

Antonio Briguglio

---

**LA CONSULENZA TECNICA IN  
ARBITRATO TRA SOFT LAW E  
QUESTIONI IRRISOLTE MA  
RISOLVIBILI**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## La consulenza tecnica in arbitrato tra *soft law* e questioni irrisolte ma risolvibili (\*)

ANTONIO BRIGUGLIO

1. È doveroso ringraziare anzitutto gli organizzatori per questo incontro di grande e multiforme interesse. È quasi inutile invece porgere i complimenti al Protocollo (*rectius*: “Note”) sulla Consulenza tecnica nell’ambito di arbitrati amministrati dalla Camera Arbitrale milanese, predisposto dalla medesima e di cui più volte oggi si è parlato.

Il Protocollo è estremamente accurato e ragionevole, e certo in materia di consulenza tecnica in arbitrato un Protocollo orientativo, elastico e non cogente è proprio quello che ci vuole. Mi appresto però a segnalare che alcune soluzioni “da Protocollo” sulla consulenza tecnica in arbitrato e cioè — come si usa dire con espressione che mi è antipaticissima — da *soft law*, meriterebbero una “promozione”; meriterebbero cioè di essere trasferite a livello regolamentare e perciò di divenire cogenti sia pure per il tramite della volontà compromissoria che richiami il regolamento di arbitrato amministrato, contribuendo più efficacemente a risolvere qualche difficoltà, e ponendosi così in quello snodo di fondamentale importanza in cui l’autonomia privata, vincolando se medesima, riempie gli spazi lasciati vuoti dalle norme di legge ed appiana i dubbi che a quegli spazi corrispondono.

2. Ad esempio, un problema “piccolo” ma notissimo è questo: chi paga il C.T.U. scelto dagli arbitri? Il dubbio che debbano pagarlo gli arbitri serpeggia sempre. Ed a monte del “chi lo paga?": qual è il rapporto contrattuale — e fra chi — che si stabilisce quando gli arbitri nominano un consulente? Su questo problema i civilisti, ma anche i cultori di diritto dell’arbitrato

---

(\*) È il testo dell’Intervento alla Tavola Rotonda conclusiva del Convegno su “*La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: il caso del danno da inadempimento contrattuale*” organizzato da Università di Roma III, Unidroit e Camera Arbitrale di Milano e svoltosi a Roma il 17 aprile 2015. Le “*Note sulla consulenza tecnica nell’ambito di arbitrati amministrati della Camera Arbitrale di Milano*”, cui l’Intervento si riferisce, sono pubblicate in questo fascicolo nella rubrica “Documenti e notizie”.

non hanno ancora sufficientemente riflettuto. Bisognerebbe mettersi tutti d'accordo. Io temo che le alternative praticabili, in assenza di specifica volontà delle parti, siano soltanto tre.

Una prima è quella che i consulenti tecnici, quando gli arbitri li nominano, sono “spese dell'arbitrato”. Sono, in pratica, consulenti privati degli arbitri. Questi ultimi sono chiamati a compensarli e poi a ribaltare l'onere, come spesa del collegio, sulle parti. La congruità dell'onorario del consulente, che l'arbitro ha per intanto corrisposto, sarebbe poi verificata, nei rapporti fra arbitri e parti, in sede di procedimento *ex art. 814 c.p.c.*, o, nell'arbitrato amministrato, da parte della camera arbitrale. Questa soluzione francamente la scarterei, perché assolutamente incongrua rispetto alla dimensione e alla dignità della consulenza tecnica in arbitrato, che non è un affare privato degli arbitri, ma è un affare del procedimento e delle parti.

La seconda possibilità — quella più agevole di tutte teoricamente — è che quando gli arbitri nominano il consulente essi sono mandatari senza rappresentanza delle parti. Il contratto con il consulente lo stipulano dunque e pur sempre gli arbitri su mandato delle parti. Le conseguenze pratiche in ordine al “chi lo paga?” non sono ovviamente diverse da quelle che discendono dalla prima soluzione (essendo oltretutto ricavabile pacificamente anche per quella, *ex art. 816 septies c.p.c.*, la garanzia del diritto all'anticipo, che, se si accoglie la seconda soluzione, discende direttamente dall'art. 1719 c.c.). Altrettanto ovviamente possono esser diverse le conseguenze pratiche sotto altri profili.

La terza possibilità — che a me piace molto, pur essendo un tantino ardita — è che siccome l'eventuale contratto fra parti e C.T.U. è una banalissima locazione d'opera che non richiede nessuna forma scritta, anche la relativa procura non richiede forma scritta. Non pare dunque irragionevole ritenere che tutte le volte che le parti danno mandato agli arbitri, conferiscono loro implicitamente anche la procura — mandato con rappresentanza dunque — a nominare ove occorra il C.T.U.. Quando l'arbitro nomina un consulente sta costituendo un rapporto contrattuale — se volete per fatti concludenti e grazie a procura conferita implicitamente — tra il consulente e le parti. Il consulente perciò fattura direttamente alle parti e verso di lui le parti sono solidalmente e direttamente obbligate, e l'unico problema resta quello della determinazione del compenso al consulente. Quando — come di solito avviene al di là di qualsiasi inquadramento teorico della vicenda contrattuale a monte — il consulente sottopone, anche per doveroso controllo, la fattura all'arbitro e l'arbitro la trasmette alle parti, l'arbitro sta soltanto trasmettendo alle parti una proposta di compenso che le parti potrebbero non accettare. Sarà un contratto — quello che si è costituito tra parti e C.T.U. attraverso l'arbitro quale mandatario con rappresentanza — ad oggetto non compiutamente determinato quanto all'onorario, ma determinabile secondo i principi di diritto comune. Se la vedranno, se del caso davanti al giudice, parti e consulente. A meno che non si spinga l'ardimento oltre l'ostacolo e non si dica

che gli arbitri possono liquidare nel lodo le spettanze dovute dalle parti al C.T.U. per lo meno alla stregua di arbitratori, e perciò con effetto vincolante per le parti discendente non dall'art. 823 c.p.c. bensì dall'art. 1349 c.c. Si tratterebbe insomma di ipotizzare anche un implicito riferimento all'arbitraggio degli arbitri, vuoi nella proposta di incarico che attraverso essi perviene dalle parti, vuoi nell'accettazione della proposta da parte del C.T.U..

Inutile dire che questa "appendice" è compatibile solo con la terza soluzione, e non con le prime due, alla stregua delle quali gli arbitri risulterebbero inammissibilmente arbitratori *in rem propriam* e cioè relativamente a contratto con il C.T.U. da essi stessi stipulato (e del resto nessuno ha mai pensato che gli arbitri possano liquidare nel lodo, con effetto vincolante per le parti, foss'anche le semplici "spese" del collegio, quali sarebbero, nella logica delle prime due soluzioni, i compensi da essi versati al C.T.U.).

Questa ultima soluzione è — ripeto — quella che a me piace di più, e già ora, ed anche in un arbitrato *ad hoc*, ha ormai un supporto normativo non indifferente nel codice di rito. Con la riforma del 2006 è stata scritta una norma che sembra inutile: l'art. 816 *ter*, c. V, c.p.c. ov'è detto che gli arbitri possono nominare consulenti tecnici. Parrebbe una banalità: qualcuno ha mai dubitato del contrario? Ebbene, questa norma, se deve avere un senso ed una portata, forse dà supporto alla tesi secondo cui, quando le parti stipulano con gli arbitri il contratto di arbitrato, conferiscono loro anche, in via più o meno implicita, il mandato con rappresentanza a nominare, se del caso, un consulente, costituendo un ulteriore rapporto contrattuale diretto tra quest'ultimo e le parti.

In tutta questa incertezza, un arbitrato amministrato può semplificare le cose, chiarendo alcuni aspetti e rendendo cogenti alcuni esiti pratici. In questo senso tuttavia tanto varrebbe superare i semplici protocolli orientativi o linee guida, ed introdurre nuove norme di Regolamento: un "pezzo" dell'attuale Protocollo trasferito nel Regolamento e perciò richiamato poi nell'accordo compromissorio, e fatto proprio altresì dagli arbitri e dall'eventuale C.T.U. nell'accettare i rispettivi incarichi.

Va da sé che tutte queste riflessioni e le predette alternative ricostruttive non si attagliano solo alla tradizionale C.T.U. in arbitrato. In quest'ultimo ambito i consulenti tecnici di parte sono officati, "posti sotto contratto" e remunerati ciascuno ed esclusivamente dalla rispettiva parte. Ma non è detto che essi tali resterebbero, sul piano civilistico e negoziale, anche ove — come in alcuni casi sarebbe davvero auspicabile — prendesse piede nella nostra prassi l'attitudine di altri lidi che vede il collegio arbitrale interloquire, da *peritus peritorum* ed a tutto tondo, in assenza di una vera e propria consulenza d'ufficio, con i soli consulenti di parte o *expert witnesses* indicati da ciascuna parte ma circconfusi da doveri deontologici o perfino giuridici di ben maggiore indipendenza rispetto ai nostri tradizionali C.T.P. Ed il ruolo di costoro meriterebbe dunque, di conserva con tale aura di indipendenza, un inquadramento negoziale e civilistico non diverso da quello che si ritenga idoneo per il tradizionale CTU.

3. Dove invece il Protocollo merita di restare tale, cioè semplice insieme di *Guidelines*, è con riguardo allo svolgimento della consulenza tecnica ed in particolare al contraddittorio nella consulenza tecnica. Quello del contraddittorio è veramente un profilo inadatto a norme cogenti, perché il contraddittorio in arbitrato non può essere sclerotizzato, ci mancherebbe!

Il codice di rito quanto alla vicenda della consulenza tecnica è, in generale, estremamente libero e aperto, anche riguardo alle modalità di rispetto del contraddittorio, salvo che le prassi giudiziarie sono routinarie e sclerotiche: sclerosi dunque ma solo per prassi, non perché il giudice vi sia costretto. Non si è mai visto un collegio giudicante chiamare i consulenti in camera di consiglio, pur se potrebbe farlo.

Gli arbitri lo dovrebbero fare all'occorrenza e perfino spesso, invece. La osmosi continua tra arbitri e consulente è sana non solo nella formulazione del quesito, ma anche dopo il quesito e dopo la risposta al quesito. *“Caro consulente aziendalista forse c'è un chiarimento da renderci (è una autentica richiesta di chiarimento non una critica). Ci siamo accorti che hai applicato, per la quantificazione del danno, il criterio del margine contributivo, che non è affatto un criterio da scartare; però sai, noi che siamo giuristi, ci rendiamo conto che si perviene a risultati in fondo sperequati, che possono tuttavia essere ridimensionati applicando il 1227 c.c., ma per applicare il 1227 abbiamo bisogno che tu ci chiarisca una certa cosa”*. Se poi il chiarimento avviene nel contraddittorio piuttosto che semplicemente in camera di consiglio è naturalmente molto meglio. In questo modo non è che non si finisca mai; ad un certo punto si finisce, però si ha un lavoro di qualità migliore.

E se la cura maggiore che arbitri avveduti e coscienti possono dedicare alla trattazione della controversia, rispetto a ciò che può fare il pur volenteroso giudice ordinario sommerso di cause e di *routine*, consenta all'occorrenza la *cross-examination* del C.T.U. o dei C.T.P. davanti al collegio arbitrale, ben venga perfino questa salutare e per ora, da noi, inconsueta modalità di reale approfondimento del giudizio di fatto nella dialettica del contraddittorio.

Tutto questo non può essere ingessato, può essere solo “guidato” dal Protocollo. Il Protocollo, nella versione attuale, è molto saggio, perché dice semplicemente: come modello base utilizziamo quello che oggi è consacrato per il rito ordinario, e cioè il consulente prepara la relazione, la sottopone prima alle parti, le parti rendono le loro osservazioni, il consulente tiene conto delle osservazioni e poi rimette la relazione agli arbitri. Dice però giustamente che non sono escluse altre modalità. E ben inteso le altre modalità possono essere anche più semplificatorie.

4. Quanto al problema della CTU c.d. “percipiente” purché rispettosa del contraddittorio, anche qui il Protocollo prende una strada ragionevole. È una strada che non è praticabile solo perché lo dice il Protocollo o solo nella

misura in cui in futuro un “pezzo” di Protocollo, trasformato in Regolamento arbitrale, sia richiamato *per relationem* nell'accordo compromissorio. È praticabile ovunque, pur se bene fa il Protocollo a indicarla.

Gli arbitri hanno o non hanno un potere di acquisizione di prove d'ufficio maggiore di quello che ha il giudice? Io penso di sì e non solo nell'arbitrato internazionale. Molto spesso gli arbitri lo dimenticano, però questo potere lo hanno. Allora, se gli arbitri autorizzano il consulente a svolgere una consulenza percipiente a tutto tondo, il consulente la faccia. Certo, con la cooperazione dei C.T.P. e nel rispetto del contraddittorio.

Il Protocollo, poi, all'articolo 10.3 dice una cosa molto raffinata, e però con un linguaggio semplice, da *guidelines* di camera arbitrale, non con linguaggio da processualista. Se traduciamo in quest'ultimo linguaggio ne viene fuori: a parte l'acquisizione dei documenti, che, se gli arbitri autorizzano, può andare al di là di quello che hanno prodotto le parti, il consulente, quando chiede informazioni alle parti o a terzi, deve stare attento ad acquisire attraverso queste informazioni solo fatti costitutivi secondari, non fatti costitutivi principali, perché questi devono essere portati dentro al giudizio esclusivamente dalle parti. Ecco: questo dovrebbe restare tendenzialmente fermo. Però anche di ciò non è facilissimo fare un dogma assoluto in arbitrato. Penso ancora a consulenze complesse sulla valutazione dell'azienda o sulla valutazione dei danni contrattuali nei contratti di durata ed alla dialettica auspicabilmente continua, secondo cui non è che l'arbitro chiede, il consulente risponde, poi l'arbitro decide; no, l'arbitro chiede, il consulente risponde, emerge qualche aggiustamento del tiro possibile anche sul piano dell'impostazione giuridica della soluzione della controversia, allora l'arbitro torna a chiedere, il consulente torna a rispondere etc.. In questa situazione insomma qualche fatto costitutivo principale che le parti non abbiano allegato e che viene fuori da una indagine peritale doverosamente articolata a misura che la controversia sia complessa, potrà esservi. Cosa facciamo da arbitri? Fidiamoci del fatto che il lodo è in larga misura e comunque inattaccabile in sede impugnatoria; se giustizia sostanziale lo vuole, e se naturalmente abbiamo sottoposto il tutto al contraddittorio, forse anche il dogma predetto lo possiamo elasticizzare.

5. Un'ultima cosa. Tutto questo lavoro — parlo di indagini peritali complesse, importanti come quelle di cui abbiamo sentito discorrere oggi — può portare a tempi anche più lunghi di una consulenza nel giudizio ordinario. Ma finiamola di pensare — e del resto lo sappiamo tutti — che l'arbitrato si scelga soprattutto o addirittura solo per la celerità dei tempi, altrimenti in Svizzera non farebbero arbitrati: un giudice svizzero ci mette quattro mesi a decidere una causa.

Questo lavoro dovrebbe portare a una “qualità” maggiore, con un dispendio temporale proprio perciò accettabile (se non si esagera).

E qualità maggiore rispetto al giudizio ordinario significa essenzialmente

— per come la vedo io — un giudicante che fa davvero il *peritus peritorum*, e che cioè dialoga continuamente con il C.T.U. e con i C.T.P. (o perfino solo con questi ultimi nella ipotesi particolare cui accennavo in precedenza) sforzandosi di capire sul serio i profili tecnici della vicenda piuttosto che soltanto di recepire, con una qualche tranquillità sulla loro plausibilità *ab extrinseco*, i risultati delle indagini tecniche.