

## Arbitrato rituale ed equità

ANTONIO BRIGUGLIO (\*)

1. L'autorizzazione a decidere secondo equità. — 2. Lodo di equità e lodo « inimpugnabile »; a) l'applicazione della *lex mercatoria*. — 3. Segue: b) il lodo domestico « inimpugnabile ». — 4. Segue: c) il lodo internazionale « inimpugnabile ». — 5. Modi e tempi della autorizzazione a decidere secondo equità. — 6. Criteri e limiti della decisione equitativa. — 7. Equità e regole della procedura arbitrale. — 8. Effetti ultrattivi della scelta compromissoria dell'arbitrato di equità. — 9. Impugnazione del lodo di equità. — 10. Arbitrato di equità e diritto comunitario.

1. Tanto è desueta la previsione della equità giudiziale su istanza di parte, di cui all'art. 114 c.p.c., così è vitale ed utilizzata la previsione, nell'art. 822, della equità arbitrale, consona alla più profonda essenza dell'istituto e riscontrabile, infatti, nella stragrande maggioranza degli ordinamenti (1).

Non si vuole, su questo intrinseco legame fra arbitrato ed equità, far poesia ad ogni costo, e si è ben consapevoli che, anzi, l'eccesso di « transattività » nuoce alla funzionalità dello strumento arbitrale. Tutt'altro che raramente le parti si attendono dagli arbitri una

(\*) Ricercatore nella Università di Roma « Tor Vergata ».

(1) Con la importante eccezione di alcuni sistemi di *common law*, tradizionalmente impermeabili alla *amiable composition* (su di una inversione di tendenza quanto al sistema inglese v., per altro, REDFERN-HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1986, 23 ss., con ulteriori riferimenti).

Per le indagini comparatistiche a riguardo resta fondamentale il saggio di LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, 1980; più di recente cfr. SANDROCK, « *Ex aequo et bono* » — und « *amiable composition* » — *Vereinbarungen*, in *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1988, 120 ss.).

Sulla equità arbitrale v., fra i contributi più recenti, GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contratto e impresa*, 1991, 461 ss.; BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1144 ss.; significative considerazioni anche nello scritto che RICCI ha dedicato alla decisione equitativa: *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 390 ss.. Per utili riferimenti anche giurisprudenziali v. la rassegna della NOVIELLO, *La decisione secondo equità*, in questa *Rivista*, 1995, 843 ss..

decisione *tranchante* e non una transazione vestita da decisione, qua le *de facto* è spesso (non sempre) la pronuncia equitativa. Ma non v'ha dubbio che nelle controversie concernenti rapporti di durata, o comunque insorte fra soggetti legati da relazioni economiche destinate a durare (la giustizia « coesistenziale »), l'autorizzazione a decidere secondo equità spiana la strada a soluzioni meglio compatibili con la fisiologica e fruttuosa prosecuzione della *partnership* (si pensi del resto alla sclerosi del nostro diritto scritto quanto all'adeguamento del contratto a circostanze sopravvenute). Reciprocamente, e più in generale, per chi voglia l'equità miglior partito è scegliere appositamente un giudice privato, piuttosto che officiare organo giudiziale ordinario aduso alla *routine* dello stretto diritto.

L'equità di cui dice l'art. 822 c.p.c. è, naturalmente, la c.d. equità sostitutiva, non quella integrativa già richiamata da specifiche norme di legge (in primo luogo l'art. 1374 c.c.), per il ricorso alla quale non è dunque necessaria alcuna apposita autorizzazione delle parti (2).

Poiché nel nostro ordinamento, come in altri, la decisione degli arbitri secondo equità resta — a parte ogni visione ideale dell'arbitrato — la eccezione, il relativo potere necessita attribuzione pattizia esplicita. Il *favor* legislativo per la equità arbitrale si manifesta, per altro, nell'ammettere che la autorizzazione delle parti abbia luogo *con qualsiasi espressione*. Da qui una serie di dubbi e controversie interpretative (3) nella ricostruzione caso per caso della volontà negoziale (4).

Perfino la formula « amichevoli compositori » riferita agli arbitri — tradizionalmente sintomatica, nella sua originaria versione francese (*amiables compositeurs*) come pure nell'art. 20 del nostro c.p.c. del 1865, della attribuzione di funzione equitativa — può oggi e nei nostri lidi rivelarsi equivoca, essendo astrattamente idonea ad indicare sia la scelta del giudizio di equità, sia la scelta dell'arbitrato libero, il quale è a propria volta compatibile tanto con la decisione secondo equità (5) quanto con quella secondo diritto. Ma la giuri-

(2) V. in proposito Cass., 10 marzo 1982, n. 1536.

(3) Cfr. a riguardo FAZZALARI in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 155.

(4) Di ciò invero si tratta e della applicazione, dunque, dei canoni *ex artt.* 1362 ss. c.c. (Cass., 6 marzo 1976, n. 754, Cass., 12 marzo 1979, n. 1532).

(5) Sulla equità nell'arbitrato irrituale v. MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 443.

sprudenza tende ormai giustamente a circoscrivere alla alternativa arbitrato rituale/irrituale la equivocità di quella formula <sup>(6)</sup>, considerandola invece senz'altro riferibile alla decisione equitativa di fronte alla alternativa arbitrato di diritto/arbitrato di equità <sup>(7)</sup>.

Altre volte si perviene a bizantinerie eccessive. Così la pomposa richiesta di un « giusto giudizio » è stata ritenuta espressiva di una volontà negoziale nel senso della decisione secondo diritto <sup>(8)</sup>. Sarebbe stato più esatto dire che essa era ridondante e priva di significato: *in dubio*, quindi, *pro* arbitrato di diritto, secondo il criterio stabilito dall'art. 822.

Indifferente rispetto alla opzione in discorso, e non idonea ad autorizzare gli arbitri a statuire in equità <sup>(9)</sup>, è poi sicuramente la previsione pattizia secondo cui gli arbitri possono stabilire autonomamente regole di procedura. Essa è infatti meramente reiterativa di quanto è scritto nell'art. 816, comma III. D'altro canto, i poteri equitativi degli arbitri — cui si riferisce l'art. 822, rubricato « Norme per la deliberazione » — attengono al merito e non al rito, mentre quanto vi è intangibile nella disciplina legale del processo arbitrale si impone sia nell'arbitrato di diritto che in quello di equità <sup>(10)</sup>.

2. Dalla autorizzazione a decidere secondo equità va tenuta distinta la declaratoria preventiva di inimpugnabilità del lodo. Queste due pattuizioni sono assemblate nell'art. 829, comma II, al solo fine di escludere in entrambi i casi il sindacato impugnatorio in ordine alla violazione e falsa applicazione delle norme di diritto sostanziale ad opera degli arbitri. Ma le ipotesi meritano di restare concettualmente separate. Tanto più oggi <sup>(11)</sup> che la « non impugnabilità » per *errores in iudicando* è prevista dall'art. 838 quale regola di legge per l'arbitrato internazionale; senza che esso — come si evince chiaramente dall'art. 834, comma I, ove è ribadita, anche per l'arbitrato internazionale, la possibilità di scelta pattizia fra diritto ed equità — debba sempre ed imprescindibilmente considerarsi arbitrato equitativo.

<sup>(6)</sup> Cfr., da ultimo, Cass., 14 aprile 1994, n. 3504.

<sup>(7)</sup> Cass., 4 febbraio 1969, n. 351; Cass., 6 marzo 1976, n. 754; Cass., 27 giugno 1988, n. 4336.

<sup>(8)</sup> Arbitro unico, 29 giugno 1990, in questa *Rivista*, 1991, 854.

<sup>(9)</sup> Coll. arb. Palermo, 14 dicembre 1990, in questa *Rivista*, 1991, 601.

<sup>(10)</sup> V. oltre, *sub* 6.

<sup>(11)</sup> FAZZALARI [BRIGUGLIO - MARENGO], *op. cit.*, 155-156.

Si osservi a tale ultimo riguardo che non è, per ciò solo, arbitrato di equità neppure quello in cui debba farsi applicazione, ai sensi dell'art. 834, ult. comma, della c.d. *lex mercatoria* (*rectius*: usi del commercio <sup>(12)</sup>). La sovrapposizione, alle volte riscontrabile, fra giudizio di equità e giudizio secondo *leges mercatoriae* è frutto ancor qui dell'equivoco dovuto alla inimpugnabilità, o al diverso grado o modo di impugnabilità del secondo per violazione del diritto sostanziale scritto. Ma le *leges mercatoriae* sono anch'esse caratterizzate, a differenza del parametro equitativo, da generalità ed astrattezza ed oggettiva predeterminazione rispetto al singolo episodio.

Del resto, l'ultimo comma dell'art. 834, nel disporre che gli arbitri « tengono conto degli usi del commercio » « in entrambi i casi », sembra riferirsi alle ipotesi contrapposte nei commi I e II, e cioè a quella in cui le parti stabiliscono d'accordo il diritto sostanziale applicabile (comma I) ed a quella in cui a tale determinazione debbano provvedere gli arbitri (comma II); non invece al caso in cui le parti autorizzino a decidere secondo equità.

L'applicazione della *lex mercatoria* (il « tenerne conto », come pudicamente si esprime il legislatore della novella, volendo semplicemente significare quel che è ovvio per ogni ordinamento: gli usi

(<sup>12</sup>) Secondo la lettera dell'art. 834, che si riferisce ad usi commerciali non necessariamente internazionali.

Per una analisi sistematica della previsione in discorso v. GAJA, *Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in questa *Rivista*, 1994, 433 ss., GIARDINA, *La legge n. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, *ivi*, 267 ss., MIRABELLI-GIACOBBE, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994, 200, RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994, 597, FUMAGALLI, in TARZIA-LUZZATTO-RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, 213 ss., nonché — se vuoi — BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Giust. civ.*, 1994, 93 ss..

Sulla *lex mercatoria* v. di recente e con riferimenti l'acuto scritto di TOMMASEO, *La Cassazione francese sulla lex mercatoria nell'arbitrato commerciale internazionale*, in questa *Rivista*, 1992, 321 ss.. Per un corretto inquadramento del giudizio secondo *leges mercatoriae* quale giudizio di diritto v. MARENGO, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *op. cit.*, 245 ss..

Un *revival* della *lex mercatoria* (alla quale l'attenzione del giurista avvertito della realtà pratica dovrebbe sempre rivolgersi equilibratamente, senza enfasi e senza facile ironia: esemplari in tal senso le pagine di FAZZALARI, *Dall'arbitrato mercantile all'arbitrato di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 211 ss.) è prevedibile, anche in materia arbitrale, a seguito della formulazione dei c.d. *Principi Unidroit* (si vedano in proposito i due lodi resi presso la Camera Federale di Commercio di Vienna, pubblicati in questa *Rivista*, 1995, 537 ss. con attenta nota della VENEZIANO, nonché le relazioni di LALIVE e LUZZATTO su « I Principi Unidroit e l'arbitrato commerciale internazionale » di prossima pubblicazione negli Atti del Convegno di Roma su « I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali » - Ottobre 1995).

no  
ne  
dir  
so  
co  
sp  
di  
acc  
  
zio  
ten  
pri  
sin  
dir  
rag  
inf  
con  
  
don  
faci  
tiva  
  
ma  
di e  
piut  
esor  
art.  
  
gab  
ecce  
inter  
ziale  
cons  
  
Ginev  
L'equ

non hanno cittadinanza *se contra legem*) rappresenta una appendice necessitata, nel nostro arbitrato internazionale, del giudizio secondo diritto, non di quello secondo equità. E quando il sistema di diritto sostanziale di riferimento sia quello italiano, l'art. 834, ult. comma, con il richiamo agli usi del commercio, altro non appare che una specificazione dell'art. 8 delle Preleggi <sup>(13)</sup>, sebbene ancorata al tipo di giudizio (arbitrale internazionale o meno) e non, come di solito accade, alla materia o settore normativo.

Quando invece le parti avessero autorizzato gli arbitri internazionali a statuire in equità, le *leges mercatoriae* saranno derogabili e temperabili non meno che le disposizioni di diritto scritto, anche le prime non meno che le seconde potendo risultate inique nel caso singolo. Quelle dovranno, per altro, non diversamente dalle regole di diritto scritto, essere osservate dagli arbitri di equità, ove manchi ragione equitativa per disattenderle, secondo quanto si rammenterà *infra, sub 6* (corrispondenza, nel caso singolo, fra equità e diritto, compresi gli usi da esso richiamati).

È ovvio, poi, che nell'arbitrato equitativo, internazionale o domestico, ci si potrà riferire agli usi del commercio con maggiore facilità ed immediatezza, e senza necessità di interposizione normativa.

3. Il lodo « non impugnabile » agli effetti dell'art. 829, comma II c.p.c. non è dunque, per ciò solo, voluto delle parti quale lodo di equità. Gli arbitri che lo rendano applicando regole equitative, piuttosto che norme di diritto, incorrono in eccesso di potere per esorbitanza dall'accordo compromissorio, comunque censurabile *ex art. 829, comma I, n. 4* <sup>(14)</sup>.

Tale censura avrà i limiti che le sono intrinseci. Non sarà dato gabellare per decisione equitativa, e perciò sindacare *sub specie* di eccesso di potere, il lodo che si assuma viziato da semplice errore interpretativo rispetto a questa o quella disposizione di diritto sostanziale. Occorrerà invece dedurre e dimostrare che gli arbitri si sono considerati investiti, ed hanno fatto uso di poteri equitativi, radical-

<sup>(13)</sup> Cfr. esattamente BONSIGNORI, *L'arbitrato internazionale fra Convenzione di Ginevra e codice di rito*, in questa *Rivista*, 1995, 392, nonché implicitamente BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., 1994, 1152.

<sup>(14)</sup> Cfr. Cass., 11 aprile 1983, n. 2550 e Cass., 6 dicembre 1988, n. 6638.

mente obliterando di dover invece decidere secondo diritto. Le zone grigie e le difficoltà di discernimento — nel concreto — fra i due casi sono facilmente intuibili, ma non minano la solidità sistematica e la utilità della distinzione.

4. Tutto ciò vale anche quanto al nostro lodo internazionale, per il quale la inimpugnabilità per violazione delle norme sostanziali è, in forza dell'art. 838 c.p.c., la regola, salva diversa volontà delle parti.

Esso rimane, nondimeno, censurabile *ex art. 829, comma I, n. 4*, allorché l'eccesso di potere consista nella totale disattenzione delle regole di diritto, in favore di una intenzionale ed evidente applicazione del criterio equitativo non autorizzato; ovvero nella evidente e totale disattenzione di un determinato complesso normativo indicato concordemente dai compromittenti quale legge sostanziale del rapporto, in favore di diverso complesso normativo (il diritto inglese in luogo di quello francese voluto dalle parti) <sup>(15)</sup>.

Il rilievo appena esposto — unitamente al punto fermo (cui più oltre si accennerà) della censurabilità di qualsiasi lodo, di equità o « inimpugnabile », per violazione delle norme inderogabili di ordine pubblico — giova, credo, a rendere più potabile la regola della inattaccabilità del lodo internazionale, per il motivo di cui all'art. 829, comma II, anche a chi non nutra soverchi entusiasmi per la diffusa filosofia della protezione dell'arbitrato internazionale dal controllo impugnatorio dei giudici statuali. Quando poi volesse notarsi che il regime diversificato di impugnazione, introdotto dall'art. 838, è incongruo ove l'« internazionalità » dell'arbitrato fra soggetti entrambi localizzati in Italia risieda — come è possibile *ex art. 832* — nel mero doversi eseguire all'estero una parte rilevante delle prestazioni contrattuali (e neppure necessariamente quella dedotta in arbitrato) <sup>(16)</sup>, si direbbe cosa esatta. Ma il difetto sta nell'art.

<sup>(15)</sup> V., se vuoi, BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, cit., 98.

<sup>(16)</sup> In proposito e sulla nozione di arbitrato internazionale *ex art. 832 c.p.c.* mi permetto di rinviare ancora al mio scritto *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, cit., 84 ss..

Si consideri altresì il caso di arbitrato, « internazionale » *ex art. 832*, sol perché fondato su clausola compromissoria stipulata a suo tempo da una parte localizzata all'estero, ma svolgentesi — a seguito di fenomeno di successione nell'accordo compromissorio — fra par-

832, che allarga inopinatamente la nozione di arbitrato internazionale (17), non invece nell'art. 838 che restringe il novero dei motivi di impugnazione per nullità.

Qui si intende, comunque, esprimere una adesione di fondo alla filosofia della protezione del lodo dalla impugnazione per violazione del diritto sostanziale: e però del lodo *tout court*, non solo di quello internazionale.

Se non si accede, per il lodo domestico, a tale filosofia, la diversificazione del regime impugnatorio non ha molto senso non solo quando la « internazionalità » è dovuta all'esecuzione all'estero di taluna prestazione contrattuale, ma forse neppure quando la « internazionalità » è dovuta alla localizzazione all'estero *di una delle parti*. Nel primo caso soprattutto, ma anche nel secondo, la diversificazione del regime obbedisce a generica esigenza di protezione dell'arbitrato che « mette in causa gli interessi del commercio internazionale »; esigenza, tuttavia, fine a sé stessa e predicabile indifferentemente anche in relazione al commercio puramente domestico e perciò all'arbitrato (commerciale) domestico (18).

Sarebbe semmai congrua, la diversificazione del regime di impugnazione, ove rispondesse alla effettiva attenuazione dell'interesse dell'ordinamento di appartenenza dell'arbitrato, e della sua giurisdizione statale, al controllo del lodo. E perciò — secondo una

---

ti entrambe localizzate nel territorio della Repubblica, e perfino senza l'ammennicolo della esecuzione all'estero delle prestazioni contrattuali.

(17) Giacché, nel tentativo di specificare (cosa in astratto lodevole) il noto e generico criterio « oggettivo » francese (« est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »; criterio che, per altro, la giurisprudenza transalpina applica con congrue restrizioni), il legislatore italiano ha adottato un indice (quello della esecuzione all'estero di una parte rilevante delle prestazioni contrattuali) a sua volta assai elastico ed oltretutto non sempre significativo rispetto a quel criterio (un arbitrato riguardante contratto fra parti localizzate in Italia, che preveda un pagamento su banca estera, mette molto meno in causa gli interessi del commercio internazionale di quanto non accada per un arbitrato riguardante contratto di fornitura o di trasferimento di tecnologia all'interno del territorio nazionale e con prestazioni da eseguirsi tutte in quest'ambito, ove però la fornitura o la tecnologia siano destinate ad essere ritrasferite da uno dei contraenti all'estero).

(18) A parte il rilievo formulato in precedenza, ed anche cioè dando per scontato che in una certa controversia destinata alla cognizione arbitrale siano genericamente in gioco gli interessi del commercio internazionale, davvero non si intende perché, in tal caso, la protezione del lodo delle impugnazioni dovrebbe essere maggiore (e minore l'interesse dello Stato al controllo impugnatorio del lodo) rispetto al caso in cui siano in gioco gli interessi del commercio puramente interno. Una tale differenziazione — in assenza di altri indici cui si sta per accennare nel testo — non ha dalla sua alcun supporto sociologico o macroeconomico, e perciò nessuna adeguata ragione politico-giuridica.

prospettiva meno liberale, ma non disprezzabile in sistema che, come il nostro, abbia rinunciato ai c.d. « criteri esorbitanti » — nei soli casi in cui, in assenza di clausola compromissoria, la controversia deferita agli arbitri *non rientrerebbe nella competenza giurisdizionale di quegli organi statuali* (e qui la attenuazione dell'interesse al sindacato del lodo per *error in iudicando* è *in re ipsa*); ovvero — secondo una prospettiva più liberale — anche nei casi in cui *entrambe le parti* dell'accordo compromissorio e dell'arbitrato *siano localizzate all'estero*, onde possa presumersi che la scelta dell'ordinamento e del paese in cui radicare l'arbitrato sia stata, in prevalenza, mera scelta geografica di un campo neutro (e qui l'attenuazione dell'interesse a quel tipo di controllo impugnatorio rappresenta doveroso ossequio a tale neutralità).

Altro è invece se alla filosofia della protezione si accede spassionatamente; se si ritiene che rivolgersi, nell'esercizio dell'autonomia privata, a giudici privati non può che significare, *naturaliter*, volersi esporre all'insindacabile giudizio giuridico di quei privati; se si è sensibili alla evidenza statistica dell'incremento della litigiosità in sede di gravame avverso il lodo, ove sia previsto il motivo della violazione del diritto sostanziale; se ci si convince che l'esposizione al controllo impugnatorio di fronte al giudice statale mortifica o addirittura annichilisce i nove decimi della utilità di qualsivoglia tipo di arbitrato, e che quella esposizione è sì un male necessario, ma va perciò limitata all'essenziale: rispetto di una sussistente ed efficace volontà compromissoria, della regolarità di costituzione dell'organo arbitrale, della regolarità del procedimento, dell'ordine pubblico <sup>(19)</sup>.

(19) Questa prospettiva — che sul versante dell'arbitrato internazionale trova notoriamente nella legge modello-UNCITRAL (art. 34) ed, in via indiretta, nella Convenzione di Ginevra del 1961 (art. 9), oltre che in numerose legislazioni nazionali più o meno ispirate alla prima, la propria realizzazione — è riscontrabile, in non pochi sistemi, anche quanto all'arbitrato puramente domestico (v. a solo titolo di esempio l'art. 45 della legge spagnola sull'arbitrato del 5 dicembre 1988, l'art. 1065 del codice di procedura civile olandese, il § 1041 della ZPO tedesca, gli artt. 20 e 21 della legge svedese sull'arbitrato del 1929).

Si vuol qui sommessamente aggiungere che quando la inimpugnabilità (nei limiti cennati) per violazione di norme di diritto sostanziale della decisione (giudiziale o arbitrale, equitativa o meno) discende dalla scelta concorde delle parti (come sempre accade in caso di arbitrato volontario, ove vi è la scelta concorde nel senso della equità o della inimpugnabilità del lodo, ovvero la scelta compromissoria della soluzione arbitrale, che la legge — art. 838 — voglia non censurabile per *error in iudicando*), non sembra potersi affacciare alcun dubbio di legittimità in relazione agli artt. 24, 101 e 102 della nostra Cost., né esservi alcuno spazio onde postulare sempre e comunque la ricorribilità in Cassazione ex art. 111 Cost..

dal  
ed  
iud  
pot  
div  
der  
la p

rizz

l'or  
suc  
sivi  
ni  
acc

inte  
dov  
ri a

to di  
grav

ricor  
comp  
1724  
arbitr  
autor  
perci  
che a  
ne ec  
asseg  
gio l

fica n  
gener  
obblig  
lati di  
di, de  
to sti  
merit



Allora vi è da augurarsi che il futuro legislatore italiano, lungi dal ridimensionare la portata del combinato disposto fra gli artt. 832 ed 838 c.p.c., generalizzi la inimpugnabilità del lodo per *errores in iudicando*. Salvo l'ordine pubblico, salvo il sindacato dell'eccesso di potere nel senso precedentemente chiarito, e salva ovviamente la diversa volontà delle parti, le quali devono restare libere di condividere, nel caso singolo, il vetusto ma inossidabile adagio secondo cui la prudenza non è mai troppa.

5. L'art. 822 c.p.c. non specifica la *sedes* della concorde autorizzazione alla pronuncia equitativa.

È lecito dedurre che la autorizzazione, contenuta di norma nell'originario accordo compromissorio, possa anche essere a questo successiva, e perfino (arg. *a contrario ex* art. 816, comma II) successiva all'inizio del procedimento arbitrale, salve teoriche ripercussioni sul rapporto parti-arbitri, vista l'alterazione dell'incarico da essi accettato<sup>(20)</sup>.

Si tratterà pur sempre di pattuizione da considerare come integrativo/novativa dell'accordo compromissorio<sup>(21)</sup>, del quale dovrà dunque condividere la provenienza dalle parti, o da procuratori appositamente delegati, e la forma scritta a pena di nullità (ad es.

<sup>(20)</sup> Ripercussioni solo teoriche, poiché mutando il parametro di giudizio dallo stretto diritto all'equità, l'incombenza degli arbitri diviene semmai, in linea di massima, meno gravosa.

<sup>(21)</sup> Dato che quello dei diritti disponibili costituisce già il confine generale del ricorso all'arbitrato, non vi sono ragioni che impediscono alla P.A. di stipulare un accordo compromissorio per arbitrato di equità (v. in proposito esattamente Cass., 17 marzo 1982, n. 1724 e Cass., 8 novembre 1984, n. 5637). Altro discorso — ma anch'esso valido per ogni arbitrato e non solo per quelli di cui sia parte la P.A. — è che la scelta della equità non possa autorizzare la violazione di norme inderogabili di ordine pubblico e che tale violazione resti perciò comunque sindacabile in sede impugnatoria. A questo semplice assunto — piuttosto che alla ultronea declaratoria di nullità della clausola nella parte in cui prevedeva la decisione equitativa, in considerazione dei particolari interessi pubblici coinvolti (in un caso di assegnazione di un terreno di riforma fondiaria) — andrebbe ricondotta Cass. S.U., 19 maggio 1986, n. 3326.

Vi è poi, naturalmente, la possibilità che la decisione equitativa sia esclusa da specifica norma di legge. Così, in materia di pubblici appalti, l'art. 50, comma II del capitolato generale approvato con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (e tuttavia, con automatica efficacia obbligatoria circoscritta — salvo ulteriore esplicito richiamo normativo — agli appalti stipulati dallo Stato: cfr. Cass. S.U., 17 novembre 1984, n. 5837; sulla piena ammissibilità, quindi, del deferimento ad arbitri di equità di una controversia concernente un contratto d'appalto stipulato da amministrazione universitaria, v. App. Messina, 29 giugno 1981, in *Giur. merito*, 1982, 851).

atto di missione sottoscritto anche dalle parti). Ciò anche per una ragione sistematica, connessa alla difficoltà di configurare altrimenti — vale a dire diversamente dell'eccesso rispetto all'accordo compromissorio *ex art. 829, comma I, n. 4 c.p.c.* — un sindacato impugnatorio del mancato rispetto della indicazione delle parti nel senso della decisione equitativa <sup>(22)</sup>.

6. I criteri della statuizione secondo equità traspaiono essenzialmente dai suoi limiti, e perciò « in negativo ».

Questi ultimi consistono, da un lato, nel non poter gli arbitri di equità vulnerare le disposizioni inderogabili di diritto sostanziale che pertengono all'ordine pubblico <sup>(23)</sup>.

D'altro lato, vi è — valida pur nel processo ordinario, e qui testualmente confortata dall'art. 829, comma II, che esclude il sindacato impugnatorio solo quanto alla violazione di norme sostanziali — la tradizionale indifferenza della opzione equitativa rispetto alla regole giuridiche processuali <sup>(24)</sup>. Queste devono essere immancabilmente osservate anche dagli arbitri di equità, che hanno dunque, *inter alia*, l'obbligo di motivare il lodo, nei termini implicati dal combinato disposto fra gli artt. 823, comma II, n. 3 e 829, comma I, n. 5. In questa ottica va inquadrata la esatta affermazione secondo cui, attenendo l'equità alla decisione del merito della controversia, l'autorizzazione *ex art. 822* non conferisce agli arbitri alcun potere di interpretare con criteri equitativi la clausola compromissoria in ordine ai limiti della loro competenza <sup>(25)</sup>.

In « positivo » è ben difficile, se non impossibile, nonostante gli sforzi della dottrina più recente, formulare in relazione al giudizio di equità un criterio oggettivo che abbia valenza giuridica ed operativa e non semplicemente sociologica o idealistica. Sicché la descrizione

<sup>(22)</sup> V. oltre, *sub 9*.

<sup>(23)</sup> V. Cass., 15 febbraio 1967, n. 383; App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Foro pad.*, 1991, I, 32; Cass., 8 novembre 1984, n. 5637; Cass., 3 novembre 1993, n. 10827; Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, con riferimento allo svolgimento di incarico professionale in assenza della necessaria iscrizione all'albo; v. anche la interessante Cass. S.U., 14 marzo 1977, n. 1006 sulla inderogabilità delle regole giuridiche che presiedono all'istituto della cosa giudicata, dato che la relativa eccezione attiene allo stesso potere degli arbitri di esaminare il merito della controversia.

<sup>(24)</sup> V., con ampi riferimenti, VARANO, *Note in tema di giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1988, IV, 982 ss..

<sup>(25)</sup> V. Cass., 9 agosto 1973, n. 2297; Cass., 21 dicembre 1988, n. 4977.

più  
« so  
golo  
in ci

soci  
un d  
desc  
sante  
decis  
la gi  
(salv  
cenn  
da: a  
lo gi  
ta da  
metr

impu  
(com  
via e  
soggi  
tuar

un cc  
vola  
qui i  
« inic  
II c.c

equità,  
1126 ss

ed equi

precede  
come p  
caso il

una  
lenti  
om-  
pu-  
enso

più adeguata resta sempre, ed anche per l'equità arbitrale, quella « soggettiva » di De Marini <sup>(26)</sup>: l'equità come giustizia del caso singolo che « sgorga direttamente dalla nostra coscienza nel momento in cui questa conosce del fatto » <sup>(27)</sup>.

sen-  
i di  
che

qui  
da-  
iali  
alla  
bil-  
que,  
dal  
a I,  
do  
sia,  
di  
di-

I tentativi di obiettivizzazione <sup>(28)</sup> — l'equità come giustizia sociale, l'equità come espressione del comune senso di giustizia in un dato momento storico *et similia* — restano più o meno utilmente descrittivi di questo o quel concreto giudizio di equità. Ma sul versante giuridico non è dato certo sindacare impugnativamente una decisione equitativa, dell'arbitro o del giudice, perché difforme dalla giustizia sociale o da un indecifrabile comune senso di giustizia (salvo quanto si sta per rammentare). Sicché per l'appunto la sopracennata descrizione « soggettiva » è quella euristicamente più feconda: ad essa corrisponde che il criterio equitativo utilizzato dal singolo giudicante è *regula* la cui individuazione è concettualmente distinta dalla ricostruzione dei fatti della specie, ma non desunta da parametri precedenti ed astratti rispetto a questi <sup>(29)</sup>.

gli  
di  
va  
ne

La *regula* ha in sé medesima il suo parametro, ed in sede impugnatoria non è sindacabile la rispondenza dell'una all'altro (come si farebbe tra diritto astratto e norma concreta individuata in via ermeneutica dal giudice). Ma solo sarebbe sostituibile l'equità soggettiva di Tizio alla equità soggettiva di Caio: operazione voluttaria questa, che infatti quasi nessun legislatore ha mai postulato.

Vero è che nel nostro ordinamento la *equità* coincide anche con un concetto normativo. Ma è concetto di quelli indeterminati o « valvola », la cui unica possibile ulteriore specificazione emerge, ancor qui in negativo, per contrapposizione al suo contrario semantico, « iniquità », nonché all'altro concetto normativo (art. 1349, comma II c.c.) di « mero arbitrio ».

L'iniquità è, per il giurista, la violazione delle norme inderoga-

<sup>(26)</sup> *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, 103 e *passim*.

<sup>(27)</sup> Nella medesima direzione mi sembrano, di recente, RICCI, *Note sul giudizio di equità*, cit., 390 ss. e BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., 1126 ss..

<sup>(28)</sup> V. da ultimo, ed anche per riferimenti, l'importante saggio di GALGANO, *Diritto ed equità*, cit., *passim*.

<sup>(29)</sup> Ciò non esclude che anche il lodo equitativo possa spiegare valenza fattuale di precedente, secondo quanto opportunamente indicato da VIGORITI, *La decisione arbitrale come precedente*, in questa *Rivista*, 1996, 38; anche la equità soggettiva — operato se del caso il *distinguishing* tra le fattispecie concrete — può essere imitata.

bili di ordine pubblico, le uniche atte a circoscrivere, in un dato momento storico ed in un dato ordinamento giuridico, il senso comune di giustizia; e di ciò si è già detto.

Il « mero arbitrio » è il capriccio, la irricognoscibilità di un qualsivoglia criterio equitativo. Il suo sindacato si risolve in quello della motivazione della decisione equitativa. La quale motivazione sarà dunque censurabile non solo quando totalmente insufficiente rispetto alla ricostruzione dei fatti, ma altresì quando non consenta in alcun modo di ravvisare quale sia il criterio equitativo applicato. Proprio in relazione al giudizio arbitrale di equità è perciò pregnante la nota massima giurisprudenziale secondo cui il vizio di motivazione, agli effetti dell'art. 829, comma I, n. 5, corrisponde solo alla impossibilità di ricostruire la *ratio decidendi* degli arbitri<sup>(30)</sup>.

Questi ultimi svolgimenti rischiano di rimanere astratti se non si tiene conto — ed è questo lo stimolante apporto di una recente indagine<sup>(31)</sup>, pur dichiaratamente volta a ribaltare la concezione « soggettivistica » qui sposata — che fra equità e stretto diritto se non vi è necessaria sovrapposizione, non vi è neppure originaria e necessaria contrapposizione.

Una presunzione *iuris tantum* di coincidenza fra equità e stretto diritto, e cioè del carattere tendenzialmente equitativo delle soluzioni secondo diritto, è dettata dal buon senso oltre che positivamente fondata sulla nostra Costituzione (artt. 2 e 3)<sup>(32)</sup>.

Tale presunzione non implica affatto che il giudice o l'arbitro di equità non possano mai discostarsi da una rigorosa qualificazione

<sup>(30)</sup> Formula questa (per la quale v. ad es. Cass., 22 febbraio 1993, n. 2177, e — con riferimento ad arbitrato di equità — App. Roma, 6 luglio 1992, in questa *Rivista*, 1993, 93) criticabile invece sotto altro profilo (cfr. TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1991, 513 ss.). Sulla motivazione nell'arbitrato di equità v. BASILICO, *Riflessioni sulla motivazione del lodo arbitrale di equità*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 228 ss..

<sup>(31)</sup> VACCARELLA, *Il difensore ed il giudizio di equità*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, I, Milano, 1994, 45 ss..

<sup>(32)</sup> Siffatta presunzione rende oltretutto comprensibile come il giudizio di equità possa essere richiesto o voluto dalle parti in relazione ad un determinato ordinamento positivo, e rende perciò plausibile (sebbene non certo destinata a frequente riscontro) la indicazione pattizia del parametro equitativo ed insieme della legge sostanziale applicabile (spunti in LALIVE, *Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage*, in *Rass. arb.*, 1977, 1 ss., spec. 16; in senso contrario, LA CHINA, *L'arbitrato e la riforma del sistema italiano di d.i.p.*, in questa *Rivista*, 1995, 644).

dei fatti secondo stretto diritto, e possano invece solo incidere sulla determinazione degli effetti<sup>(33)</sup>).

Essa implica invece, da un lato, che il giudice o l'arbitro di equità, i quali decidano applicando in realtà soltanto norme di legge, non hanno necessità di « giustificarsi » in motivazione mediante la esplicita e superflua menzione che nel caso concreto equità e diritto coincidevano; dato che ciò dovrebbe essere la regola e può dunque assumersi in via implicita<sup>(34)</sup>.

D'altro lato, e correlativamente, il problema della individuazione del criterio equitativo affiora solo ove vi sia divergenza dalla soluzione secondo stretto diritto. Ed è appunto in tal caso che nella motivazione della decisione equitativa dovrà essere possibile ravvisare quali fatti della specie abbiano portato alla deviazione o temperamento rispetto allo stretto diritto.

Conseguentemente, si è precisato<sup>(35)</sup> che il giudizio di equità è fortemente condizionato dal principio dispositivo e dall'onere di allegazione dei fatti. Sul che deve senz'altro consentirsi, con una ulteriore sommessima puntualizzazione: la individuazione del criterio equitativo pertiene pur sempre al giudizio giuridico e rientra nell'area coperta dal brocardo *iura novit curia*. Pertanto: alle parti spetta di allegare i fatti, ma non necessariamente di indicare la loro valenza equitativa. Che poi proprio per ciò la « terza via » scelta a sorpresa dal giudicante — senza previa apertura del contraddittorio e segnalazione alle parti del possibile criterio equitativo e del fatto che lo determina — sia contraria alla civiltà giuridica, soprattutto nel giudizio di equità, il quale può prescindere da *regulae iuris* precostituite<sup>(36)</sup>, è rilievo indiscutibile.

<sup>(33)</sup> Cfr. NASI, *Equità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 197 ss.; *contra* esattamente GRASSO, *Equità*, in *Noviss. Dig. It. - Appendice*, III, Torino, 1981, 444 ss..

La prospettiva qui criticata risultava semmai riguadagnabile allorché si volesse attribuire un qualche significato pregnante (di ulteriore espresso limite legislativo per il giudizio di equità) al dovere di osservanza dei « principi regolatori della materia » imposto al conciliatore dal previgente testo dell'art. 113 c.p.c. (v. infatti argomentatamente MARTINO, *Il giudizio di equità del conciliatore ed il suo controllo da parte della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 193 ss.). E sta a sé, naturalmente, l'ipotesi che la volontà pattizia limiti, in via esplicita, a certi profili, settori o quesiti la autorizzazione a statuire in equità (cenni a tal riguardo in ROBERT, *L'arbitrage*, Paris, 1983, 161).

<sup>(34)</sup> V. la più recente giurisprudenza, richiamata oltre, *sub* 9.

<sup>(35)</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, spec. 58 ss..

<sup>(36)</sup> VACCARELLA, *op. cit.*, 58-59.

7. L'avvertenza secondo cui l'arbitro di equità non è in alcun modo svincolato dalla osservanza delle norme processuali vale ovviamente nel limitato ambito operativo di queste: controversie pregiudiziali e sospensione, redazione e sottoscrizione del lodo, termine per la pronuncia ecc...

Al di là di ciò, vi è in ogni arbitrato, anche « di diritto » — ad ulteriore riprova della intima connessione fra la giustizia privata e la equità — un aspetto equitativo essenziale concernente proprio le regole del procedimento in senso stretto, svolgentesi innanzi agli arbitri. Essi possono discrezionalmente stabilirle, e non necessariamente prefissandole all'alba del giudizio (arg. *ex art.* 816, commi I, II e III c.p.c.), bensì rinvenendo volta per volta la soluzione « procedurale » più equa; salvo il rispetto di quel parametro — esso pure eminentemente equitativo — che è dato dal principio del contraddittorio (art. 816, comma IV, ed ora anche art. 829, comma I, n. 9), e salvo che le parti non abbiano concordemente provveduto in proposito (ma il più delle volte tale determinazione pattizia altro non è che il rinvio a regolamento di arbitrato amministrato, il quale, *à son tour*, eccetto utili specificazioni riguardo alla fase introduttiva, lascia ampia discrezionalità agli arbitri quanto alla « procedura » <sup>(37)</sup>).

Questa « libertà di forme » del giudizio arbitrale, anche rituale, ha, lo si ripete, la propria connotazione caratteristica non tanto e non solo nel fatto che gli arbitri siano abilitati a fissare suppletivamente — nella pratica quasi sempre — le regole della procedura <sup>(38)</sup>, bensì nel fatto che possano farlo *a posteriori*, caso per caso, mano a mano che il singolo problema processuale affiori, ed a seconda delle peculiarità concrete e contingenti; ribaltandosi così il canone che vorrebbe specialmente le regole del gioco definite in anticipo e con gli attributi classici della generalità ed astrattezza <sup>(39)</sup>. E siffatta inver-

<sup>(37)</sup> V., a solo titolo di esempio, l'art. 14 del Regolamento di arbitrato della CCI.

<sup>(38)</sup> Nel panorama comparatistico, non poche corti statuali o sovranazionali detengono potere di autoregolamentazione procedurale.

<sup>(39)</sup> Anche ove si faccia luogo alla stesura *in limine* dell'atto di missione, esso conterrà, al massimo, poco più che la sommaria scansione di un calendario processuale; non lo si può tramutare in un codice di procedura miniaturizzato (analoga riflessione in LA CHINA, *L'arbitrato - Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, 73, secondo il quale l'art. 816, comma III non adossa certo agli arbitri il compito di emanare un « editto pretorio » in apertura del giudizio).

Il tema meriterebbe apposita trattazione, anche alla luce di importanti contributi che, negli ultimi tempi, hanno finalmente arricchito la riflessione intorno all'art. 816 ed al proce-

sione di prospettiva — oltre che il limite intrinseco dovuto alla equità del contraddittorio — ha un fondamento ultimo esso pure ispirato all'equità, o se si vuole alla ragionevolezza: tra i litiganti e le persone fisiche dei loro giudici vi sono, nel caso della giustizia statale, il reclutamento, la selezione, la burocrazia dello Stato ed i meccanismi di assegnazione indipendenti dalla volontà privata; nel caso della giustizia arbitrale, invece, vi è di norma la scelta fiduciaria direttamente o indirettamente operata dalle stesse parti.

Non è dunque paradossale, bensì perfettamente armonico e comprensibile, che nella maggioranza degli ordinamenti, nonché in molti regolamenti di arbitrato amministrato, alla liberalità e deformalizzazione sul versante della « procedura » arbitrale in senso stretto corrisponda una congerie di puntigliose regole e specifici rimedi, con conseguente dispendio temporale, sul versante della nomina degli arbitri e della costituzione del tribunale arbitrale: affinché la scelta degli arbitri sia effettuata nel modo più opportuno ed equilibrato.

L'adagio secondo cui i buoni arbitri fanno il buon arbitrato è insomma tautologia fra le più feconde. Il discorso si riannoda così all'auspicio, svolto al § 4, circa la estensione a qualsiasi lodo della immunità dal sindacato giudiziale della violazione e falsa applicazione di legge sostanziale, pur nella permanenza della distinzione concettuale e pratica fra lodo di diritto « inimpugnabile » e lodo di equità. Un ordinamento che abbia assicurato con idonei strumenti di garanzia l'esplicarsi fisiologico del rapporto di fiducia fra parti ed arbitri e del principio di autoresponsabilità nella scelta di questi ad opera di quelle (il nostro ha compiuto in ciò ulteriori progressi con la recente novellazione degli artt. 809, 813 e 815), può permettersi non solo di lasciare agli arbitri, se non vi provvedano le parti, la

---

dimento arbitrale. Qui si vuol solo sottolineare come la lancia spezzata in favore della deformalizzazione non importa certo negazione dei connotati di giudizio in contraddittorio e dunque di processo da ascrivere all'arbitrato. E quei connotati non risultano disattesi nemmeno nel pensiero di chi ha enfatizzato la istanza di deformalizzazione nel modo più icastico o se si vuole paradossale: « nella volontà che dà vita all'arbitrato è implicita la non volontà del processo » (SATTI, *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1971, 270). D'altro canto, anche autorevoli recenti indagini, intese a riguadagnare l'arbitrato ad un rigoroso formalismo processuale (mi riferisco soprattutto a GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in questa *Rivista*, 1993, 1 ss.), appaiono meno distanti dalla prospettiva cennata nel testo, una volta che si sia constatato come buona parte di esse è giustamente volta ad ampliare al massimo l'incidenza del principio del contraddittorio, rispetto a profili solo apparentemente secondari (su uno di essi si veda già il condivisibile, energico intervento di RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.).

determinazione delle regole di procedura, ma anche di affidare ad essi e solo ad essi, con tendenziale esclusione del controllo impugnatorio del giudice statale, la individuazione e la interpretazione della legge sostanziale.

8. La scelta dell'equità — che si è detto integrare l'accordo compromissorio <sup>(40)</sup> — è ultrattiva rispetto al giudizio arbitrale, proprio perché essa è consentita, e nei limiti in cui è consentita, anche di fronte al giudice ordinario.

a) Vigente *sub Julio* l'infausta regola della *vis atractiva*, la controversia deferita ad arbitri di equità, e trasferita poi, per connessione, al giudice ordinario, poteva e doveva essere da questi decisa equitativamente, risultando, sia pure elasticamente, già integrata la « concorde richiesta » di cui all'art. 114 c.p.c. <sup>(41)</sup>.

Allo stesso modo, il giudice ordinario della impugnazione, di seguito all'annullamento del lodo equitativo, e sempre che non abbia ritenuto insussistente o inefficace o travolta l'autorizzazione compromissoria a statuire *ex bono et aequo*, deciderà in equità il merito della controversia; così anche il nuovo collegio arbitrale qualora officiato del rescissorio.

Non diversa ultrattività, del resto, spiegherebbe un accordo fra le parti circa la legge sostanziale applicabile. Semmai vi è la possibilità che si dimostri — ma è problema di ermeneutica negoziale — che la originaria scelta pattizia aveva ad oggetto esclusivamente l'equità arbitrale, o di *quegli* arbitri.

<sup>(40)</sup> V. *supra*, 5.

Si consideri, comparativamente, l'ampliamento di oggetto del giudizio arbitrale che può risultare — *ex art. 817* — dalla mancata eccezione circa l'esorbitanza delle conclusioni avversarie rispetto al patto compromissorio. Tale mancata eccezione non integra affatto, di per sé, novazione dell'originario accordo compromissorio. Sicché — a differenza di quanto si sta per vedere nel testo — non vi è spazio per alcun fenomeno di ultrattività. Ove la controversia, di seguito ad annullamento del lodo per altri motivi, ritorni a nuovi arbitri, la mancata eccezione di esorbitanza nel pregresso giudizio arbitrale non comporterà certo l'automatica possibilità di deferire ai nuovi arbitri anche le conclusioni esorbitanti: se nuovamente svolte, esse obbediranno nuovamente alla regola dell'art. 817 (in arg. e per riferimenti mi permetto di rinviare al mio commento all'art. 817 in VERDE-VACCARELLA, *Commentario al c.p.c.*, Torino, 1996, in corso di stampa).

<sup>(41)</sup> Cfr. CORAPI, *Effetti della incompetenza degli arbitri rituali di equità per connessione della causa con altra pendente davanti al giudice ordinario*, in questa *Rivista*, 1991, 157 ss..



b) Si è affermata<sup>(42)</sup> la carenza di giurisdizione del giudice ordinario, quanto alla emanazione di provvedimenti cautelari, allorché la controversia sia deferita ad arbitri rituali di equità. La soluzione è incongrua, come sarebbe il dire che il giudice ordinario, richiesto ex art. 114 di decidere secondo equità, non possa impartire tutela cautelare in corso di causa. Solo apparente è il disagio nell'apprezzamento del *fumus boni iuris* di una pretesa destinata ad essere valutata, nel merito, secondo equità. Nulla vieta, invero, che il giudice della cautela tenga conto del metro equitativo pur nel verificare sommariamente la fondatezza della pretesa; anche se il più delle volte siffatta peculiarità non avrà modo di emergere nella motivazione della pronuncia cautelare, vista la « normale » e tendenziale coincidenza fra equità e diritto.

9. a) Si è detto della impugnabilità del lodo equitativo per tutte le ragioni (*errores in procedendo*) di cui all'art. 829, comma I<sup>(43)</sup>, compreso il vizio di motivazione, nei limiti in cui esso è sindacabile in materia arbitrale e con le precisazioni cui si è fatto cenno *sub* 6.

b) Si è detto altresì della impugnabilità del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili di ordine pubblico<sup>(44)</sup>. Il motivo cui ricondurre l'impugnazione non è quello previsto dall'art. 829, comma I, n. 1, come opina parte della giurisprudenza<sup>(45)</sup> confondendo inderogabilità delle norme ed indisponibilità dell'oggetto della controversia, bensì quello di cui al n. 4 dello stesso articolo<sup>(46)</sup>. E ciò data la immanenza sistematica del limite dell'ordine pubblico allo stesso concetto normativo di equità. Di guisa che, ove questo sia richiamato nell'accordo compromissorio, lo è unitamente a quel limite legale, al quale gli arbitri dovranno attenersi onde rispettare l'accordo compromissorio.

<sup>(42)</sup> Pret. Matera, 25 gennaio 1989, in *Giur. merito*, 1989, 1107.

<sup>(43)</sup> In arg. v. Cass., 8 novembre 1984, n. 5637; Cass., 7 agosto 1993, n. 8563; Cass. S.U., 3 novembre 1993, n. 10827.

<sup>(44)</sup> V. *sub* 4.

<sup>(45)</sup> Cass., 10 ottobre 1962, n. 2929, Cass., 8 novembre 1994, n. 5637, e v. per altri riferimenti e considerazioni in arg. CRISCUOLO, *Arbitrato di equità e norme inderogabili*, in questa *Rivista*, 1992, 329 ss.

<sup>(46)</sup> V. anche PUNZI, *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 31-32, nonché Cass., 31 maggio 1950, n. 1343.

Tale inquadramento è rifiutato da chi <sup>(47)</sup> intende in modo restrittivo la ipotesi di pronuncia fuori dai limiti del compromesso di cui all'art. 829, comma I, n. 4, e fa leva piuttosto su di una interpretazione creativa dell'art. 829, comma II, come se proprio esso, nonostante la lettera, autorizzasse in ogni caso il sindacato della violazione delle norme di ordine pubblico. Questa diversa impostazione, però, non consente (come sembra invece opportuno per ragioni di uniformità sistematica) di equiparare al lodo domestico « inimpugnabile » perché di equità, il lodo internazionale, quanto al rispetto dell'ordine pubblico. Perché per tale ultimo lodo l'art. 838 esclude *tout court*, di regola, l'applicazione dell'art. 829, comma II, comunque interpretato, restringendo il catalogo dei motivi di nullità a quelli previsti dall'art. 829, comma I. Viceversa, del lodo voluto dalle parti come « internazionale » (o di quello domestico voluto dalle parti come « inimpugnabile » ex art. 829, comma II) può ben dirsi che esso, ove spregi le regole di *public policy*, travalica il patto compromissorio, il quale incorpora il limite legale dell'ordine pubblico.

c) Al di fuori dell'ipotesi cennata, il lodo di equità resta *per definitionem* insindacabile quanto alla violazione e falsa applicazione del diritto sostanziale. La relativa doglianza andrebbe dichiarata inammissibile *ex officio* <sup>(48)</sup>.

Che gli arbitri possano nel singolo caso concreto, ed anche in via implicita, ritenere coincidente la soluzione equitativa con quella di stretto diritto, è ormai indubbio <sup>(49)</sup>. Non sembra potersi ammettere, però, che in tal caso il lodo divenga, in relazione al sindacato impugnatorio, un lodo di diritto, censurabile ex art. 829, comma II quanto alla esattezza della interpretazione ed applicazione di qualsivoglia disposizione sostanziale <sup>(50)</sup>.

La coincidenza fra equità e diritto, esplicitamente o implicitamente ravvisata dagli arbitri, è riferita non già alle disposizioni giuridiche astratte (di cui sia poi censurabile interpretazione ed applicazione), bensì alle regole concretamente applicabili al caso singolo

<sup>(47)</sup> LUISSO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, in questa *Rivista*, 1994, 500 ss..

<sup>(48)</sup> Cass., 12 marzo 1979, n. 1532.

<sup>(49)</sup> V. *retro*, sub 4, nonché oltre a conclusione del presente paragrafo.

<sup>(50)</sup> Così invece, in termini generali riferiti anche ed in primo luogo al giudizio di equità del giudice ordinario, VACCARELLA, *op. cit.*, 63 ss..

do  
di  
re-  
io-  
io-  
ie,  
di  
ia-  
el-  
ut  
ue  
lli  
ir-  
rti  
re  
o-  
  
er  
o-  
ta  
  
n  
a  
t-  
o  
I  
-  
-  
-  
-  
o

come sortiscono dalla *interpretatio*, la quale dunque resta insindacabile. In altri termini: ciò che gli arbitri considerano coincidente con l'equità è « quel » particolare esito applicativo scaturente da « quella » particolare interpretazione delle disposizioni di diritto sostanziale <sup>(51)</sup>.

Il fatto che l'art. 822 c.p.c. dica di una semplice « autorizzazione » a decidere secondo equità non può far dimenticare il *pendant* della espressamente sancita inimpugnabilità del lodo *ex art. 829*, comma II.

Quest'ultimo profilo, specificamente attinente alla equità arbitrale, è stato rigorosamente considerato anche da chi <sup>(52)</sup>, in linea generale, ha prospettato con penetranti argomentazioni l'idea qui respinta. L'Autore in discorso ha dunque suggerito una tesi subordinata, sulla quale si può senz'altro consentire: riconoscimento alle parti delle facoltà di modulare ulteriormente l'accordo *ex art. 822* prevedendo l'impugnabilità del lodo anche *ex art. 829*, comma II qualora gli arbitri, pur autorizzati alla decisione equitativa, abbiano scientemente deciso secondo diritto. Ma sarebbe questa, in buona sostanza, pattuizione attributiva agli arbitri del potere puramente discrezionale di stabilire, « a monte » del giudizio, il criterio del medesimo: equità o diritto, con applicazione in questo secondo caso della « normale » disciplina della impugnazione.

Prescindendo da questa particolarissima eventualità, l'« autorizzazione » *ex art. 822* (espressa del resto, nella pratica, spesso in modo tutt'altro che semplicemente autorizzativo: « gli arbitri decideranno... », « gli arbitri dovranno decidere... ») vale non solo a conferire il potere di disattendere lo stretto diritto in nome della equità, ma per ciò stesso anche ad imporre il dovere di tener conto — di fronte alle peculiarità del caso concreto prospettato, in punto di fatto, dalle parti — della suddetta possibilità e cioè del metro equitativo.

Ne sortisce, per un verso, rafforzato l'assunto secondo cui è incensurabile per vulnerazione dell'accordo compromissorio *ex art. 829*, comma I, n. 4, il lodo reso secondo diritto da arbitri di equità,

<sup>(51)</sup> In questa prospettiva v. esattamente, relativa al giudizio di equità del conciliatore, Cass. S.U., 11 novembre 1991, n. 12014.

<sup>(52)</sup> VACCARELLA, *op. loc. ult. cit.*

per il solo fatto che essi non vi abbiano esplicitato la coincidenza, nella specie, fra equità e diritto <sup>(53)</sup>.

D'altro lato, però, una tale forma di eccesso di potere resta pienamente configurabile e sindacabile in sede impugnatoria allorché si ravvisi nel lodo la aprioristica negazione dei poteri equitativi <sup>(54)</sup>.

10. Anche di recente <sup>(55)</sup> la Corte di giustizia delle Comunità Europee ha avuto modo di affermare che l'autonomia privata e la sua epifania processuale, l'arbitrato, non possono, in linea di massima, sfuggire alla *primauté* del diritto comunitario, neppure ove vi sia di mezzo il giudizio di equità. Sicché, perfino in tale ultima ipotesi, il sindacato della vulnerazione del diritto comunitario si affaccia nella sede della impugnazione del lodo <sup>(56)</sup> innanzi alla giurisdizione statale del paese membro, la quale sarà — a seconda dei casi — facultata o obbligata ad interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia *ex art. 177 Tr. CE.*

Altrove <sup>(57)</sup> ho creduto di trarre da ciò argomenti per revocare in dubbio l'attuale orientamento della Corte comunitaria, secondo cui gli arbitri privati non sono legittimati al rinvio pregiudiziale <sup>(58)</sup>, e porre l'accento forte — ai fini della affermazione della facoltà degli arbitri di rivolgersi al Kirchberg *ex art. 177* — sul profilo funzionale e degli effetti del lodo nell'ordinamento interno, piuttosto che su quello formale ed istituzionale tenuto fino ad ora in maggior conto dalla Corte.

Qui sembra opportuno ribadire che ove mai dovesse consolidarsi in futuro l'idea della legittimazione al rinvio pregiudiziale anche

<sup>(53)</sup> Cass., 12 aprile 1988, n. 2879 e Cass., 9 settembre 1992, n. 10321; in senso diverso Cass., 25 maggio 1981, n. 3414.

In arg. v. approfonditamente MONTELEONE, *Eccesso di potere degli arbitri per inosservanza dei criteri di giudizio fissati dalle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 122 ss. e MONTESANO, *Aspetti problematici di forma e di prova del compromesso per arbitri e controllo giudiziario dell'equità arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 899 ss.; v. anche, in relazione ad arbitrato di equità irrituale, Trib. Milano, 21 febbraio 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2462.

<sup>(54)</sup> Cfr. in proposito App. Roma, 29 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 293 ss..

<sup>(55)</sup> Cfr. la sentenza del 27 aprile 1994, c. 393/92 *Almelo*, in questa *Rivista*, 1995, 317 ss., con nota di SELVAGGI; a riguardo vedi *ivi*, 421 ss. l'approfondito saggio di BIAVATI, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato.*

<sup>(56)</sup> Ovvero, e quando possibile, in quella del procedimento di *exequatur.*

<sup>(57)</sup> *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 786 ss..

<sup>(58)</sup> V. soprattutto la sentenza *Nordsee* del 23 marzo 1982, c. 102/81.

in capo agli arbitri privati, essi non sarebbero in nessun caso *obbligati* ad adire la Corte *ex art. 177, comma III, Tr. CE*, siccome giudici « di ultima istanza »; neppure nella ipotesi di lodo di equità, ovvero di lodo che, per volontà delle parti (art. 829, comma II) o *ex lege* (art. 838), risulti inimpugnabile per violazione di legge sostanziale.

In effetti, il controllo impugnatorio innanzi alla giurisdizione statale (questa sì — pervenuto l'affare in ultima istanza — obbligata al rinvio) sarà sempre possibile per vulnerazione dell'ordine pubblico, e perciò consentirà di verificare la osservanza delle disposizioni comunitarie appartenenti all'ordine pubblico.

Quando poi si ritenga che non tutte, bensì solo alcune disposizioni comunitarie rilevino sul versante della *public policy* dello Stato membro<sup>(59)</sup>, sarà gioco forza considerare quelle ad essa estranee come derogabili ad opera della autonomia privata. Sicché l'ordinamento comunitario ben potrebbe accettare, senza imporre alcun obbligo di rinvio pregiudiziale, il rischio di un lodo arbitrale che disattenda tali disposizioni e resti incensurabile in sede interna.

*The Author analyses the problems surrounding the formal arbitration ex aequo et bono, the presupposition of which is always the agreement of the parties on the criterion of judgement which the arbitrators must observe in delivering their award.*

*He clarifies the distinction between the case of an arbitration award ex aequo et bono and that in which, as a result either of the will of the parties (art. 829, par. 2 c.p.c.) or of a provision of law (art. 838 c.p.c. in respect of international arbitrations), the award cannot be appealed against for a failure to respect substantive law. The Author also considers the relationship between arbitration ex aequo et bono and the application of the lex mercatoria.*

*After having set out the ways for authorizing a decision ex aequo et bono, the Author examines the criteria and the limits of the equitable decision. In this respect he expresses his preference for a reconstruction in « subjective » rather than « objective » terms of the criteria of equity within certain predetermined limits: the respect of public order, the requirement of motivation and the respect of the procedural rules of law on arbitration. In this last respect, however, the Author shows how, in every type of arbitration, a fundamental equitable aspect lies in the possibility for the arbitrator to supplement on a case by case basis the procedural rules (art. 816 c.p.c.), provided always that the principle of audiatur et altera pars is respected.*

*The Author then deals with the effects of the choice of the parties in favor of*

<sup>(59)</sup> Mi permetto in proposito di rinviare ancora a BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 773 ss. e 816 ss..

*equity and with the way in which said effects also have repercussions outside a particular arbitration proceeding. After an analysis of the rules governing the appeal against an award ex aequo et bono, the Article terminates with some considerations on the relationship between arbitration ex aequo et bono and E.U. regulations in the light of the notion of public order and of the case law of the Court of Justice.*

Set

CO

Arb

Art

sedi

veri  
dell  
som  
con

360  
134  
Dec  
dec

in s  
inte  
poli  
deg  
za,  
part  
fort