

PREMESSA

“*Le droit comparé nous prépare [...] à comprendre ce qui est [...] l'essence de l'arbitrage*”¹.

Lo scopo della ricerca qui condotta non è così ambizioso; anzitutto, perché non era questo l'obiettivo che ci si proponeva, l'impulso iniziale all'indagine della *Statutory Adjudication* essendo stato costituito dalla pura curiosità, non scevra di qualche punta di scetticismo. In effetti, a chiunque abbia una minima percezione della complessità tipica delle controversie in materia di costruzioni, l'idea che un «giudice» possa risolverle in meno di un mese, ad un primo impatto, lascia increduli; inoltre, anche ad ammettere che qualcuno possa riuscire nell'impresa, sembrerebbe lecito attendersi una ben misera qualità da una decisione resa in simili condizioni. E invece, dinanzi alle statistiche – che ampiamente smentiscono l'una e l'altra previsione – la diffidenza verso questa *stranezza all'inglese* si tramuta nella constatazione di un successo senza pari; ciò di cui testimonia, del resto, la sempre più lunga lista di Paesi che l'hanno presa a modello.

La tentazione di auspicare che l'Italia si aggiunga all'elenco è, quindi, forte; ma qualunque proposta in tal senso non potrebbe prescindere dalla prospettazione di ciò che *l'adjudication potrebbe essere*, una volta riletta alla luce delle categorie domestiche². E, se il confronto continuo con l'arbitrato si è naturalmente imposto per l'evidenza delle somiglianze che la disciplina – legale e giurisprudenziale – dell'istituto presenta con quella (attuale o passata) del primo, un ostacolo insormontabile alla riconduzione dell'*adjudication* nell'ambito del fenomeno arbitrale parrebbe rinvenirsi nell'inidoneità del procedimento ad esitare una pronuncia definitiva.

Ma, ammesso che esista qualcosa come l'«essenza» o la «natura»³ dell'arbitrato, è l'attitudine della decisione alla *res judicata* un elemento della stessa?

Certo, l'equiparazione degli *effetti* del lodo a quelli della sentenza – impregiudicata restando la questione della natura negoziale o giurisdizionale dell'istituto – essendo stata, in Italia, una ricercata conquista, ammettere l'esistenza di un arbitrato

¹ R. DAVID, *Arbitrage et droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1959, 11.

² Dovendo la comparazione, quando intesa quale «strumento di politica del diritto», «ten[er] conto della concreta realtà degli ordinamenti»: cfr. V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 336.

³ S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, 4, nota 6.

cautelare potrebbe apparire un passo indietro; soprattutto a chi – fautore della tesi giurisdizionalista – resti ancorato all'idea, di alloriana memoria⁴, della necessaria inerenza del giudicato alla funzione giurisdizionale.

Eppure, se per «essenza dell'arbitrato» deve intendersi – come pare – un tratto comune al fenomeno in sé, l'analisi comparativa dimostra una tendenza, lenta ma costante, verso la svalutazione dell'elemento dell'irretrattabilità del lodo quale caratteristica imprescindibile del prodotto arbitrale. In sostanza, l'arbitrato si conferma quale categoria residuale⁵, dalle maglie sufficientemente larghe per poter accogliere istituti che deviano dal paradigma tradizionale.

Del resto, gli enti non si moltiplicano senza necessità.

⁴ E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 487 ss., e ID., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 1 ss.

⁵ C. JARROSSON, *Les frontières de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001, 41.

CAPITOLO I

GENESI E SVILUPPO

SOMMARIO: 1.1. Le controversie nel settore delle costruzioni: miti e realtà. – 1.2. Dall’*engineer* all’*adjudicator*. – 1.2.1. L’inadeguatezza dell’arbitrato. – 1.2.2. La giurisprudenza *Kostas Melas*. – 1.2.3. L’*Arbitration Act* 1996: una soluzione giunta troppo tardi. – 1.3. Il *Latham Report*. – 1.4. La *Statutory Adjudication* nel Regno Unito: scopo. – 1.4.1. (*Segue*). “*The Act*”, lo *Scheme* e gli *implied terms*. – 1.5. Gli sviluppi successivi. – 1.6. La diffusione del modello. – 1.6.1. Verso nuove *Statutory Adjudications*? – 1.6.1.1. (*Segue*). Hong Kong. – 1.6.1.2. (*Segue*). Sudafrica. – 1.6.1.3. (*Segue*). Ontario. – 1.6.2. L’*adjudication* contrattuale. – 1.6.2.1. (*Segue*). Germania. – 1.6.2.2. (*Segue*). Qatar. – 1.7. Prime conclusioni e anticipazione del corso dell’opera.

1.1. *Le controversie nel settore delle costruzioni: miti e realtà*

«*Like all huge building projects, particularly in the public sector, the Thames House Refurbishment had been fraught with difficulties [...] it was clear that dealing with the building industry was just as tricky as dealing with the KGB*¹». L’affermazione condensa uno – e forse il più consolidato – dei *Leitmotive*² dell’industria delle costruzioni; chiunque si approcci alla letteratura in materia, infatti, viene subito reso edotto di una serie di “dati di fatto”: il settore, più di altri, sarebbe caratterizzato dalla frequente insorgenza di controversie, fenomeno, quest’ultimo, relativamente recente e in continua espansione.

In realtà, passando in rassegna quella stessa letteratura, appare evidente come il problema non rappresenti una novità degli ultimi anni³.

¹ S. RIMINGTON, *Open Secret: The Autobiography of the Former Director-General of MI5*, Hutchinson, London, 2001, 229.

² Tenuto conto dell’ampio utilizzo di citazioni in lingua originale – motivato dalla convinzione che la traduzione italiana dei testi, soprattutto quando estratti da sentenze, non saprebbe proiettare il lettore nel “mondo” dell’*adjudication* allo stesso modo – si è scelto di derogare alla regola formale che richiede la declinazione al singolare dei termini stranieri.

³ Basti una scorsa all’indice di M. MURRAY, D. LANGFORD, *Construction Reports 1944-98*, Wiley & Blackwell, Hoboken, New Jersey, 2003, che elenca i rapporti pubblicati in materia nel periodo di riferimento: *The placing and management of contracts (Simon Report 1944)*; *The Ministry of Works party report on building (Philips Report 1950)*; *Survey of the problems before the construction industry (Emmerston Report 1962)*; *The placing and management of contracts for building and civil engineering work*

È, inoltre, stato notato che le affermazioni relative alla straordinaria frequenza di controversie in materia non risultano suffragate da risultati raggiunti all'esito di lavori empirici, cosicché «*random theorising is allowed to pass unchallenged*⁴».

Infine, nonostante la pacificamente riconosciuta necessità di evitarne l'insorgere, si biasima la produzione letteraria per essersi concentrata esclusivamente sull'elaborazione di tecniche di risoluzione delle controversie già sorte, arrendendosi dinanzi all'impossibilità di indagare l'eziologia del fenomeno⁵, anche sulla base della considerazione che «*[s]urveys cannot usually show a causal connection, only indicate associations and correlations*⁶».

In realtà, se appare scontato concordare con chi⁷ osserva che la comprensione delle cause di un evento si pone come condizione preliminare ed imprescindibile rispetto alle possibilità di evitamento dello stesso, l'approccio proposto, che ricalca il metodo seguito in medicina, per quanto affascinante, sembra inapplicabile.

Nell'ambito delle scienze umane, in generale, risulta arduo stabilire delle perfette correlazioni causa-effetto; pur senza volersi esprimere in termini di maggiore o minore complessità rispetto ad altri settori, certamente ciò vale per quello in discorso, dove il numero delle variabili da considerare risulta estremamente ampio. Non va, inoltre, trascurato che alcuni fattori causali, benché identificati, risultano praticamente impossibili da contrastare, anche nei limiti in cui siano astrattamente prevedibili: si pensi, ad esempio, alle condizioni metereologiche e climatiche, instabili oggi più di ieri. Infine, la stessa medicina mostra i propri limiti, soprattutto nei confronti dei nuovi disturbi, in relazione ai quali identifica le cause con generico riferimento allo "stress" e/o allo "stile di vita".

A fronte delle precedenti considerazioni, e pur non volendosi suggerire l'idea di abbandonare qualunque prospettiva di indagine scientifica, la percezione degli "ad-

(*Banwell Report 1964*); *Tavistock studies into the building industry (Communications in the building industry 1965 & interdependence and uncertainty 1966)*; *Large industrial sites report (NEDC 1970)*; *The public client and the construction industries (Wood Report 1975)*; *Faster building for Industry (NEDO Report 1983)*; *Faster Building for Commerce (NEDO Report 1988)*; *Constructing the team (Latham Report 1994)*; *Technology foresight – progress through partnership (OST Report 1995)*; *Rethinking Construction (Egan Report 1998)*.

⁴P. FENN, *Why Construction Contracts Go Wrong (or an Aetiological Approach to Construction Disputes)*, April 2002, www.scl.org.uk, 3. L'Autore dà conto dell'esistenza di alcune indagini pratiche, ritenendole, tuttavia, numericamente insufficienti rispetto all'importanza, dimensionale ed economica, del settore.

⁵*Ibid.*, 6.

⁶J. DIEKMAN, M. GIRARD, N. ABDUL-HADI, *Disputes Potential Index: A Study Into the Predictability of Contract Disputes*, Construction Industry Institute, Source Document 101, The University of Texas at Austin, TX, 1994, 7. Stanti le osservazioni già formulate, l'affermazione è da condividere nella misura in cui esclude la possibilità di trarre sicure inferenze scientifiche a mezzo di sondaggi. Nel ribadire, tuttavia, l'importanza indicativa delle opinioni raccolte tra i pratici, va ricordato che, in ambito giuridico, risulta spesso sufficiente l'*id quod plerumque accidit*, che, quale massima di comune esperienza, non può che avere come referente ... l'esperienza.

⁷P. FENN, *Why Construction Contracts Go Wrong*, cit., 6 ss.

detti ai lavori” risulta essere, allo stato, un indice piuttosto affidabile di conoscenza; del resto, e nonostante la naturale parzialità e relatività della visione degli operatori del settore (forse titolati ad esprimere apprezzamenti quanto alla frequenza delle controversie durante l’esecuzione dell’appalto, probabilmente non ad inferirne elementi di comparazione statistica con altre e diverse industrie), pare sensato presumere che, nell’ambito di rapporti di durata caratterizzati dalla presenza di diverse professionalità portatrici di molteplici – e talora contrastanti – interessi, spesso tratte da contesti socio-culturali differenti, tutte costrette a “convivere” nello spazio limitato (geograficamente e temporalmente) di un progetto, i contrasti siano quantomeno facilitati.

Così, una volta premesso che i rilievi critici sopra riportati appaiono eccessivi⁸, può senz’altro apprezzarsi, negli ultimi tempi, il moltiplicarsi di studi sul punto, come il *NBS National Construction Contracts and Law Survey Report 2015*⁹, i cui dati, riferiti al 2014, evidenziano un ventaglio piuttosto ampio di problematiche collegate all’esecuzione dei lavori¹⁰, parzialmente diverse a seconda dalla natura – nazionale o meno – del contratto¹¹.

Quando, tuttavia, i semplici *claims* si trasformano in *disputes*, la varietà delle questioni si riduce: se il 50% delle controversie ha avuto ad oggetto le estensioni temporali, tra le prime 11 voci in ordine decrescente di incidenza, ben 6 riguardano i pagamenti, in relazione tanto ai lavori principali (sia in sede di retribuzioni periodiche che di *final account*) quanto al risarcimento di perdite, al rimborso di spese e alla corresponsione di onorari. Ancora, un grande rilievo statistico rivestono le questioni tecniche, in particolare in relazione alla valutazione di richieste di variazione (42%) e di presunti difetti di costruzione (38%).

⁸S.O. CHEUNG (a cura di), *Construction Dispute Research: Conceptualisation, Avoidance and Resolution*, Springer, Berlin, 2014, 34-37, elenca una nutrita bibliografia di studi sulle cause delle *construction disputes*, quasi tutti precedenti il precitato articolo di Fenn. Acclarata l’esistenza di opere in materia, il reale problema risulta essere la non univocità dei risultati, in parte dovuta anche ai differenti metodi d’indagine adottabili ed in concreto adottati.

⁹NBS, *NBS National Construction Contracts and Law Survey Report 2015*, www.thenbs.com; i dati sono stati raccolti in collaborazione con i maggiori enti rappresentativi del settore, tra cui, a titolo meramente esemplificativo, si ricordano il *Royal Institute of British Architects (RIBA)*, il *Joint Contracts Tribunal (JCT)*, la *Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS)*, l’*Institution of Civil Engineers (ICE)* e la *Technology and Construction Bar Association (TECBAR)*.

¹⁰I problemi più frequentemente riscontrati nell’ambito dei contratti interni hanno riguardato: le richieste di variazioni, soprattutto da parte del committente (68% contro il 29% di quelle avanzate dall’appaltatore); i ritmi di lavoro, giudicati troppo lenti (50%); la mancanza di sufficienti informazioni (40%) e specificazioni (32%); la richiesta di estensioni temporali (38%); l’inadeguatezza nell’organizzazione del programma di lavoro (37%).

Come era ragionevole aspettarsi, parzialmente diversi sono i motivi di frizione in caso di appalti internazionali, tra i quali spiccano le differenze culturali (56%) e linguistiche (31%) e la mancanza di familiarità con i tipi contrattuali utilizzati (26%).

¹¹I problemi connessi ai meccanismi di risoluzione delle controversie sembrano, invece, prescindere da tale distinzione: le percentuali si attestano, rispettivamente, intorno al 33 e al 29%.

Quanto, infine, al “tasso di litigiosità” del settore, ben il 44% degli intervistati (a fronte del 29% nel 2012) ha dichiarato di essere stato coinvolto in almeno una controversia nel corso dell'anno precedente (di questi, uno su nove è stato impegnato in 5 o più liti). Ciò sembra smentire un altro dei *received wisdoms* dell'industria delle costruzioni, in base al quale il numero di controversie nel settore seguirebbe un andamento anticiclico¹², l'aumento del contenzioso essendosi verificato, invece, in un periodo di ripresa economica.

I dati menzionati e le considerazioni fin qui svolte consentono di delineare alcune caratteristiche proprie delle controversie nel settore delle costruzioni. In particolare, esse, nella maggioranza dei casi, richiedono la risoluzione di questioni di fatto, soprattutto tecniche (con conseguente necessità di avvalersi del parere di esperti) e l'analisi di una nutrita produzione documentale; inoltre, si presentano spesso come oggettivamente e soggettivamente complesse, coinvolgendo una pluralità di parti e di questioni (anche in via di *counter-claim* e *cross-claim*)¹³.

Tali peculiarità, oltre a fornire importanti indicazioni a quanti vogliano cimentarsi nell'elaborazione di metodi di prevenzione delle stesse – impresa che esula dagli scopi che qui ci si propone –, spiega la particolare attenzione storicamente prestata al problema della *dispute resolution* dai Governi, ma non solo.

1.2. *Dall'engineer all'adjudicator*

Ben prima che l'industria delle costruzioni raggiungesse dimensioni tali da suscitare l'interesse pubblicistico, infatti, la consapevolezza della particolare complessità dei problemi scaturenti dall'esecuzione degli appalti ha spinto gli stessi operatori del settore alla ricerca di soluzioni adeguate.

A fronte dell'elevato tasso di tecnicismo delle questioni coinvolte e della difficoltà, per un soggetto esterno (giudice o arbitro che fosse), ad addentrarsi nella documentazione ed a padroneggiare le interrelazioni tra i *claims*, è apparso naturale, in prima battuta, affidare il *dispute management* all'*engineer*¹⁴. Questi, quale responsa-

¹² M. NEEDHAM, *Is There a Future for Construction Arbitration?*, March 1999, www.scl.org.uk, 16; l'Autore, del resto, non esprime una posizione isolata in dottrina, ove spesso l'origine delle controversie è individuata nell'interruzione del *cash flow* derivante dal ristagno dei lavori. Sembra logico, pertanto, desumerne una correlazione inversa tra lo stato di solidità dell'industria e lo sviluppo del contenzioso. Il Rapporto precitato, tuttavia, giunge a conclusioni esattamente opposte: «[a]s the financial market has risen, the building industry has as well. More work equals more disputes»; peraltro, sembra possibile almeno una spiegazione che ricomponga l'apparente contraddizione. Infatti, lo sviluppo del settore implica un aumento del numero di appalti e, di conseguenza, moltiplica le occasioni di contrasto; ciò determina l'incremento, in valore assoluto, del numero delle controversie, mentre nulla è dato desumere quanto al rapporto percentuale tra tale valore e il numero totale di contratti in corso d'esecuzione.

¹³ N. GILLIES, *Avoiding And Resolving Construction Disputes*, 2015, www.heskethhenry.co.nz.

¹⁴ Sebbene nel testo ci si riferisca all'“ingegnere”, il medesimo ruolo era, talvolta, rivestito dall'architetto.

bile delle operazioni, era informato di ogni dettaglio relativo all'andamento dei lavori; tale circostanza, unitamente all'aura di autorità che ne circondava naturalmente la figura (in ragione sia della particolare competenza posseduta – spesso espressione di una diversa estrazione socio-culturale –, sia della sua diretta dipendenza dal committente) gli conferiva una posizione privilegiata nella comprensione della situazione problematica esistente e nella risoluzione della stessa.

Basti pensare, del resto, che, ancora durante la seconda metà del '900, l'apporto dell'appaltatore si limitava spesso alla fornitura di forza lavoro, restando lo stesso, quanto alle questioni tecniche, «*entirely subservient to the exclusive expertise of the engineer*¹⁵». Inoltre, dopo la II guerra mondiale, a seguito del progressivo diversificarsi della domanda – e della conseguente necessità, per gli appaltatori, di fornire servizi specializzati –, sempre più frequente divenne la prassi di avvalersi del personale qualificato di compagnie terze, tramite la stipula di contratti di sub-appalto.

Ne conseguiva, tuttavia, un'eccessiva frammentazione e disomogeneità del capitale umano, spesso non dotato delle competenze necessarie ad un corretto coordinamento. L'ingegnere (o l'architetto), invece, possedendo una visione d'insieme dei lavori, appariva il soggetto meglio in grado di dirigerli¹⁶.

Così, tendenzialmente, le controversie venivano ricomposte «*round a table, without the assistance of lawyers or quantity surveyors*¹⁷», anche a causa delle restrizioni spesso previste dai modelli contrattuali in uso¹⁸. Ad esempio, i contratti-tipo predisposti dall'ICE (*Institution of Civil Engineers*) e dalla FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) individuavano della decisione dell'ingegnere una precondizione rispetto ad ogni procedimento arbitrale o giudiziario, comunque non attivabile, in genere, fino alla conclusione dei lavori¹⁹; il che, di fatto, conferiva all'*engineer* un ruolo di assoluto controllo dei flussi di pagamento per l'intera durata

¹⁵ J. UFF, *Are We All in the Wrong Job? Reflections on Construction Dispute Resolution*, July 2001, www.scl.org.uk, 3.

¹⁶ Cfr. N. ROYCE, *How Fair Are We in Dispute Resolution in the Construction Industry?*, in *Arbitration*, 1992, 103-104.

¹⁷ J. UFF, *How Final Should Dispute Resolution Be?*, August 2010, www.scl.org.uk, 1.

¹⁸ *Ibid.*, 1-2.

¹⁹ Lo stesso valeva, del resto, in Italia, con riferimento alle controversie in materia di appalti pubblici: ai sensi dell'art. 44, comma 1, del Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici (d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063), «[p]er tutte le controversie», sempre devolute (salvo il disposto dell'art. 47) ad un collegio di cinque arbitri ex art. 43, «la domanda di arbitrato deve essere proposta dopo l'approvazione del collaudo». Di qui, un'elaborazione giurisprudenziale – statale ed arbitrale – volta a rinvenire, nell'inerzia dell'Amministrazione, un equipollente alle (mancate) operazioni di collaudo, sì da consentire la proposizione della domanda arbitrale: per una rassegna, v. A. CAMPAGNOLA, *La giurisprudenza degli ultimi dieci anni in tema di arbitrato per le opere pubbliche. Parte prima*, in *Riv. arb.*, 1992, 373 ss.

La giurisprudenza ha, poi, ispirato il legislatore, che, pur mantenendo l'intervenuto collaudo quale condizione di procedibilità, ha inteso circoscrivere le possibilità dilatorie della PA: cfr. art. 5, commi 4 e 5, l. 10 dicembre 1981, n. 471.

del contratto. Ciò che più stupisce è la circostanza che una simile configurazione abbia resistito fino ad un'epoca relativamente recente: basti pensare che solo nel 1985 nelle *ICE Conditions of Contract* (alla *sub-clause* 66) è stata prevista la possibilità di iniziare il procedimento arbitrale prima della conclusione dei lavori (ma, in ogni caso, solo a seguito di una decisione dell'ingegnere, comunque vincolante fino ad un eventuale lodo contrario). Ancora, nei contratti-tipo FIDIC, l'*Engineer's decision* è stata mantenuta come necessario primo *step* del meccanismo di risoluzione delle controversie fino al 1999²⁰.

Il sistema, pertanto, si basava sulla capacità dell'ingegnere di rivestire un doppio ruolo, di "braccio" del committente e di negoziatore/risolutore imparziale, capace di bilanciare i differenti interessi. L'assurdità di tale idea sembrerebbe non necessitare di commento²¹; deve, tuttavia, darsi atto dell'opinione di chi²² ritiene che la percezione negativa di un sistema che affidava la gestione dei rapporti contrattuali ad un soggetto anche formalmente dipendente da una sola delle parti, assolutamente giustificata oggi, non sia sempre stata tale: il "*capital E engineer*" (così colloquialmente designato, onde distinguerlo dall'ingegnere ingaggiato dall'appaltatore), negli anni 50-60 poteva effettivamente ritenersi – ed era davvero percepito come – imparziale, e per ragioni eminentemente pratiche. Infatti, la distanza fisica che spesso separava il committente dal luogo di esecuzione dei lavori²³ si traduceva, per la difficoltà dei trasporti e delle comunicazioni, in un distacco anche morale tra "datore di lavoro" e Ingegnere, il quale, del resto, godeva, proprio per tale motivo, di amplissima discrezionalità nella direzione dei lavori. Ovviamente, però, un tale stato di cose non poteva essere destinato a perpetuarsi a lungo: ben presto *«the contractors began to jib at the role of the engineer. More and more he was seen as the employer's agent and was therefore suspect; and interestingly, the attacks ultimately resulted in the precise situation that had been assumed when the attacks started to be made. Owners became*

²⁰ Sul punto v. *infra*, § 6.1.1.

²¹ Eppure, in tempi molto più recenti, il legislatore italiano sembra non aver avvertito – o, più probabilmente, aver volutamente ignorato – tale assurdità nell'istituire il Collegio consultivo tecnico (art. 207 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), organo facoltativo, ispirato ai *Dispute Review Board* statunitensi (su cui v. il § 6.1.1), cui le parti possono convenire di attribuire il compito di «prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto». Il collegio era costituito da 3 membri, che «po[teva]no essere scelti dalle parti di comune accordo», restando però aperta ai contraenti la possibilità di «concordare che ciascun[o] di ess[i] nomin[asse] un componente e che il terzo componente [fosse] scelto dai due componenti di nomina di parte». Nonostante la precisazione che «in ogni caso, tutti i componenti d[ovessero] essere approvati dalle parti», si specificava che «[i] componente nominato dalla stazione appaltante [dovesse essere] preferibilmente scelto all'interno della struttura di cui all'articolo 31, comma 9, ove istituita»; posto che tale ultima norma consente alla stazione appaltante di «istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento», appare evidente l'inopportunità della previsione, in punto di imparzialità e indipendenza del collegio.

La previsione è stata abrogata dall'art. 121, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

²² R. ALLIONE, *Intervista rilasciata all'autrice*, 12 aprile 2017.

²³ Tipico era il caso di cantieri aperti in Africa per conto di un *client* statunitense.

aware that the engineer was indeed their agent in respect of a considerable part of his job; and they began to be readier to sue him for problems that they could not load onto the contractor. This in turn made the engineer less willing to embrace the role of independence²⁴».

In sostanza, l'acquisita piena consapevolezza del proprio ruolo ad opera di ciascuno dei soggetti coinvolti ha originato una sorta di circolo vizioso che conferma l'opinione – cinica, forse, ma di certo realistica – che naturalmente si forma dinanzi alla previsione di un “giudice” tanto palesemente affetto da una *appearance of bias*.

Al di là della ritenuta o meno imparzialità dell'*Engineer*, peraltro, non va trascurato che, spesso, l'origine della controversia andava ricercata proprio nell'operato di quest'ultimo, cui, tra l'altro, si è sempre tradizionalmente affidata la gestione dei pagamenti periodici, *se previsti dal contratto*. Ciò che, prima del 1996, non costituiva un obbligo, né la norma: in effetti, la continuità del *cash flow* ha sempre rappresentato un problema, anche in periodi di floridità dell'industria. Come si legge nel *Banwell Report*, pubblicato prima e con riferimento a dati ben antecedenti la crisi degli anni '70, «*[t]he operation of the [payment] system is not always smooth. Payments to the main contractor by the clients are often slow and uneven, with consequential delays in payments to suppliers and subcontractors. This has an adverse effect on the efficiency and stability of the whole industry ... what is needed is an agreed procedure to ensure that payments are made regularly and promptly²⁵».* La tendenziale assenza di barriere all'entrata – soprattutto con riferimento ai gradini inferiori della piramide produttiva – ha, infatti, sempre favorito un alto livello di concorrenzialità del mercato, con consequenziale minorazione del potere contrattuale dei *contractors* (e, ancor più, dei *subcontractors*); a questi ultimi, pertanto, era sostanzialmente “imposta” la previsione di un pagamento posticipato alla conclusione dei lavori, solo parzialmente mitigata dalla (mera) possibilità di *interim payments*, a copertura delle spese vive e di un (limitatissimo) margine di profitto²⁶.

Comunque, quand'anche tali importi fossero esigibili per contratto, in sede di valutazione degli stessi non era affatto infrequente la deduzione di somme a titolo di *set-off*²⁷, contestabili solo nell'ambito dell'eventuale e successivo procedimento arbitrale. Se a ciò si aggiunge il frequente utilizzo di “*pay-when-paid*” provisions (che creano vincoli a catena tra i pagamenti, subordinando l'esecuzione di ciascuno alla riscossione del precedente) e di stratagemmi vari al fine di ritardare l'effettiva erogazione delle somme, ben si comprende la precarietà immanente al sistema.

²⁴J. TACKABERRY, *Adjudication and Arbitration: The When and Why in Construction Disputes*, in *Arbitration*, 2009, 237.

²⁵H. BANWELL, *The Placing and Management of Contracts for Building and Civil Engineering Work*, HMSO, 1964, 28.

²⁶R. PETTIGREW, *Payment Under Construction Contracts Legislation*, Thomas Telford Ltd, 2004, 2-3.

²⁷Eccezione di compensazione, anche definita *contra-charging*. Cfr. S. TOLSON, J. GLOVER, S. SINCLAIR, *Dictionary of Construction Terms*, Informa Law from Routledge, London, 2013, v. «*Set off*».

Né l'arbitrato poteva ritenersi rispondere efficacemente alle peculiari esigenze del settore, nonostante le speranze in tal senso inizialmente suscitate dalle caratteristiche originarie dello strumento.

1.2.1. *L'inadeguatezza dell'arbitrato*

L'organo arbitrale, in effetti, era di norma tratto dalle file degli ingegneri – e quindi, presumibilmente dotato dell'*expertise* richiesta dalla natura tecnica delle *disputes* – e, perfettamente adeguandosi alle richieste degli *stakeholders*²⁸, rendeva decisioni rapide e spesso immotivate²⁹. Tali caratteristiche, che ne facevano un'appetibile alternativa alla risoluzione delle controversie in sede giudiziaria, non erano, tuttavia, destinate a conservarsi a lungo: lo strumento, nel suo progressivo diffondersi, iniziò a mutuare sempre più spesso regole e procedure dalla *litigation*, così adottandone i caratteri maggiormente garantistici ma finendo anche, e inevitabilmente, per ripeterne gli svantaggi in termini di costi e di durata³⁰. La deriva isomorfica, tuttavia, per quanto comunemente additata come la causa prima del “tramonto” dell'arbitrato in materia di *construction contract*, costituisce un fenomeno che ha interessato lo strumento in generale; pertanto, non sembra spiegare – quantomeno, non da sola – l'avvento dell'*adjudication*³¹ nello specifico settore delle costruzioni.

²⁸J. TACKABERRY, *Adjudication and Arbitration*, cit., 236, nota che «*the speed and manner of the delivery of an answer is generally more important to disputants in the construction field than the high precision of that answer*». Per quanto possa discutersi sul significato dell'espressione «alta precisione», tale affermazione esprime uno degli assunti posti a base dell'introduzione dell'istituto dell'*adjudication*, quale metodo per conseguire una *rough and ready justice*.

²⁹*Ibid.*, 236; l'Autore riferisce che i lodi così resi «*bad only one line of substance and [...] about two pages of pro forma material—the arbitration clause, the appointment, etc*»; ciò che, tra l'altro, ne rendeva estremamente difficile l'eventuale successiva impugnazione.

³⁰«*Eventually, disputants found that the alternative was growing more and more similar to, if not sometimes indistinguishable from, the adjudication for which it was meant to substitute. While its use had become pervasive in society, the alternative was dead as an alternative*». Cfr. D. YARN, *The Death of ADR: A Cautionary Tale of Isomorphism Through Institutionalization*, in *Penn. St. L. Rev.*, 2004, 929-930.

³¹Del resto, sebbene Grossman, Direttore del *Centre for Effective Dispute Resolution*, si unisca al coro degli autori che osservano come «*ten years ago [...] arbitration [...] was seen as having many advantages over litigation; in particular that the arbitrator was an expert in the subject matter of the dispute allowing the arbitration to take place more quickly and efficiently than a judge conducting a hearing on a technical matter. But arbitration was seen as becoming increasingly burdened with the procedural formality of litigation making it more time consuming and costly than it had intended to be*», l'ulteriore considerazione in base alla quale «*[i]n spite of what was regarded by many as a significant improvement, the reforms in the 1996 Arbitration Act were not enough to influence the waning popularity of arbitration*» sembra dare conforto alla tesi che si vuole qui sostenere, e che si esporrà meglio nel prosieguo del paragrafo: l'*adjudication* nasce come risposta all'impossibilità (pratica, essendo in teoria prevista la facoltà) di utilizzare lo strumento arbitrale per l'ottenimento di misure cautelari. Cfr. A. GROSSMAN, *Construction Disputes After Latham and Egan*, 1 February 2002, www.cedr.com.

Né paiono, a tal fine, sufficienti le già menzionate limitazioni convenzionali relative al “tempo” della proponibilità della domanda arbitrale: d'altronde, come è stato rilevato³², gli stessi *standard forms of contract* che imponevano tali restrizioni, prevedevano anche delle – per quanto limitate – eccezioni, consentendo di deferire in arbitrato controversie relative ai certificati di pagamento rilasciati dall'ingegnere³³; ciononostante, «*the proceedings were necessarily cumbersome and the number of such 'interim arbitrations' was very small*»³⁴. Inizia quindi a delinearci un primo motivo di inadeguatezza dell'arbitrato: la complessità del procedimento, da non rapportarsi, tuttavia, all'intera gamma di controversie possibili, bensì alle sole questioni che richiedono una decisione immediata.

Del resto, l'istituto, per quanto antichissimo³⁵ ed in varia misura utilizzato (praticamente) da sempre, ha ricavato il proprio straordinario successo dall'essersi posto quale alternativa preferibile alla giustizia ordinaria, che è naturalmente orientata alla stabile definizione delle controversie; e, proprio in quanto alternativa, era logico e naturale che anche l'arbitrato si ponesse il medesimo obiettivo.

Cionondimeno, la “gelosia” dello Stato rispetto al proprio potere giurisdizionale ha condannato a lungo (e in Italia continua a condannare³⁶) la giustizia privata ad accontentarsi di un ruolo cadetto, essendole negata la possibilità di assicurare una tutela cautelare³⁷.

³²J. UFF, *How Final Should Dispute Resolution Be?*, cit., 2.

³³Anche sotto questo profilo è possibile rinvenire un parallelo con la disciplina italiana del Capitolo generale: l'art. 44, comma 2, prevedeva che la domanda arbitrale potesse essere proposta «anche durante la esecuzione dei lavori e prima dell'approvazione del collaudo:

a) per le controversie rispetto alle quali le parti [fossero] d'accordo a non differire la risoluzione;

b) per quelle la cui natura o rilevanza economica, ad avviso di una delle parti, non consent[isse] che la loro risoluzione [fosse] differita». V. ancora CAMPAGNOLA A., *La giurisprudenza degli ultimi dieci anni in tema di arbitrato per le opere pubbliche*, cit., 380 ss. per le applicazioni giurisprudenziali.

³⁴J. UFF, *How Final Should Dispute Resolution Be?*, cit., 2.

³⁵D. ROEBUCK, *The Prehistory of Dispute Resolution in England*, in *Arbitration*, 2006, 2, ne ipotizza l'esistenza fin dal Paleolitico. L'assenza di evidenze scientifiche al riguardo induce ad una certa cautela – che rasenta lo scetticismo – rispetto ad una simile retrodatazione; ad ogni modo, pur senza volersi spingere così indietro nel tempo, forme di arbitrato sono pacificamente riconosciute (almeno) fin dall'epoca pre-classica. Cfr. J.J. DAWSON., *A History of Lay Judges*, Harvard University Press, 1960, 13 ss.; F.D. EMERSON, *History of Arbitration Practice and Law*, in *Clev. St. L. Rev.*, 1970, 155 ss.; M.J. MUSTILL, *Arbitration: History and Background*, in *J. Int'l Arb.*, 1989, 43 ss.

³⁶Con l'art. 818 c.p.c., che vieta agli arbitri di pronunciare misure cautelari (deve ritenersi, senza eccezioni, nonostante la dottrina maggioritaria ne rinvenga una – l'unica – nell'art. 35, comma 5, d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5: ma sul punto si rinvia al § 6.4.2).

³⁷E, di conseguenza, di assicurare una risposta qualitativamente equivalente a quella giurisdizionale, restando all'arbitro preclusa la capacità di garantire il rispetto del chiovendiano principio in base al quale «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione» (espressamente fatto proprio da C. Cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro Amm.*, 1988, 1274, ma le cui premesse possono già rinvenirsi in C. Cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in *Cons. Stato*, 1974, 1329, nota di A. PROTO PISANI, e C. Cost., 17 luglio 1975, n. 227, in *Giur. cost.*, 1975, 1686).

E la minorazione così portata alle potenzialità dell'arbitrato appare ancor più grave ove si consideri che, sebbene *interest reipublicae ut sit finis litium*, l'interesse pubblico alla pacificazione sociale va necessariamente temperato con quello, privato, ad ottenere la forma di tutela più adatta alla preservazione del diritto fatto valere³⁸.

In questo senso, appare palese l'inadeguatezza del procedimento arbitrale – tanto più se modellato sulle procedure, e quindi sui tempi, del processo ordinario – se applicato a controversie, quali quelle relative alla mancata corresponsione dei pagamenti periodici, nelle quali non rileva tanto (o, forse, affatto) l'attitudine alla definitività della pronuncia, quanto la sua celerità. Il problema dell'adeguatezza dello strumento, ad ogni modo, sembra essere stato trascurato dalla dottrina del tempo, probabilmente in ragione della sussistenza di un ostacolo preliminare alla sua stessa utilizzazione in via cautelare: al di là delle previsioni contrattuali, infatti, anche in un Paese *arbitration friendly* come il Regno Unito, era la stessa legge (quantomeno, come interpretata dalla giurisprudenza) ad impedirne un uso siffatto.

1.2.2. La giurisprudenza *Kostas Melas*

L'art. 14 dell'*Arbitration Act 1950*, infatti, prevedeva che «*[u]nless a contrary intention is expressed therein, every arbitration agreement shall, where such a provision is applicable to the reference, be deemed to contain a provision that the arbitrator or umpire may, if he thinks fit, make an interim award, and any reference in this Part of this Act to an award includes a reference to an interim award*».

La previsione, a prima lettura, sembra esprimere un ampio *favor* rispetto al potere degli arbitri di garantire rimedi interinali; la giurisprudenza, tuttavia, si è mostrata di contrario avviso, a partire dal caso *Kostas Melas*³⁹, in cui la *Commercial Court* – pur, alla fine, confermando la misura disposta dagli arbitri – ha inaugurato un'interpretazione restrittiva della disposizione. In particolare, partendo dall'assunto che «*the jurisdiction of the arbitrator was to decide the dispute finally and that there was no inherent power to award sums on account*», salvo che tale potere gli fosse espressamente attribuito dalle parti, la Corte ha inteso l'espressione *interim award* come riferita a lodi che «*finally determine the claim or part of it and [that] state which part*» (quindi, a voler utilizzare le categorie familiari, lodi parziali – e conseguenteente definitivi – che pronunciano condanna provvisoria), sostanzialmente limitandone la

³⁸ E la riforma del procedimento cautelare uniforme, apportata con le ll. 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263, ne pare un'implicita conferma, laddove, attenuando il carattere di strumentalità dei provvedimenti anticipatori, ne consente un'esistenza (potenzialmente) *sine die*, nonostante la perdurante non definitività degli stessi.

³⁹ In cui il ricorrente, condannato al pagamento in via provvisoria della somma di 100.000 sterline, contestava il potere del tribunale arbitrale di disporre una simile misura; cfr. *SL Sethia Liners Ltd v Naviagro Maritime CO (The)* [1981] 1 Lloyd's Rep 18.

pronuncia ai soli casi di accertamento di «*indisputable claims and sums due*» e, quindi, svuotando la norma – ed in particolare il termine *interim* – di ogni significato innovativo. Vero è che l'utilizzo del termine «*award*» – piuttosto che, ad esempio, «*order*» – sembrerebbe costituire un elemento testuale a conforto dell'interpretazione della Corte⁴⁰; ciononostante, non appare corretto trascurare il significato globale dell'espressione «*interim award*», che qualifica il lodo in discorso come «temporaneo, provvisorio»: caratteristica, questa, che certamente non appartiene al lodo parziale. Inoltre, non pare irrilevante il dato che, in alcuni ordinamenti, anche i provvedimenti contenenti misure cautelari sono espressamente considerati lodi e, come tali, resi esecutivi dalle Corti⁴¹.

Vero è che lo stesso ordinamento italiano prevede(va) ipotesi di condanna al pagamento di somme, pronunciata dall'arbitro, non suscettibile di acquisire definitiva stabilità; fino a tempi recentissimi è stato questo il caso, ad esempio, del lodo semplificato di cui all'art. 37, comma 2, della Delibera CONSOB n. 18275 del 18 luglio 2012 (*Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob e le relative procedure*)⁴².

Nel giudizio volto alla determinazione di un indennizzo a favore dell'investitore nei cui confronti l'intermediario non abbia ottemperato agli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza, la norma in parola stabiliva, infatti, che «[l']arbitro accoglie la domanda quando, tenuto conto delle deduzioni formulate dall'intermediario e dei soli documenti introdotti in giudizio, ne ritiene sussistenti i fatti costitutivi, condannando l'intermediario al pagamento in favore dell'investitore di una somma di denaro a titolo di indennizzo, idonea a ristorare il solo danno patrimoniale da questi ritratto, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario, nei limiti della quantità per cui ritiene raggiunta la prova». La lettera della norma sembrava escludere la necessità di un pieno accertamento dell'*an*, limitandosi la delibazione dell'arbitro all'esame dei fatti costitutivi; il rinvio dell'analisi dei fatti impeditivi, modificativi e/o estintivi ad un successivo giudizio, arbitrale o giurisdizionale, pareva, quindi, confortare la conclusione di chi⁴³ assimilava la pronuncia *de qua* ad una condanna con riserva.

⁴⁰ Si tratta, peraltro, di un argomento formale su cui ancora oggi puntano alcuni autori con riferimento alle decisioni dell'*emergency arbitrator*; ciononostante, come si vedrà *infra*, al § 6.3, le Corti sembrano essere più interessate, ormai, al contenuto reale del provvedimento. V., sin da ora, A.A. SANTENS, J. KUDRNA, *The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions*, in *J. Int'l Arb.*, 2017, 12, testo e note 54-55.

⁴¹ V., in proposito, il § 6.3.

⁴² A decorrere dal 9 gennaio 2017 – come previsto dall'art.1, comma 47, legge 28 dicembre 2015, n. 208 – la Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB ha cessato la propria attività, in concomitanza con l'avvio dell'operatività dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), istituito con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, a propria volta emessa in attuazione del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 – che ha delegato alla Consob il compito di istituire di un nuovo organismo per la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra investitori ed intermediari finanziari.

⁴³ In questo senso, L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in*

Lo stesso ragionamento non può farsi in relazione alla giurisprudenza *Kostas Melas*: l'affermazione della *Commercial Court*, secondo la quale i reclami e le somme debbano essere «indiscutibili» non lascia adito a dubbi circa la necessità di un accertamento a cognizione piena ed esauriente. Anzi, la polisemia del termine «*indisputable*» – che può intendersi anche nel significato di «pacifico» – potrebbe spingere ad un'interpretazione ancor più restrittiva, in base alla quale l'*interim award* sarebbe possibile solo nei limiti della non contestazione; nel caso di specie, in effetti, la Corte, dopo aver affermato l'obbligo, per l'arbitro, di tener conto, ai fini della decisione, anche delle somme addotte in *set-off* dal convenuto, ha confermato la condanna, ritenendo che 100.000 sterline fossero «*the minimum the owners were entitled to receive*» (ovvero, quanto sarebbe ad essi spettato anche in caso di integrale accoglimento dell'eccezione di compensazione)⁴⁴.

Posto che l'interpretazione fornita dalla *Commercial Court* sembra limitare eccessivamente il significato della norma in commento, la soluzione proposta oltre 35 anni fa rappresenta un approdo che, in Italia, non può ancora dirsi raggiunto. Infatti, pur senza voler prendere una posizione sulla questione della generale applicabilità della disciplina del processo ordinario di cognizione al giudizio arbitrale, la pronuncia, in tale ultima sede, di un'ordinanza per il pagamento delle somme non contestate *ex art. 186-bis* c.p.c. pare doversi escludere – non quale conseguenza del divieto previsto dall'art. 818 c.p.c. (che è limitato ai «sequestri» e agli «altri provvedimenti cautelari», mentre qui di cognizione sommaria ma non cautelare si tratta), ma – per l'inedoneità dei provvedimenti emanabili sulle «questioni che si presentano nel corso del procedimento» (ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., lodi non definitivi o ordinanze revocabili) a ripeterne entrambe le caratteristiche essenziali: la revocabilità e modificabilità nel corso del giudizio (che manca ai primi) e l'attitudine a costituire titolo esecutivo (assente nelle seconde)⁴⁵. Diversa sarebbe, evidentemente, la soluzione qualora non di semplice non contestazione si trattasse, bensì di riconoscimento della pretesa avversaria: ciò che legittimerebbe, nel giudizio ordinario, l'emanazione di un'ordinanza non revocabile e modificabile ai sensi dell'art. 177, comma 3, n. 1, c.p.c., in quanto sostanzialmente «pronunciat[a] sull'accordo delle parti⁴⁶», e, nel procedimento arbitrale, di un lodo parziale⁴⁷.

materia bancaria e finanziaria, in E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Utet, Torino, 2011, 500-501, sebbene con riferimento al testo (peraltro identico) dell'art. 33, comma 2, del Regolamento di attuazione del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure, adottato dalla Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008.

⁴⁴T. ØYRE, *The Power of an Arbitrator to Grant Interim Relief under the Arbitration Act 1996*, in *Arbitration*, 1999, 118.

⁴⁵In questo senso, M.F. GHIRGA, *Sub art.816 bis*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato* (di seguito, *Commentario Menchini*), Cedam, Padova, 2010, 213.

⁴⁶G. VERDE, *Diritto processuale civile. Processo di cognizione*⁵, II, Zanichelli, Bologna, 2017, 50.

⁴⁷Quanto è stato deciso da Coll. arb. Roma, 8 luglio 2009 (Vaccarella Pres., Chiarloni, Palmieri),

Tornando alla situazione del Regno Unito, a causa dell'orientamento sposato dalle Corti, alla parte che necessitasse di un *interim relief* non restava che adire l'autorità giudiziaria – con tutte le conseguenze in punto di allungamento di tempi ed aggravio di costi –, in tal modo, tra l'altro, abdicando alle ragioni (in particolare, la fiducia nell'organo e nell'*expertise* di quest'ultimo⁴⁸) che l'avevano determinata alla stipula della clausola compromissoria.

L'ingerenza che i giudici statali riuscivano, in tal modo, ad esercitare era da più parti criticata⁴⁹; il successivo sviluppo della giurisprudenza – forse anche in risposta alle censure mosse – ha però rischiato di scadere nell'eccesso opposto, trasformando il *vulnus* alla tutela "urgente" conseguibile in arbitrato in totale negazione⁵⁰ della stessa. A partire dagli anni '90, infatti, la *Official Referees Court* (oggi *Technology and Construction Court*⁵¹) ha mostrato una crescente riluttanza a concedere misure

nota di P.L. NELA, *Un caso di somme non contestate innanzi agli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2009, 731 ss., e, più recentemente, da Coll. arb. Caserta, 1° giugno 2013 (Auletta Pres., Caravella, Notardonato), inedito, in entrambi i casi essendosi in presenza di eccezione di compensazione, sollevata dalla parte convenuta per la condanna al pagamento di somme, per un importo non esattamente coincidente con quello della domanda principale. In particolare, si legge nella seconda pronuncia che «il fondamento del ritenuto potere arbitrale di condannare una parte al pagamento delle somme non contestate, non essendo l'art. 186-bis c.p.c., sta nel generale potere di anticipare il provvedimento rispetto alla decisione definitiva una volta che la base sostanziale della condanna sia la certezza che la prestazione di pagamento sia dovuta», così confermandosi l'estraneità del provvedimento alla cognizione sommaria propriamente detta.

⁴⁸ Senza contare i benefici in punto di rapidità: con riferimento alla *litigation* ordinaria, basti citare i risultati riportati nell'Allegato 3 del *Woolf Report* del 1996 (ed ottenuti nell'ambito delle ricerche condotte da Lord Woolf sui tempi e i costi della giustizia delle Corti), in relazione ai procedimenti dinanzi la *Official Referees Court* (poi divenuta *Technology and Construction Court*: cfr. § 5.1.1). Vi si legge, infatti, che la durata media di un giudizio era di 30 mesi, mentre i costi rappresentavano una percentuale spropositata del valore della causa: il 158% per quelle fino a 12.500 sterline, il 96% per quelle tra le 12.500 e le 25.000 sterline, prendendo in considerazione le sole somme poste a carico della parte soccombente «to contribute to the winner through the process of taxation, or court assessment»; pertanto, sulla base di una stima delle spese complessivamente sostenute, «a typical claim for £10,000 would involve costs of £41,000». Cfr. J. REDMOND, *Adjudication in Construction Contracts*, Blackwell, Hoboken, New Jersey, 2001, 2. I numeri parlano da soli.

⁴⁹ T. ØYRE, *op. cit.*, 117-118.

⁵⁰ M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, Torino, 2002, 293, riferisce di una «possibilità di poteri cautelari anche in capo agli arbitri irrituali, seppur in presenza di una concorrente competenza cautelare del giudice statale», quale sarebbe stata garantita dall'art. 12 dell'*Arbitration Act* 1950. L'Autore non considera, tuttavia, che la norma regola, in realtà, i poteri d'intervento (anche cautelare) della *High Court*, facendo, poi, salvi quelli eventualmente (ed espressamente) attribuiti agli arbitri dal contratto. Come evidenzia, invece, T. ØYRE, *op. cit.*, 119, simili previsioni erano molto rare; inoltre, al di là di qualunque pattuizione tra le parti, alcuni rimedi (i più incisivi, come la *Mareva Injunction*, sostanzialmente equivalente al sequestro conservativo nostrano) erano riservati unicamente alle Corti. Pertanto, benché la norma in commento sembri conferire al giudice ordinario una sorta di potere sussidiario, esso, nella pratica, si poneva come sostanzialmente esclusivo; ne deriva che il rifiuto di accordare tali tutele in sede giudiziaria si traduceva in una impossibilità *tout court* di conseguirle.

⁵¹ Per un approfondimento sull'evoluzione della Corte, v. il Capitolo V.

cautelari⁵², motivando il rifiuto con la volontà di rispettare (o, forse, di sanzionare?) il meccanismo di risoluzione delle controversie prescelto dalle parti.

Ragionamento, questo, che, purtroppo, non sconvolge il giurista italiano, cui è noto il dibattito⁵³ intorno alla tradizionale esclusione di un potere cautelare in capo al giudice ordinario in presenza di una clausola di arbitrato libero, fondata sull'asserita rinuncia delle parti a *qualunque tipo* di tutela statale.

Una prima, autorevole, spinta al superamento di tale tesi può essere rinvenuta nella pronuncia della Consulta⁵⁴ che, nel dichiarare inammissibile⁵⁵ la prospettata questione di legittimità costituzionale degli artt. 669-*quinquies* e 669-*octies* c.p.c., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., in quanto avrebbero escluso l'accesso alla tutela cautelare in presenza di una clausola compromissoria in arbitrato irrituale, aveva evidenziato che «la preclusione, lamentata dal remittente, all'ammissione della tutela cautelare in presenza di clausola di arbitrato irrituale non discende dalla portata delle norme denunciate [...] ma discende, nella stessa impostazione del remittente, come conseguenza della configurazione che egli prospetta – in antitesi ad altre pure avanzate, specie in dottrina – dell'arbitrato irrituale quale strumento, radicalmente diverso dall'arbitrato rituale, di composizione negoziale delle controversie, non estrinsecantesi in un giudizio, al quale la tutela cautelare possa collegarsi⁵⁶». Eppure, nonostante la pronuncia della Corte fosse più che eloquente, in dottrina non era mancato chi, travisandone i contenuti, aveva continuato ad affermare la tesi tradizionale⁵⁷.

Fortunatamente (e finalmente), la questione è stata (pare) definitivamente risolta dal legislatore che, dopo aver anticipato la soluzione all'art. 35, comma 5, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 – per cui «[l]a devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una

⁵² In *Derek Crouch Construction Ltd v Nonhem Regional Health Authority* [1984] QB 644, nel negare il *leave to appeal* avverso il rifiuto, da parte della *Official Referees Court*, di concedere una misura cautelare richiesta da due delle tre parti di un procedimento arbitrale, la *High Court* ha affermato che, sebbene i ricorrenti fossero legittimati a «*first decide to abandon this system and litigate instead, then decide to revert to arbitration*», la terza parte conservava il diritto «*to insist upon arbitration and to be protected from having its rights adversely affected by litigation, to which it has never agreed*».

⁵³ Per una più completa ricostruzione del quale si rimanda a M. MARINELLI, *op. cit.*, 294 ss.

⁵⁴ C. Cost., ord., 5 luglio 2002, n. 320, in *Giur. it.* 2003, 633.

⁵⁵ Come, del resto, pronosticato, nel commentare l'ordinanza di rimessione – Trib. Torino, Sez. dist. di Chiavasso, ord., 21 maggio 2001 – che ha originato la pronuncia della Corte, da F. AULETTA, *Le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni non costituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. La disapplicazione del principio in materia di arbitrato e tutela cautelare*, in *Riv. arb.*, 2002, 89 ss., il quale ha efficacemente posto in luce come una diversa – e costituzionalmente orientata – interpretazione, fosse, in realtà, alla portata dell'interprete, senza necessità di coinvolgimento del Giudice delle leggi; cfr. anche ID., *Contro il divieto di assistenza giurisdizionale (cautelare) per i compromettenti in arbitrato libero*, in *Riv. arb.*, 1999, 81 ss.

⁵⁶ Può incidentalmente notarsi che gli ultimi passaggi citati confortano l'idea – qui sostenuta – dell'identità funzionale e strutturale del procedimento arbitrale, libero o rituale che sia.

⁵⁷ M. ESPOSITO, *Arbitrato libero e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 2478B ss.

controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-*quinquies* del codice di procedura civile [...]» –, ha, con l. 14 maggio 2005, n. 80, modificato l'art. 669-*quinquies* c.p.c., espressamente prevedendo la possibilità di proporre domanda cautelare «al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito» quando la controversia «è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale».

1.2.3. L'Arbitration Act 1996: una soluzione giunta troppo tardi

Dinanzi all'atteggiamento da ultimo seguito dalla *High Court*, non stupisce che l'*Arbitration Act* 1996 abbia introdotto, all'art. 39, la possibilità, per le parti, di conferire all'arbitro il potere di «*order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award*».

Con riferimento al settore delle costruzioni, tuttavia, la previsione ha scontato la propria mancanza di tempismo; l'evidente insostenibilità della situazione aveva infatti, già da tempo, spinto la prassi a ricercare, ed infine ad elaborare, uno strumento alternativo, che sintetizzasse la celerità dell'*Engineer decision* e l'imparzialità del procedimento arbitrale: l'*adjudication*. Quest'ultima, introdotta nello stesso periodo del nuovo *Arbitration Act*⁵⁸, ha fatto sì che la novità del potere cautelare degli arbitri passasse sostanzialmente sotto silenzio.

La procedura introdotta dal HGCRA, in realtà, non era totalmente sconosciuta alla prassi: una forma di *adjudication* (benché limitata alle sole controversie relative ai pagamenti nei rapporti tra appaltatori e subappaltatori) nell'ambito di contratti *standard* si rinviene, infatti, già nelle modifiche apportate alla '*Green Form*' of *Nominated Sub-Contract* e alla '*Blue Form*' of *domestic sub-contract*⁵⁹ nel 1976⁶⁰, come diretta conseguenza della giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Gilbert Ash v. Modern Engineering*⁶¹, con la quale la *House of Lords* – ribaltando una precedente decisione della *Court of Appeal*⁶² – aveva affermato la possibilità, per il datore di lavoro, di opporre un *set-off* anche nei confronti di somme certificate in base alle previsioni della *Green Form*, salvo che il contratto lo escludesse espressamente.

⁵⁸ Tanto l'*Arbitration Act*, quanto l'*Housing Grants, Construction and Regeneration Act* (HGCRA, che ha introdotto l'istituto da ultimo menzionato) hanno ricevuto il *royal assent* nel 1996, benché l'entrata in vigore dei due atti sia stata intervallata da oltre un anno (1° gennaio 1997 il primo; 1° maggio 1998 il secondo).

⁵⁹ Entrambe applicabili ai modelli di *sub-contracts* dell'edizione 1963 del *Joint Contracts Tribunal (JCT) Contract* (prima conosciuto come *RIBA form*).

⁶⁰ J.L. RICHES, C. DANCASTER, *Construction Adjudication*², Blackwell Publishing, Hopboken, New Jersey, 2004, 2.

⁶¹ *Gilbert Ash (Northern) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd* [1974] AC 689.

⁶² Il riferimento è a *Dawnays v Minter* [1971] 1 WLR 1205, su cui v. *infra*, nel testo.

Se, infatti, la pronuncia *Dawnays v Minter* aveva considerato le somme scaturenti dagli *architect's certificates* come uno speciale tipo di debito, «*equivalent to cash*», che si sottrae alle regole ordinarie in materia di *set-off*, dovendo essere onorato in ogni caso perché «*cash flow is the very lifeblood of the enterprise*», i giudici del caso *Gilbert Ash* hanno sottolineato che «*[c]ashflow is the lifeblood of the village grocer too, though he may not need so large a transfusion from his customers as the shipbuilder in Mondel v Steel or the sub-contractor in the instant appeal. It is also the lifeblood of the contractor whose own cash flow has been reduced by the expense to which he has been put by the sub-contractor's breaches of contract. It is not to be supposed that so elementary and economic proposition as the need for cash flow in business enterprises escaped the attention of judges throughout the 130 years which had elapsed between Mondel v Steel and Dawnays' case in 1971*».

A tale ragionamento deve, indubbiamente, riconoscersi il carattere della logicità; tuttavia, esso sembra trascendere la questione giuridica affrontata in *Dawnays* e *Gilbert Ash*, il vero problema non essendo l'assetto dei rapporti di forza tra le parti, bensì la regola da applicare, in materia di pagamento di *interim certificates*, in assenza di espressa previsione contrattuale. Orbene, nei casi di specie, se il primo giudice aveva ritenuto che, nel silenzio del contratto, tali somme dovessero essere versate sempre e integralmente, il secondo non aveva ravvisato motivi per derogare al principio comune opposto, che ammette(va) in ogni caso la deduzione di controcrediti.

Sotto il profilo della correttezza giuridica, va probabilmente riconosciuta l'ineccepibilità della decisione della *House of Lords*, sia ponendosi dall'angolo visuale del giurista di *civil law* (per il quale è pacifica l'applicazione dei principi generali, ogniqualvolta sia necessario colmare una lacuna che non riguardi un aspetto essenziale del contratto) che da quello di *common law* (ove il contratto contiene l'intera legge applicabile⁶³ – per cui tendenzialmente non varrebbe il discorso sui principi generali –, ma, in sede giudiziaria, la regola è l'applicazione del precedente, salvo sussistano differenze sostanziali tali da giustificare un *distinguishing*).

Da un punto di vista di giustizia sostanziale, peraltro, la preferenza non può che andare alla pronuncia della *Court of Appeal*, venendo – ora sì – in considerazione la posizione di debolezza contrattuale del *sub-contractor* (che non sembra, del resto, dissimile da quella del lavoratore dipendente nei confronti del datore di lavoro, in considerazione della quale il legislatore italiano ha sempre mostrato ampio *favor*, anche in ambito processuale).

La conseguenza della sentenza, infatti, fu che «*for the next 20 years or so, employers and main contractors would habitually raise set-offs and cross-claims in order to avoid payment of sums due to contractors and sub-contractors*», finché il problema non fu affrontato nel *Latham Report*, ove, al fine di contemperare i contrapposti interessi (quello del creditore a non vedersi opporre set-offs infondati e quello del debitore ad opporre controcrediti reali), si propose di rivestire di una “presunzione di

⁶³ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*², Giappichelli, Torino, 2010, 3.

buona fede” i *set-offs* e i *cross-claims* sollevati nel periodo immediatamente successivo all’emissione dell’*interim certificate*: era la nascita della *withholding notice*⁶⁴.

Nel mentre, le riformulate *Green* e *Blue forms* consentivano al *main contractor* di dedurre, a titolo di *set-off*, le sole somme concordate con il *sub contractor* o riconosciute in sede arbitrale o giudiziaria. Ogni altro (vantato) controcredito, invece, avrebbe dovuto essere comunicato e dettagliato, almeno 3 giorni prima della data prevista per il pagamento, al subappaltatore; quest’ultimo, qualora fosse stato intenzionato a contestare la somma, avrebbe potuto, entro 14 giorni dalla comunicazione, adire un terzo imparziale, nominato in contratto (l’*adjudicator*), cui era richiesto di emettere una decisione vincolante entro 7 giorni⁶⁵.

Sempre nell’ambito dei contratti predisposti dal *JCT*, nel 1988, l’*adjudication* fu introdotta, sebbene con scarso successo, anche nella *Supplementary Provision S1* dello *Standard Form of Contract With Contractor’s Design (JCT 81)*, che regolava, invece, il contratto principale. La previsione faceva sì che tutte le controversie insorte prima del completamento dei lavori potessero essere risolte (solo) tramite la procedura di *adjudication*; l’arbitrato, invece, era attivabile esclusivamente dopo la *practical completion*⁶⁶.

Ancora, per quanto indicata con un diverso *nomen juris*, una forma di *adjudication* deve essere considerata la “conciliazione” preventiva obbligatoria prevista dal – ben più diffuso – 1992 *ICE Design and Construct Contract*: la “raccomandazione” resa dal conciliatore all’esito della procedura, infatti, spiegava effetti immediatamente vincolanti finché un (eventuale) lodo arbitrale non avesse statuito in senso opposto.

Anche la prima edizione del *New Engineering Contract (NEC)*, datata 1993, prevedeva una procedura di *adjudication*; ed è proprio a tali *standard forms* che farà riferimento Sir Michael Latham nel suo Rapporto⁶⁷.

⁶⁴ Prevista, oggi, dall’art. 111 dell’*Housing Grant, Construction and Regeneration Act 1996* (su cui v. *infra*, al § 1.4): in base al comma 1, «[a] party to a construction contract may not withhold payment after the final date for payment of a sum due under the contract unless he has given an effective notice of intention to withhold payment»; ques’ultima, poi, deve specificare, ai sensi del comma 2, «the amount proposed to be withheld and the ground for withholding payment, or [...] if there is more than one ground, each ground and the amount attributable to it, and must be given not later than the prescribed period before the final date for payment». Sul punto, v. anche P. COULSON, *Coulson on Construction Adjudication*³, Oup, Oxford, 2015, 283 ss.

⁶⁵ J. REDMOND, *op. cit.*, 5.

⁶⁶ Forse proprio in questa rigida ripartizione potrebbe rinvenirsi la causa dell’impopolarità della clausola, spesso soppressa in sede di stipula del contratto; tuttavia, come si avrà modo di argomentare più diffusamente (cfr. § 2.6.4), una limitazione della possibilità di *adjudication* ai soli “lavori in corso” appare più che opportuna.

⁶⁷ Ad ogni modo, quelli menzionati nel paragrafo sono solo alcuni dei modelli sviluppatasi nella prassi: in *Pegram Shopfitters v Tally Weijl* [2003] EWCA Civ 1750, si riporta che «[i]n the years that followed *Modern Engineering v Gilbert Ash*, standard forms of building contract gradually developed a process of adjudication. If there were disputes as to payment, these could be referred for speedy interim determination to an adjudicator. The adjudicator’s decision would be enforceable by summary judgment if

1.3. *Il Latham Report*

Il 5 luglio 1993, nella *House of Commons* fu formalmente annunciato l'incarico, conferito a Sir Michael Latham, di condurre una *Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements*, promossa congiuntamente dal settore pubblico (*Department of the Environment*) e privato (quattro organizzazioni industriali e due gruppi rappresentativi dei maggiori committenti).

La circostanza del conferimento di un comune mandato non deve stupire, non solo per l'ovvia sussistenza di un interesse anche governativo (data l'importanza del settore per l'economia), ma soprattutto per l'essere ai Paesi di *Common law* generalmente estranea una differenziazione nella disciplina degli appalti, a seconda che i relativi contratti siano stipulati tra soggetti (tutti) privati o coinvolgano anche una parte pubblica⁶⁸; ciò che si spiega anche in virtù della centralità, ivi riconosciuta, al contratto, dal che consegue la grande libertà di cui gode la Pubblica Amministrazione in materia di *Public procurement*⁶⁹.

I risultati degli studi condotti da Latham – anticipati nell'*Interim Report "Trust and Money"*, pubblicato nel dicembre dello stesso anno – furono trasfusi nel *Final Report* (intitolato "*Constructing the Team*", ma usualmente indicato come "*Latham Report*"), pubblicato nel luglio del 1994.

Non è possibile, in questa sede, dar conto della molteplicità degli aspetti problematici analizzati dal Rapporto, che si poneva il più ampio obiettivo di risolvere i «*concerns expressed by all sides of the construction process about contracts*», rilevando come, a tal fine, fosse astrattamente ipotizzabili 3 alternative: «*1. To do nothing. 2. To amend existing Standard Forms to meet some of the concerns. 3. To try to define what a modern construction contract ought to contain*», ma decisamente scartando la prima opzione, perché «*[i]t is no longer possible to do nothing*⁷⁰».

necessary. If agreement did not follow for the dispute as a whole, it would be then determined by arbitration or litigation and the eventual final answer implemented».

⁶⁸Cfr. A. BRABANT, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et outre-mer. Tome II, Le droit et les faits*, Bruylant, Bruxelles, 1996, 53 ss.

⁶⁹OICE, *Procedure e tempi di esecuzione delle grandi opere nei paesi industrializzati. Studio OICE. Analisi comparata delle procedure più efficaci per la realizzazione delle opere pubbliche in Francia, Germania, Gran Bretagna e Spagna*, 2007, www.igitalia.it, 31.

Alla luce di tale, evidente, distanza rispetto all'approccio nostrano, si comprende il motivo per il quale il connazionale A. BERLINGUER, *Arbitrating Construction Disputes in the Public Sector: the Italian Experience*, in *Arbitration*, 2000, 6, anni fa – ben prima dell'emanazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, oggi soppiantato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 –, abbia avvertito l'esigenza di sottolineare che «*in the Italian legal system, in the context of construction contracts having the state as a party, all those controversies that concern the preparations for competitive bidding, the selection of the best bidder, and the stipulation of the contract, depending on the intangible, discretionary powers of the public administration, traditionally relate to the exclusive jurisdiction of administrative tribunals. All disputes that concern the execution of the contract, the fulfilment of the obligations provided for therein and their eventual breach, are traditionally submitted either to ordinary jurisdiction, or, more probably (at least in the past), to arbitration*».

⁷⁰M. LATHAM, *Constructing the Team: Joint Review of Procurement and Contractual Arrange-*

Qualche accenno appare, tuttavia, necessario per comprendere come l'*adjudication* si inserisse nel disegno di Latham.

In effetti, l'identificazione di strumenti di risoluzione delle controversie adeguati alle necessità dell'industria delle costruzioni non costituiva lo scopo precipuo dell'Autore, il quale mirava, piuttosto, a prevenirle, a tal fine predicando l'utilizzo di tecniche di *partnering*, oltre all'adozione di contratti *standard* modellati sulla *NEC suite of construction contracts*.

Già con riferimento alle prime, la proposta di Latham ebbe una notevole risonanza, portando alla ribalta un fenomeno (ancora) poco conosciuto: infatti, nel dichiarato intento di «*develo[p] and illustrat[e] Sir Michael Latham's views of partnering whilst setting out to quash a few myths about the subject*» e su richiesta del *Construction Clients Forum*, nel luglio 1995, la *Construction Industry Board* incaricò un gruppo di lavoro di effettuare ricerche e condurre consultazioni sul fenomeno. Nel Rapporto che ne seguì vengono illustrati i requisiti essenziali del *partnering* (definizione di obiettivi comuni, individuazione concorde di metodi di risoluzione dei problemi e mutua volontà di miglioramento continuo), definito come uno «*structured management approach to facilitate teamworking across contractual boundaries*⁷¹».

In sostanza, la tecnica sembra voler perseguire, a mezzo di determinazione contrattuale, un assetto di rapporti simile a quello “naturalmente” esistente nella *c.d. process industry* (industria di trasformazione di materie prime), connotata da un tasso di litigiosità inferiore rispetto ad altri settori industriali, in quanto «*[m]any of the major players in the industry have worked together for years and expect to continue so to do. It is not a good idea to have a major war with one's working colleagues*⁷²».

In questo senso, pare, dunque, che – per quanto difficile sia operare una stima in

ments in the United Kingdom Construction Industry: Final Report, H.M. Stationery Office, 1994, 35.

⁷¹ CONSTRUCTION INDUSTRY BOARD, *Partnering in the Team: A Report by Working Group 12 of the Construction Industry Board (CIB Reports)*, Thomas Telford Ltd, 1997, 1.

Che la collaborazione sia ancora oggi vista come un fattore chiave dagli *stakeholders* è testimoniato dal fatto che, nel 2014, oltre il 70% dei contratti principali (ovvero, tra committente e appaltatore) stipulati nel Regno Unito contemplava tecniche collaborative; tuttavia, solo un terzo delle clausole sul punto instaurava un «*formal partnering agreement*», la restante parte limitandosi a porre l'accento su non meglio precisate «*mutual trust and cooperation*» (cfr. NBS, *op. cit.*, 13), con quella che, in mancanza di misure strutturate, rischia di risolversi in una mera (e potenzialmente vuota) dichiarazione d'intenti. Il dato, comunque, è coerente con la constatazione che il *partnering* non risulta sempre adottabile (richiedendo la condivisione, a livello manageriale, di determinati valori e convinzioni: cfr. CONSTRUCTION INDUSTRY BOARD, *Partnering in the Team*, cit., 3) e che i benefici conseguibili risultano maggiormente evidenti quando la tecnica è applicata nell'ambito di rapporti continuativi e, possibilmente, tra diversi anelli della «*supply chain*» (*ibid.*, 4).

⁷² H. ROWSON, *The Disputes Resolution Services of the Institution of Chemical Engineers*, in *Arbitration*, 2002, 246. Il merito di un simile risultato, tuttavia, non pare possa ascriversi unicamente alla minore concorrenzialità del mercato e alla diffusione di *best practices*, soprattutto statunitensi: lo stesso Autore pone l'accento sui meccanismi inseriti, con finalità di promozione del *teamworking* tra committente e appaltatore, negli *IChemE Contracts*, specificamente elaborati per la *process industry* dall'*Institution of Chemical Engineers* e ampiamente adottati a livello internazionale.

termini percentuali o, comunque, quantitativi – l'obiettivo di *dispute avoidance* possa essere perseguito anche (e già) all'atto della stipula del contratto; tesi, quest'ultima, che sembra sottendere l'intero pensiero di Latham.

Non a caso, come anticipato, quest'ultimo identificata nei *NEC contracts* – pure all'epoca ancora quasi sconosciuti – un modello (quasi) ideale: tali *standard forms*, infatti, nel prevedere l'obbligo per ciascuna parte di avvisare tempestivamente le altre di qualunque problema sorto durante i lavori (salvo, in caso contrario, perdere il diritto di fondare reclami sul punto), avrebbe incentivato il dialogo tra i contraenti, impedendo la stessa formazione di *crystallized disputes*.

Inoltre, considerato che «*[t]he cascade system of payment in the industry – normally client to main contractor, main contractor to subcontractor, and so on down the chain – makes the exposure of different parts of the process to the insolvency of one participant particularly serious*⁷³», si suggeriva la previsione di pagamenti periodici – da garantire mediante l'istituzione di *trust funds* –, tendenzialmente svincolati dal tradizionale sistema di verifica mensile, di norma affidato all'architetto o all'ingegnere nelle vesti di *contract administrator* (posto che l'idea che quest'ultimo dovesse essere accettato dalle parti come decisore imparziale non sembrava «*to relate easily to reality on modern construction sites*⁷⁴»).

A corredo di tali disposizioni, il contratto-tipo avrebbe dovuto, altresì, escludere qualunque tipo di *pay-when-paid clause* e prevedere una prevalutazione delle eventuali variazioni dei progetti, nonché dei termini precisi entro i quali effettuare i pagamenti, spirati i quali le somme avrebbero dovuto cominciare a maturare interessi tali da scoraggiare i ritardi.

Infine, «*[w]hile taking all possible steps to avoid conflict on site*», si rendeva necessaria la previsione di rapide procedure di risoluzione delle controversie, «*by a predetermined impartial adjudicator/referee/expert*⁷⁵».

Infatti, benché convinto che l'implementazione delle proprie raccomandazioni potesse fortemente ridurre la conflittualità nei rapporti tra le parti⁷⁶, lo stesso Latham si arrendeva all'evidenza che «*disputes may arise, despite everyone's best efforts to avoid them*⁷⁷». Così, ispirandosi all'esperienza statunitense, pioniera nel campo delle ADR, il Capitolo 9 del Rapporto passa in rassegna le diverse procedure ritenute applicabili – nell'ordine, *adjudication*, mediazione/conciliazione, *multi-tiered ADR* e arbitrato –,

⁷³ M. LATHAM, *op. cit.*, 93.

⁷⁴ *Ibid.*, 36-37.

⁷⁵ *Ibid.*, 37.

⁷⁶ «*If procedures relating to procurement and tendering are improved, the causes of conflict will be reduced. If a contract document is adopted which places the emphasis on teamwork and partnership to solve problems, that is another major step. The prepricing of variations is also important*». Cfr. M. LATHAM, *op. cit.*, 87. *Contra*, C. CHERN, *Chern on Dispute Boards. Practice and Procedure*, Blackwell Publishing Ltd, Hoboken, New Jersey, 2008, 3, partendo dalla constatazione che «*[e]very construction project is unique*», ritiene «*naive to think we can eradicate disputes by clever contract drafting alone*».

⁷⁷ M. LATHAM, *op. cit.*, 87.

con una chiara preferenza per la prima, che, secondo l'Autore, avrebbe dovuto divenire «*the key to settling disputes in the construction industry*⁷⁸».

Come già anticipato⁷⁹, anche sotto tale profilo Latham individuava il proprio referente nei modelli NEC, opportunamente modificati; il modello di *adjudication* ivi previsto, infatti, differiva alquanto da quello ipotizzato nel Rapporto e, in seguito, tradottosi in previsione legislativa.

Innanzitutto, la procedura era attivabile, nei confronti del *project manager* o del *supervisor*, dal solo *contractor*, e si spiegava in tempi che, per quanto brevi, erano ben più lunghi di quelli attualmente previsti ma, al contempo e quasi paradossalmente, risultavano fortemente restrittivi – e, in ciò, penalizzanti – per l'appaltatore. Questi, infatti, entro 4 settimane dalla conoscenza del problema, doveva informare la controparte della controversia; solo qualora la disputa non fosse stata altrimenti ricomposta entro 2 settimane dalla notifica (una sorta di *cooling off period*), si apriva per l'appaltatore la possibilità, entro e non oltre le successive 2 settimane, di adire l'*adjudicator*, la cui decisione avrebbe dovuto essere resa entro 4 settimane dal termine della “fase istruttoria” (di pari durata, ma dilatabile su accordo delle parti).

L'intera procedura poteva, pertanto, durare oltre 4 mesi⁸⁰.

Sir Latham, invece, suggeriva di consentire l'utilizzo dei meccanismi di ADR menzionati nel Rapporto in relazione a qualunque tipo di controversia, senza alcuna limitazione oggettiva (e, tendenzialmente, a prescindere dalla “taglia” del contratto) né soggettiva (e, quindi, tanto nei rapporti tra committente e appaltatore, quanto in quelli tra appaltatore e sub-appaltatore).

Va, peraltro, notato come, seppur dichiaratamente contrario all'idea di un utilizzo frequente di simili «*complex procedures*», lo stesso Autore⁸¹ riferisce dell'opportunità che, in progetti di grandi dimensioni, il contratto includa clausole di *multi-tiered ADR*⁸² o, preferibilmente, una commissione di 3 *adjudicators*⁸³. In effetti, per quanto la difficoltà delle controversie e la *size of contract* non si pongano sempre e comunque in un rapporto direttamente proporzionale, è verosimile che la complessi-

⁷⁸ In quanto ritenuta la procedura più adatta al settore delle costruzioni (*ibid.*, 87). Ad una conclusione diversa giunse il rapporto presentato in Irlanda pochi anni dopo; cfr. IRELAND. DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. STRATEGIC REVIEW COMMITTEE, *Building Our Future Together: Strategic Review of the Construction Industry*, Stationery Office, 1997. Non è un caso, del resto, che l'*adjudication*, in Irlanda, sia stata prevista solo dal *Construction Contracts Act (2013)*, entrato in vigore il 25 luglio 2016; di conseguenza, si è resa necessaria la revisione di tutti i modelli standard di contratti in materia di costruzioni, che, invece, prevedevano una clausola di *mandatory conciliation*.

Sulla conciliazione irlandese v. il § 6.1.2.

⁷⁹ V. *retro*, il § 1.2.3.

⁸⁰ J. REDMOND, *op. cit.*, 6.

⁸¹ M. LATHAM, *op. cit.*, 89-90.

⁸² Come quello previsto dall'*Hong Kong Airport Core Programme* (su cui v. il § 6.1.1).

⁸³ Sul modello dei *Dispute Boards* statunitensi (su cui, più diffusamente, al § 6.1.1), ma con finalità certamente differenti.

tà delle prime sia un riflesso di quella del progetto e del numero delle relazioni contrattuali coinvolte. Queste considerazioni sembrano spiegare perché l'utilizzo – comunque scarso: il 7% sul totale dei contratti stipulati nel 2015 –, nel Regno Unito, dei modelli contrattuali FIDIC (tutti inclusivi di *Dispute Boards*) si registri prevalentemente nell'ambito di progetti di valore elevato (nel 48% dei casi, dai 25 milioni in su⁸⁴). Del suggerimento non ha, tuttavia, tenuto conto il legislatore britannico, che, nell'implementare le raccomandazioni di Latham, sembra essersi fermato, nella lettura, all'affermazione in base alla quale «*there is no inherent reason why adjudication should not be used for any size of contract*⁸⁵».

Con particolare riguardo all'*adjudication*, essa avrebbe dovuto essere esperibile da qualunque parte e in qualunque momento; l'esecuzione immediata delle decisioni rese nell'ambito di tale procedura, inoltre, avrebbe non solo dovuto essere garantita dalla legge, ma anche agevolata dalle Corti, mediante l'adozione di specifiche e rapide procedure di *enforcement*, da attivarsi nell'ipotesi di rifiuto di eseguire l'*adjudicator award* da parte del soccombente⁸⁶.

Eccezion fatta per tale ultima ipotesi, per contro, «*[a]ny appeals⁸⁷ to arbitration or the courts*» avrebbe dovuto essere precluso fino alla conclusione dei lavori⁸⁸. Latham, infatti, pur condividendo, in principio, le considerazioni di Knowels (da lui citato), secondo il quale «*[a] well drafted disputes procedure involving adjudicators and arbitrators operating in an unrestricted manner will help disputes to be resolved quickly and inexpensively*», non riteneva di potersi spingere fino ad avallare l'idea che «*appeals and reference to the High Court should not be permitted under any circumstances, as it is the constant spectre of appeal which conditions the manner in which many arbitrations are conducted and which has emasculated the whole process*». Ad ogni modo, il legislatore nulla ha previsto sul punto; di conseguenza, non solo è ammessa la riproposizione della domanda, pendente *adjudication*, in altra sede, ma risulta altresì possibile che diversi procedimenti corrano parallelamente⁸⁹, sebbene ciò origini più di un dubbio in relazione al coordinamento tra i vari giudizi⁹⁰.

Si è sostenuto che la reale novità della proposta di Latham, rispetto ai modelli già esistenti di *adjudication*, sia stata la configurazione di quest'ultima come «*compulsory*

⁸⁴ Cfr. NBS, *op. cit.*, 18.

⁸⁵ M. LATHAM, *op. cit.*, 88.

⁸⁶ Suggerimento che, dopo un iniziale periodo di incertezza circa la possibilità di utilizzare strumenti già esistenti, è stato accolto dalla *Technology and Construction Court*: v. il Capitolo V.

⁸⁷ L'utilizzo del termine «*appeals*», in questo frangente, sembra indicare una visione del successivo giudizio come *revisio prioris instantiae*; come si sottolineerà più volte nel corso della trattazione, invece, la giurisprudenza consolidata ritiene che la controversia, una volta portata in sede arbitrale o giurisdizionale, vada giudicata *afresh*. Ciò, del resto, è coerente con l'idea, pure ormai abbastanza pacifica (ma criticabile: v. il Capitolo IV), che quella dell'*adjudicator* non sia una vera e propria "decisione".

⁸⁸ M. LATHAM, *op. cit.*, 91-92.

⁸⁹ Sul punto, *ex multis*, v. *Herschel Engineering Ltd v Breen Property Ltd* [2000] BLR 272 (TCC).

⁹⁰ J. UFF, *Arbitration with the Benefit of the Construction Act*, November 2002, www.scl.org.uk, 8 ss.

*first step in any dispute arising under most construction and engineering contracts*⁹¹», e, di conseguenza, come un onere per le parti. In realtà, dalla lettura del Rapporto, non sembra dato individuare una volontà nel senso di obbligare le parti ad *avvalersi* dello strumento o una concezione dello stesso quale condizione di procedibilità rispetto ad un eventuale, successivo giudizio. Né una tale conclusione risulta avallata dalla lettera del testo scaturito dai dibattiti parlamentari⁹², che si è limitato ad imporre alle parti la previsione di un “diritto” all’*adjudication*, secondo quella che appare essere stata la reale intenzione di Latham.

La comprensione delle raccomandazioni contenute nel *Latham Report*, del resto, non si è rivelata semplice, così come non è stata piana l’adesione alle stesse. In effetti, se già «*[a]nyone listening to the Queen’s Speech at the opening of the new parliamentary year in November 1995 would have been unlikely to form the view that significant legislation affecting construction contracts was to be expected within the coming months*»⁹³, alla presentazione in Parlamento, nel febbraio 1996, dell’*Housing Grants Construction and Regeneration Bill* seguirono discussioni tanto aspre e numerose da lasciar paventare, in più di un’occasione, l’abbandono del progetto.

Oltre agli accesi dibattiti intorno alla natura e agli effetti della decisione dell’*adjudicator*, per via della tendenziale – e più volte denunciata⁹⁴ – commistione concettuale tra *adjudication* e arbitrato classicamente inteso⁹⁵, uno dei principali nodi

⁹¹ P. COULSON, *op. cit.*, 8.

⁹² Lo stesso Coulson, ad ogni modo, riconosce la correttezza della conclusione qui riferita: salvi i casi di espressa pattuizione contraria – quale quello deciso in *DGT Steel Cladding Ltd v Cubitt Building Interiors Ltd* [2007] EWHC 1584 (TCC), ove la clausola contrattuale (liberamente inserita dalle parti) prevedente che «*[a]ny dispute, question or difference arising under or in connection with the sub-contract shall, in the first instance, be submitted to adjudication [...]*» è stata correttamente intesa nel senso di rendere obbligatorio il preventivo deferimento di qualunque disputa ad un *adjudicator*, consentendo, di conseguenza, alla Corte di sospendere il processo per la durata dell’*adjudication* –, è da ritenersi che «*these provisions, or any other similar express contractual arrangement, create a right, and not a compulsory obligation, to refer the dispute to adjudication*». Cfr. P. COULSON, *op. cit.*, 42.

Risulta pertanto acclarato che ciascuna parte possa adire direttamente – in base al tenore della specifica previsione contrattuale – il collegio arbitrale o il giudice ordinario, senza passare preventivamente per l’*adjudication*, ferma restando, per la controparte, la possibilità di esperire tale ultima procedura anche in pendenza di giudizio.

In questo senso, v. anche *Cubitt Building and Interiors Ltd v Richardson Roofing (Industrial) Ltd* [2008] EWHC 1020 (TCC), ove l’ipotesi che, pendente *adjudication*, il procedimento (arbitrale o giurisdizionale), *medio tempore* intrapreso, debba essere automaticamente sospeso, è stata recisamente respinta, sulla base della considerazione che «*[the] party who had started court or arbitration proceedings was entitled to have those proceedings resolved as reasonably expeditiously as the court or the arbitrator could achieve and justice demanded; it should not be forced to have those proceedings delayed or stayed by itself being forced to adjudicate, particularly when it did not want to exercise its right to do so*». Cfr. P. COULSON, *op. cit.*, 42.

⁹³ J. REDMOND, *op. cit.*, 3.

⁹⁴ *Hansard* 28.3.96, 1933-1934.

⁹⁵ Sul punto si ritornerà, in dettaglio, nel § 6.3.

problematici emersi in sede parlamentare ebbe riguardo alla definizione del campo di applicazione del *Construction Act*, e, in particolare, all'opportunità di dettare un elenco tassativo di *construction operations*, le quali sole sarebbero state soggette alle previsioni legislative.

La stesura definitiva si è orientata in tale senso, anche al fine di assecondare le richieste di “esonero” provenienti dalle stesse industrie, tra cui la *process industry*, che, come si è visto⁹⁶, aveva già elaborato e sperimentato dei propri mezzi di risoluzione alternativa delle controversie. A tal riguardo, peraltro, era stato sostenuto che «*[t]here is no more reason to exclude the process industries than to exempt drivers who have never had an accident from obeying the Highway Code. This is a good Bill, and we should include all the industries that are relevant to construction, not leave out the process industries because they have largely been able to manage their affairs reasonably well in the past. There can be problems, and the industries would benefit from the legislation*⁹⁷». L'osservazione, se fondata su ragioni di eguaglianza (stante l'ingerenza – in un campo, quale quello contrattuale, da sempre lasciato all'autonomia delle parti – esercitata dall'*Act*) avrebbe potuto essere condivisa; così come formulata, invece, pare motivata da mero paternalismo.

I problemi maggiori, peraltro, si registrarono in sede di elaborazione dello *Scheme for Construction Contracts*, che avrebbe dovuto corredare e completare *the Act*⁹⁸; così, nonostante quest'ultimo avesse ricevuto il *royal assent* il 24 luglio 1996, l'entrata in vigore della riforma fu rinviata di quasi due anni.

1.4. *La Statutory Adjudication nel Regno Unito: scopo*

L'*Housing Grants, Construction and Regeneration Act* 1996 è, così, entrato in vigore il primo maggio 1998, facendo del Regno Unito il primo Paese ad introdurre una forma di *Statutory Adjudication* come mezzo di risoluzione delle controversie in materia di costruzioni, ma anche (e, forse, soprattutto) come strumento di attuazione delle nuove disposizioni in materia di pagamenti periodici: non a caso, la legislazione britannica, così come quelle che ad essa si sono poi ispirate, vengono collettivamente definite “*Security of Payment Legislations*” (o SOPLs), a sottolineare l'importanza della previsione, per via di *Statute*, di un diritto alla corresponsione periodica di somme da parte degli esecutori dei lavori (siano essi appaltatori o subappaltatori).

Infatti, una volta codificato – all'art. 109 HGCRA⁹⁹ – il diritto dell'appaltatore ad

⁹⁶ V. *retro*, in questo paragrafo.

⁹⁷ *Hansard* 8.7.96, 94.

⁹⁸ Nel testo, salvi i casi di possibile confusione con altri atti normativi, l'*Housing Grants Construction and Regeneration Bill* 1996 verrà indicato come *the Act* o *Construction Act*, appellativi correntemente utilizzati nella prassi per brevíloquenza, o con la sigla HGCRA.

⁹⁹ Su cui v. *infra*, nel testo.

una certa continuità dei flussi di cassa e, dunque, considerando positivamente un'esigenza di diritto sostanziale, è apparso naturale apprestare un mezzo di tutela sufficientemente celere da consentire l'attuazione di tale diritto nel processo. E, come si cercherà di dimostrare, ciò è avvenuto creando quella che può essere vista come un'azione cautelare atipica, in cui il requisito del *periculum* è sostanzialmente prevalutato dal legislatore.

Infatti, benché questi, con riferimento alla procedura *de qua*, non ne menzioni mai il carattere cautelare, esso emerge dall'analisi stessa della disciplina; ma, una volta ammessa tale natura dell'*adjudication*, è agevole rilevare che chi attiva tale procedimento non deve dimostrare alcun concreto pregiudizio da ritardo, da ritenersi *implicito*. Ciò, peraltro, pare discendere dalla volontà non solo di tutelare il (preteso) diritto del ricorrente, ma anche l'interesse pubblico a veder risolte rapidamente le controversie che interessano progetti in corso di esecuzione, affinché essi siano portati a compimento senza ritardi, a tutela dell'economia nazionale. Così, l'unica condizione per accedere alla tutela pare essere l'esistenza di una *dispute*.

In sostanza, l'*adjudication* sembra adempiere (anche) ad una funzione di tutela dell'industria delle costruzioni nel suo complesso; e ciò può spiegare perché l'*enforcement* delle decisioni dell'*adjudicator* possa essere solo o concesso o negato, senza alcuna possibilità di revoca o modifica, né di imporre la prestazione di una cauzione. In tale ottica, si comprende anche perché la giurisprudenza non ritenga ostativa alla concessione dell'esecutività dell'*adjudicator's decision* il fatto che essa «*may cause serious adverse consequence to a party which cannot be rectified at a later stage, eg, a party may, in extreme circumstances, go into liquidation as a result of the adjudication*¹⁰⁰».

D'altro canto, nemmeno si rinviene un'opzione espressa tra la necessità di provare la fondatezza della propria pretesa o solo un ragionevole *fumus*; ma, anche con riferimento a tale aspetto, la risposta può essere rinvenuta nei caratteri della procedura – in particolare, nella velocità della stessa –, che paiono legittimare la conclusione nel secondo senso.

Un ulteriore argomento a favore della natura cautelare dell'*adjudication* si ricava dalla constatazione dell'identità della funzione (sebbene non anche del procedimento di concessione), di quello che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto essere l'oggetto "tipico" dell'*adjudication*: gli *interim payments*.

Questi ultimi, inseriti nelle CPR – Part 25 (*Interim Remedies And Security For Costs*), contengono un ordine «*for payment by a defendant on account of any damages, debt or other sum (except costs) which the court may hold the defendant liable to pay*¹⁰¹», che è possibile richiedere al giudice ordinario anche *ante causam*, fornendo la prova della verosimiglianza del diritto. Tali misure, soggette, quanto alla loro con-

¹⁰⁰ *Bloor Construction (UK) Ltd v Bowmer & Kirkland (London) Ltd* [2000] EWHC 183 (TCC).

¹⁰¹ Art. 25.1(1)(k) CPR.

cessione, alla valutazione discrezionale della Corte, non sono suscettibili di passare in giudicato: di qui la preferenza per l'opinione che le qualifica come provvedimenti cautelari, piuttosto che come sommari anticipatori¹⁰².

Ora, va considerato che gli artt. 109, 110 e 111 HGCR prevedono il diritto – escluso solo in casi tassativi, tendenzialmente riferibili ai lavori di minori dimensioni – per le parti (termine da presumersi volutamente generico, onde includere non solo il *contractor*, ma anche i successivi “anelli della catena”) a vedersi corrisposti pagamenti periodici.

In particolare, l'art. 109 (rubricato “*Entitlement to stage payments*”), prevede, al comma 1, che «*[a] party to a construction contract is entitled to payment by instalments, stage payments or other periodic payments for any work under the contract unless [...] it is specified in the contract that the duration of the work is to be less than 45 days, or [...] it is agreed between the parties that the duration of the work is estimated to be less than 45 days*»¹⁰³.

Vero è che la disposizione parla di «*instalments, stage payments or other periodic payments*», e non di «*interim payments*», ma la differenza terminologica non riesce a mascherare la comune funzione: quella di consentire il pagamento di somme «in acconto»¹⁰⁴. Ma, se su ciò si conviene, è evidente come, con riferimento ai pagamenti previsti dal HGCR, la discrezionalità del giudice nella valutazione del *fumus* appare estremamente ridotta¹⁰⁵; ed è verosimilmente anche alla luce della particolare evidenza del diritto che il legislatore aveva ipotizzato di fare delle controversie relative agli *interim payments* il terreno elettivo dell'*adjudication*¹⁰⁶.

Ci si sarebbe, dunque, attesi che, coerentemente, il Parlamento limitasse l'ambito

¹⁰² Sull'istituto e sulla sua qualificazione alla luce delle categorie italiane, nonché per i richiami bibliografici, si rinvia a F. FRADEANI, *I presupposti e gli effetti delle misure cautelari in Europa: l'esperienza francese ed inglese*, in A. CARRATTA, (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Jovene, Napoli, 2012, 243 ss.

¹⁰³ Va precisato che – fermo l'ineliminabile diritto agli *stage payments* –, a norma del comma 2, «*[t]he parties are free to agree the amounts of the payments and the intervals at which, or circumstances in which, they become due*»; ciononostante, prosegue il comma 3, qualora difetti tale accordo, «*the relevant provisions of the Scheme for Construction Contracts apply*».

¹⁰⁴ Il parallelo è compiuto anche da *Philpott & Anor v Lycee Francais Charles De Gaulle School* [2015] EWHC 1065 (Ch) – che sarà analizzata al § 5.4 – nella quale si sottolinea che «*[t]he adjudication will produce at most a temporary obligation, more in the nature of an interim payment*».

¹⁰⁵ Posto che, «nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento [...] deve soltanto provare il titolo contrattuale o legale del suo diritto», potendo viceversa limitarsi ad allegare l'inadempimento del (presunto) debitore, sul quale graverà l'onere della prova dell'adempimento: cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 349 ss.

¹⁰⁶ Va anticipato che l'interrogativo circa la natura dell'azione cautelare (come mera azione o come ricollegata ad un diritto, eventualmente diverso da quello su cui verterà il giudizio di merito) ha poco senso con riferimento all'ordinamento britannico, in cui la visione processuale dell'azione fa sì che dalla concessione del rimedio si ricavi l'esistenza del diritto sostanziale.

Ponendosi da un punto di vista *civilian*, invece, sarebbero prospettabili entrambe le ipotesi; di conseguenza, nel prosieguo della trattazione, ogniqualvolta il profilo sia rilevante, le conclusioni di volta in volta raggiunte saranno presentate tenendo conto della duplicità dei possibili punti di partenza.

di applicazione oggettivo della procedura solo a tali pagamenti periodici e, di conseguenza, la legittimazione attiva alla stessa esclusivamente agli anelli deboli della catena dell'industria (come pure è avvenuto in altri ordinamenti¹⁰⁷).

Così, invece, non è stato: costruendo l'*adjudication* quale diritto di *entrambe le parti* e nel tentativo di scongiurare qualsiasi limitazione allo stesso, il legislatore inglese è forse andato oltre lo scopo (in quanto, come si vedrà, l'assenza di limiti – sia oggettivi che temporali – all'esercizio dell'*adjudication* ha consentito, per un verso, l'utilizzo della procedura per controversie rispetto alle quali essa non appare adatta e, per altro verso, una sorta di abuso della stessa); ma la considerazione comparata di altre SOPLs – che, pur ispirandosi alla disciplina “originaria” del HGCR, hanno spesso sopperito alle (non poche) lacune della stessa – consente di ritenere che quelli qui descritti siano i reali caratteri e fini della procedura.

1.4.1. (Segue). “The Act”, lo *Scheme* e gli implied terms

L'intera disciplina di rango primario è condensata nella *Part II – Construction contracts*, comprendente gli artt. da 104 a 117; le singole disposizioni saranno oggetto di analisi nei prossimi capitoli, ma pare sin d'ora opportuno anticipare il contenuto dell'art. 108, che, nel delineare gli elementi essenziali che ogni *construction contract* – così come definito dall'art. 104 – deve contenere, onde evitare l'applicazione automatica della normativa regolamentare (nella forma dello *Scheme for Construction Contracts*¹⁰⁸, d'ora in avanti indicato come “*Scheme*”), consente di (tentare di) sopperire, almeno parzialmente, all'enorme difficoltà, da sempre avvertita, di elaborare una definizione adeguata dell'*adjudication*.

Come avvertito¹⁰⁹, infatti, dubbi intorno al corretto inquadramento dell'istituto – e, in particolare, all'alterità dello stesso rispetto all'arbitrato – serpeggiavano già in sede di dibattito parlamentare; può, anzi, azzardarsi l'ipotesi che proprio nelle incertezze sul punto debba ricercarsi la causa dell'assenza, nell'*Act* quanto nello *Scheme*, di una qualsivoglia definizione di *adjudication* e/o *adjudicator*.

In dottrina, di conseguenza, e per evitare di scadere nella tautologia consistente nel ritenere l'*adjudication* «*a system of dispute resolution that complies with the requirements of the Act*»¹¹⁰, v'è chi tenta di ricavarne una definizione per esclusione, ovvero individuando ciò che essa non è (*litigation, arbitration, expert determination, mediation*) e concludendo che «*in adjudication we have an entirely new dispute reso-*

¹⁰⁷ Lo si vedrà più dettagliatamente al § 1.6.

¹⁰⁸ Fonte di grado secondario, divisa in 2 parti, rispettivamente intitolate “*Adjudication*” e “*Payment*”.

¹⁰⁹ Nel paragrafo precedente.

¹¹⁰ Ma, qui, il pensiero del giurista italiano corre naturalmente all'assenza di precisi criteri uniformanti sottesi all'individuazione – da parte del legislatore – dei titoli di credito, rispetto ai quali proprio ad un simile dialetto ci si arrende.

lution system [that] has little in common with any of the conventional systems with which we have worked before¹¹¹».

Posto che la conclusione sembra essere quantomeno dubbia¹¹², il problema di delineare una definizione in positivo dell'istituto resta insoluto, anche a causa della polisemia del termine, non solo per la sua genericità a livello etimologico¹¹³, ma anche per il diverso significato che esso assume in campo giuridico (venendo lo stesso impiegato per indicare procedimenti di risoluzione delle controversie, molto diversi da quello in questione, anche in altri rami del diritto britannico – quale l'*immigration law*, laddove viene designato con l'appellativo di *adjudicator* l'ufficiale cui è affidata la revisione delle decisioni adottate, in prima battuta, dalle *immigration authorities* – e straniero)¹¹⁴.

Acclarata, dunque, la necessità di riferirsi al dato testuale, dall'art. 108 HGCRA si ricava che il contratto debba prevedere i c.d. *eight compliance points*:

- i) il diritto, per ciascuna parte, di adire un *adjudicator* in qualsiasi momento, previa comunicazione alla controparte di una *notice of adjudication*;
- ii) uno stretto *timetable* che assicuri la nomina e il deferimento della controversia all'*adjudicator* entro 7 giorni dalla *notice of adjudication*;
- iii) l'obbligo, per l'*adjudicator*, di rendere la propria decisione entro 28 giorni dal deferimento o entro qualunque altro termine concordemente stabilito dalle parti;
- iv) la facoltà, per l'*adjudicator*, di estendere il periodo di 28 giorni fino a 42, dietro accordo del solo ricorrente;
- v) il dovere dell'*adjudicator* di agire in maniera imparziale;
- vi) il potere dell'*adjudicator* di compiere accertamenti, di fatto e di diritto, di propria iniziativa;

¹¹¹ J. REDMOND, *op. cit.*, 6-11.

¹¹² Come si vedrà nel Capitolo VI.

¹¹³ Infatti, non soccorrono i dizionari: il *Collins Dictionary*, ad esempio, riporta quali definizioni: «1. *the act of adjudicating* 2. *Law a. a judge's decision b. a decree in bankruptcy determining the status of the bankrupt*» e, quali sinonimi: «*judgment, finding, ruling, decision, settlement, conclusion, verdict, determination, arbitration* [!], *pronouncement, adjudgment*»; cfr. www.collinsdictionary.com. Secondo il *De Franchis*, il termine *adjudication* «indica sia il processo consistente nell'emettere una decisione giudiziaria, sia la decisione stessa»; cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico-Law dictionary*, Giuffrè, Milano, 1984, v. «*Adjudication*». Appare, dunque, evidente, che il termine, nella propria generalità, sia suscettibile di indicare tanto il giudizio ordinario, quanto il procedimento arbitrale, come *species* di *adjudication*. Allo stesso (non) risultato giunge R. RANA, *Is adjudication killing arbitration?*, in *Arbitration*, 2009, 223-224, pur con riferimento al *The Macquarie Dictionary* australiano.

¹¹⁴ In India, ad esempio, si parla di *compulsory adjudication* per indicare un metodo di «*mandatory settlement of industrial disputes by Labour Courts, Industrial Tribunals or National Tribunals under the [Industrial Disputes] Act or by any other corresponding authorities under the analogous State statutes with specialised jurisdiction in the labour management field*», in materia di sciopero. Cfr. O.P. MALHOTRA, *The Law of Industrial Disputes*, Universal Law Publishing Co., Nuova Delhi, 1998, 16.

Ancora, negli Stati Uniti, l'*Administrative Procedure Act*, con riferimento ai poteri delle Autorità governative, definisce l'*adjudication* come l'«*agency process for the formulation of an order*», che si contrappone al *rule making*, inteso quale «*agency process for formulating, amending, or repealing a rule*» (cfr. 5 U.S.C. § 551).

vii) la natura vincolante dell'*adjudicator's decision*, fino all'eventuale, diversa determinazione assunta in sede giudiziale, arbitrale o contrattuale;

viii) l'esonero da ogni responsabilità, a favore dell'*adjudicator*, in relazione ad ogni azione o omissione collegata all'esercizio delle proprie funzioni, salvo abbia agito o omesso di agire in malafede.

In via di prima approssimazione, pertanto, e limitandosi alle sole caratteristiche peculiari dello strumento (ciò che esclude il dovere di imparzialità, il riconoscimento di poteri inquisitori e l'esonero da responsabilità, che esso condivide con l'arbitrato), l'*adjudication* può essere definita come una procedura di risoluzione delle controversie legislativamente riconosciuta a (e irrinunciabile per) chiunque concluda un contratto di costruzione, volta ad ottenere in tempi brevi e predeterminati una decisione di carattere tendenzialmente provvisorio, ma immediatamente vincolante, secondo la logica del "*pay now, argue later*"¹¹⁵. Va sin d'ora anticipato, peraltro, che, nonostante tale formula sembri richiamare quella – più familiare al giurista *civilian* – del "*solve et repete*" e, in una certa misura, possa effettivamente accostarsi ad essa, è da escludersi una integrale sovrapposizione concettuale delle due espressioni, posto che il mancato pagamento della somma determinata dall'*adjudicator* – quantomeno nel sistema del HGCR¹¹⁶ – non impedisce al soccombente di attivare il successivo procedimento volto ad ottenere una pronuncia che, in ipotesi ribaltando la pronuncia resa all'esito dell'*adjudication*, faccia venir meno l'obbligazione a suo carico.

Il nocciolo duro rappresentato dalle *key provisions* di cui all'art. 108 è garantito in ogni caso, sia che le parti provvedano alla stipula di un contratto che vi si conformi (redigendolo appositamente per l'occasione o utilizzando gli *standard forms* messi a disposizione dalle più volte menzionate associazioni professionali, tutti, ormai, modellati in modo da recepire integralmente le previsioni legislative), sia che omettano, in tutto o in parte, di ripetere i requisiti legali in via negoziale o, ancora, inseriscano pattuizioni apertamente contrarie agli stessi.

In riferimento a tali ultimi due casi, infatti, l'art. 108(5), prevede espressamente che, «*[i]f the contract does not comply with the requirements of subsections (1) to (4), the adjudication provisions of the Scheme for Construction Contracts apply*», operando quali «*implied terms of the contract concerned*"¹¹⁷». Un simile meccanismo di eteroin-

¹¹⁵R. FENWICK ELLIOTT, *Pay now argue later*, 26 gennaio 2016, www.designingbuildings.co.uk, rivendica la paternità dell'espressione – menzionata, tra l'altro, durante i dibattiti parlamentari (*Hansard* 28.3.96, 1934 e *Hansard* 22.4.96, 990) –, che sarebbe stata da lui coniata, in una discussione con Lord Howie of Troon, parafrasando lo slogan pubblicitario "*buy now, pay later*".

¹¹⁶La precisazione si impone, in quanto una differente soluzione è adottata dall'*Act* di Singapore, in base al cui art. 27(5), «*[w]here any party to an adjudication commences proceedings to set aside the adjudication determination or the judgment obtained pursuant to this section, he shall pay into the court as security the unpaid portion of the adjudicated amount that he is required to pay, in such manner as the court directs or as provided in the Rules of Court (Ca 322, R 5), pending the final determination of those proceedings*».

¹¹⁷Art. 114, comma 4, HGCR. Il significato di *implied term* è stato recentemente chiarito da una

tegrazione del contratto non rappresenta un *unicum* nell'ambito del *Construction Act*, essendo altresì previsto in materia di *payment provisions*¹¹⁸; la diversa formulazione dell'art. 110(3), tuttavia, ha indotto la giurisprudenza a differenziare il meccanismo di implementazione delle disposizioni dello *Scheme: piecemeal* in materia di pagamenti, *lock, stock and barrel* in relazione all'*adjudication*.

La norma da ultimo richiamata, infatti, nel prevedere che lo *Scheme* si applichi «*[i]f or to the extent that a contract does not contain such provision [...]*», legittima la conclusione che l'integrazione e/o sostituzione vada limitata alle sole clausole omesse, manchevoli o difformi; una delimitazione del genere manca, invece, nell'art. 108, che si riferisce genericamente alle «*adjudication provisions of the Scheme for Construction Contracts*» (quindi – sembra – nella loro globalità).

La soluzione, preannunciata in dottrina¹¹⁹ sin dall'entrata in vigore dell'*Act*, sulla base dell'analisi testuale, ha trovato conferma nella giurisprudenza, benché solo a distanza di anni.

In realtà, nella prima decisione in materia – *C&B v Isobars*¹²⁰ –, si è affermata la sostituzione integrale anche in caso di violazione delle previsioni relative al diritto ad *interim payments*; ancora confliggente, ma nella direzione opposta (ritenendosi, infatti, che l'eterointegrazione dovesse essere in ogni caso puntuale, anche in ipotesi di difformità rispetto alle *key provisions* dello Statuto), è stata l'opinione espressa in *Hills Electrical v Dawn*¹²¹, basata sulla considerazione che «*s114(4) provides that*

decisione del *Privy Council* (per esteso: *Her Majesty's Most Honourable Privy Council*, organo consultivo al servizio del sovrano inglese), *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10, nella quale si legge che: «*[t]he court has no power to improve upon the instrument which it is called upon to construe, whether it be a contract, a statute or articles of association. It cannot introduce terms to make it fairer or more reasonable. It is concerned only to discover what the instrument means. However, that meaning is not necessarily or always what the authors or parties to the document would have intended. It is the meaning which the instrument would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably be available to the audience to whom the instrument is addressed: see Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society. It is this objective meaning which is conventionally called the intention of the parties, or the intention of Parliament, or the intention of whatever person or body was or is deemed to have been the author of the instrument. [...] [I]n every case in which it is said that some provision ought to be implied in an instrument, the question for the court is whether such a provision would spell out in express words what the instrument, read against the relevant background, would reasonably be understood to mean...this question can be reformulated in various ways which a court may find helpful in providing an answer – the implied term must 'go without saying', it must be 'necessary to give business efficacy to the contract' and so on – but these are not in the Board's opinion to be treated as different or additional tests. There is only one question: is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably be understood to mean? [...] [A]s for the other formulations, the fact that the proposed implied term would be inequitable or unreasonable, or contradict what the parties have expressly said, or is incapable of clear expression, are all good reasons for saying that a reasonable man would not have understood that to be what the instrument said.*

¹¹⁸ Il riferimento è agli artt. 109, 110 e 111 HGCRA.

¹¹⁹ J. REDMOND, *op. cit.*, 205-206.

¹²⁰ *C&B Scene Concept Design Ltd v Isobars Ltd* [2001] CILL 1781–1783.

¹²¹ *Hills Electrical & Mechanical Plc v Dawn Construction Ltd* [2004] SLT 477.