



# NEWSLETTER

TRIMESTRALE D'INFORMAZIONE  
CURIA MERCATORUM  
Centro di Mediazione ed Arbitrato

## L'arbitrato secondo equità: brevi note

Questo numero della Newsletter ospita due interessanti contributi, rispettivamente del prof. Matteo De Poli e dell'avv. Ilaria Della Vedova, inerenti agli argomenti di approfondimento trattati dagli Autori nell'ambito del Seminario formativo "Arbitrato: approfondimenti tematici" organizzato da Curia Mercatorum il 21 maggio scorso.

Prof. Avv. Matteo De Poli  
Professore di Diritto dei Mercati  
Finanziari presso la Facoltà di  
Giurisprudenza dell'Università di  
Padova  
Avvocato in Venezia  
Componente della Corte per  
Risoluzione delle Controversie di  
Curia Mercatorum

### IN QUESTO NUMERO

L'arbitrato secondo equità: brevi note (Matteo De Poli)	pag. 1
Giudizi in materia di strumenti finanziari derivati e clausole compromissorie (Ilaria Della Vedova)	pag. 2
Agenda	pag. 8

### 1. Diritto ed equità nel giudizio arbitrale: notazioni generali

L'art. 822 c.p.c. (*Norme per la deliberazione*) dispone che "Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità".

Tale disposizione ci indica che diritto oggettivo ed equità sono le due regole di giudizio applicabili all'arbitrato e che il giudizio di diritto sta al giudizio di equità come la regola sta all'eccezione.

Se l'equità è, al pari del diritto, "regola di giudizio", l'arbitro così investito non dovrà fraintendere il proprio compito sentendosi obbligato a "mediare" tra le contrapposte pretese o, perfino, a tentare di conciliare a tutti i costi la controversia, perché l'equità cui allude il codice di procedura civile è, pur sempre, criterio *decisionale*.

L'art. 822 c.p.c. ci dice altresì che la scelta di eleggere l'equità come criterio decisionale della controversia può essere assunta "con qualsiasi espressione", a testimonianza dell'intento legislativo di non ostacolare tale eventuale scelta delle parti con particolari pretese formali.

L'equità di cui parla l'art. 822 c.p.c. è quella cd. sostitutiva, che consiste nella possibilità attribuita all'arbitro di decidere in piena coscienza discostandosi dal diritto oggettivo (e, in particolare, dalla disposizione normativa regolante la fattispecie) ed avvalendosi di diverse fonti decisionali, di

diverse *rationes decidendi*. Non è, invece, l'equità cd. integrativa perché l'arbitro non trova la fonte del suo potere di utilizzare l'equità (appunto, in chiave integrativa) nella legge ed in circostanze in cui la stessa ritiene possibile, o preferibile, l'allontanamento dallo *strictum ius*, bensì nella volontà delle parti.

In difetto di una puntuale indicazione in tal senso nel compromesso o nella clausola compromissoria (astrattamente, infatti, nulla impedisce alle parti di indicare agli arbitri i parametri cui attenersi nel giudizio di equità), gli arbitri chiamati a decidere secondo equità saranno dunque liberi di fondare la propria decisione sulla base di criteri decisionali che essi stessi individueranno. Questi potranno essere meramente soggettivi - ossia loro propri, delle loro personali coscienze, inutilizzabili, pertanto, in altri giudizi; o aventi una maggiore oggettività, quali la buona fede, il buon costume, lo spirito del diritto vigente nell'epoca attuale, i principi comunemente accettati in una determinata comunità, ecc. Tale libertà in capo agli arbitri pone all'avvocato un enorme problema di conduzione dell'attività difensiva: egli, infatti, non conosce *a priori* la norma che verrà posta a fondamento della decisione giuridica astrattamente applicabile. Ne discuteremo a breve.

Un confronto con il precedente testo dell'art. 822 c.p.c. (*Norme per la deliberazione*) ci

*continua alle pagg. 6 e ss.*

# Giudizi in materia di strumenti finanziari derivati e clausole compromissorie

Avv. Ilaria Della Vedova  
Foro di Venezia

In questi ultimi anni si è assistito ad un crescendo nel contenzioso tra investitori ed intermediari in relazione alla contrattazione in strumenti finanziari derivati. Non è infrequente che cause di questo tipo vengano devolute alla cognizione di un Collegio Arbitrale, e ciò in forza di clausole compromissorie inserite nei c.d. contratti quadro predisposti dalle banche. In alcuni casi, però, possono sorgere problemi di natura processuale se l'investitore ha sottoscritto in costanza di rapporto diversi contratti quadro e, dunque, se non vi è un'unica clausola compromissoria in forza della quale si possano azionare in giudizio tutte le domande che l'investitore intende proporre contro la banca. In particolare, potrebbe non essere possibile attivare un unico procedimento per la definizione di tutte le controversie aventi ad oggetto i vari contratti su strumenti finanziari derivati stipulati tra investitore ed intermediario.

Com'è noto, nella prestazione di servizi di investimento l'intermediario e il cliente concludono generalmente, all'atto dell'instaurazione del rapporto, un contratto, con il quale il cliente conferisce all'intermediario un incarico gestorio generale, accettando nel contempo che i futuri rapporti e le modalità di espletamento degli incarichi conferitigli dal cliente vengano disciplinati nei termini fissati dal prestatore dei servizi, puntualmente riprodotti nel documento che suggella l'accordo. Invero, quelli tra cliente ed intermediario sono tendenzialmente rapporti di durata, nel corso dei quali diversi e numerosi possono essere gli ordini impartiti dal cliente all'intermediario: è dunque coerente con un siffatto tipo di rapporto contrattuale la scelta delle parti di regolamentare – all'inizio del rapporto ed una volta per tutte – la disciplina dello stesso attraverso la conclusione di un accordo (appunto: normativo) nel quale riversare fin da subito le regole che disciplineranno i futuri ordini impartiti dal cliente all'intermediario. Questo accordo viene generalmente definito come contratto quadro e in esso ritroviamo, tra le regole che disciplineranno i singoli contratti su strumenti finanziari che verranno conclusi dalle parti, anche la clausola compromissoria. Per quanto riguarda i contratti quadro conclusi dopo il 23 ottobre 2007, si dovrà vagliare anzitutto la validità della clausola

compromissoria alla luce del disposto dell'art. 6 del d.lgs. 179/2007, il quale stabilisce che *“la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta”*.

La prassi ci dimostra che il contratto quadro è predisposto – nella quasi totalità dei casi – dalla banca e che l'investitore si limita ad aderirvi. Di conseguenza, è possibile che non vi sia stata una trattativa specifica tra le parti circa l'inserimento di una convenzione arbitrale nel contratto quadro e che essa sia dunque invalida ai sensi della norma su richiamata. Tale strumento di tutela, però, non si applica a tutti gli investitori indiscriminatamente; ai sensi dell'art. 1 del medesimo decreto legislativo, infatti, per “investitori” si intendono gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-*quinquies* e 2-*sexies*, t.u.f.: di conseguenza l'art. 6 d.lgs. 179/2007 appena citato troverà applicazione solamente nei confronti di quegli investitori classificati – secondo la classificazione entrata in vigore dopo il recepimento della Direttiva MiFID – come “clienti al dettaglio”.

Una volta verificata la validità della clausola compromissoria – o esclusa *ratione temporis* l'applicabilità delle disposizioni di cui sopra – sarà necessario verificare se i contratti su strumenti finanziari derivati che si intendono impugnare siano retti dal medesimo contratto quadro o meno.

Mi riferisco a rapporti caratterizzati da una pluralità di contratti su strumenti finanziari derivati perché l'esperienza professionale ci dimostra come la contrattazione avente ad oggetto questo tipo di strumenti finanziari – e, in particolare, la contrattazione in *swap* – sia caratterizzata dalla stipulazione di più contratti che si succedono tra loro. Non è infrequente, infatti, che nel corso della durata del primo contratto derivato si verifichi un evento contrario a quello atteso (oppure che la curva dei tassi di interesse – nel caso di *interest rate swap* – prenda un andamento opposto a quello previsto) e che le parti decidano – spesso, su suggerimento della banca stessa – di estinguere lo strumento finanziario derivato in essere e di sostituirlo con un altro, generalmente più speculativo

del precedente, e ciò nel tentativo di recuperare le perdite generatesi in capo all'impresa investitrice per effetto dell'andamento in senso contrario a quello atteso del primo contratto. Quello appena descritto è il meccanismo delle c.d. rinegoziazioni, per effetto del quale il derivato in essere viene sostituito da altri e diversi derivati.

La successione di questi derivati porta con sé, in molti casi, anche la successione di differenti accordi normativi: in corso di rapporto la banca stipula con l'investitore nuovi contratti quadro, non sempre di contenuto identico a quello iniziale. Di conseguenza, ci si può trovare di fronte a contratti su strumenti finanziari derivati retti da contratti quadro diversi, di cui solo uno contiene la clausola compromissoria; oppure ci si può trovare di fronte a clausole compromissorie diverse. Gli scenari che si possono presentare sono tre. Si procederà quindi per ipotesi, per capire in quali casi sia possibile instaurare un unico procedimento.

#### 1) Pluralità di clausole compromissorie di identico tenore

La prima ipotesi, quella più semplice da risolvere, si ha quando tutti i contratti quadro conclusi tra investitore ed intermediario prevedano la devoluzione delle controversie in arbitrato, sulla base di clausole compromissorie di identico tenore, o comunque contenenti regole non incompatibili tra loro. Ci si deve chiedere, allora, se un procedimento arbitrale possa essere retto da più clausole compromissorie. La possibilità di instaurare un unico procedimento arbitrale per azionare domande fondate su clausole compromissorie diverse è ammessa in dottrina, in forza dell'argomentazione per cui l'arbitrato si identifica in base alle domande proposte in esso e non in base alla clausola compromissoria. Di conseguenza, si è affermato che la possibilità di instaurare un unico procedimento arbitrale non è preclusa dal fatto che la fonte del potere decisorio degli arbitri rispetto alle domande dedotte in giudizio è contenuta in clausole compromissorie accessorie a contratti diversi: è però necessario – per potersi utilmente attivare un unico procedimento arbitrale – che le varie clausole compromissorie non contengano regole diverse, ad esempio rispetto al meccanismo di nomina degli arbitri, piuttosto che alla sede dell'arbitrato. Quanto sostenuto in dottrina è stato confermato anche dalla Corte di Cassazione, nella sentenza del 25 maggio 2007, n. 12321, secondo cui «in materia di procedimento arbitrale, è legittima l'instaurazione di un unico procedimento arbitrale per la risoluzione di controversie connesse nascenti

da contratti collegati, contenenti clausole compromissorie di identico contenuto, e la cui risoluzione è destinata ad incidere sulla complessiva regolamentazione negoziale dettata dai contratti medesimi». Tale principio appare applicabile anche nelle ipotesi prese in considerazione in questa sede (successione di contratti su strumenti finanziari derivati), perché le domande aventi ad oggetto i singoli contratti su derivati sono connesse non solo soggettivamente, ma anche per comunanza di fatti e di questioni da risolvere, trattandosi di fattispecie in cui i contratti sono *economicamente* collegati tra loro (se poi li si possa definire anche giuridicamente collegati lo si vedrà *infra*). In conclusione su questo primo punto: se le diverse clausole compromissorie sono di identico tenore o comunque non contengono regole incompatibili tra loro, sembra possibile instaurare un unico giudizio arbitrale, con l'accortezza, però, di richiamare nell'atto introduttivo tutte le clausole compromissorie sulla base delle quali si devolvono alla cognizione degli arbitri le varie domande azionate in giudizio.

Per amor di completezza, però, si segnala che la soluzione appena proposta non è unanimemente condivisa in dottrina. Vi è anche chi, infatti, ha prospettato una soluzione più rigorosa che, pur non smentendo la possibilità che vi sia un *simultaneus processus* tra le medesime parti, ritiene corretto far partire distinti procedimenti arbitrali (ciascuno retto dalla clausola compromissoria contenuta nel contratto oggetto delle domande azionate in giudizio) per poi chiederne la riunione con il consenso unanime di tutte le parti. Va da sé, però, che questa soluzione è percorribile unicamente nel caso in cui vengano nominati i medesimi arbitri per tutti i procedimenti destinati ad essere riuniti.

#### 2) Pluralità di clausole compromissorie contenenti regole diverse

Le argomentazioni sottese alla soluzione dell'ipotesi precedente possono essere utilizzate anche per risolvere la seconda ipotesi, ossia quella di contratti quadro contenenti clausole compromissorie diverse e che impongono regole incompatibili tra loro. In questo caso non sembra possibile instaurare un unico procedimento arbitrale e, qualora l'investitore dovesse convenire in giudizio la banca attivando un solo procedimento per tutte le domande cumulate, la banca convenuta potrebbe reagire eccependo che la *potestas iudicandi* degli arbitri nominati è limitata alle sole domande relative ai contratti stipulati in esecuzione del contratto quadro contenente la clausola compromissoria posta alla base del procedimento arbitrale e che, quindi, gli

arbitri non possono decidere sulle altre domande relative a contratti su strumenti finanziari derivati conclusi in esecuzione di altro contratto quadro. Gli arbitri potrebbero conoscere *incidenter tantum* le questioni relative agli altri contratti che non fossero oggetto della clausola compromissoria, qualificandole come questioni pregiudiziali di merito, e ciò ai sensi dell'art. 819, comma 1, c.p.c.; tuttavia, essi non potrebbero deciderle con efficacia di giudicato, a meno che non vi fosse la richiesta unanime di tutte le parti in causa, visto il disposto del secondo comma dell'art. 819 c.p.c..

È facilmente intuibile come tale soluzione non sia efficiente. La valutazione circa l'operato dell'intermediario, infatti, non può prescindere dall'analisi di tutte le operazioni in strumenti finanziari derivati poste in essere tra le parti in questione. Inoltre, l'impossibilità di impugnare tutti i contratti nell'ambito di un unico giudizio costringe l'investitore che volesse ottenere il risarcimento del danno provocato dalla violazione delle regole di comportamento da parte dell'intermediario ad attivare diversi procedimenti arbitrali, con indubbio conseguente aggravio di costi e, soprattutto, con il rischio che si formino giudicati contrastanti tra loro. Tuttavia, non pare possibile prescindere dalla volontà delle parti così come manifestata nei singoli contratti quadro. In altre parole, la possibilità di attivare un unico procedimento e devolvere la cognizione di tutte le domande al medesimo collegio arbitrale passa attraverso una chiara e manifesta volontà delle parti – quasi una sorta di nuovo compromesso - di modificare le convenzioni di arbitrato contenute nei vari contratti per celebrare un unico processo ed evitare inutili duplicazioni di costi o, peggio ancora, contrasto di giudicati. In assenza di consenso da parte della banca convenuta, però, come detto, non sarà possibile attivare un unico procedimento.

### 3) Clausola compromissoria contenuta in uno solo dei contratti quadro conclusi tra banca ed investitore

La terza ipotesi in esame è sicuramente quella più problematica da risolvere. Poniamo caso – e non è un'ipotesi di scuola – che l'investitore e la banca abbiano concluso nel corso del rapporto più di un contratto quadro, e che solo uno di questi (ragionevolmente sarà quello più recente, ma questa è solo una considerazione basata sull'esperienza, che non altera le conseguenze giuridiche della questione) contenga la clausola compromissoria. Si dovrà allora capire se è possibile instaurare un procedimento arbitrale per impugnare anche i contratti su strumenti finanziari derivati stipulati in esecuzione di un contratto quadro privo di clausola

compromissoria o se, per contro, si dovranno attivare più procedimenti, impugnando davanti agli arbitri solamente i contratti stipulati in esecuzione del contratto quadro contenente la clausola compromissoria, e chiedendo agli stessi arbitri di conoscere dei precedenti contratti su strumenti finanziari derivati solamente *incidenter tantum*, trattandosi di questioni rilevanti per la definizione del caso loro prospettato. La soluzione del problema che ci occupa passa necessariamente attraverso la questione dei *limiti oggettivi* della clausola compromissoria; ci si dovrà infatti chiedere se sia possibile allargare i limiti oggettivi della convenzione d'arbitrato al punto tale da portare validamente alla cognizione degli arbitri anche domande relative a contratti su strumenti finanziari derivati stipulati in esecuzione di un contratto quadro privo della clausola compromissoria.

All'interno dell'ipotesi in esame, però, è necessario operare un ulteriore distinguo, basato sulle pattuizioni contenute nel contratto privo di clausola compromissoria. Nel caso in cui quest'ultimo contenga una clausola sul foro competente in via esclusiva, infatti, non sembra possibile allargare l'ambito della convenzione d'arbitrato contenuta nell'altro contratto quadro, attraendo così nella competenza arbitrale anche le domande relative ai contratti retti dal primo accordo normativo; e ciò perché le parti hanno manifestato esplicitamente la volontà di adire un giudice specificamente individuato per le controversie nascenti da quel contratto.

Per contro, nel caso in cui gli altri contratti quadro nulla dicano sul punto, si dovrà partire, appunto, dall'esame dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria per verificare se le parti abbiano voluto ricomprendere all'interno del patto compromissorio tutte le controversie tra loro insorte, ossia anche quelle riguardanti i contratti stipulati in precedenza. E ciò anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 808-*quater* c.p.c., secondo cui «nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce». Il richiamo al *rapporto* in senso ampio sembrerebbe permettere di sostenere la possibilità di un unico arbitrato.

In dottrina, chi si è occupato di ambito oggettivo della clausola compromissoria ha sostenuto che è possibile ampliarlo in caso di collegamento negoziale, se pur entro certi limiti. Com'è noto, il fenomeno del collegamento negoziale si presenta sotto diverse forme, potendosi parlare di collegamento a fronte di legami più o meno forti tra i vari contratti che, *in thesi*, si

assumono collegati. Se l'operazione – composta da vari contratti – presenta un'unicità strutturale, allora si può ravvisare un'ipotesi di collegamento funzionale tra i singoli contratti e si può sostenere la possibilità di un'estensione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria contenuta in uno di essi; viceversa, qualora sia sempre ravvisabile – se pur a fronte di un'unicità funzionale – un'autonomia strutturale dei singoli contratti, allora è più difficile sostenere che l'unica clausola compromissoria estenda la *potestas iudicandi* degli arbitri ai contratti collegati: osta a tale soluzione l'autonomia che ciascun contratto conserva, per quanto i negozi collegati compongano un unico affare complessivo. Si tratta di capire, allora, se si possa ravvisare un'ipotesi di collegamento negoziale c.d. funzionale anche nel caso che stiamo esaminando. Abbiamo già detto che la contrattazione in strumenti finanziari derivati è caratterizzata dal meccanismo delle c.d. *rinegoziazioni*: i derivati successivi al primo trovano la propria causa giustificatrice ciascuno nello strumento che l'ha preceduto, sì da poter affermare che tali contratti sono *economicamente* collegati tra loro e che le parti avevano in mente un'unica operazione economica, se pur tradottasi in differenti contratti. Si è usata l'espressione “economicamente collegati”, il che non significa che i vari contratti su strumenti finanziari derivati siano anche *giuridicamente* collegati tra loro.

In prima battuta, verrebbe da escludere una fattispecie di collegamento negoziale, perché il derivato in essere tra le parti viene estinto al momento della rinegoziazione e per effetto della stipula del nuovo contratto derivato. Tuttavia, per aversi collegamento negoziale non è necessario che i diversi negozi debbano operare contemporaneamente, ragion per cui questa prima argomentazione non sembrerebbe dirimente.

Nel caso delle rinegoziazioni dei derivati, come visto sopra, il nuovo derivato si sostituisce a quello precedente, per modificarlo in qualche punto. E questo tipo di collegamento – che è stato definito genetico – probabilmente potrebbe essere posto alla base dell'allargamento dei limiti oggettivi della clausola compromissoria; si è detto probabilmente, la soluzione non è affatto certa, perché comunque non va trascurato il fatto che in dottrina è stato sostenuto altresì che il vero e proprio collegamento negoziale è quello funzionale, non quello genetico. E l'ipotesi del collegamento funzionale non ricorrerebbe nel caso preso in esame di successive rinegoziazioni dello strumento finanziario, perché non si può affermare che il secondo contratto su strumento finanziario derivato

acquisti rilevanza in quanto influenzi il primo (che viene estinto, appunto, per effetto dalla stipulazione del secondo) o che i due si influenzino reciprocamente. Pare allora che, se di collegamento negoziale si può parlare, si possa ravvisare un'ipotesi di mero collegamento genetico tra uno strumento finanziario derivato e quello che ne costituisce rinegoziazione; tuttavia, non tutti i casi di rinegoziazione possono essere ricondotti nello schema del collegamento genetico.

Tale tipo di collegamento, a mio parere, si avrebbe molto probabilmente nel caso in cui *a)* nell'ordine relativo al derivato che costituisce rinegoziazione del precedente si dia atto che il precedente strumento viene estinto contestualmente alla stipula del nuovo derivato e *b)* tale secondo derivato sia costruito come una modifica del precedente, perché viene modificato, ad esempio, il nozionale del sottostante, oppure la durata del contratto, ma rimangono inalterati il meccanismo di scambio dei flussi (ad esempio in un contratto di *swap*), la struttura e la funzione del derivato.

Ove, per contro, si passi da un contratto derivato di copertura ad uno meramente speculativo, ovvero si cambi la struttura intrinseca del derivato e il meccanismo di scambio dei flussi, reputo arduo sostenere che si sia di fronte ad una modifica del primo contratto per effetto della stipula del nuovo contratto su strumento finanziario derivato – e dunque che ricorra un'ipotesi di collegamento genetico – perché, se pur è vero che il secondo derivato trova ragion d'essere nel primo (*rectius*, negli effetti negativi prodotti dal primo), non di meno tale collegamento resterebbe, con somma probabilità, di tipo meramente economico, e dunque tale da non giustificare un allargamento dei limiti oggettivi della clausola compromissoria. In altre parole, gli effetti negativi del primo contratto rappresenterebbero solamente il *motivo*, la ragione economica per cui le parti decidono di stipulare il secondo contratto su strumenti finanziari derivati: ma ciò non pare sufficiente a giustificare un allargamento dei limiti oggettivi della convenzione d'arbitrato. In conclusione, l'analisi della struttura dei vari derivati che si sono succeduti in corso di rapporto e della connessione tra gli stessi è essenziale, da un lato, per comprendere se sia possibile azionare un unico procedimento e, dall'altro lato, per attivare correttamente il procedimento arbitrale e non essere esposti, un domani, alla censura di nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., e a tutti i conseguenti effetti nefasti che tale nullità comporterebbe rispetto alla tutela dell'investitore.

fornisce un utile spunto interpretativo: esso disponeva che *“Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti li abbiano autorizzati con qualsiasi espressione a pronunciare secondo equità”*; notiamo subito come sia venuto meno il riferimento all’*“autorizzazione”* sulla scorta del quale, in passato, si era sostenuto che gli arbitri non fossero obbligati ma meramente facultizzati a decidere secondo equità. La modifica così introdotta sul punto ci spinge ad affermare che, ora, un patto che disponga che gli arbitri pronunciano secondo equità non possa che essere interpretato nel senso di ritenere gli stessi tenuti a decidere in tal senso. Vedremo a breve quali ricadute pratiche possa avere una decisione degli arbitri ispiratasi esclusivamente alla regole di diritto e non all’equità.

Ai sensi dell’art. 829 c.p.c. (*Casi di nullità*), comma 3°, *“L’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. E’ ammessa in ogni caso l’impugnazione delle decisioni per contrarietà all’ordine pubblico”*. Ciò significa che l’effetto pratico e più evidente del conferimento agli arbitri del potere di decidere secondo equità è consentire agli stessi di disapplicare il diritto sostanziale - ossia quello che governa il merito della lite - salvo quello costituente ordine pubblico. La S.C. ha recentemente affermato che *“Gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità sono svincolati, nella formazione del loro giudizio, dalla rigorosa osservanza delle regole del diritto oggettivo, avendo facoltà di far ricorso a criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità, che appaiano i più adatti e i più equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto”*. Ed ha aggiunto, *“con la necessaria conseguenza che resta preclusa, ai sensi dell’art. 829, comma 2, ultima parte, c.p.c., l’impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme di diritto sostanziale, o in generale per errores in iudicando che non si traducano nell’inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti né suscettibili di formare oggetto di compromesso”* (1). Ricordiamo infatti che il 3° comma dell’art. 829 c.p.c.

prevede che è ammessa in ogni caso l’impugnazione delle decisioni per contrarietà all’ordine pubblico.

Questo potere-dovere di disapplicazione incide sia sull’attività arbitrale di qualificazione dei fatti (purché essi siano stati allegati dalle parti), sia su quella di determinazione delle conseguenze giuridiche dei fatti allegati ed accertati nel corso del giudizio. In dottrina si sono indicati quali esempi di esercizio di tale potere quello di attribuire interessi maggiori di quelli legali o convenzionali; quello di condannare al risarcimento dei danni non patrimoniali non derivanti da reato; quello di accogliere le domande dell’appaltatore anche quando non abbia tempestivamente formulato le riserve. Quanto al diritto processuale, esso non potrà essere integralmente sostituito dalle parti con regole ispirate all’equità. Esse potranno, ai sensi dell’art. 816 bis c.p.c., *“stabilire nella convenzione d’arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all’inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell’arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell’arbitrato nel modo che ritengono più opportuno”*, salvo l’obbligo di *“attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa”*. Oltre al principio del contraddittorio, andranno poi rispettati quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e l’obbligo di motivare il lodo.

Non tutte le controversie sono risolvibili secondo equità.

Non lo sono: a) quelle aventi per oggetto diritti non disponibili; b) quelle per le quali la legge riconosce la possibilità di impugnazione del lodo, come le cause di lavoro; c) quelle concernenti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo che possono – ex art. 6, comma 2, L. 205/2000 – essere risolte solo mediante arbitrato rituale di diritto; d) le controversie societarie in cui l’oggetto è costituito dalla validità di delibere assembleari ovvero quelle in cui gli arbitri abbiano conosciuto di questioni non compromettibili. In questi casi il lodo va pronunciato secondo diritto ed è

<sup>1</sup> Così si legge nella massima di CASS. CIV. 20 gennaio 2006, n. 1183. In senso conforme CASS. CIV. 7 agosto 1993, n. 8563; CASS. CIV. 8 novembre 1984 n. 5637.

impugnabile per violazione delle norme di legge anche quando la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile (art. 36, comma 1, d. lgs. 5/2003).

## 2. Più in particolare: i rapporti tra equità e diritto

Chiediamoci: e se gli arbitri – investiti e non semplicemente “autorizzati” a decidere secondo equità - decidessero applicando, di fatto, norme di diritto che essi ritengono eque?

Il problema è particolarmente serio perché l'arbitro chiamato a decidere secondo equità potrebbe ritenere equa la soluzione del conflitto apprestata dal diritto oggettivo. In fondo, esso dovrebbe essere considerato “equo” per definizione non foss'altro perché frutto di un processo di formazione “democratico”.

Se si ritiene che equità e diritto siano entità distanti e distinte, la decisione secondo diritto assunta nell'ambito di un procedimento secondo equità potrebbe apparire: a) come un caso di pronuncia *fuori dai limiti della convenzione di arbitrato* (art. 829, 1° comma n. 4), c.p.c. ossia un eccesso di mandato, e dunque di inefficacia del lodo: obiettiamo subito, però, che l'art. 829, comma 1° n. 4, c.p.c., nel riferirsi ad una pronuncia “fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato”, sembra pensare più all'oggetto della decisione che al criterio di giudizio che l'ha ispirata; b) un *error in procedendo*, cagionato dall'applicazione di un sistema normativo diverso da quello voluto dalle parti. In tale ultimo caso, però, l'errore prenderebbe sostanza solo quando la scelta non sia adeguatamente motivata (così, ad esempio, Cass. 25/05/1981, n. 3414) o quando gli arbitri abbiano dichiarato di volersi attenere solo allo stretto diritto negando a priori l'esercizio di poteri equitativi pur se conferiti, o quando essi - pur riscontrando ed evidenziando una difformità tra il giudizio di equità e quello di diritto - pronuncino poi secondo diritto (così, ad esempio Cass. 7/05/2003, n. 6933); c) o, infine, come una mera ipotesi di “abuso di mandato”, in questo caso con ricaduta esclusivamente sul piano della responsabilità

degli arbitri verso le parti.

Non ravvisando, invece, tale netta separazione tra equità e diritto oggettivo, il risultato sarà di non considerare impugnabile (né responsabili personalmente gli arbitri) il lodo basato su regole di diritto pur nel caso di arbitrato di equità; e di ritenere che la decisione secondo diritto non abbia trasformato l'arbitrato in arbitrato di diritto. Pragmaticamente, il problema potrebbe perdere gran parte della sua importanza nel caso che gli arbitri risolvessero la controversia applicando, quale criterio decisionale fondato sull'equità, quello stesso offerto dalla norma di diritto oggettivo: possibilità agli stessi di certo non impedita.

A rendere incontestabile una siffatta decisione sarà a nostro avviso la motivazione, che darà conto del fatto che gli arbitri hanno applicato non già una norma di diritto oggettivo ma l'equità, per caso – e non per necessità - coincidente con una norma di diritto oggettivo.

In taluni casi la giurisprudenza è stata particolarmente indulgente sul punto: Cass. 13 marzo 1998, n. 2741, ad esempio, ha sostenuto che “*L'arbitro di equità può decidere secondo diritto ove ritenga che diritto ed equità diano luogo a giudizi coincidenti, e non è tenuto ad affermare esplicitamente nè a spiegare tale coincidenza. Il sindacato di legittimità sulla valutazione di coincidenza, risolvendosi in un giudizio di merito, non è ammissibile*”.

## 3. La determinazione di decidere secondo equità

Quanto alla forma del patto che conferisce agli arbitri il potere di decidere secondo equità già abbiamo in parte detto. Qui ribadiamo che essa non richiede formule sacramentali ma, ciononostante, va fatta in forma scritta come il normale patto compromissorio.

Essa potrà essere contenuta nel compromesso o nella clausola compromissoria ma probabilmente anche in “*atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale*” (arg. ex art. 816 bis, comma 1, c.p.c.).

I più sostengono che tale scelta debba avvenire prima dell'instaurazione del giudizio; altri ritengono che ciò possa

## Agenda

### CEDR

Centre for Effective Dispute Resolution  
International Dispute Resolution Centre  
70 Fleet Street  
London EC4Y 1EU  
United Kingdom

Mediator Skills Training -  
Summer School (residential)  
Malta, 22/28 August 2010

CEDR Certificate in Advanced  
Negotiation  
9-10 September 2010 (Module 1)  
11-12 November 2010 (Module 2)  
20-21-22 January 2011 (Module 3)

Mediator Skills Training -  
Fast Track  
London,  
6-7-8-11-12 October 2010

Mediator Skills Training -  
Fast Track  
London,  
1-2-3-6-7 December 2010

Info e prenotazioni:  
Tel. +44(0)20 7536 6000,  
E-mail: events@cedr.com;  
training@cedr.com

### WIPO

World Intellectual Property  
Organization  
34, chemin des Colombettes  
CH-1211 Geneva 20  
Switzerland

WIPO Seminar Series on  
"The Economics of Intellectual  
Property"  
Geneva, 14 September 2010

Global Symposium of  
Intellectual Property  
Authorities  
Geneva, 16/17 September 2010

Advanced Workshop on  
Domain Dispute Resolution  
Geneva, 19/20 October 2010

WIPO Arbitration Workshop  
Geneva, 21/22 October 2010

Info corsi Med-Arb:  
WIPO Arbitration and  
Mediation Center  
Tel.: (41-22) 338 8247  
E-mail:  
arbiter.meetings@wipo.int

Info corsi Proprietà Intellettuale:  
Tel: +41 22 338 7222 -  
+41 22 338 9111  
Centralino: +41 22 733 5428

avvenire anche a giudizio avviato - in tal senso depone, ad esempio, l'esame di alcuni regolamenti di Camere arbitrali -; per taluni, però, ciò vale solo per le attività processuali ancora da compiere, anche se il principio di unitarietà del giudizio lascia perplessi sulla possibilità che ciò possa avvenire. L'ammissione di tale possibilità potrebbe comportare per le parti l'esigenza di ricalibrare in modo sostanziale la difesa iniziale, impostata sulla base della convinzione che la causa sarebbe stata decisa in forza del diritto oggettivo, perdendo poi questo il ruolo centrale. Comprendere se le parti hanno voluto instaurare un giudizio di equità non è, poi, compito sempre agevole essendo spesso le formule usate caratterizzate da manifesta equivocità. In particolare, non sempre facile è capire se le parti hanno deciso per conferire agli arbitri il potere di decidere secondo equità o se hanno voluto che decidessero in via irrituale, come nel caso della loro definizione di "amichevoli compositori", che per parte della giurisprudenza è idonea a indicare l'arbitrato di equità purché non accompagnata da altre indicazioni quali l'imposizione agli arbitri dell'osservanza delle norme sostanziali; o quella di decidere secondo equità ma anche secondo diritto. Sotto un certo aspetto, allora, la libertà di espressione della volontà di conferire agli arbitri un potere di decisione equitativa si traduce nella fonte di aggravamento del rischio di redigere una clausola equivoca.

#### 4. Principio del contraddittorio ed obbligo di motivazione nel giudizio arbitrale secondo equità

Abbiamo già sottolineato che ciò che rende il giudizio di equità difficilmente gestibile è la circostanza che le parti (ed i loro difensori) non conoscono le norme che verranno poste a fondamento della decisione. Ciò fa sì che essi non siano neppure in grado di fare un'adeguata strategia difensiva, limitati come sono dalla possibilità che gli arbitri

esplicitino la regola su cui fonderanno solo al momento della decisione.

Il rischio, dunque, è quello di una difesa alla cieca.

Per evitare lesioni del contraddittorio, si è sostenuto che gli arbitri debbano consentire alle parti di conoscere anticipatamente e discutere il criterio equitativo che essi intendono porre a fondamento della loro decisione.

Indipendentemente dalla presenza di un obbligo e dal suo spontaneo adempimento da parte degli arbitri, è interesse comune delle parti tecniche stimolare, congiuntamente, una presa di posizione degli arbitri in tal senso, a garanzia dell'espletamento efficace del loro diritto di difesa.

Quanto alla decisione, essa deve essere certamente motivata, e ciò a) *ex art.* 118, comma 2, disp. att. c.p.c secondo cui il giudice deve esporre le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione b) *ex art.* 829 comma 1, n. 5, c.p.c., che sancisce la nullità del lodo privo della motivazione c) *ex art.* 111 Cost. secondo cui i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati.

#### 5. L'impugnazione del lodo

Il lodo secondo equità è sicuramente impugnabile per tutti i vizi *in procedendo* di cui all'829, 1° co., c.p.c.; non lo è, invece, quando la decisione contenga vizi *in iudicando* (2), salvo che essi non si siano tradotti in violazione di norme di ordine pubblico.

Per converso, la previsione della non impugnabilità del lodo contenuta in una clausola compromissoria non implica, di per sé sola, il conferimento agli arbitri del potere - dovere di decidere secondo equità, atteso che la non impugnabilità può essere legittimamente convenuta, tra le parti contraenti, anche con riferimento all'ipotesi di pronuncia del lodo secondo diritto.

<sup>2</sup> Si veda *supra* la citata CASS. CIV., 20 gennaio 2006, n. 1183.

CURIA MERCATORUM  
Via Roma, 4 - Centro Cristallo  
31020 Lancenigo di Villorba (TV)  
Tel. 0422.917891  
Fax 0422.917893  
<http://www.curiamercatorum.com>  
<http://www.webcuria.com>  
e-mail: info@curiamercatorum.com

Chiuso in macchina il  
23 Luglio 2010

NEWSLETTER  
Anno XIV - Numero 1-2/2010  
Periodico trimestrale  
<http://www.curiamercatorum.com>  
e-mail: info@curiamercatorum.com

Reg. Trib. TV n° 1024  
Poste Italiane S.p.A  
Spedizione in abbonamento Postale  
70% - DCB TV  
TAXE PERÇUE (Tassa riscossa)

DIRETTORE RESPONSABILE  
Marco D'Eredità

REDAZIONE  
Giulia Poli  
Adam Leopoldo Salama  
Laura Biasin

Stampa: Grafiche San Vito  
V.lo Biban, 21 - Biban di Carbonera (TV)  
Tel. 0422.445787 - Fax 0422.699161