
**L'ARBITRATO NELLA PROSPETTIVA ECONOMICA DEL DIRITTO:
UN'ALTERNATIVA PER LA DEMOCRATIZZAZIONE DELL'ACCESSO
ALLA GIUSTIZIA NELLE RELAZIONI IMPRENDITORIALI**

***ARBITRATION UNDER THE ECONOMIC PERSPECTIVE OF LAW: AN
ALTERNATIVE FOR THE DEMOCRATIZATION OF ACCESS TO
JUSTICE IN BUSINESS RELATIONS***

***A ARBITRAGEM SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA DO DIREITO:
UMA ALTERNATIVA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À
JUSTIÇA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS***

FELICIANO ALCIDES DIAS

Dottore in Diritto Pubblico nel Programma di Post-Laurea in Diritto dell'Università di Vale dos Sinos – UNISINOS, accordo DINTER UNISINOS/FURB – Decreto 002/2013. Master in Scienze Giuridiche nell'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI. Specialista in Diritto Civile nell'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI. Professore e Coordinatore della Scuola della Magistratura dello Stato di Santa Catarina – ESMESC, estensione in Blumenau. Professore Titolare di Diritto Processuale Civile e di Diritto Civile del Corso di Laurea in Diritto, Ricercatore ed Estensionista dell'Università Regionale di Blumenau – FURB. Avvocato. Arbitro. E-mail: feliciano@furb.br

RIASSUNTO

La garanzia costituzionale processuale dell'accesso alla giustizia passa attraverso un rinnovamento della sua concezione tradizionale, per mezzo dei mezzi adeguati di soluzione dei conflitti, la cui dimensione comprenderà gli studi per il potenziamento del sistema arbitrale. Con il proposito di dare respiro al Potere Giudiziario brasiliano attraverso soluzioni rapide e decisioni inappellabili proferite da arbitri di elevata qualità tecnica, si osserva attualmente l'efficienza dell'istituto di arbitrato in vista della riduzione dei costi di transazione.

PAROLE-CHIAVE: Accesso alla Giustizia; Arbitrato; Analisi Economica del Diritto; Costi di Transazione.

ABSTRACT

The constitutional procedural guarantee of access to justice goes through a renewal of its traditional conception, through appropriate means of conflict resolution, whose dimension will involve studies for the improvement of the arbitration system. With the purpose of unleashing the Brazilian Judiciary through quick solutions and irreversible decisions pronounced by referees of high technical quality, it is nowadays observed the efficiency of the arbitration institute with a view to reducing transaction costs.

KEYWORDS: Access to justice; Arbitration; Economic Analysis of Law; Transaction Costs.

RESUMO

A garantia constitucional processual do acesso à justiça passa por uma renovação de sua concepção tradicional, através dos meios adequados de resolução de conflitos, cuja dimensão envolverá estudos para o aprimoramento do sistema arbitral. Com o propósito de desafogar o Poder Judiciário brasileiro através de soluções rápidas e decisões irrecorríveis proferidas por árbitros de elevada

qualidade técnica, observa-se na atualidade, a eficiência do instituto da arbitragem com vistas à redução dos custos de transação.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Arbitragem; Análise Econômica do Direito; Custos de Transação.

INTRODUZIONE

L'arbitrato viene considerato come un importante strumento facoltativo dell'esercizio della funzione giurisdizionale nella soluzione dei conflitti di interesse, uno degli strumenti adeguati per la soluzione delle controversie, con una vantaggiosa utilizzazione nelle dispute interne che implicano questioni complesse, soprattutto nelle relazioni contrattuali di natura aziendale e nelle relazioni commerciali internazionali, a motivo delle loro caratteristiche tecniche, dei valori o delle peculiarità attinenti alla materia.

In questo contesto, risulta rilevante lo studio sull'Analisi Economica dell'Arbitrato, nel concordare la clausola arbitrale negli strumenti contrattuali, quale mezzo per stimolare incentivi che minimizzino i costi di transazione, al fine di prevedere e di dare effettività alle decisioni arbitrali.

In questo senso, è imprescindibile la ricezione di forme adeguate oltre a quelle patrocinate dallo Stato, in modo particolare l'arbitrato, che siano capaci di soddisfare le necessità di accesso alla giustizia espresse nell'articolo 5º, inciso XXXV, della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile del 1988, di modo che la soluzione dei conflitti sia accessibile a tutta la società.

Di fronte all'attuale quadro di eccesso di litigiosità, morosità e burocrazia del Potere Giudiziario brasiliano, oltre ai costi diretti e indiretti decorrenti dal processo giudiziario, è stata formulata una problematica: in quali situazioni l'istituzione dell'arbitrato, convenzionata per mezzo di una clausola compromissoria o compromesso arbitrale, rappresenta una alternativa di accesso alla giustizia per la

soluzione delle controversie nel campo aziendale, quale istituzione economica efficiente nell'incentivare la riduzione dei costi di transazione?

Come parametri per ottenere una risposta adeguata a questo problema, si sono indicate, in sintesi, due ipotesi, la prima sostiene che l'arbitrato è uno strumento democratico di accesso alla giustizia, a motivo dei vantaggi decorrenti dall'autonomia della volontà delle parti, dalla scelta degli arbitri, dalla celerità e flessibilità procedurale, di fronte alla non giuridicizzazione dei conflitti. La seconda ipotesi considera il fatto che la convenzione di arbitrato nei contratti rappresenta una istituzione economica efficiente che induce alla riduzione dei costi di transazione, se paragonata al Potere Giudiziario.

Per ottenere i risultati in vista della soluzione del problema presentato, la ricerca è stata strutturata su tre assi fondamentali. In primo luogo, la soluzione delle controversie viene compresa in una nuova dimensione di accesso alla giustizia di fronte allo Stato Democratico di Diritto, al fine di smonopolizzare i conflitti. Il secondo asse tematico affronta lo studio dell'arbitrato quale mezzo adeguato per la soluzione dei conflitti. Infine, il punto centrale si chiude con il terzo nucleo di ricerca, nel quale si illustra l'Analisi Economica dell'Arbitrato nelle relazioni contrattuali, in modo da verificare se vi sia un sistema di incentivi favorevoli, con una possibile riduzione dei costi di transazione relazionati alla prestazione giurisdizionale.

L'approccio metodologico utilizzato per lo sviluppo della ricerca si relaziona con il metodo dell'Analisi Economica del Diritto supportato da una messa a fuoco economica positiva (decorrente dagli effetti delle norme giuridiche sulla reazione degli agenti economici), al fine di offrire sussidi per aiutare la comprensione dell'arbitrato e valendosi della scienza strumentale economica per la soluzione dei problemi giuridici (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31).

L'utilità della ricerca rende possibile una maggiore comprensione dell'istituto dell'arbitrato quale strumento adeguato per la soluzione delle controversie nelle relazioni contrattuali e imprenditoriali.

2 RIVITALIZZAZIONE DELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA: APPROCCIO DELL'ARBITRATO BRASILIANO

Il conflitto è una realtà presente nelle società e, contemporaneamente, si è aggravato a motivo delle tensioni esistenti con altri sistemi, sia nell'ambito sociale come in quelli psicologico, politico, economico o giuridico, che lo rendono, a volte, ancora più complesso. Tale processo di polarizzazione del conflitto deriva, quindi, da innumerevoli cause, provocando, da un lato, relazioni e dipendenze fra i gruppi che si contrastano mutuamente e, dall'altro, contribuendo all'instabilità di questi sistemi (SORIANO, 1997, p. 300-305).

In questa direzione, si osserva come l'attuale scenario pubblico rivela una crisi nella giustizia mai vista prima nella società brasiliana, soprattutto nella cultura del demandare che impera nel Potere Giudiziario, come altresì a motivo dell'inefficienza nella prestazione dei servizi giurisdizionali statali.

In Brasile si osserva altresì una diffusa credenza sbagliata e irrealista nella percezione dell'accesso alla giustizia, gonfiata dallo stimolo alla regolarizzazione per via giuridica dei conflitti. Questo concetto è sfociato in una offerta di giustizia in massa, derivante dal discorso di una democratizzazione nell'accesso all'ambito Giudiziario, al punto di vincolare l'intensità di questo accesso all'esercizio della cittadinanza, il che in realtà non fa che sovraccaricare la giustizia statale, provocando una significativa crescita quantitativa delle cause depositate.

Il livello di funzionamento del Potere Giudiziario brasiliano è chiaramente riconosciuto come molto inferiore a quanto desiderato, è sufficiente dare uno sguardo alle statistiche descrittive del Consiglio Nazionale della Giustizia (CNJ), stilate nelle relazioni annuali denominate *Giustizia in Numeri*. Nell'ultimo rapporto divulgato nel 2016, sono stati presentati i dati raccolti relativi all'anno-base 2015, in cui si constata una crescita del congestionamento della giustizia statale nell'ordine di 102 milioni di processi (CNJ, 2016, p. 17).

Inoltre, la Costituzione Federale del 1988, nel suo art. 5°, inciso XXXV, consacra il diritto all'accesso alla giustizia, affermando che: “[...] la legge non

escluderà dalla valutazione del Potere Giudiziario la lesione o la minaccia al diritto". In realtà, molte volte si ha un concetto sbagliato rispetto a tale accesso, restringendolo esclusivamente al suo aspetto formale, quale possibilità di entrare in giudizio con un'azione.

È per questa ragione che il Codice di Procedura Civile brasiliano è stato sanzionato con la Legge n° 13.015, del 16 marzo 2015, che ha revocato il diritto processuale civile che era in vigore da oltre 40 anni e ha riconosciuto la funzione giurisdizionale dell'arbitrato, quantunque non con la stessa natura del processo statale. Conforme alla manifestazione del *caput* nell'art. 3° della citata legge, si stabilisce che non verranno escluse dalla valutazione "giurisdizionale" la lesione o la minaccia al Diritto, sostituendo l'espressione "valutazione del Potere Giudiziario" utilizzata nella Costituzione Federale. Viene in questo modo attualizzato il suo significato, con una connotazione di maggiore ampiezza dell'accesso alla giustizia.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31) hanno presentato tre soluzioni pratiche di rinnovamento del processo civile, riguardo ai problemi di accesso effettivo alla giustizia emersi nei paesi del mondo Occidentale a partire dal 1965, i cui movimenti sono stati denominati come "onda", osservando il loro ordine cronologico.

La prima soluzione è stata l'ottenimento delle riforme dell'*assistenza giudiziaria* per gli ipo-sufficienti; la seconda onda ha cercato di migliorare tale forma di accesso, con la ricerca di meccanismi per la *rappresentazione degli interessi meta-individuali, specialmente quelli diffusi*, conosciuti come interessi collettivi o di gruppo, soprattutto nelle aree della protezione ambientale e del consumatore; e la più recente in relazione agli altri movimenti, denominata terza "onda", ha considerato l'accesso alla rappresentazione in giudizio in una concezione più ampia di accesso alla giustizia, considerandola come un nuovo *approccio di accesso alla giustizia*, dal momento che malgrado il fatto che comprenda le posizioni anteriori, le supera in forma articolata e coerente rispetto ai mezzi con cui affrontare gli ostacoli nella direzione di un accesso effettivo. In questo modo, la terza "onda" di riforma rende possibile la soluzione dei conflitti attraverso altre modalità, al di fuori e al di sopra dell'apparato giudiziario statale, e che passano attraverso l'autocomposizione

(conciliazione e mediazione) e l'etero-composizione (arbitrato), i cui istituti vengono riconosciuti come "mezzi adeguati".

È a partire da questa idealità che diventa necessario decostruire la premessa secondo cui la giustizia debba essere amministrata esclusivamente dai suoi giudici, dal momento che, a partire da una rinnovata comprensione democratica della soluzione dei conflitti, va considerato anche l'istituto dell'arbitrato quale mezzo etero-compositivo per risolverli.

In effetti, nel testo costituzionale non si fa menzione espressa del monopolio statale quanto alla distribuzione della giustizia, e non esiste neppure alcuna forma di restrizione quanto all'ampliamento dell'accesso alla giustizia. Bisogna quindi ammettere che l'esistenza di altri modi di soluzione delle controversie, oltre quello Giudiziario, si confanno all'ordine normativo costituzionale stabilito nell'articolo 4°, VII della Costituzione, riguardo a una "soluzione pacifica dei conflitti".

In Brasile è stato implementato il Tribunale Multi-porte attraverso la Risoluzione n° 125 del Consiglio Nazionale della Giustizia del 29 novembre 2010, che ha istituzionalizzato la "*Politica Giudiziaria Nazionale di trattamento adeguato dei conflitti di interesse nell'ambito del Potere Giudiziario*".

Lo Stato rende disponibile alla società brasiliana, attraverso questo Tribunale Multi-porte, un sistema con vari metodi adeguati per la soluzione delle dispute attraverso mezzi di pacificazione sociale, non restringendosi esclusivamente alla decisione imposta da una sentenza giudiziaria emessa tradizionalmente nel processo classico statale. Tale sistema multi-porte è caratterizzato dalle opzioni di libera scelta delle parti interessate, in cui la conciliazione, la mediazione, l'arbitrato e la richiesta proposta al Giudiziario, rappresentano una "porta", quale forma adeguata di amministrazione e di soluzione del conflitto (CAHALI, 2015, p. 62).

Di fatto, indipendentemente dal modello o dal sistema utilizzato per l'arbitrato, ciò che risulta fondamentale per qualsiasi mezzo di soluzione delle controversie è la (ri)vitalizzazione della giustizia, in forma globalizzata, che ha chiarito il dovere di collaborazione delle parti rispetto alla soluzione delle loro dispute, nel senso di pervenire ad un processo giusto, efficiente, rapido ed economico. Tale

panorama, rafforzato dal movimento crescente dei mezzi o metodi adeguati, ha causato un impatto nella giustizia convenzionale di diversi paesi.

3 IL SISTEMA ARBITRALE NELLO SCENARIO CONTEMPORANEO

L'arbitrato ha mostrato una notevole crescita ed effettività in Brasile, merito da attribuirsi in gran parte alla Legge di Reggenza del suo istituto (Legge n° 9.307/1996) e che, dopo lunghe discussioni giuridiche, è stata considerata costituzionale nell'anno 2001 dal Supremo Tribunale Federale, nel giudizio di richiesta di omologazione di sentenza di arbitrato straniera (Spagna).

Per arbitrato s'intende l'accordo di volontà celebrato fra persone maggiorenni e con uso di ragione, le quali scelgono di non sottomettersi alla decisione giudiziaria statale, affidando a degli arbitri la soluzione dei loro conflitti, sempre in quanto relativi a diritti patrimoniali disponibili, che possono costituire oggetto di transazione fra gli interessati (CARMONA, 2009, p. 31).

L'arbitrato professa una maggiore autonomia della volontà delle parti per quanto riguarda la procedura e le cause sottomesse al giudizio dell'arbitrato, le cui materie vengono stabilite e autorizzate dalle parti in una convenzione di arbitrato, sempre che non siano contrarie all'ordine pubblico e ai buoni costumi.

La convenzione di arbitrato comprende la clausola compromissoria e il compromesso arbitrale e avviene in due momenti diversi. La clausola compromissoria o arbitrale è relativa ad una convenzione stipulata per iscritto, anteriore all'esistenza del conflitto. Può trovarsi inserita sia dentro il contratto come clausola contrattuale, oppure può essere prevista in uno strumento annesso distinto, che fa riferimento al contratto principale a cui è vincolato. Il compromesso arbitrale presuppone che già esista un conflitto fra le parti e non solo la mera possibilità che ciò avvenga. Una volta che il litigio si è reso manifesto e che gli interessati hanno celebrato il compromesso arbitrale, la soluzione verrà fornita dallo(gli) arbitro(i) non dalla giurisdizione statale.

L'arbitro viene considerato come un giudice di fatto e di diritto e la sua decisione è sovrana, per il fatto che la sentenza arbitrale non è soggetta a omologazione né passibile di ricorso nel Potere Giudiziario. La scelta degli arbitri da parte delle parti potrà ricadere su qualsiasi persona capace o su un organo arbitrale istituzionale. Le cause di sospetto e di impedimento del giudice si applicano ugualmente all'arbitro, in quanto questo non può avere interesse nella causa.

Francesco Carnelutti (1989, p. 64) considera che uno dei principali vantaggi dell'arbitrato è la riserva della confidenzialità contro eventuali rischi fiscali derivanti dalla pubblicità degli affari realizzati dalle parti e rispetto alla loro contabilità. La confidenzialità nella conduzione della procedura di arbitrato non riguarda un'esigenza espressa dalla Legge di Reggenza Arbitrale, bensì una mera facoltà concordata fra i suoi utenti. Per questo, la scelta del sigillo nell'arbitrato denota in molti casi di essere un attrattivo importante nel contesto della preservazione della privacy delle parti, dei dettagli della controversia, dei segreti commerciali, della procedura e altresì della sentenza arbitrale (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDMAN, 2003, p. 773).

Con la sanzione del Codice di Procedura Civile brasiliano nel 2015, l'arbitrato ha subito un'attualizzazione attraverso l'edizione della Legge n° 13.129, del 26 maggio 2015, per ampliarne il suo campo di attuazione, preservando la sua struttura normativa e conferendogli maggiore sicurezza giuridica per la soluzione dei conflitti in ambito privato.

Nel processo arbitrale vengono assicurati i medesimi principi processuali previsti nella Costituzione Federale e che reggono il processo giudiziario statale. Oltre all'osservanza della garanzia costituzionale dell'accesso alla giustizia e del debito processo legale, derivano, fra altri, i principi del contraddittorio e dell'uguaglianza delle parti, dell'imparzialità e della libera convinzione dell'arbitro, affinché la prestazione della tutela giuridica sia effettiva.

Le fasi del processo arbitrale sono simili a quelle che avvengono nel processo giudiziario, con all'inizio la fase postulatória, seguita dall'istruttoria e in chiusura la decisoria, tuttavia si differenzia in relazione alla flessibilità procedurale

che conferisce all'arbitro maggiore libertà rispetto all'ammissibilità e alla valutazione di nuove specie di prove in qualsiasi momento processuale. Oltre a questa questione, dalla competenza nel giudizio arbitrale viene esclusa la fase esecutiva, conosciuta come compimento della sentenza.

Circa l'analisi comparata fra i sistemi giuridici della *common law* e della *civil law*, in relazione al diritto probatorio, Michele Taruffo (2013, p. 29-30) considera superata la dicotomia che regnava nella maggior parte delle contrapposizioni tradizionali, secondo cui il processo nel primo modello era caratterizzato essenzialmente dall'oralità, mentre nel secondo era più caratteristica la forma scritta. Negli ultimi anni sono avvenuti dei cambiamenti significativi in entrambi i sistemi, con l'inclusione di diversi atti e di prove scritte nelle procedure processuali della *common law*, così come è stato notato un carattere ibrido della *civil law*, di fronte alle influenze di *commonizzazione* nel sistema giuridico, con una rottura rispetto ai paradigmi anteriormente stabiliti in un determinato contesto storico.

L'effetto della globalizzazione economica ha causato questa integrazione fra i due modelli nel campo del diritto processuale civile, con un'espressiva connotazione nell'area internazionale, in cui emergono importanti fenomeni, quali l'accelerato aumento dei conflitti in sede transnazionale, che implicano questioni di ordine finanziario e commerciale, oltre alla partecipazione di persone di paesi diversi.

In questo senso, le parti hanno la libertà di scelta per l'arbitrato internazionale, e la procedura è condivisa dalla Legge-Modello della Uncitral e adottata da varie legislazioni straniere, compreso il Brasile, che stabilisce un "accordo processuale minimo", che consiste nella discrezionalità e nella flessibilità del processo arbitrale (PARENTE, 2012, p. 103).

La procedura arbitrale si chiude nel momento in cui l'arbitro emette la sua sentenza, e viene ammessa la decisione parziale in qualsiasi fase del processo, sul merito della causa o su questioni processuali. Il dovere di dare fondamento alle decisioni giudiziarie è una norma costituzionale, imposta a qualsiasi giudice, sotto pena di venir dichiarata la sua nullità.

Quanto all'esigenza di dare fondamento alle sentenze arbitrali, gli arbitri, nel processo decisorio, presentano sempre nel dettaglio la loro motivazione, tuttavia, non tutti i requisiti stabiliti dalla Legge Processuale brasiliana si applicano all'arbitrato. Il dare fondamento quanto allo scontro di tutti gli argomenti portati dalle parti nel processo, si rivela come il fatto di maggiore importanza per l'istituto dell'arbitrato.

In questo modo, con la possibilità della partecipazione delle persone fisiche o giuridiche, l'arbitrato risulta adeguato per la composizione delle dispute nell'area contrattuale e imprenditoriale, senza la burocrazia del Potere Giudiziario, con una rilevante espressione nell'area internazionale, ma che anche nell'ambito interno è in continuo sviluppo, derivante dalla rapida regionalizzazione e globalizzazione dell'economia.

4 GLI INCENTIVI ECONOMICI DELL'ARBITRATO E LA RIDUZIONE DEI COSTI DI TRANSAZIONE

Le relazioni sociali risultano ogni volta più complesse, a motivo del sorgere di nuovi diritti, specialmente in una società globalizzata in cui le dispute nell'ambito contrattuale hanno coinvolto molteplici parti e contratti in una stessa transazione economica, richiedendo soluzioni urgenti ed esigendo un maggior controllo dei costi e dei tempi. Proprio per questo l'arbitrato rappresenta nell'attualità una delle prime opzioni degli individui, degli impresari o dei gruppi economici per la soluzione di eventuali controversie sorte dalle recenti richieste sollevate individualmente o dalla comunità imprenditoriale nell'area nazionale e internazionale.

Lo studio dell'Analisi Economica del Diritto ha il compito non solo di applicare il raziocinio economico alle decisioni giudiziarie, ma altresì di prevedere delle misure che possano prevenire i conflitti o di cercare altri meccanismi per la loro soluzione, quali l'istituto dell'arbitrato (GICO JR, 2012, p. 15). Tale movimento comprende due rami. Il più antico di questi rami tratta degli effetti economici della legislazione mercantile, in base alle discussioni fra Adam Smith e Jeremy Bentham, vale a dire,

restringe l'analisi della legislazione specifica a quelle che regolano le attività economiche e che in certa misura perdurano nell'attualità (POSNER, 2010, p. 6-7).

Nel decennio del 1960 sorge un secondo ramo, con l'effettiva congiunzione fra gli istituti del Diritto e dell'Economia, valendosi dei concetti della teoria economica per lo studio del Diritto che si riferisce "all'analisi delle leggi che regolano le attività non legate alla commercializzazione", dove alcuni dei principali precursori in questo ambito di studio sono Ronald Harry Coase, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi, Henry Manne, Garry Becker e Richard Allen Posner (COASE, 2016, p. xxxii).

Il movimento dell'Analisi Economica del Diritto, conosciuto come *Law and Economics*, si è affermato negli ultimi decenni del secolo XX come una delle principali scuole, e l'Università di Chicago è stata la legittima precorritrice di tale movimento.

Tuttavia, pur essendo considerato come un movimento di origine nordamericana, questa teoria si è sviluppata a livello internazionale, a tal punto che l'economista britannico Ronald Coase è stato uno dei pionieri di questa nuova scuola di Diritto ed Economia, al principio con la pubblicazione nel 1937 del suo articolo *The nature of the firm*, in cui fa riferimento ad una nuova concezione dell'analisi economica, con i problemi relativi ai costi di transazione, e allo sviluppo di una teoria sull'esistenza dell'impresa (COASE, 1937, p. 386-405).

Va comunque osservato come il principale contributo di Ronald Coase per la Scuola dell'Analisi Economica del Diritto si riferisce all'idea dei costi di transazione. In questo contesto, nel 1960 ha pubblicato un nuovo lavoro, *The problems of social cost*, nel *Journal of Law & Economics* dell'Università di Chicago (COASE, 1960, p. 17-18). Per il lavoro svolto e per la rilevanza della sua ricerca, ha ricevuto il Premio Nobel dell'Economia nel 1991. Senza dubbio, solamente nel decennio del 1960 si sono consolidati i fondamenti teorici della scuola di Diritto ed Economia.

Gli studi dell'Analisi Economica del Diritto e della teoria neo-istituzionalista, basati sulle opere di Ronald Harry Coase, Douglas Cecil North e Oliver Williamson Eaton, oltre ad alcuni concetti specifici utilizzati dalla microeconomia, relativi alla

comprensione dei fenomeni giuridici e alla soluzione dei conflitti, si sono rivelati utili per l'analisi economica dell'istituto dell'arbitrato.

La teoria neo-istituzionalista focalizza principalmente la sua analisi sulle istituzioni e sulle organizzazioni, considerate fondamentali per capire la relazione fra il Diritto e l'Economia. Per questa teoria si utilizzano i presupposti della scienza economica per analizzare le norme e le regole sociali su cui si basa l'attività economica, insieme alla sua influenza sulla prestazione e sul comportamento degli agenti economici. Si differenzia concettualmente dalla teoria istituzionalista in quanto si riferisce ai costi di transazione, anziché ai costi di produzione abordati della teoria originale.

Il principale contributo dell'Analisi Economica del Diritto fa riferimento al suo carattere interdisciplinare, mettendo in relazione il Diritto e l'Economia quali due importanti aree di studio. In questo senso, si tratta di uno strumento per esaminare l'impatto che il Diritto causa sull'economia e inversamente, dal momento che entrambi comprendono l'assegnazione di risorse scarse, così come la qualità delle istituzioni giuridiche.

Per comprendere la rilevanza della relazione fra il Diritto e l'Economia, ci si basa sull'idea centrale identificata con i contorni teorici analitici tipici della disciplina dell'economia, quali: (i) "scarsità", le persone compiono le loro scelte per vivere in un mondo di risorse scarse; (ii) "massimizzazione razionale", parte dalla premessa secondo cui le opzioni degli individui rispondono a degli interessi personali, sulla base del calcolo dei costi e dei benefici, denominata "decisione marginalista"; (iii) "equilibrio", fa riferimento ad un modello comportamentale che viene raggiunto quando tutti gli interessi vengono massimizzati dagli agenti, in modo interattivo e simultaneo; (iv) "incentivi", vengono considerati come prezzi impliciti che derivano dalle scelte realizzate e dalle loro conseguenze; ed infine (v) "efficienza", che deriva dalla massimizzazione dei guadagni a detrimento della diminuzione dei costi per mezzo delle scelte realizzate (SALAMA, 2013, p. 7-8).

A sua volta, la microeconomia è lo studio di come la scarsità delle risorse vengono distribuite fra gli agenti economici che reagiscono agli incentivi con la presa

di decisioni razionali, soppesando il costo-beneficio. Attraverso il comportamento razionale, l'individuo classifica le alternative possibili in modo da massimizzare la loro utilità. L'analisi marginale è uno dei principi economici che cerca l'equilibrio fra la relazione di costi e benefici di un'azione addizionale. Si tratta pertanto di uno strumento utile all'economia, basato su calcoli differenziali per valutare, ad esempio, la prestazione di un'attività attraverso il criterio dell'utilità.

Di fronte alla massimizzazione razionale delle necessità umane, l'efficienza è considerata quale standard normativo fondamentale dell'Analisi Economica del Diritto, per esaminare la qualità delle norme giuridiche e della loro applicabilità, ed è associata economicamente al costo di opportunità. Quest'ultimo si riferisce al costo di un'alternativa che è stata sprecata dall'agente.

Per mezzo del modello dell'efficienza di Pareto, conosciuta anche come efficienza allocativa, il punto ottimale viene raggiunto come un criterio di efficienza economica quando una delle parti si presenta in una situazione migliore di prima e nessun'altra parte ha subito pregiudizi, vale a dire, si trova in una condizione peggiore. In altre parole, si ottiene l'efficienza attraverso il criterio di Kaldor-Hicks, il quale ammette che una parte possa avere pregiudizi sempre che possa essere compensata dalla controparte.

Nel contesto dell'Analisi Economica del Diritto, Ronald Coase ha innovato, in quanto oltre a considerare la questione delle esternalità, ha presentato un concetto relativo ai costi di transazione, nel senso che questi vengono calcolati come "costo compreso in una transazione economica per acquisire e trasferire diritti di proprietà" (TIMM, 2009, p. 20). Nella concezione del Teorema di Coase, i costi di transazione rappresentano ciò che le parti hanno speso o non hanno lucrato nella costituzione o nell'esecuzione del contratto (COASE, 1960, p. 15).

I costi di transazione riguardano i costi sostenuti nelle transazioni del mercato e impattano direttamente sul comportamento degli individui, in relazione alla concretizzazione di una determinata transazione commerciale, dal momento che cercano di minimizzare i loro costi. Tali costi vengono classificati in tre tipi, costi di

ricerca e ottenimento di informazioni, costi di negoziazione e costi per garantire l'esecuzione del contratto (TIMM, 2012, p. 168).

In effetti, il primo aspetto è relativo ai costi derivanti da informazioni quali indagini previe, ricerca di informazioni sui prezzi, qualità dei prodotti, comportamenti e condizioni di lavoro degli agenti economici. Il secondo è relativo ai costi derivanti dalle negoziazioni con altri agenti indispensabili per la transazione nel mercato, nella ricerca di identificare le reali intenzioni e i limiti delle parti implicate. Inoltre, rispetto alla realizzazione e alla formalizzazione del contratto, vi sono i costi di elaborazione del contratto, i registri del medesimo e della proprietà negli organi competenti, oltre al possibile stabilimento di garanzie, fra altre precauzioni finalizzate al compimento della transazione propriamente detta.

Le transazioni generano altresì diversi costi e problemi addizionali, in quanto le parti, oltre a disciplinare rispettivamente i loro interessi economici nel contratto, hanno bisogno di assegnare i rischi per prevenire un eventuale inadempimento e per poter minimizzare efficacemente il pregiudizio causato.

Così, i costi e i benefici derivanti da ogni accordo contrattuale potranno essere analizzati dalle parti e, al termine, la scelta dovrà ricadere sulla migliore formulazione che miri alla soddisfazione dei loro interessi. In questo modo, si devono comparare i benefici attesi da una clausola contrattuale con i costi derivanti dalla medesima clausola. Nelle situazioni in cui i costi sono bassi, vi è una tendenza alla libera negoziazione, che culmina in una distribuzione efficiente dei rischi, dei diritti e degli obblighi assunti contrattualmente.

Tuttavia, se i costi di transazione risultano molto alti a motivo della asimmetria delle informazioni e degli errori di mercato che impediscono le negoziazioni, l'allocazione efficiente delle risorse dipenderà, molte volte, dalle norme giuridiche strutturate dallo Stato per mezzo di incentivi per la diminuzione dei costi e l'arricchimento della società a favore della massimizzazione del benessere sociale.

Si è in tutti i modi a conoscenza del fatto che la realtà è più complessa, in modo speciale per la rigidità delle legislazioni, per la burocrazia statale, la legalizzazione dei conflitti davanti al Potere Giudiziario, l'attivismo giudiziario e,

principalmente per i costi di transazione che sono elevati nel nostro paese, producendo risultati inefficienti.

L'inefficienza del sistema legale e giudiziario aumenta altresì il rischio giuridico a motivo dell'incertezza nell'interpretazione dei contratti e dell'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie, riduce l'attrazione degli investimenti e incide sul mercato di credito, oltre ad influenzare la politica economica verso maggiori interventi, che compromettono l'efficienza e la crescita economica.

Inoltre, un altro fattore rilevante è associato ai costi derivanti dalle conseguenze della decisione nel processo giudiziario, in quanto è risaputo che casi similari vengono giudicati in forma diversa dal Potere Giudiziario. Di conseguenza, gli agenti economici ugualmente manifestano il medesimo comportamento, dal momento che non possiedono criteri obiettivi e definiti di fronte all'insicurezza giuridica causata dall'ingerenza della giurisdizione statale in relazione alle transazioni commerciali.

Le decisioni decorrenti dalla giustizia statale tradizionale rispetto all'arbitrato, inquadrate come istituzioni giuridiche, influenzano direttamente o indirettamente il flusso economico dei contratti. Lo sviluppo economico dell'arbitrato deriva, in primo luogo, dall'inefficienza dei servizi giurisdizionali prestati dal Potere Giudiziario e, d'altro canto, dalla frustrazione delle aspettative di chi fa ricorso alla giustizia in relazione alla qualità di tali servizi. Il formalismo processuale viene indicato come una delle cause della morosità della giurisdizione statale.

Concretamente, il tempo di attesa di chi fa ricorso alla giustizia per una decisione definitiva del Potere Giudiziario implica un costo elevato per le parti, di fronte alla privazione dei beni o dei diritti considerati oggetto del litigio, nel corso degli anni di elaborazione del loro processo giudiziario fino al compimento effettivo della sentenza passata in giudicato.

In generale, il riferimento teorico circa i costi di transazione relazionati al costo-beneficio nel contesto dell'utilizzazione dell'istituto arbitrale, si costituisce quale importante sistema di incentivi. In questo caso, va tenuto in conto non soltanto il costo del valore dell'arbitrato che, in sé, è elevato, trattandosi di una giustizia

sofisticata, ma anche la relazione fra il calcolo strategico del costo in rapporto alla celerità e alla flessibilità della procedura, alla specializzazione degli arbitri e alla confidenzialità, oltre ad altri vantaggi.

La libera scelta manifestata dall'autonomia di volontà della parte incentiva l'agente razionale a massimizzare l'utilità, a partire dal momento in cui opta per Camere Arbitrali che possano fornirgli una migliore relazione di costo-beneficio, con tendenza alla riduzione di tali costi generata dalla concorrenza nel mercato dell'arbitrato.

Per questo motivo, l'arbitrato si trasforma in un'alternativa praticabile con la possibilità di riduzione dei costi di transazione e di un equilibrio nelle relazioni negoziali. La convezione arbitrale potrà essere adottata quale mezzo preventivo dalla negoziazione alla celebrazione del contratto, trasformandosi in un mezzo adeguato di soluzione dei conflitti nel contesto imprenditoriale, in quanto considera i reali effetti che la decisione arbitrale potrà recare ai suoi utenti, in modo da garantire l'esecuzione contrattuale stabilita fra le parti interessate.

Nella prospettiva economica, l'arbitrato può essere visto come una modalità di soluzione dei conflitti che compete con la forma tradizionale della giurisdizione statale e incentiva la riduzione dei costi di transazione relazionati con la prestazione giurisdizionale del Potere Giudiziario, e allo stesso tempo contribuisce ad un modello di Diritto che porta allo sviluppo economico e alla modernizzazione legislativa.

CONCLUSIONE

Gli studi realizzati rappresentano un contributo concreto circa l'affermazione della legittimità dell'istituto dell'arbitrato, nella condizione di istituzione giuridica ed economica efficiente, quale strumento democratico di accesso alla giustizia, in quanto si configura come un mezzo veloce e affidabile di soluzione delle controversie.

È evidente che la medesima Legge di Reggenza dell'Arbitrato gli conferisce la legittimazione giuridica, sottolineando il suo aspetto essenziale relazionato all'autonomia di volontà delle parti per quel che riguarda i diritti patrimoniali disponibili. Tuttavia, l'approccio dell'indagine si è centrata non solo su una revisione dei suoi presupposti giuridici, ma principalmente sull'Analisi Economica dell'Arbitrato, le cui conseguenze non si restringono solo ai suoi utenti, ma alla società in generale.

È stata quindi dimostrata l'inefficienza dei servizi prestati dal Potere Giudiziario brasiliano, la morosità, l'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie statali e gli sviluppi dell'attivismo giudiziario, che insieme ad altre cause riducono la credibilità del cittadino rispetto alla capacità dell'ente statale di risolvere i litigi in forma pacifica e rapida.

In questo ragionamento si afferma che l'arbitrato è più vicino al movimento che l'accesso alla giustizia, secondo quanto sostenuto da Mauro Cappelletti e da Bryant Garth, che lo hanno definito come uno degli strumenti di concretizzazione della "terza onda" di rinnovamento del processo. Per questo l'arbitrato, quale forma di giustizia privata, contribuisce all'ampliamento di tale accesso, nella prospettiva dello Stato Democratico di Diritto. Inoltre, l'istituto arbitrale si mostra come uno strumento coerente alle aspirazioni di una società pluralista, che cerca una molteplicità di spazi istituzionali per la soluzione dei conflitti. In queste condizioni, si conferma la prima ipotesi secondo cui l'istituto dell'arbitrato è uno strumento praticabile di democratizzazione dell'accesso alla giustizia.

L'arbitrato si caratterizza per la semplicità della procedura, senza solennità democratiche innecesarie, conformandosi come un mezzo adattabile, e per mezzo dei suoi arbitri specializzati contribuisce a soddisfare le esigenze di questo mondo globale. In questo senso, il Potere Giudiziario e le Camere di Arbitrato costituiscono istituzioni che trattano mezzi etero-compositivi, la cui efficienza viene valutata dal comportamento degli individui nella ricerca di una soluzione rapida e adeguata dei loro conflitti.

Il modello tradizionale di soluzione dei conflitti non è in grado di risolverli con l'efficienza e la qualità desiderate, a motivo dell'eccessivo grado di burocrazia giudiziaria. I problemi affrontati nella qualità della prestazione della giurisdizione statale, nella maggior parte dei paesi in sviluppo e in transizione, sia rispetto alla morosità o al fenomeno della politicizzazione o della non neutralità del Potere Giudiziario, producono un impatto significativo sul funzionamento dell'economia.

Partendo da queste premesse, nella realtà, se un sistema giudiziario presenta dei problemi rispetto alla morosità, ai costi elevati, ai formalismi esagerati nelle procedure complesse, alle eccessive risorse, all'assenza di conoscenze specifiche circa la materia da giudicare e alla mancanza di prevedibilità nelle decisioni, sicuramente incoraggerà le parti, in primo luogo le imprese che operano in una logica economica di costi e benefici, ad optare per dei mezzi adeguati di soluzione dei conflitti, in primo luogo per l'arbitrato, vista la sua caratteristica giurisdizionale.

L'influenza economica per l'istituto dell'arbitrato riduce il comportamento opportunistico della parte che intende trarre alcun vantaggio a suo favore, dal momento che si tratta di una istanza rapida e specializzata, che contribuisce al risultato finanziario e strategico dell'impresa. L'inclusione delle clausole arbitrali evita l'opportunismo, correggendo tale problema attraverso un sistema di incentivi con il proposito di diminuire le richieste eccessive.

In questo modo, in relazione allo sviluppo economico e alla globalizzazione dei mercati, la convenzione dell'arbitrato riflette la ricerca di uno strumento di maggiore stimolo per il compimento dei contratti, in modo da evitare il litigio davanti al Potere Giudiziario. Perciò, la sicurezza giuridica ottenuta attraverso l'Analisi Economica dell'Arbitrato induce alla riduzione dei costi di transazione per le imprese, e contribuisce in modo significativo al rafforzamento del sistema economico dello Stato, nella misura in cui il suo intervento nelle relazioni contrattuali deve osservare le garanzie costituzionali dell'ordinamento economico. Tali condizioni confermano la seconda ipotesi, oltre a dare una risposta al secondo aspetto del problema, secondo

cui l'arbitrato crea incentivi che rendono possibile la riduzione dei costi di transazione.

Infine, l'arbitrato è visto come uno strumento democratico e facilitatore per dare impulso all'economia e favorire nuovi investimenti per gli impresari e per tutta la società.

L'ordinamento giuridico brasiliano ha sostenuto il fenomeno della demopolizzazione e della de-giuridicizzazione dei conflitti nella sfera processuale e materiale, in particolare in quella civile e imprenditoriale, il che avviene per mezzo di meccanismi adeguati tra cui, in primo piano, l'arbitrato, quale strumento rilevante per attenuare o eliminare il monopolio dell'esercizio giurisdizionale del Potere Giudiziario. Attualmente, molte procedure esistenti che si trovano sotto la competenza dei magistrati, potrebbero passare all'ambito amministrativo.

REFERENZE

BRASIL. *Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (*Reforma da Lei de Arbitragem*), com a Lei 13.140/2015 (*Marco Legal da Mediação*) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1989, v. 1.

COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior;

estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

_____. *The nature of the firm*. **Economia**, New Series, v. 4, nº. 16, p.386-405. nov. 1937.

_____. *The problems of social cost*. **Journal of Law & Economics**, vol. 3. p. 1-44. out. 1960.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration**. p. 773. CACHARD, Olivier. *Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2003. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2017.

GICO JR., Ivo. *Introdução ao direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) **Coleção Atlas de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2012.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. *Revisão da tradução de Aníbal Mari*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “direito e economia”?*. *Revista de Direito UNIFACS*, n. 160. p. 7-8, out. 2013, Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

SORIANO, Ramón. **Sociologia del derecho**. Barcelona: Ariel, 1997.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.