

TEMI CIVILISTICI

L'equità nell'arbitrato

GIUSEPPE REBECCA*

Ordine di Vicenza

Ci sono due luoghi comuni molto diffusi in materia arbitrale, anche tra gli addetti ai lavori, luoghi comuni non facili da sfatare. Uno riguarda la preferenza per le presunte minori formalità dell'arbitrato irrituale, l'altro riguarda le modalità di giudizio, che ove fosse di equità parrebbero, ai più, più semplici, più giuste. Sono due luoghi comuni da sfatare.

Per quanto concerne l'arbitrato irrituale basterà qui ricordare la sua natura contrattuale; il lodo di arbitrato irrituale ha valenza di contratto, tra le parti, e una eventuale impugnazione si dovrà fare avanti il giudice di I grado. Nell'arbitrato rituale, attività giurisdizionale, una eventuale impugnazione del lodo si farà invece avanti la Corte di Appello.

Tenuto conto che l'arbitrato ha comunque un costo, e una durata, pare difficile intravedere l'utilità dell'arbitrato irrituale, come più volte espresso (vedasi miei precedenti articoli anche ne *IL COMMERCIALISTA VENETO*).

Qui tratto dell'altro luogo comune, l'equità. **Generalmente si pensa che far giudicare gli arbitri secondo equità, sia per l'arbitrato rituale che per quello irrituale, sia più snello, più facile, più "giusto" piuttosto che giudicare secondo il diritto. Anche questo non è assolutamente vero, come non è vero l'altro luogo comune, che irrituale si sposi con equità, e rituale con diritto. Ogni combinazione è possibile, e ben può esserci arbitrato rituale con lodo emesso secondo equità come pure lodo di arbitrato irrituale emesso secondo diritto.**

L'equità è concetto non ben definito, e potrebbe dare adito a problematiche.

Secondo il Prof. Galgano – relazione tenuta il 15 novembre 1996 alla Camera Arbitrale Veneta di Padova - "il giudizio secondo equità è pur sempre un giudizio secondo regole preesistenti al giudizio. La regola d'equità non è una regola creata da chi giudica, ma è una regola da questo trovata". E dove viene trovata? Non in una fonte di diritto positivo, come accade nel giudizio secondo diritto, ma "in valori oggettivi, già emersi nel contesto sociale, ma non ancora tradotti in termini di legge scritta" (Cass. 11 novembre 1991 n. 12014). E ancora: "il diritto scritto e l'equità non sono affatto due ordinamenti contrapposti. (Va) escluso il carattere soggettivo e particolare della regola di equità (non preesistente alla materia esaminata, ma creata in funzione del caso singolo), e ritenuta, invece, l'equità, racchiusa nell'ambito dei valori positivi formati nella società in generale o nella comunità a cui appartengono i litiganti".

Può anche accadere che l'equità, in relazione alla

fattispecie dedotta nel procedimento arbitrale, sia già tradotta in diritto positivo e che, pertanto, quest'ultimo coincida perfettamente con la regola equitativa alla cui applicazione sono stati autorizzati gli arbitri. In tal caso essi pronunceranno validamente "secondo diritto", purché motivino espressamente detta coincidenza (Cass. Civ. 12 aprile 1988 n. 2879). Secondo Cass. Civ. 11 novembre 1991 n. 12014 "non si può ritenere che incorra in eccesso di potere (deducibile come "error in procedendo" e cioè come violazione

E' difficile, oggi, ipotizzare una deroga al diritto in senso stretto con l'applicazione di una regola di equità non compresa entro il diritto in senso stretto; anche perché il diritto si avvale oggi di tante clausole generali – di buona fede, di correttezza, di danno ingiusto – che permettono, anche a chi giudica secondo diritto, di modellare la decisione secondo esigenze di giustizia nel caso concreto.

E', quindi, difficile immaginare un lodo "di equità" difforme da un lodo emesso secondo "diritto".

Un'ultima notazione in tema di giudizio di equità: non è detto che lo stesso si riveli più "giusto" nel senso che sia in grado di assicurare il

raggiungimento di un maggior grado di giustizia sostanziale. La "bontà" dell'arbitrato dipenderà, invece, dalla "bontà" dei comportamenti assunti dalle parti e dalla "bontà" delle difese approntate, oltre che dall'impegno e dallo scrupolo con cui gli arbitri si dedicheranno alla risoluzione della vertenza.

L'equità è stata definita anche "un mistero, poiché essa assume significati diversi a seconda della diversa impostazione da cui il giurista parte, in maniera consapevole o inconsapevole, per tentarne la definizione (Giuseppe Tucci, *L'equità, Contratto e Impresa*, Cedam 1999).

Al di là di molte analisi dottrinarie, datate e non certamente attuali, si osserva come ogni discorso sull'equità venga inevitabilmente condizionato dal significato e dalla funzione che si attribuisce ai cosiddetti principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile).



dell'ambito della *potestas iudicandi*) il giudice che abbia deciso secondo norme di diritto in ragione della già postulata natura del giudizio di equità, come giudizio giuridico.

La Cassazione (Cass. Civ. 11 novembre 1991 n. 12014) ha superato, quindi, un suo precedente orientamento secondo cui qualora le parti avessero affidato agli arbitri il compito di decidere secondo equità ed essi avessero invece deciso secondo diritto, il lodo sarebbe stato nullo per violazione del mandato ricevuto. Si sarebbe trattato di *error in procedendo* od *error in iudicando* ed il lodo sarebbe stato affetto da nullità per eccesso di potere e, quindi, certamente impugnabile ai sensi dell'art. 829 n. 4 c.p.c..

La Cassazione ha cambiato parere, affermando che gli arbitri chiamati a decidere secondo equità – come più sopra ricordato – possono benissimo decidere secondo diritto, senza illustrare le ragioni per le quali abbiano fatto questa scelta, perché si deve presumere che il diritto sia equo.

I riferimenti all'equità nei codici

Ricordo come il codice civile e quello di procedura civile facciano riferimento più di qualche volta all'equità. Si tratta di ipotesi del tutto eterogenee. Nel codice civile abbiamo un primo richiamo all'equità nel modo di determinare il contenuto di alcune prestazioni, la cosiddetta "equità determinativa" che si individua, tra l'altro, in diverse fattispecie di responsabilità contrattuale (recesso giustificato dell'appaltatore in caso di variazioni successive del progetto superiori al sesto del prezzo convenuto, art. 1660 comma 2,

SEGUE A PAGINA 6

* Giuseppe Rebecca è Presidente della Commissione Arbitrato del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti

L'equità nell'arbitrato

SEGUE DA PAGINA 5

o del committente, art. 1660 c.c., comma 3) oppure in caso di impossibilità di prova del danno contrattuale, liquidato dal giudice in via equitativa.

Abbiamo poi l'art. 2045 c.c. indennità dovuta al danneggiato per fatto compiuto in stato di necessità, determinata in via equitativa, oppure l'art. 2047 c.c. (danno causato da incapace), la determinazione del lucro cessante ex art. 2056 comma 2, della provvigione spettante al commissionario (art. 1733/1736 c.c.), la determinazione della provvigione spettante all'agente per mancata esecuzione del contratto (art. 1749, comma 2) o indennità spettante in caso di cessazione del rapporto (art. 1749, comma 2, art. 1751 comma 1). Anche nell'arbitraggio (art. 1349 c.c.), istituto sovente confuso con l'arbitrato, abbiamo l'equità; il terzo potrà valutare in base al mero arbitrio oppure "con equo apprezzamento".

Abbiamo poi l'art. 1374 c.c. ove l'equità opera come fonte di integrazione degli effetti contrattuali; in questo caso l'equità opera più propriamente come fonte giurisdizionale (principio applicabile a più fattispecie, art. 1371, ultima parte e art. 1384 c.c.).

Se poi si estende l'analisi dell'equità, se per equità contrattuale si intende la giustizia del contratto, allora diventa difficile l'individuazione delle norme che perseguono questo obiettivo.

Galgano (già citato) ha ricordato come l'equità del codice civile sia comunque cosa diversa dall'equità prevista dal codice di procedura civile; su questo aspetto, qui non trattato, la dottrina si è più volte interessata.

Ricordiamo allora sinteticamente i riferimenti all'equità nel codice di procedura civile:

- art. 113 c.p.c., comma 1, il giudice, nel pronunciare sulla causa, deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge non gli consenta di decidere secondo equità;

- art. 113, c.p.c., comma 2: il giudice di pace decide secondo equità le cause di valore inferiore a Lire 2 milioni.

Non sono dettati riferimenti specifici: "l'assenza del riferimento ai principi regolatori della materia non significa però assolutamente la legittimazione di un'equità soggettiva, antitetica e comunque lontana dai principi del diritto. E ciò in quanto, come riconosce la nostra giurisprudenza e come mette in rilievo la nostra più attenta dottrina, la regola di equità viene non creata dal giudicante in funzione del caso singolo, ma reperita in valori oggettivi già emersi in un certo contesto sociale" (Galgano, cit.).

- art. 114 c.p.c. le parti possono chiedere al giudice che decida secondo equità (caso del tutto desueto).

In concreto "Nella nostra tradizione giuridica e, in particolare, nel nostro diritto giurisprudenziale ormai consolidato, l'equità non è ricerca della giustizia nel caso concreto secondo criteri non giuridici; essa invece consiste nel colmare le inevitabili carenze del legislatore, che procede necessariamente secondo fattispecie astratte, e nel correggere le altrettanto inevitabili omissioni di quest'ultimo, che si esprime per sua natura in termini generali, sicché la regola di equità è quella che il legislatore avrebbe adottato nel caso concreto, qualora, avendo previsto quest'ultimo, avesse risolto espressamente il relativo conflitto di interessi" (Galgano, Diritto ed equità nel giudizio arbitra-

le, Contratto e Impresa, 1991, p. 461 ss.; L'equità degli arbitri, Rivista trim. dir. Proc. Civ., 1991 p. 409 ss).

E' interessante ricordare, su questo tema, la sentenza, sempre della Cassazione (2802 del 10 marzo 1995) "In tema di arbitrato irrituale, qualora gli arbitri decidano la vertenza sottoposta al loro esame secondo diritto e non secondo equità, non è configurabile alcun eccesso dai limiti del mandato nel caso in cui agli stessi sia stato affidato il compito di esprimere le loro deliberazioni "senza formalità di procedura e secondo equità", poiché, in mancanza di limiti specificatamente prefissati, gli arbitri irrituali hanno gli stessi poteri dispositivi dei mandanti in ordine alla definizione del rapporto controverso e possono spaziare dalla transazione al mero accertamento, dalla rinuncia al pieno riconoscimento dei diritti dell'una o dell'altra parte; né poi può ritenersi incompatibile con l'arbitrato irrituale di equità il fatto che, per pervenire alla definizione negoziale della vertenza, gli arbitri debbano interpretare norme giuridiche senza ravvisare alcuna necessità di apportare alla disciplina giuridica i temperamenti equitativi dettati dalla specifica situazione sottoposta al loro esame".

Successivamente, sempre la Cassazione (n. 2741 del 13 marzo 1998) così ha precisato:

"Gli arbitri di equità ben possono decidere secondo diritto allorché essi ritengano che equità e diritto coincidano, senza che sia necessario per loro affermare e spiegare una tale coincidenza, che, potendosi considerare presente in via generale, può desumersi anche implicitamente. L'esistenza di un vizio eventualmente riconducibile nell'eccesso di mandato può, invece, configurarsi nel caso in cui gli arbitri si precludano "a priori" l'esercizio di poteri equitativi, pur conferiti, ovvero se, pur riscontrando ed evidenziando una difformità tra giudizio di equità e giudizio di diritto, pronuncino, nonostante ciò, secondo diritto".

Conclusioni

L'equità è concetto di assoluta indeterminatezza; sotto l'aspetto pratico, invece di agevolare il lavoro degli arbitri, talvolta lo danneggia, o comunque non lo semplifica di certo. L'equità è prevista, sulla base di una sommaria analisi statistica, in più di metà degli arbitriati, ma si può essere certi, assolutamente certi, che gli arbitri decidono pressoché sempre secondo diritto. In presenza del riferimento all'equità, avranno aggiunto qualche espressione che fa riferimento all'equo, ma tutto lì. Talvolta, il riferimento all'equità ha anche consentito un minore dettaglio delle motivazioni, che peraltro sono e restano solo di diritto. In paesi come il nostro, paesi di "civil law", è difficile ipotizzare l'equità al di fuori del diritto. Ben diversa è la questione nei paesi di "common law", ma la cosa non ci riguarda. Nella pratica, quindi, meglio prevedere il ricorso al diritto, piuttosto che all'equità.

E, come segnalato da tempo, consiglio l'arbitrato rituale, piuttosto che quello irrituale, per le motivazioni già indicate in altri articoli.

In conclusione, quindi, un sintetico suggerimento pratico: inserire sempre la clausola compromissoria, ma che sia per arbitrato rituale secondo diritto, sempre.

Contattate
il redattore
del vostro Ordine

Collaborate al
giornale con articoli,
lettere, opinioni

BASSANO DEL GRAPPA

Allerio Crestani
VIA N. TOMMASEO, 44 - 36061 BASSANO (VI)
Tel. 0424-521554 FAX 227636

BELLUNO

Angelo Smaniotto
PIAZZA MARTIRI, 8 - 32100 BELLUNO
Tel. 0437-948262 FAX 948575

BOLZANO

Sergio Tonetti
C.SO ITALIA, 13/M - 39100 BOLZANO
Tel. 0471-284666 FAX 283528

GORIZIA

Davide David
VIA MANZONI, 7 - 33043 CIVIDALE del FRIULI
Tel. e FAX 0432-730223

PADOVA

Ezio Busato
PIAZZA DE GASPERI, 12 - 35131 PADOVA
Tel. 049-655140 FAX 655088

PORDENONE

Eridania Mori
VIA G. CANTORE, 21 - 33170 PORDENONE
Tel. e FAX 0434-541790

ROVIGO

Filippo Carlin
VIA TORINO, 32A - 45014 PORTO VIRO (RO)
Tel. 0426 - 365364 FAX 631968

TRENTO

Claudio Erspamer
VIA BRENNERO, 32 - 38100 TRENTO
Tel. 0461 - 288060 FAX 828022

TREVISO

Rino Franco De Carlo
VIA NANNETTI, 122 - 31029 VITTORIO VENETO (TV)
Tel. 0438-53478 FAX 552985

TRIESTE

Michele D'Agnolo
VIA C. BATTISTI, 2 - 34125 TRIESTE
Tel. 040-763535 FAX 763518

UDINE

Carlo Molaro
VIA MOLIN NASCOSTO, 3 - 33100 UDINE
Tel. 0432 - 294880 FAX 26863

VENEZIA

Luca Corò
VIA MESTRINA, 62/B - 30170 VENEZIA-MESTRE
Tel. 041-971942 FAX 980015

VERONA

Gianluca Cristofori
VIA SPONTINI, 1 - 37131 VERONA
Tel. 045-8400505 FAX 524296

VICENZA

Adriano Cancellari
VIA DEGLI ALPINI, 21 - 36040 TORRI DI
QUARTESOLO Tel. 0444-381912 FAX 381916

Segreteria

Maria Ludovica Pagliari
(Segretaria di Redazione)
VIA PARUTA, 33/A - 35126 PADOVA
Tel. e FAX 049-757931