzo dai menzionati criteri.

E' ovvio che solo un'allegazione dettagliata di siffatti pretesi scostamenti avrebbe potuto indurre il decidente, ove fosse affiorato il dubbio circa la correttezza del giudizio tecnico recepito dall'arbitratore, a procedere ad ulteriori accertamenti tecnici sul punto.

Deve, pertanto, in conformità a quanto determinato dall'arbitratore, condannarsi *** *** al pagamento in favore di *** *** e *** *** della somma di lire 264.880.333, pari a euro 136.799,28, oltre IV A se dovuta, in

ragione del 50% per ciascuno, oltre interessi di legge dall' 1-1-1997 (giorno nel quale il *** ha assunto la gestione dell'agenzia) al soddisfo. In effetti, è pacifico che il *** abbia avuto nella propria disponibilità, quale nuovo agente generale INA/Assitalia, i beni per cui è causa a partire dall ' 1-1-1997.

E' appena il caso di segnalare che i beni in questione (arredi e attrezzature), in quanto integranti il compendio aziendale facente capo alla predetta agenzia, rientrano nella categoria dei beni produttivi di frutti o altri proventi, sicché, ex art. 1499 c.c., può ritenersi che al venditore, nella specie, l'agente uscente, spettino gli interessi sul prezzo ancora dovuto, ove il compratore, nel caso di specie l'agente subentrante, abbia medio tempore (prima di corrispondere il prezzo) ricevuto la cosa e questa sia produttiva di frutti o altri proventi.

La natura di beni aziendali degli arredi e attrezzature per cui è causa consente, ad avviso del decidente, di affermare che i beni medesimi rientrino nella categoria dei beni per i quali il legislatore riconosce il decorso degli interessi compensativi, come espressamente denominati nel titolo dell' art. 1499 cit. , non potendosi dubitare dell'astratta capacità del compendio aziendale a (contribuire a) produrre profitto d'impresa.

Si tratta, come più volte ribadito dalla Suprema Corte (cfr. Cass. civ. sez. II, 3 agosto 2001 n. 10726; Cass. civ. sez. I, 5 ottobre 2000 n. 13275; Cass. civ. sez. II, 7 aprile 2000 n. 4358) di interessi dovuti nei contratti di scambio e che assolvono ad una funzione eminentemente equitativa, mirando il legislatore a ristabilire l'equilibrio economico tra i contraenti owerò a compensare il creditore del mancato godimento dei proventi della cosa anticipatamente consegnata all'acquirente.

Deve, inoltre, trovare accogli mento la domanda attorea volta ad ottenere la condanna di *** *** al pagamento di lire 7.092.000 e di *** *** al pagamento di lire 3.546.000 somme rispettivamente pari alla metà e ad un quarto dovuti per compensi all'arbitratore e spese di funzionamento dell'ufficio arbitrale, posti a carico delle gestioni *** e *** per la metà e di *** per l'altra metà e già corrisposte per l'intero dall'attrice.

Tale domanda non ha incontrato, per vero, alcuna ***stazione ad opera dei convenuti interessati.

Ritiene il decidente. che le spese del presente giudizio debbano trovare articolata regolamentazione nei termini che seguono.

In ossequio al principio della soccombenza, le spese sostenute da *** *** vanno poste a carico di *** ***, laddove le spese sostenute da *** *** vanno poste a carico di *** ***.

Sussistono giustificati motivi per compensare interamente tra *** *** e *** *** le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il giudice istruttore in funzione di giudice unico, definitivamente pronunciando, in accogli mento della domanda formulata da *** *** nei confronti di *** ***, *** *** e *** ***,
condanna

*** *** al pagamento in favore di *** *** e *** *** della somma di lire 264.880.333, pari a euro 136.799,28, in ragione del 50% per ciascuno, oltre interessi per come in motivazione, nonché al pagamento in favore di *** *** dell'ulteriore somma di lire 7.092.000, pari a euro 3.662,71;

condanna

inoltre, *** *** al pagamento in favore di *** *** della somma di lire 3.546.000, pari a euro 1.831,36;

dichiara

il difetto di legittimazione passiva di *** ***;

condanna

*** ** al pagamento in favore di *** ** delle spese processuali da questa sostenute che liquida in complessivi euro 5.920,97, di cui euro 1.263,36 per diritti di procuratore ed euro 3.722,60 per onorari di avvocato, oltre IV A e CF A sui compensi e al pagamento in favore di *** ** delle spese processuali da questo sostenute che liquida d'ufficio in complessivi euro 4.676,96 di cui euro 699,69 per diritti di procuratore ed euro 3.458,20 per onorari di avvocato, oltre IV A e CPA sui compensi;

condanna.

*** ** al pagamento in favore di *** ** delle spese processuali da questo sostenute che liquida d'ufficio in complessivi euro 4.360,59, di cui euro 1.060,89 per diritti di procuratore ed euro 2.800,00 per onorari di avvocato, oltre IVA e CPA sui compensi;

compensa

interamente tra *** ** e *** ** le spese del giudizio.

Catania 12-12-2002

Il Giudice Unico - Dr *****

Depositata in Cancelleria il 9.1.2003

<https://www.diritto.it/differenze-tra-arbitraggio-e-arbitrato-irritale/>