



UNIVERSITÀ
POLITECNICA
DELLE MARCHE

UNIVERSITA' POLITECNICA DELLE MARCHE

FACOLTA' DI ECONOMIA "G. FUÀ"

L'arbitrato nei rapporti internazionali ed ordinamento di riferimento

Tesi di Dottorato di:

Dorelisa Lolli

Relatore:

Prof. Daniele Mantucci

XXXIII ciclo

Triennio 2017/2020

L'ARBITRATO NEI RAPPORTI INTERNAZIONALI ED ORDINAMENTO DI RIFERIMENTO

Sommario. PREMESSA. — INTRODUZIONE. Attualità ed obiettivi del progetto di ricerca — 1. Arbitrato nazionale, anazionale ed internazionale — 2. L'arbitrato internazionale italiano. Genesi e procedimento 3. L'arbitrato internazionale italiano. Esecuzione e riconoscimento del lodo — 4. I diritti fondamentali nell'arbitrato internazionale. Diritto di accesso alla giustizia ed imparzialità del giudice privato — CONCLUSIONI. L'arbitrato internazionale tra concetto pratico e disciplina positiva — BIBLIOGRAFIA

INDICE SOMMARIO

PREMESSA

LE RAGIONI E LA STORIA DELLO STUDIO CONDOTTO SULL'ARBITRATO INTERNAZIONALE

INTRODUZIONE

ATTUALITÀ ED OBIETTIVI DEL PROGETTO DI RICERCA

CAPITOLO 1

ARBITRATO NAZIONALE, ANAZIONALE ED INTERNAZIONALE

1. L'arbitrato nazionale ed internazionale a confronto
..... pag.10
2. Arbitrato anazionale. L'autosufficienza della decisione nei sistemi ICSID
e CETA..... pag.20

CAPITOLO 2

L'ARBITRATO INTERNAZIONALE ITALIANO. GENESI E PROCEDIMENTO

1. La validità del patto compromissorio pag. 34
2. L'implementazione dei poteri cautelari dell'arbitro in Italia. Le proposte
del regolamento della Camera Arbitrale di Milano
..... pag. 47

CAPITOLO 3
L'ARBITRATO INTERNAZIONALE ITALIANO. ESECUZIONE E
RICONOSCIMENTO DEL LODO

1. Riflessioni sull'ordine pubblico arbitrale pag. 60
2. Il riconoscimento del lodo estero in Italia ed in Francia: due modelli a confronto pag. 67

CAPITOLO 4
ARBITRATO INTERNAZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI

1. Diritti fondamentali ed arbitrato internazionale pag.79
2. L'applicabilità dell'art. 6 della Cedu all'arbitrato internazionale pag. 82
3. Il diritto di accesso alla giustizia e costi dell'arbitrato internazionale. La disciplina dell'art. 816-*septies* c.p.c. e le novità sull'arbitrato finanziato da terzi nel nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano pag. 91
4. L'imparzialità dell'arbitro nel contesto internazionale ed in Italia pag. 109

CONCLUSIONI

- L'arbitrato internazionale tra concetto pratico e disciplina positiva*..... pag. 120

BIBLIOGRAFIA

PREMESSA

Il corso di Dottorato di ricerca in Management and Law presso l'Università Politecnica delle Marche di Ancona, contestualmente ad un'importante attività didattica caratterizzata da una serie di lezioni frontali articolate in diversi moduli tematici – che hanno spaziato dal diritto amministrativo, al diritto del lavoro, al diritto europeo, al diritto privato ad altre attuali problematiche del diritto e dell'economia – prevedeva, sin dal primo anno la definizione ed impostazione di un progetto di ricerca.

L'individuazione del mio tema di studio si è posta in continuità con quanto già aveva suscitato in me particolare interesse durante gli anni universitari presso la Scuola di Giurisprudenza di Bologna, in specie, in relazione ad alcune tematiche di diritto processuale civile, approfondite sotto la guida del professore Paolo Biavati durante gli ultimi due anni di frequentazione della Scuola Bolognese.

Le prime letture ed approfondimenti sono confluiti nella mia tesi di laurea magistrale in materia di diritto processuale civile, intitolata “*Ragionevole durata e contraddittorio nel processo civile: due principi a confronto*”. Su questa stessa scia, mi sono poi dedicata ad alcuni approfondimenti sul tema della sinteticità degli atti processuali, tematica evocata da una pronuncia della Cassazione civile in tema di autosufficienza del ricorso in cassazione, che ho commentato in una nota dal titolo «*Una recente pronuncia della Cassazione tra chiarezza ed autosufficienza del ricorso*», pubblicata da

Giuffré nel Dicembre 2017, nel quarto fascicolo della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.

La ragionevole durata, imposta dall'articolo 111 della Costituzione come requisito del giusto processo ed intesa come *case management* britannico, ossia quale criterio di razionalizzazione delle risorse giudiziarie in relazione al carico complessivo di un dato sistema-giustizia, in un particolare periodo storico, porta inevitabilmente a considerare i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie o, con altre parole, le cosiddette ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Prescindendo ora dalla collocazione dogmatica dell'arbitrato all'interno di uno dei due contenitori concettuali – giurisdizione o strumento alternativo alla giurisdizione – è inequivocabile la funzione che l'arbitrato, soprattutto internazionale, svolge in tale contesto.

E' dunque alla luce di tutto ciò che ho iniziato a scorgere i contorni di un progetto di indagine e di studio che grazie a questo Dottorato di ricerca ho avuto l'opportunità di mettere a punto e sviluppare, in relazione, in particolare, agli aspetti più controversi del rapporto tra arbitrato internazionale ed ordinamento di riferimento, con ciò intendendosi l'ordinamento nel quale l'arbitrato ha il proprio riferimento sia in termini geografico-spaziali sia, soprattutto, in termini giuridici.

Alla stesura del progetto, che avanzava contestualmente e grazie al reperimento delle fonti è seguito il primo approccio di tipo comparatistico del mio progetto di ricerca.

Ho infatti dedicato approfondita attenzione all'analisi di uno degli aspetti più problematici nell'interazione tra arbitrato internazionale ed «ordinamento madre», ossia la questione del riconoscimento del lodo estero in Francia, tentando alcune considerazioni in chiave comparatistica con il sistema italiano. Tale approfondimento è stato evocato da una pronuncia della Cassazione civile francese relativa al riconoscimento di un lodo straniero in Francia, decisione che ho studiato e commentato in una nota a

sentenza titolata «*Il controllo del lodo estero in una recente pronuncia francese*», anch'essa pubblicata, nel 2019, da Giuffré nel secondo fascicolo della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.

Contestualmente alle attività di studio e ricerca fino ad ora descritte, durante gli anni di Dottorato ho proseguito le attività di collaborazione con la cattedra di Diritto Processuale Civile del professor Biavati della Scuola di Giurisprudenza di Bologna, cominciate subito dopo la mia laurea, presso la stessa Scuola, nel Luglio 2016.

Ho continuato quindi a fare parte delle commissioni d'esame per gli studenti bolognesi, ho svolto settimanalmente il ricevimento per gli stessi ed ho coadiuvato il professor Biavati nella correzione delle bozze delle ultime edizioni 2018 e 2020, del suo manuale «Argomenti di Diritto processuale civile» e nell'approfondimento e raccolta di materiale giurisprudenziale per la *Relazione del 12 febbraio 2018 per la Camera Civile di Bologna* in materia di nova in appello, nonché, nel 2019 in tema di procedimento arbitrale.

Durante gli anni di Dottorato ho fatto parte del comitato editoriale del *Trattato di diritto dell'arbitrato*, edito da Edizioni Scientifiche Italiane e diretto dal professore Mantucci dell'università Politecnica della Marche con sede in Ancona.

Momenti senz'altro importanti per lo sviluppo delle tematiche da me indagate sono stati poi i seminari ed i Convegni organizzati dalla Scuola di Bologna, dall'Università Politecnica delle Marche e dall'Associazione Dottorati di Diritto Privato, tra le quali richiamo in modo particolare la *XXIX giornata di studi della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* del 15 dicembre 2017 presso la Scuola di Bologna, il Convegno su *Attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* svoltosi a Camerino nel settembre 2018, il Convegno sulla presentazione del citato *Trattato di diritto dell'arbitrato*, tenutosi a Roma nel dicembre 2018 ed il Convegno organizzato dall'Associazione Dottorandi di Diritto Privato,

titolato “*Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*”, svoltosi a San Benedetto del Tronto nelle giornate 11-14 Settembre 2019.

Questi tre anni di studi hanno rappresentato per me una preziosa occasione di crescita personale e professionale e mi hanno permesso di approfondire le complesse dinamiche sottese alla stretta interazione che esiste tra diritto, politica ed economia. Ho appurato che un percorso di ricerca nell’ambito dell’economia del diritto permette di meglio comprendere il funzionamento della società odierna, nella quale gli interessi economici ed i bisogni collettivi certamente guidano il diritto ma nella quale esistono al contempo regole da rispettare e criteri di efficienza da osservare. Bisogna essere bravi, capaci e competitivi.

E’ stata una bella esperienza, che ripeterei senz’altro e che consiglio a tutti coloro che, come me, concludono il percorso universitario non ancora appagati, con la sensazione che “ci sarebbe molto altro da scoprire”.

INTRODUZIONE

Attualità ed obiettivi del progetto di ricerca

L'interesse per lo studio dell'arbitrato internazionale sorge sia dalla passione per il diritto processuale civile, da cui esso deriva e di cui oggi costituisce parte consistente, sia dalla sua attualità in termini di potenzialità applicative.

Occorre quindi, *in primis*, riflettere sul rapporto tra arbitrato internazionale ed ordinamento di riferimento. Rispondere cioè, alla domanda se debba necessariamente sussistere un collegamento tra lodo ed un determinato ordinamento nazionale.

Il percorso ermeneutico che conduce alla soluzione è strettamente connesso alla natura ed al valore che si accorda all'arbitrato. In tal senso, *tertium non datur*. Se si vuole rimanere fedeli alla lettera di cui all'art. 824-*bis* c.p.c., che postula l'equivalenza negli effetti tra processo ed arbitrato, non pare potersi negare il legame tra arbitrato ed una determinata giurisdizione statale, che come tale possa assicurare, attraverso il «braccio dello Stato», l'effettività della decisione. Diversamente opinando, il lodo sarebbe da

intendersi come «qualcosa» di alternativo alla sentenza ed in definitiva amorfo, in quanto neppure perfettamente assimilabile al contratto.

Ci si propone poi di mettere a fuoco la struttura normativa dell'arbitrato internazionale; individuare cioè le componenti del suo «passaporto».

Se, alla luce di quanto detto, una componente nazionale, tra le fonti della disciplina dell'arbitrato applicato ai rapporti internazionali, parrebbe imprescindibile, lo «statuto dell'arbitrato internazionale» non sembra, in vero, potersi ridurre alla sommatoria delle singole discipline nazionali sull'arbitrato internazionale ovvero alle norme domestiche di diritto internazionale privato.

Questo dato porta a domandarsi se esista un insieme di principi, prassi applicative e regole comportamentali condivise, tacite e non, che vengono automaticamente in rilievo in tutti i casi in cui l'arbitrato sia applicato a conflitti internazionali. In questo senso, se esistono dubbi sull'esistenza dell'arbitrato internazionale, inteso come disciplina positiva, non paiono sussistere in ordine all'attualità dello stesso come oggetto di ricerca.

Individuate le componenti strutturali dell'arbitrato internazionale su di un piano generale, ci si propone di analizzare in che termini una data disciplina domestica – e, nel caso di specie, quella italiana – influisce sulle condizioni operative dell'arbitrato e dunque sull'*appeal* che un determinato paese esercita per il radicamento di liti straniere.

Si prenderà dunque in considerazione il momento del riconoscimento del lodo estero, dinamica in cui il contatto tra arbitrato internazionale ed «ordinamento madre» risulta più evidente, ma l'incidenza della disciplina nazionale sarà osservata anche in relazione alla genesi del lodo, ossia con riferimento al patto compromissorio, e rispetto ai poteri degli arbitri nel corso del procedimento, con particolare riguardo alle misure cautelari.

Tenendo sullo sfondo tutto ciò, l'obiettivo ultimo dello studio di tale prospettiva, assolutamente relativa, dell'arbitrato internazionale, è volto a rispondere al quesito se sia possibile ipotizzare un punto di incontro tra

armonizzazione internazionale dell'arbitrato, da un lato, ed «accettabilità locale» del suo prodotto, dall'altro.

CAPITOLO 1

ARBITRATO NAZIONALE, ANAZIONALE ED INTERNAZIONALE

1. Arbitrato nazionale ed internazionale a confronto

Si definisce internazionale l'arbitrato che produce effetti in diversi ordinamenti giuridici, in contrapposizione a quello nazionale, che esaurisce i propri effetti nel solo ordinamento in cui ha sede. L'arbitrato è invece estero quando risulta totalmente irrilevante per l'ordinamento in cui è collocato l'osservatore¹. L'arbitrato anazionale richiama invece questioni

¹ Perché il lodo sia qualificabile come straniero è necessario che: (i) il lodo promani da un arbitrato con sede in un ordinamento diverso da quello in cui è posto l'osservatore (ii) detto lodo abbia un ordinamento di riferimento e quindi sia riconoscibile nell'ordinamento a quo, a prescindere dall'eventualità che le parti decidano di non chiederne l'esecutorietà nell'ordinamento ad quem. Così BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*⁵, Bologna, 2020, p. 701; ID, *Arbitrato internazionale in Arbitrati speciali*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2016, p. 584. In questo senso, parrebbe esistere una categoria di lodi né domestici né italiani, ossia quei lodi che pur non essendo nazionali, non hanno le caratteristiche di cui sopra, (es. non sono riconoscibili nell'ordinamento a quo), tali da

particolarmente delicate, che richiedono chiarezza sui concetti di arbitrato nazionale ed internazionale; pertanto sarà analizzato in seguito.

La distinzione tra arbitrato nazionale ed internazionale è concettualmente semplice; parrebbe sufficiente avere riguardo al tipo di controversia che ne è oggetto. Quando la controversia è transnazionale, ossia coinvolge soggetti appartenenti a distinti ordinamenti, essa darà vita ad un arbitrato internazionale; nei casi in cui la controversia riguardi, invece, soggetti appartenenti alla medesima giurisdizione, essa sarà risolta da un arbitrato nazionale o domestico.

In vero, l'individuazione delle ipotesi di arbitrato internazionale risulta molto più complessa di quanto potrebbe apparire e questo rappresenta una questione di non poco rilievo; non solo da un punto di vista teorico, ma soprattutto in quanto la disciplina applicabile ai due fenomeni non è (del tutto) coincidente. La difficoltà definatoria risiede nella circostanza che la qualificazione di un arbitrato come internazionale muta nelle diverse prospettive dei singoli ordinamenti di riferimento. Manca, con altre parole, una uniformità internazionale sui criteri identificativi dell'arbitrato internazionale.

Per una serie di ragioni, non appare, in tal senso, risolutivo quanto previsto dall'art. 1, comma 3, della legge modello Uncitral².

potersi ritenere esteri. Contrario a questa lettura è BOVE, *La giustizia privata*³, Padova, 2015, p.359, il quale nega l'esistenza di lodi non esteri e non italiani.

² Nel 1966 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione n. 2205, XXI, istituiva la *United Nations Commission International Trade Law*, poi abbreviata come *Uncitral*, volta all'armonizzazione delle regole in materia di commercio internazionale. Fin da subito la commissione individuò nell'arbitrato internazionale uno principali contributi in tale direzione. Ancor prima della *Model Law on International Commercial Arbitration* del 1985, con successive modifiche del 2006, – ossia la c.d. legge modello – nel 1976 l'Assemblea Generale, raccomandava, con la risoluzione n. 31 del 1998, il ricorso alle *Arbitration Rules* per la definizione delle controversie nell'ambito del commercio internazionale, disposizioni molto simili a quelle contenute nei regolamenti delle principali istituzioni arbitrali, ma a differenza di queste ultime non incompatibili con l'autogestione del singolo arbitrato. Tali regole – oggi a corredo della legge modello del 1985 – appaiono articolate in quattro sezioni, relative, rispettivamente, a: (i) inizio del procedimento (ii) composizione del tribunale arbitrale (iii) sviluppo del procedimento (iv) lodo. Sul punto v. VIGORITI, *La revisione delle Rules of Arbitration dell'Uncitral*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 575-

Innanzitutto, la norma citata contiene un criterio selettivo dell'arbitrato internazionale troppo generico e vasto. La legge modello propone infatti una definizione di arbitrato internazionale secondo la quale è internazionale un arbitrato in cui a) le parti hanno il loro centro di affari in Stati diversi; b) pur avendo le parti il loro centro di affari in un medesimo Stato, si trova in altro Stato: la sede dell'arbitrato, il luogo in cui va adempiuta la maggior parte delle obbligazioni, ovvero il luogo in cui la materia del contendere è più strettamente connessa; c) le parti siano concordi nel ritenere che le norme applicabili abbiano origine internazionale o si riferiscano a più ordinamenti³. Ora, se è vero che questa definizione, volutamente aperta, si pone in linea con il senso dell'arbitrato internazionale quale «contenitore giuridico» di controversie fra soggetti con sede o interessi in diversi ordinamenti – piuttosto che come *tertium genus* di arbitrato –, appare altresì evidente che una nozione così ampia non appare risolutiva nella selezione dei fenomeni arbitrali internazionali.

588, mentre per alcuni riferimenti bibliografici sulla legge modello, v. BONELL, *Una nuova disciplina modello sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1987, p. 3 ss.; SANDERS, *Uncitral's Model Law on international and commercial arbitration: present situation and future*, in *Arbitration International*, 2005, p. 443 ss.

La *Model Law* rappresenta la punta avanzata del c.d. diritto comune dell'arbitrato internazionale, inteso come insieme di regole principi, prassi e schemi applicativi condivisi a livello internazionale, codificati in testi non vincolanti o recepiti in regolamenti di istituzioni di arbitrato, che puntano all'armonizzazione della disciplina arbitrale, non tanto attraverso l'imposizione di fonti normative comuni, quanto piuttosto stimolando alla conformazione sulle soluzioni in concreto adottate. Il pregio della legge modello è quello di proporre una schema di regolamentazione uniforme del fenomeno arbitrale complessivamente considerato. L'approccio adoperato dell'*Uncitral* è pertanto diverso da quello delle Convenzioni internazionali che, tendenzialmente, si occupano solo di taluni aspetti dello stesso. Essendo sfornita di efficacia vincolante la legge modello non ha efficacia diretta ma è stata recepita, nel senso che ha guidato l'armonizzazione delle normative interne di molti paesi tra cui ad esempio Francia Germania, Spagna, Austria, Svezia e Danimarca. La legge modello ha invece avuto un impatto minore nell'ordinamento italiano in cui il legislatore ha scelto di non riformare il diritto dell'arbitrato attraverso una ricezione integrale dello schema proposto dall'*Uncitral*, ma piuttosto di ispirarsi ad esso solo per la disciplina di determinati profili, quale ad esempio l'opposizione al riconoscimento del lodo estero, di cui si tratterà nel prosieguo; v. cap.3.

³ Il caso di cui alla lett. c) dell'art.1, comma 3, equivale alla previsione di un criterio identificativo del carattere internazionale dell'arbitrato essenzialmente rimesso alla volontà delle parti. v. in tal senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p.65.

Si ricade, pertanto, nella disomogeneità dei criteri definitivi adottati dalle leggi nazionali.

In Italia la regola generale è quella della residenza. Ai sensi dell'art. 830, comma 2, c.p.c., l'arbitrato si considera internazionale «se una delle parti, alla data di sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria residenza effettiva all'estero»⁴. Il criterio c.d. soggettivo, adottato dal legislatore italiano, non ha invece trovato accoglimento in altri paesi, nei quali, la determinazione della natura internazionale del giudizio privato è operata in base ad un criterio di tipo oggettivo. All'interno di tale categoria esistono peraltro ulteriori distinzioni.

Vi sono, cioè, ordinamenti per cui l'internazionalità si configura in tutti i casi in cui la vicenda commerciale si svolge all'estero ed altri, come quello francese, per cui è invece sufficiente che la controversia attenga al commercio internazionale⁵.

Esistono poi paesi che si collocano in una posizione per così dire ibrida, in quanto si valgono di una pluralità di criteri, fra loro alternativi, taluni di matrice soggettiva, talaltri di tipo oggettivo. Si richiama, in tal senso, la legge arbitrale spagnola n. 60/2003⁶.

La portata pratica di quanto si discute si riflette in quegli aspetti dell'arbitrato che, nonostante la convergenza delle parti sulla scelta della legge da applicare al procedimento (*lex arbitri*), rimangono attratte nell'alvo

⁴ Il criterio soggettivo di individuazione della natura internazionale dell'arbitrato è il portato della riforma del 2006 che ha mutato il preesistente approccio restrittivo – che postulava la necessità che il rapporto oggetto del compromesso si svolgesse prevalentemente all'estero – ad uno più elastico, che richiede unicamente che al momento di stipulazione del compromesso le parti abbiano residenza all'estero, ex art. 830, comma 2, secondo periodo, c.p.c.

⁵ L'ordinamento francese definisce l'arbitrato, internazionale, quando «*met en cause des intérêts du commerce international*» (art.1504 *code de procedure*).

⁶ La legge spagnola sull'arbitrato offre, all'art. 3, i seguenti criteri di individuazione dell'arbitrato internazionale: (i) criterio della residenza delle parti; (ii) criterio dell'attinenza della controversia al commercio internazionale; (iii) casi in cui sia situato in uno stato diverso da quello di residenza delle parti il luogo di esecuzione di parte rilevante della prestazione principale, il luogo con cui il rapporto tra le parti abbia il collegamento più stretto ovvero la sede dell'arbitrato.

delle singole discipline nazionali. Si cita, tra tutte, l'indagine sulla validità del patto compromissorio, che costituisce oggetto di uno specifico paragrafo del presente scritto, al quale si rimanda⁷.

In definitiva, risulta difficile ridurre un concetto, quale quello dell'arbitrato internazionale, ad una definizione normativa unitaria ed univoca. Quello che è certo è che, se è dubbia l'esistenza dell'arbitrato internazionale quale categoria scientifica di diritto internazionale uniforme, esso esiste certamente come concetto pratico. Arbitrato internazionale significa insieme delle norme e dei principi che l'arbitro deve applicare nella risoluzione di una controversia internazionale. Tenendo tale assunto sullo sfondo, le criticità della questione si esprimono su due fronti.

Un primo aspetto consiste nella circostanza che tale apparato di *regulae iuris* non coincide con la mera sommatoria delle singole norme nazionali, di diritto internazionale o di diritto internazionale privato; come a dire che «il tutto è più della somma delle singole parti». Da una seconda prospettiva, risulta poi molto difficile salvaguardare la vocazione internazionale di uno strumento che risulta avere, in ogni caso, un forte legame con una giurisdizione locale. Si potrebbe dire, quindi, che la connotazione internazionale dell'arbitrato riguarda più gli effetti che la natura, in quanto il connotato di internazionalità allude ad un procedimento che incide su soggetti – e dunque ordinamenti – differenti ma che ha pur sempre una propria «nazionalità», ossia un ordinamento di appartenenza⁸. E' per questo che sembra più corretto parlare di arbitrato nei rapporti internazionali che non di "arbitrato internazionale".

Ciò premesso, così come per il giudice, anche per l'arbitro vige il principio dello *iura novit curia*, in virtù del quale, egli deve ben conoscere le fonti

⁷ V. cap.2, par.3.

⁸ Questo allude alle problematiche dei c.d. *floating arbitrations* di cui si dirà nel paragrafo seguente

dell'arbitrato internazionale che, logicamente saranno differenti dalle fonti dell'arbitrato domestico⁹.

Le criticità maggiori di un arbitro di un conflitto internazionale sembrerebbero tuttavia risiedere non tanto nella imprescindibilità per l'arbitro, di adoperare nella soluzione di un medesimo caso una duplice *forma mentis* – circostanza che dovrebbe darsi per acquisita – quanto piuttosto nella sua capacità di individuare e recepire le specifiche «coloriture normative» che quell'arbitrato internazionale assume per effetto degli ordinamenti con i quali interferisce. A seconda della *lex arbitri* scelta dalle parti, il procedimento nel quale l'arbitro dovrà pronunciarsi presenterà caratteristiche specifiche da stato a stato (di riferimento) e diverse dalla disciplina che detto ordinamento prevede per l'arbitrato domestico¹⁰.

⁹ Schematicamente, la struttura gerarchica delle fonti del diritto dell'arbitrato internazionale è la seguente. Al vertice sono poste le norme inderogabili, le quali si suddividono in norme delle Convenzioni internazionali — tra le quali, rileva, in modo particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 — e norme interne, ossia le norme imperative dell'arbitrato di diritto comune. Il nocciolo duro di tali regole si esprime nel concetto di giusto processo, espressamente richiamato dall'art. 6 della Cedu; pertanto la loro violazione renderà il lodo non riconoscibile in quanto in contrasto con l'ordine pubblico internazionale. La questione sull'applicabilità dell'art. 6 della Cedu all'arbitrato sarà trattata nel cap. 5. Ad un livello successivo sono poste le regole che promanano dalla volontà delle parti, che può essere espressa in forma diretta, nelle convenzioni di arbitrato o in via indiretta, attraverso le determinazioni sullo svolgimento del procedimento, imposte dagli arbitri, ma sempre entro i limiti di quanto è loro concesso dalle parti, ovvero mediante il richiamo a regolamenti arbitrali precostituiti. Su di un piano ancora inferiore si collocano le norme derogabili delle convenzioni internazionali e ad un livello ancora successivo è posta la legge nazionale. Infine, alla base della piramide delle fonti, si trova il c.d. diritto comune dell'arbitrato internazionale, con efficacia non vincolante o di c.d. *soft law*. Il tema del sistema delle fonti dell'arbitrato internazionale nella disciplina italiana è trattato approfonditamente da tutti i manuali di diritto processuale civile nonché dai trattati sul diritto dell'arbitrato ai quali si rinvia.

¹⁰ Quando si parla di *lex arbitri* si fa riferimento alla legge applicabile al procedimento arbitrale. Per gli autori che sostengono che la legge del procedimento debba necessariamente coincidere con la legge dell'ordinamento in cui l'arbitrato ha sede, è dunque la *lex arbitri* che determina la natura domestica od estera dell'arbitrato. In tale direzione si esprime RICCI G. F., *Diritto processuale civile*⁶, Bologna, 2017, pp. 517-518. La presunzione di corrispondenza tra sede e nazionalità dell'arbitrato, nella cui direzione sembra deporre l'art. 816 c.p.c., rappresenta la regola generale, anche alcuni autori non escludono la possibilità di un arbitrato con sede in Italia, al quale poter applicare la legge procedimentale di un altro ordinamento. V. sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 60-61. Va tenuta distinta dalla *lex arbitri*, la *lex fori*, ossia la legge processuale applicabile alle dinamiche arbitrali che richiedono l'intervento giudiziale, ossia

Potrebbe quindi avere un senso evidenziare quelli che sono, gli aspetti della disciplina arbitrale sui quali esistono maggiori margini di intervento per le discipline dei singoli ordinamenti di riferimento.

Il momento in cui il rapporto tra arbitrato internazionale ed «ordinamento madre» si percepisce con maggiore evidenza è probabilmente quello del controllo giudiziale sulla decisione arbitrale, questione che si esprime, sul versante interno, attraverso il sistema predisposto da ciascun ordinamento per l'impugnazione del lodo, e, sul versante estero, attraverso il riconoscimento del lodo estero, ossia mediante la disciplina dei motivi di opposizione al riconoscimento ed all'esecuzione. Altro profilo sul quale si esprimono i localismi della giurisdizione è quello dell'ordine pubblico. Esistono poi importanti interferenze nazionali anche nella genesi del lodo, quali le questioni inerenti la capacità a sottoscrivere il patto compromissorio, il regime dei poteri cautelari dell'arbitro e, sotto certi aspetti, la disciplina dell'imparzialità e della ricusazione del giudice privato. L'analisi di tali profili, dalla prospettiva italiana, costituisce oggetto del presente lavoro.

Il contesto normativo nel quale si inseriscono tali riflessioni è quello del legislatore del 2006¹¹.

Con tale intervento di riforma, l'Italia è entrata a fare parte di quella categoria di ordinamenti che adottano il meccanismo della sostanziale assimilazione tra i due regimi di arbitrato, interno ed internazionale¹².

i casi di c.d. assistenza giudiziaria all'arbitrato e le ipotesi dei controlli sul lodo. tale legge è quella della sede dell'arbitrato, in quanto trattasi della giurisdizione dotata di potere coercitivo nei luoghi in cui l'assistenza è necessaria. Pertanto si avrà, tendenzialmente una coincidenza tra *lex arbitri* e *lex fori*, ma i concetti sono differenti.

¹¹ Trattasi del D.lgs. n. 40 del 2006, entrato in vigore il 2 marzo dello stesso anno.

¹² il riferimento alla summa *divisio* tra ordinamenti che regolano l'arbitrato internazionale in virtù di una disciplina autonoma ed ordinamenti che adottano invece il sistema della c.d. assimilazione, richiama alcune considerazioni sul sistema francese, in relazione al quale, la riforma dell'arbitrato del 2011 ha mantenuto inalterata la distinzione tra norme relative all'arbitrato interno ed internazionale. La differente tecnica di regolamentazione tra Italia e Francia rispecchia il differente *animus* dei due riformatori. La scelta del legislatore francese di mantenere la «specialità» delle norme sull'arbitrato internazionale esprime l'intanto di

L'abrogazione della norme del codice di procedura civile che contenevano la «disciplina speciale» dell'arbitrato internazionale, di cui agli articoli 832-838 c.p.c., ha posto in luce questioni di tipo sistematico ed interpretativo strettamente connesse al rapporto tra arbitrato internazionale e giurisdizione statale.

In particolare, se da una parte l'intervento normativo del 2006 è stato giustificato dall'intento di semplificare e dunque incentivare l'applicazione della giustizia arbitrale nel suo complesso, implementandone le potenzialità nelle applicazioni internazionali, in concreto, l'accorpamento dei due regimi potrebbe intendersi come responsabile di una «contaminazione in senso inverso» tra le due discipline; come se i limiti all'autonomia contrattuale, di cui tradizionalmente risentiva l'arbitrato interno si fossero riflessi, sotto determinati profili, sul versante internazionale¹³.

affrancare il più possibile l'arbitrato dalla giurisdizione statale, esprimendosi in un nucleo di norme inderogabili per l'arbitrato domestico ed in una sorta di generale rinvio alla volontà delle parti in ambito internazionale. In Italia diversamente, la riforma nasceva fin da subito meno radicale. Per alcuni riferimenti sulla vastissima bibliografia sulla disciplina francese dell'arbitrato internazionale, con focus sui profili di riforma del 2011 v. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982; LOTTI, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, pp. 254-271; PERROT ROGER, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, pp. 416 - 432; FOCUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, 1996; MOURRE, *Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme*, in *Gazette du Palais*, 2000, p.2066ss; POUURET e BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles – Paris – Zurich, 2002; ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 Ce*, in *Rev arb.*, 2004, p. 253ss; RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil des Cours*, 2005, p.35ss; BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero - [auxiliary and control functions court and foreign arbitration]* in *Riv. arb.*, 2011, pp. 573- 612; GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international* in *Riv. arb.*, 2011, p. 525 ss; DE SANTIS e WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico* in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, pp.95-107; BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato* in *Riv. arb.*, 2012, pp. 491- 528.

¹³ RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir.proc.*, 2010, p.1267ss. In senso critico sulla riforma italiana dell'arbitrato del 2006 v. tra i molti, BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir.comm.internaz.*, 2009, pp. 483-484; RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia.*, cit., pp.1267-1282; CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della*

Nel senso anzidetto rileva, l'abrogazione dell'art. 834 c.p.c., che attribuiva *prima facie* la scelta della *lex causae* alle parti, prevedendo una serie di criteri residuali nell'ipotesi in cui mancasse la determinazione dei litiganti sul punto¹⁴. Ancora più problematiche si sono rivelate le questioni interpretative sul concetto di ordine pubblico, sia inteso quale motivo ostativo al riconoscimento del lodo da parte del giudice dell'ordinamento *ad quem*, ai sensi di quanto previsto dall'art. 839 c.p.c., sia quando inteso come parametro di riferimento che gli arbitri devono osservare nella scelta della legge applicabile al merito¹⁵, ovvero ancora, secondo quanto previsto all'art. 829 c.p.c., quale strumento di verifica della compatibilità della sentenza

relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 603 ss. e p. 955ss; BENEDETTELLI – RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale* in *Corr. giur.*, 2011, p.136ss, spec.141. Mentre in senso favorevole seppur con alcune riserve si esprimono RICCI E.F., *La longue marche vers "l'internationalisation" du droit italien de l'arbitrage*, in *Les chaires de l'Arbitrage*, 2006, pp.11-15; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, pp.679-709.

¹⁴In seguito all'abrogazione dell'art. 834 c.p.c. sono sorte questioni interpretative sui criteri di determinazione della legge sostanziale applicabile alla controversia internazionale. La dottrina critica della riforma del 2006 è giunta sino a mettere in dubbio che, a seguito dell'eliminazione della citata norma, la volontà delle parti possa ancora considerarsi criterio prevalente. In vero, tale regola si considera ancora il criterio preminente, considerata la convergenza delle fonti internazionali in tale direzione. Le questioni aperte riguardano quindi essenzialmente i casi in cui dal patto compromissorio non emerga la determinazione delle parti. La gerarchia delle fonti che operano in tali casi parrebbe la seguente: (i) fonti sovranazionali, quali i regolamenti europei nn. 598/2008 ed 864/2007, rispettivamente sulle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali (ii) regole di diritto internazionale privato in virtù dei quali individuare l'ordinamento di collegamento. In un secondo momento, mediante le leggi di diritto internazionale privato dell'ordinamento individuato, es. l.218/1995 per l'Italia, risalire alla legge sostanziale applicabile. Una diversa prospettiva ritiene possibile decidere il merito della controversia, prescindendo dall'applicazione di una legge nazionale ed applicare, cioè, la *lex mercatoria*, ovvero l'insieme delle regole derivanti dai principi comuni a più ordinamenti nazionali (c.d. *trunc commun*).

¹⁵ Sotto questo profilo viene in rilievo la questione del rapporto tra arbitri e diritto dell'Unione europea sul quale v. ampia ricognizione di RASIA, *Il controllo del lodo in caso di impugnazione per violazione delle norme di ordine pubblico europeo: la situazione in Francia*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 395-407 e *Tutela giudiziale europea ed arbitrato*, Bologna, 2010, 209ss; RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, in *Riv. arb.*, 2004, pp.9-22; BENEDETTELLI, «*Pensiero debole*» nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato in *Dir. comm. Internaz.*, 2012, p. 306 ss.

arbitrale con l'ordinamento di riferimento.¹⁶ Tali considerazioni non equivalgono a negare, *tout court*, ogni effetto positivo alla riforma del 2006 ed è forse per questo che tanto si è discusso sul segno da attribuire al bilancio complessivo della riforma. Importanti sono stati l'abolizione della possibilità di impugnare i lodi per violazione di regole di diritto – salvi i casi tassativi previsti all'art. 839 c.p.c.¹⁷ – ovvero la previsione della competenza esclusiva in capo agli arbitri dei conflitti internazionali, nel giudizio rescissorio *post* annullamento, ai sensi dell'art 839, comma 2, c.p.c.¹⁸. Anche le modifiche al concetto stesso di “arbitrato internazionale”, da un criterio oggettivo a quello, più flessibile, di tipo soggettivo, rispecchiano l'atteggiamento di maggior fiducia riposto dal legislatore in un sistema arbitrale più fluido e di maggior favore per i *litigators* transnazionali.

Tutto considerato, le inadeguatezze di quello che oggi si definisce l'arbitrato di diritto comune¹⁹ hanno certamente come effetto quello di svantaggiare l'Italia in termini di *appeal* per il radicamento di liti transfrontaliere. Le cause parrebbero di tipo sistemico e normativo.

Nel primo senso, si può avanzare l'ipotesi che l'intento del legislatore del 2006, fosse, celatamente, quello di deflazione del carico giudiziario, piuttosto che non di implementazione delle potenzialità caratteristiche

¹⁶ Sui vari aspetti della materia ai quali ci si può riferire, parlando di ordine pubblico v. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*⁵, Bologna, 2020, p.661-662

¹⁷ Trattasi, ai sensi di quanto previsto all'art. 829, comma 3 e 4, c.p.c., dei casi di: (i) espressa previsione legislativa (ii) volontà delle parti (iii) della violazione delle norme sull'ordine pubblico (iv) controversie in materia di lavoro (v) casi in cui la violazione delle regole di diritto riguardi una questione pregiudiziale su di una materia non arbitrabile.

¹⁸ Nell'arbitrato internazionale la regola sulla competenza a decidere nel merito, in seguito all'annullamento del lodo, è capovolta rispetto a quanto previsto per l'arbitrato domestico. In tale caso, cioè, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 830, comma 2 c.p.c., la competenza a decidere nel merito spetta sempre all'arbitro, salvi i casi in cui le parti dispongano per la competenza della Corte d'appello nel patto di arbitrato o ne facciano concorde richiesta. La *ratio* della norme evidentemente quella di minimizzare i casi di interferenza della giurisdizione statale nell'arbitrato e dunque tutelare al massimo la volontà delle parti.

¹⁹ Con ciò intendendo tutte le norme sull'arbitrato, sia interno sia internazionale, da non confondere con il diritto comune dell'arbitrato internazionale, di cui si è detto in relazione alla legge modello Uncitral del 1985.

dell'arbitrato quale servizio diverso dal processo²⁰. Sotto il secondo versante, le *impasses* nell'applicazione di una normativa sono spesso addebitabili alla tecnica adoperata dal compilatore, che in tale caso ha scelto di intervenire in maniera settoriale e talvolta contraddittoria sul codice di rito, anziché attraverso la predisposizione di un organico articolato sull'arbitrato internazionale, che ne potesse preservare la "specialità".

A quasi dieci anni dalla riforma, la consapevolezza sui limiti del diritto italiano dell'arbitrato internazionale è un dato concreto e rappresenta il punto da cui partire per riflettere su quello che è stato fatto e che ancora si potrebbe fare per riportare luce sull'Italia quale ordinamento di riferimento di un arbitrato internazionale.

2. Arbitrato anazionale. L'autosufficienza della decisione nei sistemi ICSID e CETA

Le riflessioni condotte sui concetti di arbitrato nazionale, internazionale ed estero parrebbero condurre ad una risposta di segno positivo alla domanda se debba necessariamente sussistere un collegamento tra lodo ed un determinato ordinamento nazionale.

Ciò premesso, le letture ipotizzabili parrebbero due. O si adotta la soluzione secondo la quale l'arbitrato rappresenta un via totalmente alternativa alla giurisdizione, per cui il lodo una volta emesso non è più controllabile, potendo pertanto circolare ovunque – in ciò esprimendosi il concetto di arbitrato anazionale – ovvero si avvalora la tesi che ritiene che ogni

²⁰La specificità della natura dello strumento arbitrale è evidenziata in maniera assai chiara da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato.*, cit., pp. 19-21, che qualifica l'arbitrato come *tertium genus* rispetto a sentenza e contratto ed afferma che «la parificazione degli effetti tra lodo e sentenza non significa, dunque, che entrambi condividano la stessa natura, ma rappresenta la spia della fungibilità di risultato, frutto della spinta normativa a valorizzare vie alternative di risoluzione della lite».

arbitrato e lodo debbano imprescindibilmente avere una «terra ferma» ossia un ordinamento nazionale su cui poggiare le proprie fondamenta.

Se è possibile affermare che esistono, entro un certo limite, arbitrati in grado di autoregolamentarsi in base ad una disciplina *ad hoc*, traente origine sul piano internazionale, sembra doversi escludere l'idea di arbitrati totalmente autonomi. Con altre parole, se appare del tutto lecito che determinati stati si accordino, sul piano internazionale, sulle regole da applicare in relazione ad alcune applicazioni dell'arbitrato, ovvero rispetto alla disciplina di determinate fasi del procedimento – come ad esempio avviene, rispettivamente, attraverso la Convenzione di Ginevra del 1961, per le controversie commerciali internazionali, ovvero mediante la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri –, diverso significato assume il concetto di arbitrato anazionale, inteso come giudizio privato di risoluzione delle controversie, autosufficiente, in quanto esclude, ogni interferenza, o meglio, supporto, di una giurisdizione nazionale.

Le ragioni per cui si ritiene più attendibile la seconda delle due opzioni interpretative sono strettamente connesse alla natura processuale del giudizio privato. Se cioè, la parificazione degli effetti tra lodo e sentenza, postulata dall'art. 824-*bis*, viene correttamente intesa, ossia fatta equivalere ad una sostanziale fungibilità dei risultati, per l'arbitrato, così come per il processo, emerge la necessità di un «potere» che garantisca tale risultato. E' la realizzazione concreta del comando del giudice privato che equivale, in concreto, ad una tutela effettiva e questa, non può che essere garantita dal «braccio dello stato», ossia da un soggetto che, in quanto incardinato in una pubblica amministrazione, dispone del potere coercitivo di cui l'arbitro, per converso, è ontologicamente sfornito²¹.

²¹ La imprescindibilità di un legame tra arbitrato ed ordinamento nazionale è discussa approfonditamente in dottrina, specialmente in relazione al tema del riconoscimento del lodo annullato nel paese di origine, trattato al cap. 3 e al quale si rimanda. Per un

Gli effetti della pronuncia di uno o più terzi in una controversia, secondo modalità che non presuppongono alcun legame con un dato ordinamento giuridico, potrebbero, al limite, essere ipotizzabili su di un piano meramente contrattuale, come quello del lodo irrituale²². In relazione a ciò, bisogna però evitare di cadere nel fraintendimento che potrebbe essere generato dallo schema processuale mediante il quale si forma la volontà delle parti.

La peculiarità dello strumento previsto all'art. 808-ter è infatti che «esso è un negozio per ciò che riguarda il risultato, ma per il resto è anch'esso un giudizio»²³. Non è quindi pertinente al ragionamento da cui si è partiti individuare nell'arbitrato irrituale una risposta affermativa sull'esistenza dell'arbitrato anazionale, in quanto il lodo irrituale non è una decisione che pone fine ad una controversia tra le parti ma è un mero contratto.

Peraltro, l'autosufficienza del lodo-contratto non è in ogni caso assoluta, in quanto, l'effettività di ogni obbligazione contrattuale è pur sempre garantita dalla possibilità per la parte di rivolgersi al giudice per richiedere l'adempimento del contratto²⁴. Pertanto, anche in questo caso l'ultima parola spetta al giudice statale.

Senza cadere, quindi, nel *misunderstanding* che porterebbe ad argomentare sull'arbitrato anazionale attraverso dinamiche che esorbitano dall'alvo giurisdizionale, il percorso logico verso la ricostruzione di un'ipotetica

inquadramento generale v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato.*, cit., pp. 68-70; BIAVATI, *Arbitrato internazionale in Arbitrati speciali*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2016 pp. 580-583; BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, p. 17ss.

²² L'istituto è oggi previsto a livello legislativo dall'art. 808-ter, introdotto dalla riforma del 2006.

²³ Cfr. RICCI G. F., *Diritto processuale civile.*, cit., p.522. La regolamentazione normativa dell'arbitrato irrituale si ottiene, per sottrazione, dalla disciplina dell'arbitrato rituale. Si ritiene cioè che, nell'insieme di regole relative al rapporto tra arbitri e giudici e norme sullo svolgimento del procedimento, le prime sono inapplicabili, in quanto dall'arbitrato irrituale non promana un lodo-sentenza; diversamente, verranno richiamate le seconde in quanto l'arbitrato rituale risulta, logicamente, il tipo di processo più vicino al procedimento strumentale alla pronuncia del lodo ex art. 808-ter c.p.c.

²⁴ Ci si riferisce al giudice competente secondo gli ordinari criteri di valore, materia e territorio, di cui all'art. 7ss, come se si impugnasse un vero e proprio contratto

fondatezza dei *c.d. floating arbitrations* pone in luce un fenomeno giuridico unico e complesso, ossia l' arbitrato gestito dell' *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), regolato dalla Convenzione di Washington del 1965.

Il rilievo di tale strumento risiede, da un lato, nella circostanza che esso è dai più ritenuto l'unico esempio di arbitrato autoportante e, dall'altro, dalla sua funzione di modello di disciplina per la maggior parte degli arbitrati internazionali, previsti, attraverso clausole ISDS, negli accordi di investimento²⁵.

La Convenzione è stata stipulata per iniziativa della *World Bank*, agenzia specializzata dell'ONU, con l'intento di implementare lo sviluppo economico mondiale attraverso il movimento di capitali dai paesi sviluppati verso i paesi in via di sviluppo²⁶. Il testo internazionale è stato ratificato dall'Italia il 29 marzo del 1971, dove è entrato in vigore lo stesso anno, ed ha un'estensione europea e mondiale molto significativa.²⁷

Premessa la relatività della prospettiva dalla quale si vuole riflettere sulla tematica ICSID, quella cioè dell'indagine sull'autonomia di un lodo da una giurisdizione, qualche notazione pare necessaria in ordine alla struttura e portata applicativa dell'ente.

Il Centro è costituito da due organi con funzioni differenziate; il Consiglio di Amministrazione ed il Segretariato. Il primo svolge un ruolo prevalentemente gestorio ed istituzionale; adotta le regole arbitrali e di conciliazione, elegge il Segretario Generale ed individua i professionisti da

²⁵ L'acronimo ISDS sta per *Investor-State Dispute Settlement* e si utilizza per indicare accordi compromissori, in forma di compromesso o clausola compromissoria previsti negli accordi di investimento transnazionali. L'arbitrato internazionale rappresenta il mezzo di risoluzione delle controversie Stato-investitore maggiormente utilizzato al mondo negli accordi di investimento fino ad ora siglati, come emerge dai dati UNCTAD, secondo cui su un totale di 1571 accordi conclusi, 1912 degli accordi operanti contengono clausole ISDS che prevedono un arbitrato internazionale.

²⁶ BROCHES, *Selected essays. World Bank, ICSID and other subjects of public and private international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 192.

²⁷ L'ambito di applicazione soggettiva della Convenzione è molto esteso. Ad essa aderiscono 154 stati su 193, aderenti all'ONU e da 27 stati membri dell'Unione Europea.

inserirle nelle liste degli arbitri e dei conciliatori. Esso si occupa anche della nomina del *panel* arbitrale, nel caso in cui questo non avvenga mediante il tradizionale meccanismo della clausola binaria²⁸. Il Segretariato, composto da settanta membri, svolge funzioni di supporto tecnico-amministrativo per ogni attività del Centro e gestisce la soluzione arbitrale o conciliativa delle controversie, affidata, tendenzialmente, ad un collegio composto da tre arbitri i quali possono essere scelti dalle parti anche al di fuori delle liste predisposte dal Centro²⁹.

La giurisdizione dell'ICSID è delineata dall'art. 25, che postula la necessaria sussistenza di quattro presupposti.

Il primo risiede nella manifestazione del consenso – nelle forme di compromesso o clausola compromissoria – da parte dell'investitore privato e dello Stato ospite. La formazione delle reciproche volontà dei contraenti eleva l'accordo tra di essi intercorrente ad obbligazione transnazionale e rende l'investitore privato soggetto di diritto internazionale. Il consenso delle parti equivale, ai sensi dell'art.26 della Convenzione, alla rinuncia a qualsiasi altra forma di tutela del rapporto di investimento³⁰.

Il secondo elemento necessario per adire l'ICSID attiene ai requisiti soggettivi delle parti, che esprimono la c.d. giurisdizione *ratione personae*. Deve trattarsi, imprescindibilmente, di una parte pubblica ed una privata, di cittadinanza diversa l'una dall'altra, ossia di uno Stato e di un *national*-investitore privato di un altro stato³¹. L'ambito di applicazione soggettivo

²⁸ Il meccanismo della clausola binaria prevede che entrambe le parti scelgano un arbitro e poi le parti insieme, oppure gli arbitri nominati, a loro volta selezionano il terzo arbitro. Nel caso di mancato accordo provvede il presidente un'apposita autorità di nomina, selezionata tra i presidenti degli organi giudiziari, il presidente di un ordine professionale o di una camera di commercio.

²⁹ Per maggiori dettagli sulla struttura e l'organizzazione istituzionale dell'ente v. ICISD, *Introducing ICSID*. Testo consultabile in icsid.worldbank.org.

³⁰ In questo senso la giurisdizione ICSID si pone come esclusiva rispetto ad ogni eventuale violazione dei trattati bilaterali di investimento (BITs).

³¹ Per maggiori approfondimenti sull'ambito di applicazione soggettivo dell'ICSID, si veda WILLIAMS in Muchlinski, Ortino, Schreuer (a cura di), *The Oxford handbook of international investment law*, 2007, p. 884; BROCHES, *op.cit.*, p. 203

del testo ICSID ha subito un significativo ampliamento nel 1978, con l'approvazione delle *Additional Facility Rules*, che hanno postulato che parte della controversia possa essere anche uno stato privo della qualità di membro della Convenzione³². Il concetto di stato, come parte pubblica della controversia, è denso ed oggetto di approfondite interpretazioni, rese necessarie in ragione della natura laconica della norma. Oltre allo stato in senso stretto, possono essere parte dell'accordo anche gli enti pubblici e gli organismi dipendenti dallo stato³³.

L'art. 25 della convenzione richiede poi che la controversia sottoposta all'ICSID abbia «natura giuridica», senza, però fornire criteri utili a qualificare come giuridica una controversia. La laconicità di detta previsione parrebbe frutto di un'espressa scelta del compilatore, tesa a scongiurare che l'arbitrato ICSID venga strumentalizzato per interessi puramente commerciali, quale la rinegoziazione dei termini di un accordo, ovvero per regolare situazioni di mero conflitto di interessi, in cui manchi la effettiva violazione di un diritto³⁴.

E' possibile dunque ipotizzare modelli descrittivi del concetto di «giuridicità», quali i casi di violazione dei termini di un accordo ovvero la non corretta applicazione di norme fiscali o doganali anche se ogni elenco non sarebbe in tal senso esaustivo. L'unico «filtro» attendibile, nella selezione delle controversie aventi «natura giuridica», appare quello che

³² Il Consiglio di amministrazione ICSID, nel suo dodicesimo meeting annuale, ha approvato le c.d. *Additional Facility Rules*, considerata un'estensione del regolamento che definisce i limiti entro i quali il Segretariato del Centro è legittimato ad amministrare i procedimenti che formalmente non sarebbero compresi nell'ambito di applicazione della Convenzione.

³³ Con «ente» si fa, in genere, riferimento a una circoscritta dimensione operativa. Esso è individuato da caratteristiche quali l'attribuzione di poteri vincolati al conseguimento dell'interesse pubblico locale, il finanziamento a carico dell'Erario e la natura obbligatoria. Per organismo di diritto pubblico si intende invece una congerie di entità operative a livello nazionale che agiscono per conto dello stato, anch'esse organizzate per il conseguimento di un interesse pubblico vincolato. Vedi, sul punto, CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2017, pp. 340-345; WILLIAMS, *op.cit.*, p. 902.

³⁴ In questo senso BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, 2008, p. 280

ritiene controversia giuridica quella avente ad oggetto la richiesta di tutela – nei termini di rimedi restitutori e riparatori – avverso la lesione di diritti previsti *ex lege*³⁵.

Si giunge infine all'ultimo presupposto identificativo della giurisdizione ICSID, quello cioè dell' «investimento» come oggetto della controversia. Questo presupposto delinea la giurisdizione *ratione materiae* e risulta senz'altro il più delicato. Il concetto di «investimento» rappresenta infatti uno dei canali attraverso cui il Centro tenta di estendere la propria giurisdizione a scapito di quella delle corti interne, dando vita ad inevitabili conflitti di giurisdizione, che come si dirà, costituiscono, una delle principali disfunzioni della Convenzione.

Il problema nasce dalla indeterminatezza dell'art. 25, che non definisce esplicitamente il concetto di investimento. La giurisprudenza ICSID ha elaborato due criteri interpretativi. Il primo, di matrice oggettiva, è quello che si basa sul c.d. Salini Test, secondo cui, sussiste un investimento alla presenza di determinate caratteristiche obiettive dell'operazione economica: (i) il rischio di perdita di capitali in capo all'investitore (ii) l'impegno di importanti risorse finanziarie (iii) la strumentalità dell'investimento rispetto allo sviluppo dello Stato (iv) la significativa estensione temporale dell'operazione³⁶. Il criterio soggettivo opera, invece, considerando investimento ogni operazione oggetto di un patto compromissorio dinanzi all'ICSID, secondo la concorde volontà delle parti. Come a dire che, accertata la bontà del consenso di ambo le parti, l'operazione si presume investimento.

³⁵ SCHREURER, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 104

³⁶ Trattasi del noto caso *Salini Costruttori s.p.a. e Italstrade vs Kingdom of Morocco* del 2001, reperibile in *italaw.com*

Ciò premesso, è possibile mettere a fuoco le ragioni per cui l'ICSID potrebbe apparire un *floating arbitration*.

Un primo profilo è, secondo quanto sopra detto, certamente di tipo strutturale e regolamentare. La prospettiva che tuttavia connota maggiormente il fenomeno ICSID attiene alla natura ed agli effetti decisioni arbitrali, specialmente sotto il profilo impugnatorio.

Un primo fattore che giustifica le riflessioni in termini di autonomia dell'ICSID risiede nel dato per cui ai fini del riconoscimento della decisione pronunciata dal tribunale del Centro non è richiesta alcuna delle condizioni previste per il riconoscimento delle sentenze straniere dalla legge dell'ordinamento *ad quem*; ai sensi dell'art.54 del Regolamento, risulta a tal fine sufficiente l'accertamento, da parte della corte nazionale, dell'autenticità della sentenza come certificata dal Segretariato Generale. Pertanto la certificazione del Centro conferisce *de plano* al lodo efficacia di *res iudicata* alla stregua di ogni decisione emessa da un tribunale nazionale. Il secondo profilo nel quale l'indipendenza del sistema-ICSID si scorge in maniera ancora più tangibile è quello, successivo, dell'esecutorietà della decisione considerato che l'*exequatur* del lodo è emesso dal giudice del luogo in cui si trovano i beni dell'esecutato³⁷, automaticamente, senza alcuna possibilità per il soccombente, di opporsi al riconoscimento od alla esecuzione³⁸.

Andando ancora oltre succedersi delle fasi di “vita del lodo”, anche il sistema controlli sulla decisione, rafforza l'autoreferenzialità del sistema. Il

³⁷ Il riconoscimento attiene all'efficacia di *res iudicata* di tutto il contenuto del lodo; l'esecutorietà riguarda invece solo la parte della decisione relativa alle sole obbligazioni pecuniarie.

³⁸ Nessun rilievo assume tra stati contraenti della Convenzione di Washington, l'ordinamento giuridico della sede dell'arbitrato o del luogo in cui la sentenza è stata emessa. Ne consegue che tra gli stati membri della citata Convenzione non sarà applicabile la Convenzione di New York del 1958, non costituendo, il lodo ICSID, «sentenza straniera», secondo la qualificazione di cui al testo di New York. V. sul punto BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2012, p.4; BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato* in *Riv. arb.* 1998, p.453ss

lodo non è infatti soggetto ad appello o ad altre forme di impugnazione, se non nelle forme previste dalla Convenzione. Trattasi di: interpretazione, riesame ed annullamento, disciplinati dall'art. 50ss.

Con l'interpretazione, su istanza della parte interessata, il Segretario Generale del Centro sottopone una questione interpretativa relativa alla decisione emessa, alla medesima formazione giudicante che l'ha pronunciata³⁹. Attraverso il riesame si chiede la rivalutazione della decisione alla luce di un nuovo fatto, non conosciuto o conoscibile dall'istante e dal Tribunale al momento della decisione⁴⁰.

L'annullamento, infine, è lo strumento che più si avvicina all'impugnazione del lodo rituale *ex art. 829 c.p.c.*, in quanto è ammesso per motivi tassativi, di natura essenzialmente procedurale⁴¹; tuttavia, a differenza di quanto previsto dal codice di rito, l'annullamento del lodo ICSID non è richiesto ad un organo statale, che funge da "secondo grado di giudizio", bensì ad un *panel* arbitrale formato *ad hoc*, e composto da professionisti selezionati dalla liste gestite dall'ente⁴².

Se quanto detto conduce nel senso di ritenere che l'ICSID certamente rappresenti un *unicum* nel panorama degli arbitrati internazionali, caratterizzato, sulla carta, da un quasi assoluto livello di autonomia operativa, pare tuttavia possibile avanzare qualche perplessità sulla «tenuta giuridica» di tale sistema, una volta inserito nel contesto delle decisioni su scala globale.

Un primo punto di debolezza del sistema delineato dalla Convenzione di Washington risiede nei citati e crescenti conflitti di giurisdizione tra Centro

³⁹ Ai sensi di quanto previsto dall'art. 50 della Convenzione.

⁴⁰ Sul punto v. RUBINO-SAMMARTANO in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione.*, Bologna, 2009, p. 1121

⁴¹ I motivi che conducono all'annullamento della decisione ICSID hanno natura procedurale e sono elencati, tassativamente, all'art. 52 della Convenzione. Si tratta di: (i) vizio nella costituzione del tribunale (ii) manifesto eccesso di potere del tribunale (iii) grave inosservanza di una norma fondamentale del procedimento (iv) difetto di motivazione della decisione.

⁴² Ai sensi di quanto previsto dall'art.54 della Convenzione

e corti interne, fenomeno che rappresenta, paradossalmente, uno dei rischi che la Convenzione di Washington era, nei propri intenti, tesa a scongiurare. La questione appare spiegabile in due ordini di motivi. Da un lato, emerge la tendenza del Centro ad ampliare la propria legittimazione attraverso l' esasperazione del criterio soggettivo di interpretazione del concetto di investimento⁴³. Dall'altro, le questioni di giurisdizione paiono insite nelle clausole dei trattati bilaterali di investimento (BITs), che estendono la giurisdizione del Centro anche alle controversie relative alla violazione dei contratti di investimento⁴⁴.

Il secondo «tallone di Achille» della Convenzione conferma le considerazioni dalle quali si era partiti in relazione alla necessità di assistenza giudiziaria all'arbitrato affinché la tutela contenuta nel lodo possa considerarsi effettiva. Si tratta, cioè del problema dell'esecutorietà del lodo ICSID nei casi in cui l'esecutato non vi dia spontanea attuazione⁴⁵. Sempre in tale contesto emerge, peraltro, il problema delle immunità degli stati dall'esecuzione⁴⁶.

⁴³ Sul punto v. SAVARESE, *Il concorso di giurisdizioni nelle controversie tra Stati e privati stranieri in materia di investimenti: a proposito di due contrastanti sentenze dell'ICSID*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, pp. 955-971. L'autore osserva che la tendenza del Centro ad ampliare la propria giurisdizione, attraverso la portata espansiva del consenso delle parti crea diffidenza ed atteggiamenti di chiusura negli stati membri, prodromiche alla crisi di legittimazione dell'ente.

⁴⁴ Il senso di queste clausole si spiega con la circostanza che spesso la violazione del contratto coincide con la violazione del trattato.

⁴⁵ Da un punto di vista logico, le questioni sull'esecutorietà della decisione ICSID, ed in generale di ogni decisione arbitrale in ambito internazionale, si pongono nei soli casi in cui la parte soccombente abbia quantomeno fondati argomenti per opporsi all'adempimento del lodo; diversamente, l'esecutato non potrà che adempiere alla decisione arbitrale, eliminando, in *limine*, ogni *impasse* sugli strumenti giuridici a cui poter ricorrere per tutelare l'effettività della decisione.

⁴⁶ Per una visione d'insieme sulla problematica delle immunità degli Stati dall'esecuzione v. BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze.*, cit., pp. 9-11. Egli osserva che nella maggior parte degli ordinamenti, per arginare il problema delle immunità all'esecuzione, si è adottata una concezione di immunità relativa o ristretta, in virtù della quale, i beni dello Stato destinati ad attività commerciale non sono immuni, mentre quelli destinati all'esercizio delle prerogative sovrane si. Tuttavia, come evidenzia l'autore, tale scelta è poco risolutiva in quanto la destinazione dei beni dello Stato dipende è individuata dalla legge del foro.

L' «impermeabilità» dei beni dello stato esecutato alle decisioni ICSID, deriva proprio dalla mancanza di una giurisdizione-apparato dell'arbitrato ICSID legittimata ed eseguire coattivamente il comando che da esso promana. Il regime dei beni statali *in executivis* rimane dunque nell'alvo delle legislazioni nazionali. Alcune proposte sono state avanzate, in chiave risolutiva, dalla giurisprudenza francese che ha ipotizzato che, in forza del principio di buona fede e di collaborazione nell'esecuzione degli accordi internazionali, sia possibile affermare che l'accettazione della giurisdizione del Centro da parte dei *litigators*, ed il carattere obbligatorio della sentenza, equivalgano all'elisione delle immunità esecutive dello stato contraente. Tuttavia, per ora, si tratta più di prospettive teoriche che non di soluzioni concrete, e tale liberalità sulle immunità degli stati dalla esecuzione pare, in vero, atteggiamento al quale gli stati faticano a conformarsi⁴⁷.

Nell'analisi delle tematiche connesse al concetto di arbitrato anazionale, non può non menzionarsi il fenomeno, di recente conio, rappresentato dall'*Investment Court System* (ICS), previsto dal *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), siglato tra Unione Europea e Canada il 30 ottobre 2016 ed entrato in vigore, in via provvisoria, il 17 dicembre 2017⁴⁸.

Il rilievo economico del trattato è indubbio; esso rappresenta il primo accordo economico globale tra Europa ed un paese ad alta

⁴⁷ Nel senso di esclusione delle immunità dello stato, in presenza del consenso delle parti all'accordo ICSID, C. app. Parigi, 12 dicembre 2001, in *Rev.arb.*, 2003, p.417. In senso opposto, hanno negato l'esclusione delle immunità sui beni utilizzati per le missioni diplomatiche, in forza della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, C.app. Parigi, 10 agosto 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France at a.c. Compagnie Noga d'importation ed d'exportation*, in *Rev.arb.*, 2001, p.114 con nota di LEBOULANGER che richiama C.app. Parigi, 27 giugno 1996, *Stés Qwinzi c. République du Congo*.

⁴⁸ La forma provvisoria di vigenza del trattato significa che esso è entrato in vigore solo nelle parti dell'accordo che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione Europea, mentre per le materie oggetto di competenza concorrente ovvero esclusiva degli stati, l'efficacia è subordinata al conseguimento delle ratifiche di tutti gli stati membri dell'UE. Ciò premesso, ai sensi di quanto previsto nel Trattato di Lisbona, l'Unione ha competenza esclusiva in materia di investimenti diretti ma non di portafoglio, che rientrano nell'ambito della competenza condivisa. Pertanto, il capo 8 sugli investimenti è escluso, nella sua integralità, dall'applicazione provvisoria dell'accordo.

industrializzazione, quale il Canada, ed al contempo, il sistema ICS, ivi previsto, sembra costituire il primo passo verso una rivoluzione dell'attuale sistema di risoluzione delle controversie internazionali, specialmente in materia di investimenti. In tal senso, il meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dal Capo 8 del CETA, si pone come alternativa alla protezione diplomatica ed al ricorso alla giurisdizione dello stato ospite, ed al contempo, si distingue dall'arbitrato internazionale "tradizionale".

Le assonanze con la disciplina arbitrale prevista dall'ICSID riguardano da un lato, i connotati di indipendenza della struttura del sistema ICS, e, dall'altro, nei casi in cui sia fatta applicazione del regolamento ICSID, l'autosufficienza del lodo emesso dalle "CETA-divisioni"⁴⁹. Tuttavia, anche rispetto al sistema di cui alla Convenzione di Washington, esistono tratti differenziali non secondari, che fanno dell'arbitrato CETA, un esemplare unico di arbitrato internazionale.

Rispetto ad un arbitrato internazionale "classico", come è, tendenzialmente, quello previsto dalla clausole ISDS, uno tra gli aspetti che maggiormente distingue l'arbitrato CETA, riguarda il diritto applicabile al procedimento. In questo senso, non solo non vi è coincidenza tra *lex arbitri* e sede arbitrale⁵⁰, ma le parti possono scegliere di applicare, indifferentemente, il regolamento ICSID, il regolamento ICSID supplementare, il regolamento arbitrale predisposto dall'Uncitral, ovvero, ancora, qualunque altro regolamento concordato con la controparte⁵¹.

⁴⁹ Sui regolamenti applicabili al procedimento arbitrale predisposto dal CETA si dirà nel prosieguo.

⁵⁰ Da un punto di vista organizzativo ed operativo, l'arbitrato CETA non costituisce una realtà autonoma. Sul versante logistico ed organizzativo esso si avvale, infatti, della struttura del Segretariato ICSID e, dal lato operativo, esso non costituisce un corpo permanente, dal momento che le divisioni giudicanti sono nominate di volta in volta dal Comitato Misto CETA, in seguito alla presentazione della domanda di giudizio al Tribunale.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 8.23, par. 2, CETA

Vi sono poi altri aspetti che contraddistinguono il sistema ICS differenziandolo sia dai sistemi arbitrali ISDS sia dal meccanismo arbitrale ICSID.

Un primo profilo riguarda la composizione del tribunale arbitrale, che non viene determinata dalla incondizionata volontà delle parti, bensì è vincolata alla scelta, effettuata dal Comitato Misto CETA, tra le liste di professionisti gestite dall'ente. Le divisioni vengono formate dal presidente del tribunale secondo un sistema di rotazione tripartito in funzione della nazionalità. Questo è un forte indice di autonomia dell'ente ed al contempo meccanismo attraverso il quale i compilatori hanno tentato di enfatizzare l'*appeal* internazionale dell'istituzione attraverso la valorizzazione del requisito dell'imparzialità.

Il profilo di maggiore unicità dell'arbitrato-CETA, ed in cui si esprime con maggior evidenza la componente di "autoreferenzialità", è tuttavia la previsione, all'art. 8.28, di un tribunale di appello per la revisione delle decisioni emesse dal tribunale di prima istanza⁵².

Come nel sistema ICSID, il sistema delle impugnazioni del lodo è meramente interno ma, a differenza di quanto previsto dalla Convenzione di Washington, le decisioni in primo grado possono essere in tale caso rivisitate anche nel merito⁵³. La frattura con la logica dell'arbitrato internazionale «classico» è netta; alla intangibilità del lodo si predilige la giustizia sostanziale della decisione. La differenza è evidente anche rispetto

⁵² A differenza di quanto avviene per il primo grado di giudizio, il diritto di appello non è limitato al solo investitore ma è riconosciuto in capo ad ambo le parti. La previsione di tale organo parrebbe mutuata dal modello previsto dal *Dispute Settlement Body* (DSB), predisposto dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), che include nella sua struttura organizzativa un *Appellate Body* con competenze analoghe al tribunale d'appello previsto dal CETA. Considerato che sia Europa sia Canada fanno parte dell'OMC, la previsione di un organo di appello anche nel CETA è indice del fatto che i compilatori dell'accordo hanno tentato di superare i limiti degli accordi ISDS, di cui soffre anche il sistema DSB, riproducendo, però, di quest'ultimo, la caratteristica più innovativa, ossia la previsione di un organo di appello.

⁵³ Trattasi di un tribunale *ad hoc*, formato dai membri dell'ICS, competente per la revisione delle sentenze emesse dal tribunale di prima istanza.

all'annullamento del lodo previsto all'art.52 del regolamento ICSID, ammesso per motivi meramente formali.

Quanto detto conduce nel senso di ritenere che l'arbitrato internazionale previsto dal CETA rappresenti, per taluni aspetti, la prosecuzione della *ratio* dell'autosufficienza alla base del sistema ICSID, con una serie di varianti però, attraverso le quali, i compilatori dell'accordo tra Europa e Canada hanno tentato, evidentemente, di superarne i limiti. In questa logica si pone, ad esempio, il dettagliato elenco di definizioni con cui si apre il Capo ottavo sugli investimenti, teso, verosimilmente, a scongiurare ogni possibile ambiguità nell'interpretazione delle clausole dell'accordo che, nei casi più "patologici", potrebbero condurre a questioni di giurisdizione ovvero a decisioni arbitrarie o contraddittorie⁵⁴. Anche le modalità di nomina del collegio giudicante e la presenza di un organo di appello si pongono sulla medesima direttrice, valorizzando l'attendibilità dei lodi, sia in termini di imparzialità sia di correttezza delle decisioni.

Ciò che parrebbe tuttavia insuperabile, anche nello schema delineato dal CETA, è il limite posto, ancora una volta, dall'interrogativo su cosa supplisca al «braccio dello Stato» nel garantire l'effettività della decisione, nei casi in cui nell'arbitrato sia stata fatta applicazione del regolamento ICSID e dunque, la sentenza emessa, abbia valore di sentenza alla stregua della sezione 6 della Convenzione di Washington⁵⁵.

⁵⁴ Sempre nella direzione di facilitare l'uniformità interpretativa del trattato, l'art. 26.1, par.5 del CETA dispone che il Comitato Misto possa interpretare le disposizioni dell'accordo, con efficacia vincolante sia per i membri del tribunale di primo grado e di appello, sia per i panel arbitrali e di mediazione, di cui alla sezione B del capo 29.

⁵⁵ Gli effetti della sentenza definitiva emessa ai sensi del CETA variano a seconda del regolamento applicato al procedimento, determinato nel momento di presentazione della domanda al tribunale. Le decisioni emesse nei procedimenti in cui è fatta applicazione del regolamento ICSID la sentenza avrà i medesimi effetti delle decisioni di cui alla Convenzione di Washington, con tutti i limiti ed esse relative. In tutti gli altri casi, ossia quando venga applicato il regolamento supplementare ICSID, il regolamento Uncitral ovvero ogni altro regolamento arbitrale, la decisione sarà qualificata come sentenza arbitrale relativa a controversie civili e commerciali, ai sensi dell'art. I della Convenzione di New York.

Peraltro, anche a voler tenere da parte la questione dell'esecutorietà delle pronunce "autosufficienti", la bontà del funzionamento del sistema ICS, è da un punto di vista empirico, per ora, del tutto insondabile, considerato che la presentazione dell'accordo in forma mista ha escluso il capo ottavo dall'ambito di applicazione provvisoria dell'accordo⁵⁶.

CAPITOLO 2

L'ARBITRATO INTERNAZIONALE ITALIANO. GENESI E PROCEDIMENTO

1. La validità del patto compromissorio

Lo scenario relativo alla validità della convenzione di arbitrato rappresenta uno degli aspetti che maggiormente legano il giudizio privato, nella sua fase genetica, ad un dato ordinamento nazionale. Quando si parla di validità del patto compromissorio è necessario avere ben presente la distinzione tra validità formale e sostanziale⁵⁷.

La validità formale attiene ai requisiti estrinseci di riconoscibilità dell'accordo compromissorio, ossia delle caratteristiche che quest'ultimo

⁵⁶ Per il concetto di vigenza dell'accordo «in forma mista» v. nota 48.

⁵⁷ Per alcuni riferimenti bibliografici sulla distinzione tra validità formale e sostanziale dell'accordo compromissorio v. HENKE, *Alcune considerazioni sulla legge applicabile alla validità formale e sostanziale di una convenzione arbitrale per arbitrato estero*, in *Dir.comm.int.*, 2018, p. 64, nota 1.

deve avere nella sua manifestazione esterna. La validità sostanziale riguarda, diversamente, la bontà dell'accordo nel suo complesso, con particolare riguardo alla corretta formazione del volere di ambo le parti. Si ricade, quindi, su quegli aspetti contenutistici dell'accordo che, in linea astratta, potrebbero comportarne la nullità, annullabilità, inefficacia od inesistenza e che ne delineano l'ambito di efficacia oggettiva e soggettiva⁵⁸. La validità formale parrebbe essere oggetto di un processo di armonizzazione internazionale, avvenuto per il tramite dell'art. 2, par.2, della Convenzione di New York del 1958, che postula la necessità di forma scritta dell'accordo compromissorio, per ciò intendendosi «una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o telegrammi». L'allineamento transnazionale su tale parametro consegue, cioè, alla qualificazione della citata norma della Convenzione quale norma di diritto materiale uniforme, che, come tale, vincola senza possibilità di deroga tutti gli stati firmatari, anche in sede di riconoscimento ed esecuzione del lodo⁵⁹.

⁵⁸ Rilevano in questo senso anche fenomeni di estensione della convenzione di arbitrato in capo a terzi, derivanti, ad esempio, da fenomeni di cessione del contratto, del credito ovvero del ramo di azienda. La dottrina internazionale tende a sostenere l'opponibilità della clausola in capo a terzi, in ragione del rapporto di accessorialità che la lega al contratto, tale per cui, essa segue necessariamente le sorti di quest'ultimo. In questo senso v. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*², Londra, 2014, p.636ss; K.P. BERGER, *Re-examining the Arbitration Agreement Applicable Law - Consensus or Confusion?*, in A.J. Van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series* vol. 13, Montreal p. 301ss. La dottrina italiana individua come regola generale l'opponibilità del patto compromissorio al successore o cessionario del rapporto principale. Esistono tuttavia posizioni contrastanti per ciò che riguarda la prospettiva della cessione del credito. Sul punto v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, pp.142-143 la quale propende, anche in tale caso, per la piena operatività della convenzione arbitrale nei confronti del cessionario. Si veda, ancora, sulla successione nel patto compromissorio SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 808 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di) *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2014, p.101 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Un quadro dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di) *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 958ss.

⁵⁹ Lo scopo delle norme di diritto materiale, contrapposte a quelle di diritto internazionale privato è quello di valorizzare gli aspetti di internazionalità di determinate fattispecie contrattuali con vocazione internazionale che, nella maggior parte dei casi, non riescono ad

Esistono, in vero, opinioni contrastanti sulla natura dell'art.2, comma 2, della Convenzione come norma inderogabile; alcuni autori hanno ipotizzato la possibilità di «comprimere» la tutela offerta dalla norma in ragione del principio della *more favourable provision*, di cui all' art. VII, comma 1, della medesima Convenzione. In tal senso, un lodo sarebbe riconoscibile anche nei casi in cui il patto dal quale origina non venisse redatto per iscritto⁶⁰. Le ragioni per le quali si predilige l'ipotesi della inderogabilità dell'art. 2, comma 2, della Convenzione sembrano molteplici⁶¹, ma il principale argomento parrebbe coincidere con l'esigenza di minimizzare gli ostacoli alla circolazione della decisione arbitrale, che si verrebbero a creare a seguito della divergenza dei parametri di validità formale dell'accordo tra l'ordinamento della sede arbitrale e quello del giudice del riconoscimento. Contrariamente a quanto si potrebbe essere indotti a ritenere in virtù dell'art. 7 della Legge Modello del 1985, che ammette, alternativamente, forma scritta e forma orale del patto compromissorio, anche la Commissione Uncitral sembra orientata a prediligere l'ortodossa forma scritta, qualificando piuttosto la lettura liberale della forma come una soluzione di prospettiva⁶².

Ciò che è certo è che la nozione di «forma scritta» assume, nel testo Uncitral, connotati molto meno stringenti di quelli previsti dalla

essere attuate nel rispetto della loro *ratio*, per il tramite delle norme nazionali eventualmente richiamate dal diritto internazionale privato.

⁶⁰ Il problema è generato dalla laconicità dell'art. V della Convenzione di New York che dispone, genericamente, che la validità del patto deve essere valutata alla luce della legge del luogo in cui il lodo è stato pronunciato. Laddove tale validità fosse intesa in senso complessivo, ossia formale e sostanziale, l'art. 2 comma 2 della Convenzione perderebbe la natura di norma di diritto materiale uniforme, diventano così derogabile da una legge nazionale più favorevole, ai sensi dell'art. VII della Convenzione.

⁶¹ Per maggiori approfondimenti v. HENKE, *Alcune considerazioni sulla legge applicabile.*, cit., pp. 610-613.

⁶² Questo è ciò che emerge dal Report della Commissione, A/61/17, p. 154 dal quale emerge che l'opzione di nuova avanguardia è stata pensata più come «[...] a solution for the future» in quanto, anche per i paesi in cui pare ammessa la forma orale, tale soluzione risulta in concreto difficilmente attuabile per le difficoltà probatorie dell'accordo.

Convenzione di New York, finendo per coincidere con una forma orale, purché l'accordo sia documentabile per iscritto⁶³.

Se quindi un livello di «armonizzazione minima» esiste sul piano della validità formale, altrettanto non può dirsi in relazione alla validità sostanziale, che pur essendo descritta nella Convenzione di New York come l'assenza di cause di caducazione, di inoperatività o di inapplicabilità del patto, non è oggetto di uniformazione internazionale in quanto a parametri valutativi sulla sussistenza delle stesse⁶⁴.

Si apre dunque il tema dell'individuazione delle legge applicabile per l'accertamento della validità sostanziale dell'accordo compromissorio⁶⁵. Alcuni ordinamenti optano per l'applicazione delle regole di conflitto del foro del giudice adito⁶⁶; altri, per l'applicazione della *lex fori*⁶⁷, salvo non prendere in considerazione che in tale caso si produrrebbe, inevitabilmente, l'incremento di procedure parallele e giudicati contrastanti – sulla validità del patto – tra giudici nazionali ed arbitri. Altri ancora e molti, scelgono di

⁶³ La Legge Modello, nella disciplina della forma del patto, di cui all'art. 7, trae spunto, modernizzandone i termini, dai testi internazionali sul commercio elettronico, quali la *1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* e la *2005 United Nation Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts*, così giungendo a considerare come conclusi in forma scritta i casi di “*exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another*”.

⁶⁴ Cfr. art.2, comma 3, Convenzione di New York 1958: « Il tribunale di uno stato contraente cui sia sottoposta una controversia su una questione, per la quale le parti hanno concluso una convenzione secondo il presente articolo, rinvierà le medesime, a domanda di una di esse, a un arbitro, sempreché non riscontri che la detta convenzione sia caduca, inoperante o non sia suscettiva di essere applicata».

⁶⁵ Dà atto della persistenza in dottrina delle questioni sull'individuazione della legge applicabile per la valutazione sulla validità del patto compromissorio BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p.659.

⁶⁶ In questo senso paiono orientati Cina, Repubblica Ceca, Taiwan, Regno unito (occasionalmente), Stati Uniti, Paesi Bassi e Svizzera (nel caso in cui la sede arbitrale sia ubicata in Svizzera, altrimenti, se collocata all'estero, si farà applicazione dell'art.V Convenzione di New York) e Giappone.

⁶⁷ Come avviene in Russia e Croazia che utilizzano la *lex fori*, in alternativa alla legge scelta dalle parti, a seconda di quella che conduce ad una valutazione positiva sull'esistenza del patto.

applicare la *lex causae*, ossia la legge applicabile al rapporto sostanziale⁶⁸. Anche su tale ultima opzione è possibile avanzare qualche perplessità, specialmente in considerazione della disciplina prevista dal codice di rito, che postula l'autonomia del patto di arbitrato rispetto al contratto al quale esso accede⁶⁹.

Si spiega dunque la tendenziale convergenza dei giudici italiani nell'applicazione della legge della sede dell'arbitrato, ossia della c.d. *lex arbitri*⁷⁰. Tale scelta risulta condivisibile sotto molteplici punti di vista ma le ragioni più convincenti sembrano essere di tipo sistemico, quelle cioè che conferiscono coerenza al sistema arbitrale considerato nel suo complesso.

In questo senso, rileva la circostanza che essendo preclusa al giudice dell'impugnazione la censura per violazione di regole di diritto – salvi i casi espressamente previsti dalla legge⁷¹ –, nelle valutazioni sugli eventuali vizi procedurali, egli prenderà inevitabilmente a riferimento la *lex arbitri*; ancora, si osserva che la legge del procedimento come parametro di validità del patto compromissorio determina una benefica armonia e coerenza con la disciplina delle attività giudiziarie a sostegno dell'arbitrato.⁷² Infine, la

⁶⁸ Tra tali ordinamenti si collocano Austria, Croazia, Grecia ed India ed in alcuni casi Stati Uniti, nei casi in cui non decidano di fare applicazione della *lex fori* sul punto v. BERMANN ET AL, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Zurigo, 2017.

⁶⁹ Ci si riferisce a quanto postulato dall'art. 808, comma 2, c.p.c., in base al quale, la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto. L'autonomia postulata dalla norma consiste nella circostanza che, tutte le volte che venga eccepita l'inefficacia del contratto che contiene la clausola (per nullità, annullabilità o risoluzione), la verifica della dedotta causa di inefficacia dovrà essere effettuata tramite procedimento arbitrale. Sul punto vedi BIAVATI *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., p.646.

⁷⁰ A conferma di ciò, Cass. 20 gennaio 1977, n. 272, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1978, p.341; Cass. 15 aprile 1980, n. 2448 in *Foro it.*, 1980, I, 2164; Cass. 8 ottobre 1997, n. 10229; Cass. 26 maggio 1981, n. 3456; Cass. 15 dicembre 1982, n. 6915.

⁷¹ V. nota 18.

⁷² L'assistenza giudiziaria all'arbitrato è nozione che individua tutte le attività, connesse al procedimento arbitrale, che richiedono un potere di imperio del quale, l'arbitro è ontologicamente sfornito, e che richiedono pertanto l'intervento del "braccio dello stato". Trattasi di aspetti quali la costituzione del tribunale arbitrale, la ricsuzione o sostituzione degli arbitri, la raccolta delle prove (nei casi in cui le parti non collaborino) e l'attuazione

quadratura del cerchio si ha con il rilievo per cui la legge applicata dal giudice dell'ordinamento *ad quem*, ai fini del riconoscimento del lodo estero, coincide, ai sensi dell'art. V della Convenzione di New York, proprio con la legge della sede arbitrale⁷³.

Ora, se è vero che, su di un piano generale, il c.d. ordinamento di riferimento dell'arbitrato internazionale non coincide necessariamente con l'ordinamento nel quale esso è fisicamente insediato, parrebbe potersi affermare che, per ciò che riguarda la sola valutazione sulla legittimità dell'accordo compromissorio, tale coincidenza sembrerebbe, in vero, realizzarsi.

Tenendo tale assunto sullo sfondo, potrebbe quindi avere un senso prendere in considerazione alcune prospettive dalle quali valutare la validità del patto, nei casi in cui la scelta della sede arbitrale dovesse ricadere sull'ordinamento italiano.

Il primo aspetto riguarda senz'altro la capacità a sottoscrivere la convenzione di arbitrato nei casi in cui – secondo le norme di diritto internazionale privato dell'ordinamento *ad quem* – la capacità delle parti debba essere valutata applicando la legge italiana⁷⁴.

della misure cautelari. La giurisdizione deputata ad intervenire, in tali casi, coincide con il giudice del foro sul cui territorio è collocata la sede arbitrale.

⁷³ Ci si riferisce in modo particolare al primo motivo di cui all'art. V della Convenzione, ossia dell'ipotesi di incapacità delle parti o di invalidità della convenzione. Per le questioni inerenti l'individuazione della legge deputata alla valutazione della capacità delle parti si è già detto; per ciò che attiene alla validità della clausola nel suo complesso, la Convenzione di New York, così come il Patto di Ginevra individuano per tale operazione la legge cui le parti hanno assoggettato l'accordo e dunque, secondo quanto sopra detto, tendenzialmente la *lex arbitri*.

⁷⁴ La capacità a sottoscrivere il patto compromissorio è uno di quei profili di diritto sostanziale sui quali risulta quasi impossibile un'armonizzazione soddisfacente a livello internazionale. E' per tale ragione che pare ragionevole individuare la legge applicabile, caso per caso, nella valutazione sulla validità della clausola, mediante i criteri dettati dalle norme di diritto internazionale privato. In questo senso si esprime BIAVATI, *Arbitrato internazionale.*, cit., p.659, che richiama BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero.*, cit., Padova, 1999, p. 192 ss.

Il patto compromissorio non è altro che un contratto tra parti ed arbitri, pertanto l'applicazione della legge italiana dovrà essere adoperata per accertare la capacità negoziale dei contraenti.⁷⁵

In relazione alla disciplina della capacità negoziale dei contraenti, l'Italia attua una scelta di compromesso tra gli interessi di protezione dell'autodeterminazione negoziale dell'incapace, da un lato, e le esigenze di certezza dei traffici commerciali o di tutela dell'affidamento, dall'altro. Si pone cioè su di una linea mediana rispetto a quegli ordinamenti che colpiscono con la nullità assoluta ogni ipotesi di «menomazione» della formazione del volere⁷⁶ e quelli che, all'opposto, neppure contemplano, nelle norme di diritto positivo, i concetti di (in)capacità legale o di capacità di agire⁷⁷.

⁷⁵La capacità a concludere il patto compromissorio è l'unico elemento che “resiste” alle norme sull'autonomia della clausola arbitrale, postulata dall'art. 808 comma 2 c.p.c.; in questo senso, l'eventuale vizio di incapacità delle parti travolge il contratto al quale il patto accede.

⁷⁶Tra cui l'ordinamento francese nell'assetto precedente la riforma del 2007 che prevedeva la sanzione della nullità assoluta nei casi di «atti personalissimi» compiuti dal minore e della nullità, previa prova della minore età e del pregiudizio patito, in tutti gli altri casi di atti compiuti dallo stesso (art. 1306 code civile). Stessa conseguenza era prescritta negli altri casi di incapacità, ossia nelle ipotesi di infermità mentale, per gli atti compiuti da soggetti internati o nei confronti dei quali era sopraggiunta una sentenza di interdizione (art. 502 code civile). Il codice tedesco suddivideva le ipotesi di incapacità nei casi degli atti compiuti dal minore di anni sette, colpiti da nullità assoluta, ed atti compiuti dal soggetto con anni superiori a sette, posti in una condizione di acquiescenza sino ad espressione del consenso da parte del legale rappresentante, salvo nullità *ex tunc* dell'atto o del contratto. La malattia mentale rilevava in termini giuridici solo se qualificata come “grave”, e veniva equiparata, in termini alla condizione del minore di anni sette.

⁷⁷Negli ordinamenti di *Common Law* non esisteva il concetto di incapacità legale e di capacità di agire, come intesi nell'ordinamento italiano o francese. La tutela del minore viene realizzata mediante l'istituto dei *necessaries*, definiti dall'art. 3 del *Sale of Goods Act* inglese del 1979 come «*good suitable to the condition in life of such infant...and to his actual requirements at the time of the sale and delivery*». In virtù di tale istituto, gli atti compiuti dal minore sono efficaci, purché relativi ad operazioni afferenti la vita quotidiana concluse a prezzo equo. Al di fuori di tale ambito, gli atti compiuti dal minore sono annullabili, previa prova della minore età. Gli altri casi di incapacità previsti negli ordinamenti di *Common Law* sono rappresentati dalla incapacità legale, *rectius* malattia accertata, per la quale è prevista la nullità dell'atto; in tutti gli altri casi l'atto è impugnabile in favore dell'incapace e sarà annullabile ma solo previa prova dello stato di incapacità e della mala fede di controparte.

La capacità negoziale richiede la contestuale presenza dei requisiti della maggiore età, della capacità di intendere e di volere al momento di stipulazione del contratto e dell'assenza di condanne alla reclusione superiori a cinque anni. In negativo, rispetto a tale concetto, si individuano dunque le ipotesi di incapacità naturale⁷⁸ ed incapacità legale⁷⁹.

Nel primo caso, il contratto è annullabile ai sensi dell'art. 428 c.c., sempreché la parte riesca a dare prova della propria incapacità al momento di conclusione del contratto, del grave pregiudizio subito dalla conclusione del medesimo e della malafede di controparte. L'incapacità legale invece, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1425 c.c., non richiede particolari oneri probatori, se non il rispetto dei termini prescrizionali dell'azione di annullamento. L'equilibrio tra le contrapposte esigenze di cui sopra, è dunque realizzato, considerato che il contratto è dunque il patto compromissorio dell'incapace, anziché nullo, risulta solo annullabile, su istanza dei soggetti espressamente legittimati all'azione ed entro il termine prescrizionale di cinque anni dalla data di conclusione dello stesso o dalla cessazione dello stato di incapacità⁸⁰.

La soluzione «temperata» del legislatore italiano parrebbe pertanto potersi intendere come un fattore di *appeal* dell'ordinamento italiano per il radicamento di liti estere, in quanto, anche nei casi «patologici» di convenzione arbitrale conclusa da un soggetto privo di tale capacità, le

⁷⁸ Si qualifica come incapacità naturale quello stato soggettivo in costanza del quale, un soggetto, capace legalmente, compie atti giuridici in un momento in cui non è capace di intendere o di volere, per effetto di una causa permanente, non ancora riconosciuta in via giudiziale ovvero per una causa transitoria.

⁷⁹ L'incapacità legale identifica la condizione soggettiva dell'individuo privo della capacità di agire, ossia della possibilità di disporre della propria sfera giuridico-patrimoniale. L'incapacità legale si ha, *ex lege*, nei casi di minore età mentre per i soggetti maggiorenni deve essere disposta dall'autorità giudiziaria. I casi di incapacità assoluta sono caratterizzati dalla totale preclusione a compiere atti dotati di efficacia giuridica mentre l'incapacità relativa, che si ha nei casi di minore emancipato ovvero di inabilitato, permette al soggetto di porre in essere atti di ordinaria amministrazione dei propri diritti.

⁸⁰ GALGANO, *Trattato di diritto civile*², Padova, 2010, pp. 342-343

conseguenze negative sulla controparte e sui terzi sarebbero minimizzate sia in termini temporali sia di effetti⁸¹.

Altra «prospettiva italiana» sulla validità del patto compromissorio è quella che richiede il coordinamento con la disciplina prevista per le clausole vessatorie e per la tutela del consumatore. Tale tematica muove due ordini di considerazioni.

In primis, si osserva che la centralità attribuita alla tutela della parte debole, intesa come consumatore, rappresenta una tendenza spiccatamente europea⁸²; all'interno dello spazio stagiato da tale filtro, occorre poi avere presente che il mantenimento del «doppio binario», composto da clausole vessatorie da un lato e clausole abusive dall'altro, rappresenta, oggi, un filtro dalle trame ancora più strette, che caratterizza ulteriormente l'ordinamento Italiano, considerato che quasi ovunque la tutela del

⁸¹ Il trattamento di maggior favore verso i terzi, che consegue all'annullamento del contratto, consiste, essenzialmente, nella circostanza che l'annullamento a differenza della nullità, non travolge i diritti acquisiti dai terzi in buona fede ossia coloro che non conoscevano, o non potevano conoscere con la ordinaria diligenza, la causa di annullabilità del contratto (art. 1445 c.c.). A tale regola generale fanno eccezione il caso di contratto concluso dall'incapace legale ed il caso in cui il terzo abbia acquisito il diritto a titolo gratuito; in tali casi, ai sensi dell'art. 1445 c.c., la sentenza di annullamento produce nei confronti dei terzi, anche di buona fede, gli stessi effetti di una sentenza di nullità.

⁸² Anche se il fenomeno del *consumerism*, ossia del riconoscimento normativo di specifici diritti in capo al cittadino – come consumatore di beni e di servizi – è nata negli Stati Uniti d'America attorno alla metà del '900, la vera svolta nello sviluppo di tale forma di tutela è addebitabile all'Unione Europea. Gli stati membri hanno ravvisato nella tutela del consumatore uno dei punti focali del processo di integrazione europea e, per il tramite delle istituzioni comunitarie, hanno conferito organicità ed imperatività alla disciplina consumeristica. Momento centrale nell'implementazione della tutela del consumatore è stata l'indicazione, nel 1975, da parte del Consiglio europeo, del "Programma preliminare della CEE per una politica di protezione ed informazione del consumatore". Tale atto identificava il "consumatore" non più, unicamente, quale fruitore di beni e servizi per scopi personali, bensì «come individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore». La preminenza dei diritti della parte debole, rispetto alle esigenze imprenditoriali, veniva quindi consacrata nell'Atto Unico del 1986 che, attraverso l'art. 18, inseriva nel Trattato CE, la previsione per cui le proposte della Commissione, relative all'armonizzazione ed avvicinamento delle legislazioni ed aventi ad oggetto il mercato interno, dovevano basarsi su «un livello di protezione elevato» (art.95, ex art. 100 A). La costituzionalizzazione dei diritti del consumatore venne operata dal Trattato di Maastricht del 1993, nel quale, un intero capo veniva dedicato alla tutela del consumatore (art. 129 A). Il Trattato di Amsterdam chiuse il cerchio, valorizzando la debolezza contrattuale, la sicurezza e la qualità della vita, quali diritti fondamentali dell'individuo.

consumatore è realizzata mediante la categoria unificante delle clausole abusive⁸³.

Ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., le clausole compromissorie stabilite in favore di colui che le ha predisposte sono considerate vessatorie. Pertanto, in conformità alla disciplina per esse prevista, esse non hanno effetto se non specificamente approvate per iscritto⁸⁴. Anche su tale aspetto

⁸³ Per una panoramica europea sulla tutela del consumatore v. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 669ss. L' autore individua, tra gli ordinamenti dell'Unione, una *summa divisio* tra coloro che, storicamente, tutelavano il consumatore solo nei c.d. rapporti o contratti di massa, e quegli stati che invece apprestavano tutela al consumatore in quanto tale, anche nella trattative individuali. Nel primo caso rientravano ordinamenti, quali quello tedesco, che ponevano a fondamento di tale scelta il divario informativo esistente tra le parti dei contratti in serie; nella seconda prospettiva si inquadravano invece ordinamenti come quello francese, i quali sceglievano di tutelare la parte debole anche nelle trattative individuali, in ragione della strutturale disparità di potere contrattuale tra consumatore e professionista. Esistevano poi ordinamenti, come quello italiano, che non contemplavano alcuna disciplina per i contratti conclusi dalla «parte debole» nei rapporti con il professionista, disponendo unicamente di una disciplina dei rapporti scaturenti dalla contrattazione in serie, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. L'emanazione della direttiva europea n.93/2013, ha dato vita, nel contesto delineato, a tre dinamiche differenti. I paesi che, come Italia e Regno Unito, erano privi di una normativa specificamente volta a tutelare il consumatore dall'abusiva imposizione delle condizioni contrattuali da parte del professionista, hanno recepito pienamente il modello europeo. In Italia questo è avvenuto con la l. 52/1996 che ha recepito la direttiva europea, declinandola nel capo XIV-*bis* del codice civile, recante la disciplina dei “contratti del consumatore”. E' così che in Italia è sorto il c.d. doppio binario che tutela, da un lato, la parte debole, nei contratti in serie, attraverso il sistema predisposto dagli artt. 1341 e 1342 c.c. e, dall'altro, tutela il consumatore anche nelle trattative individuali, attraverso la nullità di protezione di cui all'art. 33 del Codice del Consumo. Stessa scelta è stata operata dal Regno Unito che ha trasposto quasi pedissequamente il contenuto della citata direttiva nell'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* (UTCCR) del 1994.

Nei paesi, come la Francia, in cui già prima dell'intervento europeo esisteva una legislazione interna a tutela del consumatore, anche al di fuori dei contratti di massa, l'adeguamento al modello europeo ha invece richiesto adattamenti meno impegnativi, coincidenti con modeste modifiche alla normativa esistente. In questa prospettiva, oltre alla Francia, si collocano anche altri paesi quali Finlandia, Svezia e Danimarca.

Diversamente, gli ordinamenti, come la Germania, che limitavano il controllo di vessatorietà alle sole condizioni generali di contratto, hanno dovuto effettuare un'operazione di adeguamento agli standard europei molto più laboriosa, predisponendo, *ex novo*, norme di tutela del consumatore nei rapporti con il professionista, anche al di fuori della contrattazione in serie. Per il quadro normativo della tutela consumeristica nei singoli ordinamenti menzionati, si veda, approfonditamente, il contributo di ALBANESE sopra citato.

⁸⁴ Trattasi, nello specifico, di inefficacia relativa, che opera cioè, rilevabile cioè dalla sola parte nel cui interesse è posta, ossia dal contraente che ha subito l'imposizione della clausola dalla controparte, ed in relazione al quale, non è avvenuta una corretta formazione del volere.

dovrà dunque riflettere chi si appresta a concludere un patto compromissorio di arbitrato internazionale con sede in Italia. Per tale ragione è necessario che i litiganti, eventualmente non italiani, abbiano la capacità di discernere le ipotesi di in cui la clausola compromissoria abbia effettivamente i connotati di clausola vessatoria, e debba pertanto essere specificatamente sottoscritta per iscritto, dai casi in cui, pur essendo inserita in una contrattazione di massa, sia stata negoziata dalle parti, non essendo, in tale ultimo caso, necessario il regime di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.⁸⁵.

Aspetto forse ancora più delicato è quello della tutela del consumatore. La tradizionale incompatibilità tra arbitrato e controversie consumeristiche origina dall'art. 33 del Codice del Consumo, che precisa che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che sanciscono, fra l'altro, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, fra le quali rientra, appunto, la clausola compromissoria.

Tale assunto non pare più del tutto incontroverso, alla luce degli interventi del legislatore europeo in materia di ADR applicate all'ambito consumeristico. La fonte alla quale ci si riferisce è, in modo particolare, quella introdotta con la direttiva n. 11 del 2013, recepita nel titolo II del Codice del Consumo, che fissa livelli di armonizzazione minima ai quali devono attenersi i paesi europei, nella disciplina delle controversie in materia contrattuale o di servizi, tra consumatori e professionisti⁸⁶. Il legislatore europeo tenta cioè di garantire che in tutti gli stati membri la gestione stragiudiziale delle controversie – che non elide il diritto del consumatore ad adire l'organo giurisdizionale⁸⁷ – sia improntata ai canoni di imparzialità, indipendenza, efficienza ed equità. Il sistema predisposto

⁸⁵ La clausola può ritenersi vessatoria nei casi in cui afferisca ad un contratto c.d. in serie e sia completamente estranea a qualsiasi forma di negoziazione tra le parti.

⁸⁶ Il tema è trattato approfonditamente da GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2018, pp. 409-435

⁸⁷ Art. 10, comma 1, considerando 45 direttiva

dalla direttiva si completa con la previsione di organi di controllo e monitoraggio, preposti al vaglio del rispetto di tali regole generali⁸⁸.

La «coloritura italiana» di tale schema di disciplina si caratterizza per la circostanza che nel nostro ordinamento, l'attuazione della *ratio* e dunque dei principi fondamentali in materia di ADR è declinata solo in relazione agli strumenti c.d. autonomi di risoluzione della lite e non quindi, apparentemente, rispetto a strumenti quali l'arbitrato. L'ipotesi più prossima ad uno strumento eteronomo, nel quale viene fatta applicazione dei principi della direttiva del 2013, è quello dell'«arbitrato per le controversie finanziarie», creato dalla Consob nel 2016, anche se, tale strumento, pur qualificandosi come arbitrato, non possiede in vero le caratteristiche proprie dell'eteronomia nella composizione della lite⁸⁹.

In che cosa è stata quindi tradotta, concretamente, in Italia, la normativa europea del 2013 in materia consumeristica?

Le possibili letture parrebbero due.

Una prima interpretazione tenderebbe a ridurre gli effetti della direttiva in tema di ADR alle c.d. negoziazioni paritetiche⁹⁰. Trattasi di procedure di risoluzione della lite di tipo stragiudiziale e conciliativo che si differenziano dagli strumenti eteronomi di cui all'art. 141, comma 4 della direttiva – ed

⁸⁸ Ogni stato membro ha l'obbligo di nominare un'autorità di vigilanza delle attività espletate dagli organismi di ADR ivi operanti e, di comunicare, periodicamente, un resoconto dei dati raccolti, alla Commissione europea, ai sensi degli artt. 18 e 20 della citata direttiva.

⁸⁹ Tale organismo (ACF) è il frutto della delibera Consob del 4 maggio 2016 n. 19602 e si sostituisce all'arbitrato Consob, ricalcando, approssimativamente, lo schema dell'Arbitrato bancario finanziario creato presso la Banca d'Italia. Ciò che principalmente lo allontana dallo strumento arbitrale in senso stretto è il fatto che la decisione alla quale esso giunge non esclude la possibilità per le parti di rivolgersi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 16, d.lgs. n. 130/2015. Sul punto v. SOLDATI, *L'arbitrato per le controversie finanziarie presso la Consob (ACF)*, in *Contratti*, 2016, p.1056ss; LUPOI, *Arbitrato Consob*, in F.CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, p.249 ss. e per un confronto con l'arbitrato bancario finanziario v. STELLA, *Lineamenti degli arbitrati bancari e finanziari: in Italia e in Europa*, Padova, 2016, p.395ss.

⁹⁰ Sul punto si veda P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo.*, cit. p. 518; GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. e imp.*, 2016, pp. 519-520

dunque anche dall'arbitrato – in quanto, la composizione dei confliggenti interessi delle parti non è operata da un soggetto terzo, ma da una commissione composta in modo paritetico dei rappresentanti delle due parti, ossia dell'impresa e dell'associazione dei consumatori. Peraltro, tale commissione, discostandosi dal *modus operandi* di un arbitro, non impone alle parti una soluzione vincolante ma formula una proposta che può anche non essere accettata dai contendenti⁹¹. Sembrerebbe dunque che i sostenitori di tale prospettiva ritengano, implicitamente, che l'art. 10 della direttiva n.11/2013 postuli un divieto assoluto di applicazione dell'arbitrato nelle controversie consumeristiche⁹².

Sul punto sembra, in vero, potersi avanzare qualche perplessità, anche solo in virtù di quanto previsto all'art. 10 comma 2, secondo cui risulta «[...] possibile rendere tale soluzione vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state preventivamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificatamente dato il loro assenso». L'inapplicabilità di tale precetto all'arbitrato discende dalla constatazione per cui le determinazioni contenute in un lodo non possono mutare i propri effetti in ragione del consenso o dissenso delle parti.

⁹¹ Questo potrebbe far pensare ad una forte assonanza con la mediazione, ma ciò che differenzia quest'ultima dalla negoziazione paritetica è la composizione della commissione che gestisce quest'ultima – formata da membri dell'impresa e membri dell'associazione consumeristica coinvolta - che ne fa venire meno i connotati di imparzialità, tipici della mediazione.

⁹² Ritengono incompatibile l'arbitrato con le controversie consumeristiche GALLETTO, *ADR e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *www. iudicium.it*, 2014, par.3; LUISO, *La direttiva 2013/11/UE nella risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1309; BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie.*, cit., p. 508 ss.tali posizioni si fondano, essenzialmente sull'assunto di cui al primo comma dell'art.10 della direttiva, che dispone che “gli Stati membri provvedono affinché un accordo tra un consumatore e un professionista riguardo alla presentazione di reclami presso un organismo ADR non sia vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia”. Altri autori ritengono invece ammissibile la composizione stragiudiziale delle controversie consumeristiche, purché attuata da organismi ADR «certificati». Si veda, sul punto F.E. DE LA ROSA, *Challenges for the implementation of the consumer ADR directive in Spain*, Oxford, 2012, p.291.

Quanto detto pare sufficiente per preferire la seconda delle due letture interpretative della dell'art. 10 della direttiva del 2013; quella cioè in virtù della quale si ritiene compatibile la soluzione arbitrale con le controversie tra professionisti e consumatori e che predilige forme di tutela della parte debole più moderate rispetto alla qualificazione della clausola compromissoria come vessatoria *tout court*⁹³. Le medesime garanzie offerte dalla giustizia pubblica al consumatore possono essere erogate dal giudizio privato, attraverso soluzioni quali la forma amministrata del procedimento ovvero la possibilità di impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto⁹⁴.

2. L'implementazione dei poteri cautelari degli arbitri in Italia

La tutela cautelare in ambito arbitrale rappresenta certamente uno dei tratti distintivi della disciplina italiana dell'arbitrato internazionale.

La «singolarità» delle norme italiane sull'arbitrato internazionale non è tuttavia da intendersi in senso positivo in quanto, la tradizionale e tendenziale preclusione agli arbitri dei poteri cautelari, prescritta all'art. 818 c.p.c., ha da sempre rappresentato uno dei più importanti deterrenti al radicamento di liti internazionali in Italia⁹⁵.

⁹³ Corte Cost, 19 luglio 2013, n. 223 con note di BOVE, BRIGUGLIO e MENCHINI in *Riv. arb.*, 2014, p.81 ss; Cass. Sez.un., (ord.), 25 ottobre 2013, n. 24153 con note di VERDE in *Corr. Giur.*, 2014, p.84; di ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p.743 e di PUNZI in *Riv. dir. proc.*, 2014 p. 1ss

⁹⁴ In questo senso GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo*, op.cit., pp. 431-433; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1005 ss.

⁹⁵ L'incompatibilità tra tutela cautelare ed arbitrato è sancita, implicitamente, dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.26/2010 con la quale la Consulta ha dichiarato la parziale

Le motivazioni giuridiche a fondamento di tale divieto venivano tendenzialmente fatte coincidere con l'assenza di potere di *imperium* dell'arbitro. L'art. 818 c.p.c. veniva cioè motivato sulla strutturale incompatibilità tra misure di cautela dei diritti da un lato, che come tali necessitano di esecutorietà, e la mancanza in capo ai giudici privati dei poteri coercitivi necessari per portare ad esecuzione un provvedimento contro la volontà del suo destinatario⁹⁶. In verità, come autorevole dottrina ha messo in luce, non esistono razionali e logiche ragioni per ritenere eventuali lodi cautelari non idonei ed essere portati ad esecuzione mediante il meccanismo di *exequatur* previsto per le pronunce decisorie di condanna⁹⁷. Inoltre quando si motiva l'assenza di poteri cautelari dell'arbitro in forza dell'argomento della necessità del «braccio dello stato» per portare ad esecuzione il provvedimento cautelare, parrebbe commettersi un ulteriore errore di valutazione nel non considerare che il profilo della concessione od emissione della misura cautelare ed il momento successivo

incostituzionalità dell'art. 669-*quaterdecies* nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. ai provvedimenti di istruzione preventiva, impedisce in caso di patto di arbitrato o di procedimento arbitrale pendente, la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito. La Corte ha ravvisato in tale formulazione della norma, in primis, la violazione dell'art.3 Cost. conseguente ad una irragionevole differenziazione del trattamento giuridico previsto per l'istruzione preventiva ed altri strumenti cautelari ed in secondo luogo il vulnus all'art.24, comma 2, c.p.c., in quanto l'impossibilità di ricorrere ad ATP nei casi di liti devolute in arbitri, implicherebbe una limitazione all'esercizio del diritto alla prova, in quanto, la eventuale alterazione del luogo o della cosa che si sarebbe voluta sottoporre ad ATP, può determinare un irreparabile pregiudizio al diritto di cui si chiede tutela. per ulteriori approfondimenti sulla citata pronuncia della Consulta v. TEOLDI, *Accertamento tecnico preventivo e arbitrato: «.. e vissero felici e contenti»* in *Riv. arb.*, 2011, p.317ss.

⁹⁶ Per un'esauriente panoramica delle posizioni dottrinarie sull'art. 818 v. la ricognizione di G.F. RICCI, *sub art. 818*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*², Bologna, 2007, p. 481ss.

⁹⁷ Sul tema della compatibilità tra provvedimenti cautelari dell'arbitro e decreto di *exequatur*, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., v. CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990 p. 1262; ID, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1990; *Studi in memoria di Cerino Canova*, Monduzzi, 1992; BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri* in *Riv. arb.*, 2013, p.345. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², Padova, 2012, p.208 osserva che la sostenibilità di un potere cautelare effettivo in capo agli arbitri richiederebbe non solo un meccanismo di *exequatur* sulla pronuncia cautelare ma anche un oculato sistema di controlli della misura di cautela, nelle forme di revoca, modifica e dichiarazione di inefficacia.

della relativa esecutorietà non costituiscono un binomio inscindibile⁹⁸. Il concetto è particolarmente evidente se si considerano le fonti processuali europee che riconoscono il potere del giudice di uno stato di emettere il provvedimento cautelare la cui esecutorietà sarà conferita dal giudice del paese *ad quem*⁹⁹.

In questo senso, oggi è facilmente condivisibile l'assunto per cui il principio postulato all'art. 818 c.p.c. risponda quasi esclusivamente ad una scelta di politica legislativa¹⁰⁰.

Il contesto internazionale è, all'opposto, favorevole al riconoscimento dei poteri cautelari in capo all'arbitro e questo risulta, in effetti, in linea con l'atteggiamento di favore all'autonomia dell'arbitrato, specialmente internazionale, che tende a minimizzare le interferenze dei giudici statali nei giudizi privati. Quanto detto risulta confermato dai testi di legge uniforme e, segnatamente, dalla Legge Modello dell'Uncitral del 1985 che attribuisce alle parti la possibilità di scegliere se chiedere il cautelare al giudice oppure agli arbitri, anche prima dell'instaurazione del procedimento arbitrale¹⁰¹, e dalla Convenzione di Strasburgo del 1966 che, rispetto alla prima, precisa

⁹⁸ Sul punto chiarissimo è Biavati, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., p.334; ID., *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., p. 666; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991, pp.253-254; CARPI, *I procedimenti cautelari.*, cit., p. 1259.

⁹⁹ Trattasi dell'art.35 Reg. UE. 1215/2012 che così dispone: «I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all'autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere del merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro».

¹⁰⁰ Tra gli autori che sostengono che la preclusione per gli arbitri ad emettere misure cautelari sia frutto di scelte di politica legislativa v. TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale* in *Riv. arb.*, 1999, p. 9 ss.; CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 929 ss; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991, p.253ss.

¹⁰¹ In questo senso depongono gli artt. 9 e 17 della Legge Modello. In particolare, l'art. 7 prevede che: “*It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure*”. Mentre per il testo dell'art. 17, che contiene il regime di emissione ed applicazione della misura cautelare da parte del collegio arbitrale, si rinvia al testo della Legge Modello, reperibile su www.uncitral.org

che il ricorso al giudice cautelare (*juge de référé*) non implica rinuncia alla convenzione arbitrale¹⁰².

Accanto all'Italia, nel cono d'ombra stagiato dalla riserva di giurisdizione in materia cautelare, si collocano pochi altri paesi, tra i quali, la Repubblica federale tedesca e la Spagna¹⁰³.

Il divieto di concedere misure cautelari in capo agli arbitri rappresenta non solo, su di un piano pratico, un rilevante *handicap* dell'Italia per il radicamento delle liti transnazionali ma, da una prospettiva teorica, si pone pure in contraddizione con la concezione dell'arbitrato come soluzione alternativa al – o particolare declinazione del – processo¹⁰⁴. E' infatti intuitivo come l'assenza di tutela cautelare nel giudizio privato ne pregiudichi inevitabilmente l'effettività, facendolo declassare, in termini qualitativi, rispetto alla decisione giurisdizionale pubblica.

E' alla luce di detto quadro che potrebbe avere un senso domandarsi se, ed in che misura, sia possibile scorgere alcuni margini di avvicinamento dell'Italia all'approccio internazionale sui poteri cautelari degli arbitri.

Le possibili riflessioni parrebbero muovere due ordini di considerazioni.

Un primo versante riguarda l'ambito delle «deroghe» al divieto di cui all'art.818 c.p.c., mentre la seconda prospettiva attiene direttamente all'implementazione dei poteri degli arbitri.

Tra le eccezioni al divieto è possibile annoverare, *in primis*, il potere degli arbitri di controversie societarie di sospendere le delibere assembleari

¹⁰² Il riferimento è all'art.4 n. 2 della Convenzione, adottata dal Belgio e confluita nell'art 1679 cod. jud. Belga. Sul punto v. LOTTI, *La riforma dell'arbitrato in Belgio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 965ss

¹⁰³ Per una generale panoramica su scala globale dei poteri cautelari dell'arbitro v. CARPI, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 1255 ss; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare.*, cit. p. 253 ss.

¹⁰⁴ Sulla natura processuale dell'arbitrato, sostenuta ai fini della ritenuta compatibilità tra art. 6 Cedu ed arbitrato, di cui si tratterà nel prosieguo v. CARPI, *L'indipendenza e la responsabilità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 187; ID, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, ivi, 2002, p. 5 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *I rimedi contro le interferenze statali con l'arbitrato internazionale*, ivi, 2015, p. 1 ss.; BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., pp. 588-589; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 48; RICCI E.F., *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351ss.

impugnate, ai sensi dell'art. 35, comma 5, D.lgs. n. 5/2003¹⁰⁵ ed in secondo luogo, quella che deriva dall'art. 669-*duodeces* c.p.c.¹⁰⁶ che attribuisce al giudice cautelare il compito di vagliare l'attuazione della misura, rimettendo «ogni altra questione» al giudice di merito, che nel caso di un arbitrato, coinciderebbe con l'arbitro¹⁰⁷.

L'aspetto che più interessa in relazione al rilievo internazionale dell'arbitrato, è tuttavia il secondo profilo, attinente all'ampliamento dei poteri cautelari dell'arbitro. Una strada percorribile parrebbe potersi scorgere nel procedimento arbitrale amministrato e, segnatamente, nelle previsioni di alcuni regolamenti di istituzioni arbitrali che attribuiscono espressamente in capo agli arbitri poteri cautelari. Il fondamento normativo del riconoscimento di prerogative cautelari in capo agli arbitri da parte dei regolamenti arbitrali risiede nell'art. 818 c.p.c., come riformato nel 2006, nella parte in cui prevede il divieto per l'arbitro di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari “salva diversa disposizione di legge”.

Si richiama, dunque, l'art.832 c.p.c., anch'esso introdotto dalla riforma del 2006, che al primo comma prevede che la convenzione d'arbitrato possa fare rinvio a un regolamento arbitrale precostituito, ed al sesto comma dispone che “se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione di arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi

¹⁰⁵ Per alcuni approfondimenti sul tema dell'arbitrato societario v. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705ss; AULETTA, *Dell'arbitrato*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di SASSANI, Torino, 2003 p. 351ss

¹⁰⁶ Tra tali “altre questioni” parrebbero potersi individuare quelle questioni che, nel processo esecutivo, danno luogo alle opposizioni. In particolare, sembrerebbero poter rientrare nella cognizione dell'arbitro sia le contestazioni coincidenti con le opposizioni agli atti, sia quelle che formano oggetto dell'opposizione all'esecuzione di tipo sostanziale (ossia il modo di essere della situazione sostanziale tutelata in via cautelare). Non invece le opposizioni all'esecuzione di tipo processuale (inefficacia del provvedimento cautelare), devolute, ai sensi dell'art. 669-novies, al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare e neppure le contestazioni dei terzi, considerato che questi ultimi sono estranei al patto compromissorio tra i paciscenti. Sul punto v. LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare.*, cit., pp. 264-265.

¹⁰⁷ Sulla configurabilità delle ipotesi di cui all'art. 35, comma 5, D.lgs. n.5/2003 e dell'art. 669-*duodeces* in termini di «eccezioni» rispetto al divieto posto dall'art. 818 c.p.c. si esprime BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., pp. 335-336.

di questo titolo”. L’interpretazione in combinato disposto dell’art. 818 e della citata norma, parrebbe condurre a ritenere che nei casi in cui l’istituzione accetti l’incarico di gestire la controversia, essa possa fare applicazione del relativo regolamento, anche in deroga alle norme processuali previste dal codice di procedura e dunque, pure del divieto posto dall’art. 818 c.p.c.¹⁰⁸

Questo è il ragionamento che potrebbe condurre a ritenere compatibile l’emissione di un provvedimento cautelare da parte di un arbitro senza cadere nelle trame delle, per ora, insolute questioni sull’ammissibilità di un provvedimento ai sensi dell’art. 825 c.p.c. su eventuali lodi cautelari.

E’ in tale contesto che si inserisce la portata del nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano (CAM), che nella recentissima versione del 2019, sembra muoversi su due fronti.

Il primo riguarda l’ampiezza dei poteri cautelari dell’arbitro nelle more del procedimento. Si tratta delle previsioni di cui all’art. 26 del Regolamento che, nella versione aggiornata al 2019, vede l’aggiunta al primo comma, dell’ inciso «su domanda di parte» alla formulazione che attribuisce al tribunale arbitrale il potere di «pronunciare tutti i provvedimenti cautelari,

¹⁰⁸ Le principali argomentazioni usate dalla dottrina contraria al potenziale derogatorio dell’art. 832 c.p.c., rispetto al divieto posto dall’art 818 c.p.c., risiedono, *in primis*, nell’asserita necessità di una espressa deroga legislativa, come è avvenuto in relazione all’ipotesi *ex art. 35, comma 5, D.lgs. n. 5/2003*, prevista in materia di arbitrato societario. Una seconda obiezione riguarda la pretesa ingiustificata differenziazione di trattamento che in tal modo avverrebbe rispetto ad arbitrati ad hoc ed arbitrati amministrati. Tali autori osservano inoltre che rimettere la regolamentazione di un arbitrato interamente ad un regolamento dell’istituzione in questione, aumenterebbe il rischio di abbassamento delle garanzie del fair trial necessarie anche nel giudizio privato. Tali obiezioni sono state avanzate e spiegate approfonditamente in occasione del convegno del 3 dicembre 2012 da Briguglio, De Nova e Bernardini. Questi argomenti, contrari alla possibilità per il regolamento arbitrale di derogare ai divieti di legge, sono stati specificatamente confutati da BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri, op.cit.*, pp.338-340 il quale, pur ritenendo superabili le obiezioni della dottrina contraria, rileva che il sistema delineato dalla lettura in combinato disposto degli artt. 818 e 832 c.p.c. soffre tuttavia di ulteriori limiti, ossia il fatto che il summenzionato “schema derogatorio” regge soltanto in relazione ad arbitrati amministrati, dotati di organi permanenti all’interno dell’istituzione arbitrale ed in relazione a provvedimenti cautelari *self-executing*.

urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento»¹⁰⁹.

E' pertanto evidente che già nella versione del Regolamento del 2010, agli arbitri era attribuita una competenza cautelare, subordinata ad una clausola di efficacia sopravvenuta, coincidente con l'attenuazione, ovvero l'elisione, della riserva di giurisdizione di cui all'art.818 c.p.c.. L'implicita esortazione all'intervento del legislatore sul divieto in materia cautelare, è rimasta nei fatti lettera morta, ed è proprio in relazione a ciò che emerge la portata innovativa del riformato art. 26, che si scorge, in vero, solo nel secondo comma della norma¹¹⁰.

Tale precetto dispone che “in ogni caso, salvo diverso accordo delle parti, il tribunale arbitrale, su domanda di parte, ha il potere di adottare determinazioni di natura provvisoria, con efficacia vincolante per le parti sul piano negoziale”. L'approccio della Camera parrebbe dunque quello di aggirare l'ostacolo di cui all'art. 818 c.p.c., muovendosi su di un piano distinto da quello della natura giurisdizionale della misura cautelare in senso stretto. L'art. 26, comma 2, c.p.c. si riferisce cioè ad una sorta di «cautelare negoziale» con efficacia provvisoria. Tale provvedimento richiede in ogni caso la prova della verosimiglianza dell'esistenza del diritto, ossia del c.d. *fumus* – come si direbbe se non si avesse il timore di ricadere nelle trame della riserva di legge di cui sopra – e potrebbe essere concesso anche quando la causa non appaia matura per la decisione. Le citate caratteristiche avvicinano la struttura giuridica del nuovo cautelare alle forme delle

¹⁰⁹ L'aggiunta del disposto «su istanza di parte» appare forse pleonastica, considerato il principio dispositivo vigente in ambito processuale.

¹¹⁰ Con altre parole, si potrebbe dire che il legislatore del 2010 avesse “buttato il cuore oltre l'ostacolo”, ponendo quantomeno sulla carta gli intenti di maggiore apertura ai poteri cautelari degli arbitri, anche se subordinati alla preventiva attenuazione della riserva di giurisdizione. Tale “clausola” di efficacia sospensiva del potere cautelare non ha però prodotto i risultati sperati, ed è verosimilmente per questa ragione che è stato introdotto, nel 2019, il cautelare *sui generis* di cui all'art. 26 comma 2 del Regolamento.

ordinanze anticipatorie di cui agli artt. 186- *bis*, -*ter* e -*quater* c.p.c.¹¹¹, ovvero all'istituto della condanna provvisoria prevista all'art. 539, comma 2, c.p.c.¹¹², circostanza che rende ancor più evidente la difficoltà nell'opporre ai poteri cautelari degli arbitri, delineati in questi termini, i limiti posti dall'art. 818 c.p.c.

La CAM si spinge ancora oltre nelle proposte di ampliamento delle prerogative cautelari dei giudici privati. L'introduzione, all'art. 44 del c.d. arbitro d'urgenza rappresenta forse la punta avanzata del Regolamento; i compilatori si sono riferiti al citato articolo come ad una norma "di prospettiva", certamente audace ma in linea con l'intento di fare del Regolamento uno strumento di veicolazione degli auspici di riforma della materia arbitrale italiana nel suo complesso.

Attenendosi al disposto *ex* art. 44, salvo volontà contraria dei compromittenti, fino alla conferma degli arbitri, e senza obblighi di comunicazione, la parte può chiedere la nomina di un arbitro per l'adozione dei provvedimenti e delle determinazioni di cui all'art. 26. Entro 15 giorni dal deposito dell'istanza e dei documenti, nel contraddittorio tra le parti, l'arbitro d'urgenza, nominato dalla CAM secondo le medesime modalità previste per la nomina ordinaria, dispone con ordinanza le misure cautelari,

¹¹¹ Si tratta dei c.d. provvedimenti anticipatori di condanna e, segnatamente, dell'ordinanza di pagamento di somme non contestate, dell'ordinanza-ingiunzione e dell'ordinanza post-istruttoria. Tali strumenti sono espressione di una condanna con riserva, ossia di una sentenza di condanna munita di tutti i requisiti di cui all'art. 474 c.p.c., dunque immediatamente esecutiva, ma non idonea a passare in giudicato. Le citate ordinanze infatti, pur essendo immediatamente esecutive possono essere revocate dalla sentenza finale che provi l'inesistenza del diritto di parte attorea. La *ratio* di tali istituti è quella di evitare che, nei casi in cui vi sia verosimiglianza dell'esistenza del diritto di parte attorea, la ragioni di quest'ultima possano essere pregiudicate dalla lunghezza del processo. Sul punto v. RICCI G. F., *Diritto processuale civile*⁶, Bologna, 2017, pp.37-41; BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., pp. 416-420.

¹¹² Si tratta dei casi in cui il giudice pronunci una sentenza di condanna generica, ai sensi dell'art. 278 c.p.c., e, ai sensi di quanto previsto al secondo comma della norma, nella medesima pronuncia disponga la provvisoria in favore del convenuto, in relazione al quantum di prestazione per cui ritiene raggiunta la prova.

urgenti e provvisorie richieste¹¹³. In caso di estrema urgenza, poi, l'arbitro può emanare il provvedimento *inaudita altera parte*, contestualmente fissando l'udienza, da svolgersi nel contraddittorio delle parti, per la conferma, modifica o revoca del provvedimento già concesso.

Se da un lato la procedura delineata dall'art. 44 presenta profili di assonanza con il procedimento cautelare dinnanzi all'autorità statale in quanto, come prescritto all'art. 669-*sexies* c.p.c., la procedura d'urgenza appare cadenzata in modo preciso ed anzi, ancor più rigido di quanto disposto dal codice di rito, dall'altra, a differenza da quanto postulato dall'art. 669-*octies* c.p.c., l'istante non è dispensato dall'instaurazione del giudizio di merito. Pertanto, nei casi in cui il soggetto che abbia ottenuta la cautela del proprio diritto non incardini il processo di merito, ovvero non lo faccia nel rispetto del termine di 60 giorni prescritto dalla norma ovvero dei termini fissati dall'arbitro d'urgenza, la misura provvisoria perderà efficacia.

Qualche riflessione è richiesta in relazione agli strumenti di controllo sui provvedimenti cautelari emessi "d'urgenza". Si tratta, anche in tale ambito, come nella giurisdizione pubblica, di reclamo e revoca ed anche in tale contesto, seppur nel silenzio del Regolamento, si ritiene che i presupposti applicativi dei due istituti siano differenti. Con il reclamo, la parte può contestare la legittimità, in fatto od in diritto, del provvedimento emesso in via cautelare; diversamente, con la revoca, essa può far valere sopravvenuti mutamenti delle circostanze fattuali, tali da legittimarne la revisione. La competenza sui giudizi di reclamo e revoca spetta al "tribunale arbitrale costituito", disposto che, sia per quanto attiene alla revoca, sia in relazione al reclamo, si discosta da quanto postulato, rispettivamente dagli artt. 669-*decies* c.p.c. e 669-*terdecies* c.p.c., che attribuiscono la competenza su tali

¹¹³ Il termine ordinanza potrebbe destare qualche perplessità in relazione alla compatibilità di un tale atto con il cautelare «negoziale» di cui all'art. 26 comma 2. Sarebbe forse risultato più lineare il riferimento ad un generico "provvedimento dell'arbitro"; tuttavia non si ravvisano ragioni di diritto che escludano la possibilità di concedere un cautelare anche negoziale per il tramite dell'ordinanza.

controllo allo stesso giudice che ha emesso la misura di cautela¹¹⁴. Naturalmente, fino alla costituzione del tribunale arbitrale resta competente l'arbitro d'urgenza per la modifica e la revoca dell'ordinanza.

La tematica della competenza su reclamo e revoca dei provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 44 del Regolamento sembrerebbe sollevare alcune riflessioni. In questo senso, se è vero che il sistema dei controlli avverso le misure emesse dall'arbitro d'urgenza pare ricalcare, tendenzialmente, i meccanismi predisposti per la giustizia statale, è anche vero che tra arbitri e parti sussiste un rapporto di natura negoziale che ricalca lo schema giuridico del mandato. Alla luce di ciò, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di ammettere l'impugnazione per nullità dei suddetti provvedimenti innanzi al giudice statale¹¹⁵. La questione sembra di diritto sostanziale. Si tratta di stabilire se si può dar vita ad un negozio con il quale viene attribuito ad un terzo mandatario, in questo caso, il giudice, il potere di provvedere in seguito, anche solo *re melius perpensa*, ed in ogni caso su sollecitazione di una delle parti, ad una revisione del giudizio espresso.

Una possibile lettura potrebbe essere di segno positivo. In questo senso è innanzitutto da tenere presente che i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 44 del Regolamento, al di fuori dei casi del cautelare «negoziale» di cui all'art. 26 comma 2, richiedono pur sempre l'*exequatur* del giudice statale ai fini dell'esecutorietà. Ciò premesso, e considerato che, da un lato, esiste uno spiccato favore legislativo per l'arbitrato e, dall'altro, che la tutela

¹¹⁴ Cfr. art 669-*decies*, comma 3, c.p.c.: «Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale (75 c.p.p.), i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare»; cfr. art 669-*terdecies*, comma 2, c.p.c.: «il reclamo [...] contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può fare parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato».

¹¹⁵ L'impugnazione del provvedimento cautelare d'urgenza dinnanzi al giudice statale si legittimerebbe in forza della nullità del provvedimento emesso ai sensi dell'art.44 del Regolamento, per violazione del contratto, ossia del patto compromissorio tra parti ed arbitri. Il vizio coinciderebbe pertanto con l'errore, di fatto o di diritto, commesso dal giudice privato nell'emissione di tale provvedimento.

cautelare rappresenta presupposto imprescindibile per l'effettività della giurisdizione – di cui l'arbitrato è pur sempre espressione –, l'estensione del mandato in capo al giudice per il controllo dei provvedimenti cautelari parrebbe «realizzare interessi meritevoli di tutela» ai sensi dell'art. 1322 c.c. Per ciò che attiene alle conseguenze previste in caso di inadempimento della misura cautelare disposta dall'arbitro d'urgenza, la questione è ancora una volta strettamente connessa alla mancanza di esecutorietà del suddetto provvedimento, che non permette di ipotizzare effetti dell'inadempimento diversi da quelli di natura risarcitoria. L'obbligo risarcitorio in capo al destinatari della misura di cautela avrà chiaramente un impatto maggiore in relazione ai cautelari c.d. anticipatori, fonti di veri e propri diritti creditori in capo alla parte cautelata, in caso di vittoria nel merito; meno significative risulteranno invece tali sanzioni in relazione a provvedimenti cautelari di tipo conservativo in quanto, il loro «inadempimento» potrebbe comportare il venire meno della garanzia creditoria stessa nelle more del procedimento di merito.

A questo punto, non può non darsi conto del fatto che, anche se la struttura giuridica nella quale è inquadrabile lo strumento di cui all'art. 44 non pare porsi in contrasto con i principi cardine del diritto civile, sostanziale e processuale, l'utilità concreta dello strumento *de quo* subisce il medesimo limite delle succitate misure cautelari *ex art. 26* comma 1, da esso stesso richiamate, ossia il divieto posto dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 818 c.p.c.¹¹⁶

¹¹⁶ Alcuni autori hanno tentato di superare tale impasse riconducendo le citate misure cautelari alla figura del lodo parziale, mutuando dallo stesso il carattere di immediata esecutorietà ed impugnabilità e così elidendone la natura provvisoria. Riconducibili a tale interpretazione possono essere le riflessioni di BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato* in *Riv. arb.*, 2012, p.511; ID, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, p.89, nota 74, che osserva come nell'ordinamento francese sia ammessa anche una nozione di sentenza arbitrale non definitiva, contenente una misura conservativa o provvisoria dunque sfornita di stabilità di giudicato nel merito. In senso interlocutorio sull'ipotesi di ammissibilità di lodi parziali a

Le riflessioni condotte sino a questo momento mettono in luce alcune conclusioni.

Il punto di partenza risiede nell'assodata opportunità del superamento dell'esclusione del potere cautelare in capo agli arbitri. Il secondo punto riguarda l'esistenza di una norma di legge, ossia l'art. 818 c.p.c., che prescrive tale divieto e la terza considerazione muove verso la tanto attesa riforma legislativa che purtroppo ancora non ha luogo.

Le proposte della Camera Arbitrale di Milano danno conto della condivisione culturale sulla necessità di far uscire l'Italia dalla condizione di obiettivo isolamento determinata dall'art. 818 c.p.c. e forniscono strade percorribili *medio tempore*. Da un lato si cerca di aggirare l'ostacolo dell'*exequatur* attraverso la previsione di un «cautelare negoziale» e, dall'altro, di contrastare il secondo grande limite sulla compatibilità della tutela cautelare in ambito arbitrale, ossia la possibilità di concedere misure urgenti *ante causam*, ai sensi dell'art. 44 del Regolamento. Tuttavia anche tali strumenti risultano imperfetti ed anzi inefficaci se non accostati ad un preliminare processo interpretativo, a monte, sull'impianto codicistico della tutela cautelare in ambito arbitrale. Come a dire che la norma c'è e non può essere ignorata.

Gli oneri si spostano dunque sulla classe giudiziaria che deve «fare al meglio con quello che c'è». Da un lato, quindi, legittimare il potere derogatorio dei regolamenti arbitrali rispetto al divieto di cui all'art. 818 c.p.c. e, dall'altro, accostare alla possibilità degli arbitri di emettere cautelari, a ciò conseguente, anche la possibilità di ordinarne l'esecuzione.

Il denominatore comune a tali operazioni interpretative non può che essere di matrice costituzionale, potendosi ipotizzare nella ragionevole durata del processo, prevista all'art. 111 comma 2 Cost. La razionale allocazione delle risorse giudiziarie, postulata dalla Costituzione, evidenzia la diseconomicità

contenuto esclusivamente cautelare v. BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2009, p.24.

di onerare il giudice statale della concessione di misure cautelari in relazione alle quali, gli arbitri dispongono di una cognizione certamente migliore, in ragione del materiale difensivo ed istruttorio acquisito nel corso del procedimento e di cui il giudice, invece, conosce eventualmente, solo in via incidentale¹¹⁷. Pertanto sotto il primo dei due profili summenzionati, l'art. 832 c.p.c. dovrebbe essere inteso come una «diversa disposizione di legge» che, in forza dell'art. 818 c.p.c., deroga alla riserva di giurisdizione in materia cautelare. Sotto il secondo versante, ossia la questione sull'esecutorietà del provvedimento cautelare non *self-executing*, è sempre la ragionevole durata del processo ovvero l'esigenza di *case management* che potrebbe fondare l'idea di ritenere omologabile, ai sensi dell'art. 825, comma 1, c.p.c. la misura cautelare emessa dall'arbitro dotato di tale potere, ai sensi dell'art. 832 c.p.c.¹¹⁸

I risultati messi in luce sono certamente controversi e parziali; potrebbero essere tacciati di eccessive forzature interpretative ovvero di non considerare il fenomeno arbitrale nel suo complesso, trascurando ad esempio, la questione della tutela cautelare per l'arbitrato *ad hoc*. Esisterebbero, forse, confutazioni specifiche a ciascuna di tali obiezioni¹¹⁹. Tuttavia il senso di queste riflessioni è un altro; da un lato, dare conto che da un piano puramente teorico, la consapevolezza sulla necessità di

¹¹⁷ Sul punto v. CARPI, *I procedimenti cautelari*, cit., p.1262

¹¹⁸ La riconducibilità dell'omologabilità della pronuncia cautelare degli arbitri ai sensi dell'art. 825 c.p.c. al principio di ragionevole durata del processo è sostenuta da BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, cit., p.1262.

¹¹⁹ Alcuni di tali argomenti risiedono, ad esempio, nella centralità della lettura costituzionalmente orientata delle norme del c.p.c., che legittima interpretazioni *praeter legem*, anche drastiche delle norme del codice di rito come osserva VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p.505ss; ovvero nelle giustificate ragioni di politica legislativa che possono condurre il legislatore a predisporre una disciplina di maggior sostegno per un istituto piuttosto che per un altro, come avviene per l'arbitrato amministrato, fortemente sostenuto dal legislatore in quanto sempre più verosimilmente configurabile quale alternativa alla giurisdizione statale. In questo senso v. PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p.1325ss; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 993ss.

ristrutturare la disciplina dei poteri cautelari degli arbitri è stata declinata nella dimensione pratica, che, se ancora fatica a tradursi in una riforma legislativa, si scorge, intanto, nelle previsioni di alcuni regolamenti di arbitrato. Ulteriore risultato messo in luce dalle considerazioni svolte parrebbe condurre a ritenere che, con una forte determinazione degli organi giudiziari, il profilo delle misure cautelari potrebbe non costituire più un deterrente così importante al radicamento di liti arbitrali internazionali in Italia.

CAPITOLO 3

L'ARBITRATO INTERNAZIONALE ITALIANO. ESECUZIONE E RICONOSCIMENTO DEL LODO

1. Riflessioni sull'ordine pubblico arbitrale

Le considerazioni sul momento dinamico del lodo, ossia l'interazione tra riconoscimento ed esecuzione e singolo ordinamento nazionale,

rappresentano il cuore della dimensione internazionale dell'arbitrato. Si tratta di questioni ampiamente affrontate in dottrina, specialmente nella duplice prospettiva dell'ordine pubblico e dell'opposizione al riconoscimento del lodo estero.

Il rilievo del concetto di ordine pubblico in ambito arbitrale è incontrovertito¹²⁰. Senza alcuna pretesa di completezza su di un tema tanto quanto complesso, ai fini dell'indagine condotta nel presente lavoro, la questione parrebbe potersi tratteggiare nei seguenti termini.

Occorre, innanzitutto, partire da una prospettiva arbitrale di ordine pubblico, circoscriverne, cioè, la portata alle dinamiche arbitrali¹²¹. In tale ottica, esso risulta scomponibile in un profilo processuale ed uno sostanziale.

Sotto il primo aspetto, rilevano, essenzialmente, la bontà del volere delle parti, il rispetto del principio del contraddittorio e l'imparzialità del collegio arbitrale. A livello sostanziale, invece, l'ordine pubblico assume i connotati della valutazione sulla disponibilità del diritto in contesa.

Il «giusto processo arbitrale» risulta, senz'altro, meno problematico da definire sul fronte processuale che non per quanto attiene alla nozione di diritto disponibile. Questo si spiega, verosimilmente, con l'esistenza di testi internazionali che si sono occupati di stabilire le caratteristiche inderogabili

¹²⁰ La bibliografia in tema di ordine pubblico arbitrale sarà citata, prevalentemente, nel paragrafo seguente, sul riconoscimento del lodo estero. Per alcuni ulteriori riferimenti bibliografici v. ZARRA, *Arbitrato internazionale ed ordine pubblico*, in *Il Giusto processo civile*, 2018, pp. 539- 574; RADICATI DI BROZOLO L., *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno*, in *Riv. arb.*, 2016, I, pp. 1-32; GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, Bologna, Bononia University Press, 2018; DE SANTIS M e WINKER M., *cit.*; BOVIO A., *Ordine pubblico e arbitrato internazionale: il ruolo del giudice nazionale*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2011, pp. 29-41; PUNZI C., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 235; LAUDISA L., *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2004, pp. 857- 873; MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria. Principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in GALGANO F (diretto da), *Tratt. dir. comm. Dir. pubbl. ec.*, XXX, Cedam, Padova, 2003; D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1903; RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999; LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 329;

¹²¹ Sul punto v. ampiamente GABELLINI, *L'azione arbitrale*, *cit.*, p.111ss

che un processo, latamente inteso, deve avere per giungere ad un risultato giuridicamente vincolante. Ci si riferisce, in modo particolare, all'art. 6 della Cedu, che postula il principio di legalità processuale, pacificamente applicabile in ambito arbitrale¹²² e, con tutti i limiti ad essa relativi, alla Legge Modello dell'Uncitral.¹²³

Sul concetto di diritto disponibile esiste vasta letteratura¹²⁴. Cionondimeno,

¹²² La questione sull'applicabilità della Cedu all'arbitrato è controversa ed ampiamente approfondita nel capitolo seguente. La disomogeneità di vedute sul punto sembra potersi addebitare, essenzialmente, alle diverse impostazioni sulla natura dell'arbitrato. I sostenitori della tesi affermativa, presuppongono la natura processuale del giudizio privato; v. in questo senso VAN COMPERNOLLE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 663 ss.; HENKE A., *La compatibilità con l'art. 6 (1) Cedu della rinuncia all'impugnazione di un lodo*, in *Riv. arb.*, 2016 p. 1964ss; RECCHIA, *Arbitrato e convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 381ss. Il rapporto tra Cedu ed arbitrato è stato, peraltro, affrontato da dottrina e giurisprudenza anche con specifico riguardo all'ammissibilità, rispetto ai parametri Cedu, della rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo. Sul punto v. *Corte eur. Dir. Uomo, sez. III, 24 marzo 2016* (Tabbane c. Svizzera), in *Riv. arb.*, 2016, pp.302-315 con nota di ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

Gli autori che negano, invece, l'applicabilità della Convenzione al giudizio privato, tra cui, JARROSSON, *L'arbitrage et la Convention européen des droits de l'homme*, in *Rev. arb.*, 1989, p. 573 ss e CLAY *Contrat d'organisation de l'arbitrage et Convention européen des droits de l'homme* in *Rev. arb.*, 2001, p. 511ss, postulano l'applicabilità della Cedu ai soli rapporti verticali, ossia tra Stati od enti istituzionali, circostanza che limiterebbe l'efficacia della Convenzione ai giudizi dinnanzi le corti statali, con esclusione dei giudici privati. Una possibile composizione di tali opposti orientamenti potrebbe essere quella che, come sostenuto da BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p.589, attribuisce alla Convenzione di Roma, applicata all'arbitrato, la funzione di dettare regole di validità del procedimento arbitrale, senza implicare alcuna responsabilità dello stato in cui ha sede l'arbitrato considerato. La violazione delle garanzie fondamentali del «giusto processo arbitrale» determinerebbe, pertanto, sanzioni meramente «attizie». nello stesso senso v. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 453ss.

¹²³ La Legge Modello assolve alla funzione di proporre uno «schema di legge uniforme» in materia arbitrale. Non si sofferma, pertanto, sulla definizione dei principi generali, quali quello di giusto processo o giusto processo arbitrale. E' tuttavia l'essenza stessa del testo, volto a fissare i parametri di legittimità del procedimento arbitrale, a presupporre l'esistenza.

¹²⁴ Le questioni interpretative sulla portata dell'art. 806 c.p.c., ossia sulla perimetrazione delle controversie arbitrabili, sono addebitabili alla natura del concetto di «diritto disponibile». Pur fungendo, tale nozione, da criterio di legittimazione dello strumento arbitrale rispetto ad una data controversia, non risulta possibile predeterminarne in astratto il contenuto, né individuare una casistica con carattere tassativo. La ragione risiede nella natura «culturalmente e storicamente sensibile» del concetto, non riducibile alla mera contrapposizione tra diritti della personalità e diritti suscettibili di renegrazione economica, che ha portato la dottrina maggioritaria a richiamare, in aiuto, la

l'assenza di una definizione internazionale sul punto pare strettamente legata alla natura culturale ed economica della nozione, che le conferisce natura elastica e mutevole. Basti riflettere sull'evoluzione della disciplina arbitrale italiana in materia di lavoro, famiglia e diritto societario¹²⁵.

Dalla prospettiva italiana, sembra potersi ritenere che l'ordine pubblico sia rispettato in tutti gli arbitrati in cui le parti abbiano piena contezza dell'*exceptio compromissi*, in cui il procedimento venga espletato nel contraddittorio tra le parti ed innanzi ad un arbitro imparziale e quando tutto ciò avvenga nel rispetto della legge sostanziale scelta dai contendenti. La mancanza di taluni di detti presupposti determina l'invalidità del lodo, in quanto non appare logicamente sostenibile l'idea di una decisione che modifichi le sfere giuridiche di terzi, attraverso la produzione di effetti che si pongono in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento considerato.

contrapposizione tra ordine pubblico di direzione ed ordine pubblico di protezione. Nel primo caso, si ritiene che l'interesse individuale sia sotteso da un interesse generale prevalente, che conduce ad escludere l'arbitrabilità della lite, in favore del maggior garantismo del rimedio processuale. Trattasi, in tali ipotesi, di diritti indisponibili. Con riferimento all'ordine pubblico di protezione, diversamente, l'interesse di carattere generale, implicato nel raffronto con l'interesse particolare del privato, non risulta così pregnante da elidere in radice l'arbitrabilità. In tali casi, l'arbitrato potrà dunque rappresentare un'opzione fruibile dalle parti, a condizione che sia rispettata la «tecnica del processo arbitrale», che metta al riparo le parti, ovvero eventuali terzi, dal rischio di non essere adeguatamente tutelati. In questo senso v. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 81 ss; GABELLINI, *L'azione arbitrale.*, cit., pp. 111-117. Sul punto vedi anche BARLETTA A., *La "disponibilità" dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 979 ss.

¹²⁵ Gli àmbiti elencati rappresentano declinazioni del sopra citato concetto di ordine pubblico di protezione. Si tratta di materie che, da un lato, lambiscono diritti fondamentali della persona e, dall'altro, spesso coinvolgono diritti di terzi rispetto alle parti della controversia in senso stretto. Pertanto, in tali casi, pur non essendo escluso *tout court* lo strumento arbitrale, è necessario il rispetto di molteplici garanzie perché l'applicazione dell'arbitrato non si risolva in un *vulnus* di tutela in capo ai contendenti. A titolo esemplificativo si richiama il caso dell'applicabilità dell'arbitrato alle controversie in materia di matrimonio e filiazione. Nei casi, non infrequenti, in cui i coniugi abbiano figli minori, non autosufficienti o portatori di handicap, le stringenti garanzie richieste per lo svolgimento del giudizio arbitrale sembrerebbero delineare uno statuto *ad hoc* e dunque un «arbitrato amministrato specializzato in materia di separazione». In tal senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato.*, cit., p. 102. V. anche DANOVÌ, *L'arbitrato di famiglia in Italia tra antitesi e possibili consonanze*, in *Riv. arb.*, 2016, pp. 49-67.

Ciò premesso, le criticità sull'ordine pubblico in ambito arbitrale risiedono nella vocazione internazionale del giudizio privato, che sposta la questione sull'individuazione del denominatore comune ai diversi ordini pubblici arbitrali nazionali. Con altre parole, si pone la questione sulla valenza interna od internazionale dell'ordine pubblico arbitrale¹²⁶.

La risposta parrebbe richiedere un approccio all'arbitrato orientato al c.d. effetto utile. In tal senso, occorre tenere in considerazione che l'attualità dello strumento arbitrale risiede nella sua dimensione internazionale ed una concezione interna di ordine pubblico risulterebbe poco determinante o quasi inutile sul piano del riconoscimento internazionale del lodo¹²⁷. La «coloritura» nazionale dell'ordine pubblico impedirebbe, cioè, l'ingresso del lodo estero in un dato ordinamento, nei soli casi di macroscopica ingiustizia dello stesso, ossia di lodi palesemente lesivi di diritti fondamentali. A titolo esemplificativo, l'ordine pubblico italiano, inteso in senso domestico, legittimerebbe l'opposizione al riconoscimento di un lodo estero che desse ragione ad una parte piuttosto che all'altra, in ragione del mero sesso del contendente, in conclamato contrasto con l'art. 3 Cost.

Si tratta di ipotesi che rasentano l'assurdo dimodoché l'utilità dell'ordine pubblico risulterebbe, per così, dire, «svuotata».

Avallando quindi la interpretazione internazionale del concetto, si osserva che maggiore è l'ampiezza dell'ordine pubblico, minore è la circolabilità del lodo. Pertanto, perché un dato ordinamento guadagni *appeal* nella competizione internazionale per il radicamento di liti estere, si dovrà prediligere un'interpretazione restrittiva di ordine pubblico internazionale.

¹²⁶ Il rapporto tra ordine pubblico ed arbitrato internazionale è oggetto di copiosa dottrina e giurisprudenza. Per alcuni riferimenti bibliografici ed un quadro attuale si veda ZARRA, *Ordine pubblico ed arbitrato internazionale* in *Riv. arb.*, 2018, p. 539 ss. che evidenzia gli ultimi approdi della giurisprudenza internazionale e mette in luce la trasversalità di tale concetto rispetto al procedimento arbitrale nel suo complesso. Per ulteriore bibliografia si veda BIAVATI, *Arbitrato internazionale.*, cit., p. 661 ss. ed il par. seguente, in tema di opposizione al riconoscimento del lodo estero.

¹²⁷ Sul punto vedi par. 2 Cap. III.

In Italia l'ordine pubblico internazionale coincide con i principi costituzionali del giusto processo, ex art. 111 Cost., e con quanto postulato dall'art. 6 della Cedu. Ecco quindi che, inesorabilmente, anche l'ordine pubblico internazionale finisce per essere «contaminato» dall'ordinamento nazionale. E' dunque alla luce di tale assunto che parrebbe opportuno interrogarsi sulla possibilità di una convergenza internazionale sul concetto di ordine pubblico internazionale.

Tale obiettivo risulta, in vero, assai difficile da perseguire.

Da una prima prospettiva, tralasciando le criticità sulla definizione contenutistica di «ordine pubblico» e restringendo il campo all'ambito di operatività delle Convenzioni internazionali, emerge la prassi eversiva di alcuni ordinamenti rispetto all'esistenza stessa di un concetto condiviso di ordine pubblico. Il richiamo immediato è alla Francia, che ammette il riconoscimento di un lodo estero annullato nel paese di origine¹²⁸. D'altro canto, vi sono poi da considerare tutti i paesi che sfuggono al filtro degli accordi internazionali ed in modo particolare della Cedu, quali, a titolo esemplificativo, gli Stati Uniti d'America ovvero gli Emirati Arabi, tra cui l'Arabia Saudita.

L'assoluta relatività che ancora domina il concetto di ordine pubblico arbitrale può essere colta, in modo plastico, proprio con riferimento a tale ultimo paese, regolato, non solo da norme giuridiche in senso stretto, ma anche dalle c.d. leggi sciaratiche, ossia da principi di matrice filosofico-religiosa della cultura islamica. La complessità della questione risiede cioè nella diversa perimetrazione che l'ordine pubblico assume nei paesi in cui viene applicata la Sharia, a seconda della valenza attribuita dalle parti a tali norme meta-giuridiche¹²⁹. Più concretamente, se è possibile ritenere che un

¹²⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza francese *Hilmarton*, sul riconoscimento del lodo annullato nel paese di origine, trattata nel paragrafo immediatamente seguente.

¹²⁹ La *Sharia* è un codice di condotta religioso, etico e giuridico vigente nei paesi islamici e mutuato, prevalentemente, dalle leggi sacre del Corano. Letteralmente *Sharia* significa «legge immutabile di Dio» ed è contrapposta alla nozione di *fiqh*, che sta ad indicare il

lodo in cui una parte venga condannata al pagamento di interessi risulti perfettamente lecito – se contenuto entro i limiti di cui all’art. 644 c.p. – in Italia, altrettanto non può concludersi con riferimento a quei paesi in cui vige la *Sharia*, quando, dal tenore letterale del contratto, sia possibile evincere che le parti abbiano voluto vincolarsi al rispetto dei principi fondamentali della stessa, che prescrive il divieto dei *riba*, ossia degli interessi¹³⁰.

frutto dell’interpretazione operata su di essa da dottrina e giurisprudenza. In virtù di tali regole, l’agire umano è suddiviso in cinque categorie di comportamenti: *i*) obbligatori: la loro esecuzione è premiata e la trascuratezza è punita a norma di legge *ii*) raccomandabili: la loro esecuzione è premiata ma l’ inosservanza è priva di conseguenze *iii*) legittimi: non proibiti né premiati *iv*) sconsigliabili: la loro attuazione è condannata sul piano religioso *v*) vietati: atti proibiti e puniti dalla legge.

La valenza di tale *corpus* di regole e prassi comportamentali non è omogenea nei paesi con prevalenza islamica, tra i quali, si distinguono zone in cui la Legge vale come mera guida etica, senza produrre alcun effetto giuridico, altri paesi, in cui essa si applica solo per questioni di diritti privato es. in materia di famiglia e matrimonio, altri paesi, ancora, in cui essa produce effetti sia in ambito privatistico sia penale e, infine, aree in cui non vi è un criterio comune, essendo la questione rimessa alle autonomie regionali. La situazione risulta dunque tanto variegata quanto complessa. Ciò che è, in ogni caso, giusto cogliere è che i principi fondamentali della *Sharia* rappresentano il nocciolo duro delle «caratteristiche somatiche» della cultura islamica, e che fondano l’impianto giuridico di detti paesi e di tutti i principali testi di legge in essi operanti, a partire dalle Costituzioni. Sulla controversa valenza della *Sharia*, e nel senso, prevalente, della natura «*non binding*» della stessa, v. A. JUNIUS, *Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a choice of Law under German conflict of Laws Principles* in *Chicago Journal of International Law*, 2007, p. 547; K. BALZ, *Islamic Finance Litigation*, in [academia.edu.doc/fislamic-finance-litigation.pdf](http://academia.edu/doc/fislamic-finance-litigation.pdf).

¹³⁰ Emblematico è il caso di Dubai. Tale emirato ha un sistema di regolamentazione della materia civile e commerciale composto da un «doppio binario»: da un lato, esistono la Costituzione ed il codice civile e, dall’altro, i principi della *Sharia*. La permeabilità dei precetti della legge islamica nella regolamentazione dei rapporti economici è legittimata sia dalla Costituzione, che richiama la *Sharia*, qualificandola come fonte principale, all’art.7, sia dall’art.3 del codice civile, che definisce contrario all’ordine pubblico ciò che si pone in contrasto con i principi sciaratici. Alla luce di detto quadro, nei casi di arbitrato internazionale che coinvolga un paese soggetto alla suddetta legge islamica, talune problematiche potrebbero sorgere nei casi in cui le parti non siano state esplicite, sul valore da attribuire alla stessa. Cioè a dire, se, ferma restando l’applicazione della *lex arbitri* e della *lex causae* prescelte dalle parti, esse si siano determinate nel senso che il contratto debba essere “*Sharia compliant*”. In tali casi spetterà dunque all’arbitro ovvero al giudice, laddove sia necessario il suo intervento, ricostruire, attraverso il tenore letterale dell’accordo ed alla luce dell’operazione economica complessivamente considerata, l’intendimento delle parti. A titolo esemplificativo, nei casi in cui la tipologia di contratto in essere sia riconducibile alla prassi contrattuale del mondo islamico, sarà più facile, per l’interprete, desumere che le parti abbiano inteso attribuire alla *Sharia* valore di legge

Sul problema dell'uniformazione internazionale dei criteri di riconoscimento di lodi esteri, proposte interessanti parrebbero provenire, come si dirà in seguito, dalla Legge Modello Uncitral del 1985¹³¹. Tuttavia, tale *coprus* di regole, oltre ad avere natura di *soft law* e portata applicativa limitata, agisce «a valle» del problema, senza fornire una definizione generale e territorialmente neutra di ordine pubblico.

Si esce, quindi, ancora e inevitabilmente, dalla dimensione giuridica per ricadere nella trame dell'etica comportamentale. Come a dire che chi vuole valersi di uno strumento che, per sua natura, richiede la cooperazione e la «lealtà» della *communitas* nella quale esso opera, non può sottrarsi alla condivisione ed alla implementazione di regole comuni di accettabilità locale del suo prodotto, tra cui, *in primis*, l'ordine pubblico.

Pensare che la questione possa risolversi con l'imposizione, a livello internazionale, dei tratti comuni dell'ordine pubblico dei paesi economicamente più forti è sconcertante e non del tutto coerente con gli auspici di «giustizia migliore» sotto cui nasce lo strumento arbitrale, ma forse rappresenta, per ora, lo scenario più verosimile.

2. Il riconoscimento del lodo estero in Italia ed in Francia: due modelli a confronto

Le riflessioni sul controllo del lodo estero in relazione ai due ordinamenti, francese ed italiano, rappresentano una delle prospettive più significative dalle quali è possibile analizzare la tematica del rapporto tra arbitrato internazionale ed ordinamento di riferimento.

La scelta del raffronto con l'ordinamento francese può essere individuata in diversi ordini di ragioni.

contrattuale. Approfondisce il tema RUSSO T.V., *I contratti Shari'a compliant*, ESI ed., 2014.

¹³¹ Ci si riferisce alla proposta della Legge Modello sull'equiparazione dei motivi di nullità del lodo e delle cause di opposizione al riconoscimento, analizzata immediatamente a seguire.

In primo luogo, come già accennato, la Francia si staglia, nel contesto globale, come spartiacque nel tentativo internazionale di affrancamento dell'arbitrato dalla giurisdizione nazionale, sia sul piano normativo sia giurisprudenziale¹³². Il raffronto tra «specialità» francese ed ordinamento italiano, attraverso l'angolo prospettico del riconoscimento del lodo estero, rappresenta una prospettiva che, seppur, assolutamente relativa, rappresenta una valida occasione per progredire nella comprensione ed approfondimento delle dinamiche fondamentali nel rapporto tra arbitrato e giurisdizione nazionale.

In secondo luogo rileva la possibilità di mettere a confronto due diversi paradigmi di riforma dell'arbitrato internazionale, adottati a distanza di pochi anni l'uno dall'altro. In tal senso, il modello francese è senz'altro didascalico dell'esigenza italiana di superare le inadeguatezze della «nuova» regolamentazione della giustizia privata e di individuare, per l'effetto, linee guida utili a riportare l'impiego dell'arbitrato da mezzo di deflazione del contenzioso a strumento che possa valorizzare l'*appeal* dell'Italia quale sede per la risoluzione di controversie internazionali¹³³.

¹³² Questo emerge in modo particolarmente evidente (i) ai sensi dell'art. 1505, n. 4 *code de procedure*, dalla possibilità di intervento del *juge d'appui*, a prescindere da ogni legame con l'ordinamento francese, per porre rimedio al «diniego di giustizia» che rischia di subire una delle parti – v. sul punto GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, in *Riv. arb.*, 2011, pp. 532-533; COMBE, *La riforma del diritto dell'arbitrato internazionale in Francia*, in *bensaude-paris.com*, 2017, pp. 3-5 (ii) dall'assenza, tra i motivi ostativi al riconoscimento ed esecuzione di un lodo straniero, dell'ipotesi del suo annullamento nel paese d'origine, dal quale origina il *trend* giurisprudenziale sul riconoscimento dei lodi annullati nel paese di origine, inaugurato in Francia dal caso *Hilmarton*: per tutte le vicende ad esso relative v. CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia della Corte d'appello di Parigi in tema di exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese di origine*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 374 ss.

¹³³ In merito all'impatto della riforma italiana del 2006 sull'arbitrato internazionale v., tra i molti, BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. comm. int.*, 2006, p. 227 ss.; ID., *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, pp. 483-484 BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., pp. 649-653; ID., in CARPI (diretto da), *Arbitrato*², Bologna, 2001, p. 739 ss.; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, cit., p. 679 ss. Si esprimono in senso apertamente critico RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia.*, cit., pp. 1267-1282; CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della*

Infine, il raffronto sulle discipline nazionali in tema di riconoscimento del lodo estero pone in rilievo uno dei principali limiti all'effettività dell'arbitrato internazionale, ossia la mancata coincidenza tra motivi di impugnazione del lodo, rimessi alle singole discipline nazionali e motivi di opposizione al riconoscimento, fissati in modo tassativo, a livello convenzionale, nel testo di New York del 1958.

Procedendo con ordine logico, pare doverosa qualche breve riflessione sulle riforme, francese ed italiana, che hanno conferito alla discipline nazionali, in materia di arbitrato internazionale, il vigente assetto.

In Francia, il decreto n. 48 del 13 gennaio 2011, entrato in vigore il 1° maggio dello stesso anno, ha riformato tanto l'arbitrato domestico quanto quello internazionale, attraverso la sistemazione della materia in un unico libro, di cui il primo titolo, riguarda l'arbitrato domestico (artt. 1442-1503 c.p.c.) ed il secondo, l'arbitrato internazionale (artt. 1504 – 1527 c.p.c.). In linea con l'anticipata tendenza all'autosufficienza dell'ordinamento francese, il *fil rouge* della riforma è, in sintesi, individuabile nella riduzione della censurabilità del lodo.

In tal senso, il legislatore sembra essersi focalizzato, essenzialmente, su tre fronti. Da un lato, emerge l'attenuazione dei formalismi nel procedimento; in secondo luogo è possibile osservare una complessiva implementazione dei poteri degli arbitri ed infine interventi strutturali sono stati operati sulla disciplina delle impugnazioni¹³⁴.

La diversa *forma mentis* del legislatore italiano del 2006 è anticipata dalla diversa scelta topografica o strutturale, che ha condotto, diversamente a quanto avvenuto in Francia, ad un accorpamento dei due regimi, attraverso

giurisdizione italiana, in questa rivista, 2009, p. 603 ss. e p. 955 ss.; BENEDETTELLI-RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale.*, cit., p. 136 ss., spec. p. 141. Mentre in senso favorevole seppur con alcune riserve: RICCI E.F., *La longue marche vers «l'internationalisation» du droit italien de l'arbitrage*, in *Les chaires de l'Arbitrage*, 2006, pp. 11-15; BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, cit., p. 679 ss.

¹³⁴ Per un quadro esauriente sulla riforma francese dell'arbitrato internazionale v. DE SANTIS e WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato.*, cit.

l'abrogazione delle norme del codice di procedura civile che contenevano la disciplina speciale sull'arbitrato internazionale (artt. 832-838 c.p.c.)¹³⁵.

Ciò premesso, l'obiettivo di implementazione dell'efficacia dello strumento arbitrale è stato declinato, anche in Italia, essenzialmente attraverso la riduzione dei poteri di intervento giudiziale sul lodo. In tale direzione, rileva in modo particolare l'introduzione della possibilità di impugnare il lodo, per violazione di regole di diritto, nei soli casi espressamente indicati all'art. 829 comma 3, ovvero la previsione di specifiche ipotesi di competenza esclusiva in capo agli arbitri nel giudizio rescissorio *post* annullamento¹³⁶.

L'atteggiamento della dottrina sulla riforma italiana è, tendenzialmente, critico, specialmente nel raffronto con quella francese, sorta sotto auspici ritenuti più «coraggiosi». E' stato, cioè, argomentato che l'assetto normativo italiano del 2006, seppur nato con l'intento di semplificare la disciplina arbitrale nel suo complesso e dunque di implementare l'effettività arbitrale, sia stato, in corso d'opera influenzato dalle contingenti esigenze di deflazione del contenzioso civile, che hanno asservito la giustizia privata alla necessità di deflazionare il carico processuale italiano, allontanando così l'arbitrato dalla sua ontologica e diversa funzione¹³⁷.

Cionondimeno, qualche perplessità parrebbe profilarsi anche con riferimento alla coerenza della riforma francese.

¹³⁵ Come osserva RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv dir. proc.*, 2010, p.1267 ss., se da una parte la riforma certamente muoveva dall'intento di semplificare e dunque incentivare lo strumento arbitrale nel suo complesso, dall'altra, non pare possibile ignorare che l'accorpamento dei due regimi ha dato àdito ad alcuni importanti inconvenienti applicativi, come se, paradossalmente, si fosse verificata una «contaminazione in senso inverso» tra le due forme di arbitrato e le tendenze restrittive dell'autonomia contrattuale di cui tradizionalmente risentiva l'arbitrato interno si fossero riflesse, sotto determinati profili, sul versante internazionale. Esplicativa, in tal senso, pare l'abrogazione dell'art. 834 c.p.c., che attribuiva *prima facie* la scelta della *lex causae* alle parti.

¹³⁶ In questo senso dispone l'art.830, comma 2, c.p.c., nel prevedere che «se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art.829, commi primo, nn. 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12; terzo, quarto e quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo.»

¹³⁷ In senso critico sulla riforma dell'arbitrato del 2006 v. nota 133

Emblematico, in tale direzione, appare il riformato art. 1520 comma 1, n. 1, che ha formalizzato la possibilità di adire il giudice d' appello «nei casi in cui il tribunale si sia dichiarato a torto incompetente», risultando, di tal modo, il relativo controllo giudiziale estremamente semplificato rispetto al passato¹³⁸. Ora il giudice può valutare la competenza arbitrale in via immediata, senza dover «ricercare nel caso di specie tutti gli elementi di diritto o di fatto che permettano di apprezzare la portata della convenzione arbitrale, traendone poi le conseguenze sul rispetto della missione degli arbitri»¹³⁹. Se quindi il suddetto intervento pare inequivocabilmente orientato alla semplificazione, non sembra potersi dire altrettanto in relazione ad altro articolo, strettamente connesso al primo motivo di cui all'art.1520, comma 1°, anch'esso riformato nel 2011, ossia l'art. 1507. Tale norma postula la libertà di forma della convenzione arbitrale, così onerando, però, il giudice dell'appello – nei casi in cui sia necessario accertare la bontà del consenso delle parti – del compito di rinvenire e ricostruire la validità dell'accordo dalle circostanze del caso concreto, il che implica, inevitabilmente, l'impiego di risorse processuali maggiori¹⁴⁰. Tutto ciò a dire che, a prescindere dagli intenti dichiarati, il problema dell'effettività dell'arbitrato, specialmente in prospettiva internazionale, risulta assai delicato in quanto sembra non poter prescindere da una coerenza di fondo con le singole discipline nazionali. Nei casi in cui tale aspetto venga marginalizzato, come parrebbe essere avvenuto in Francia, il risultato quella della inevitabile emersione di incongruenze.

¹³⁸La norma riformata prevede espressamente quanto già era riconosciuto in via interpretativa dalla giurisprudenza, in relazione al previgente art. 1502, comma 3°, attinente al «rispetto della missione del tribunale arbitrale».

¹³⁹*Paris, 16 juin 1988*, in *Rev. arb.*, 1989, p. 309, con nota di JARROSSON; *Paris, 26 mars 2009*, *ivi*, 2010, p. 525, con nota di V. CHANTEBOUT; *Paris, 17 févr. 2011, no. 09/28533; Civ. Ire, 1er juin 2011, no 10-15.199; Civ. Ire, 6 juill., 2011, n. 08-12.648; Paris, 5 mai 2011, n. 08152*. MOURALIS, *Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations*, in *Cah. Arb*, 2012, p. 167.

¹⁴⁰In questo senso *Cass.civ.*, 1ère chambre civile, 8 juillet 2009, n. 08-16025.

La situazione delineata risulta strettamente connessa ad uno dei risvolti applicativi fondamentali del sistema arbitrale, ossia la possibilità che un lodo emesso in un dato ordinamento possa essere riconosciuto ed attuato in altri paesi. Di conseguenza, l'attenzione si sposta sul momento della pronuncia di esecutorietà del lodo nell'ordinamento *a quo* ed sul suo controllo da parte del giudice dell'ordinamento *ad quem*.

Per ciò che attiene alla concessione dell'*exequatur*, il raffronto tra art. 1514 *code de procedure*, ed art. 839, comma 4°, n. 2, c.p.c. apre la dibattuta questione sulla natura laconica della norma italiana che, nel subordinare l'esecutorietà del lodo straniero alla sua «non contrarietà all'ordine pubblico», omette ogni indicazione sulla natura – interna od internazionale – dello stesso¹⁴¹. Diversamente, l'art. 1514 *code de procedure* è esplicito nel disporre che « *Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* »¹⁴². Considerate le potenzialità, per così dire, “protezionistiche” della clausola generale dell'ordine pubblico, la scelta del riformatore del 2006 parrebbe un primo indicatore della difficoltà del legislatore italiano nel prendere posizioni definite sul grado di autonomia da attribuire all'arbitrato.

Per quanto riguarda, poi, il momento successivo, ossia la eventuale opposizione al riconoscimento del lodo estero, il raffronto tra disciplina italiana di cui agli artt. 839 ed 840 c.p.c. e disciplina francese, *ex art.* 1520 *code de procedure*, pone in primo piano il disallineamento della Francia dai parametri internazionali previsti all'art. V della Convenzione di New York del 1958. In ciò, la contrapposizione tra ordinamento francese ed italiano è spiccata.

¹⁴¹A differenza di quanto disposto dall'art. 1514 *code de procedure*, secondo cui « *Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur [...] exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* ».

¹⁴²Approfondisce la contrapposizione tra Italia e Francia in relazione al concetto di ordine pubblico arbitrale GABELLINI, *L'azione arbitrale.*, cit., pp. 85-108.

Parrebbe potersi ritenere che l'Italia, riproducendo pedissequamente, nei motivi di opposizione al lodo, l'art. V della Convenzione, si ponga in linea con un sovrasisistema del quale il legislatore italiano si fa mero portavoce. Diversamente, la lettura in combinato disposto degli artt. 1466 e 1525 del *code de procedure* evidenzia come l'ordinamento francese riduca, in concreto, le possibilità di opporsi all'esecuzione di un lodo estero alla sola violazione dell'ordine pubblico internazionale¹⁴³. Ed in ciò, si ravvisa un dato ulteriore sulla tensione francese all'indipendenza ed all'autoreferenzialità del proprio sistema arbitrale.

Ci si potrebbe dunque interrogare sul significato dell'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 1520 del *code de procedure*, cioè a dire, quali sono quel nucleo di valori tanto irrinunciabili per il legislatore francese da essere in grado di «bloccare» l'ingresso, in Francia, di una decisione arbitrale straniera.

La risposta sembra essere connessa, ancora una volta, all'approccio radicale ed autoreferenziale del legislatore francese. Sembrerebbe infatti che per mettere in *stand-by* il meccanismo della circolazione internazionale delle decisioni arbitrali, non sia possibile guardare al dato convenzionale e

¹⁴³ Le norme da considerare sono tre, ossia gli artt. 1466, 1520 e 1525 del *code de procedure*. L'art. 1466 postula la decadenza della parte dalla possibilità di far valere, in fase esecutiva o di riconoscimento del lodo estero, i vizi di cui fosse a conoscenza o che comunque potesse conoscere durante il corso del procedimento arbitrale e che, ciononostante, non abbia fatto valere dinanzi al tribunale arbitrale. L'art. 1525, nell'individuazione dei motivi di opposizione al lodo estero richiama l'art. 1520. Analizzando tale ultima norma emerge che i primi quattro motivi ossia « i) *Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent* ii) *Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué* iii) *Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée* iv) *Le principe de la contradiction n'a pas été respecté*» ricadono facilmente nel filtro di cui all'art. 1466, così residuando, come unica valida ragione di opposizione al riconoscimento, il motivo n. 5, ossia l'ordine pubblico internazionale.

neppure appaia sufficiente avere riguardo al solo diritto sostanziale che costituisce il concetto di ordine pubblico quale, ad esempio, una norma dei trattati dell'Unione europea. Occorre piuttosto prestare attenzione alle modalità ed alle circostanze concrete mediante le quali tale violazione viene perpetuata nell'ordinamento *ad quem*. Come a dire che la violazione deve essere «grossolana» ed apertamente inconciliabile con le «strutture portanti» del sistema giuridico e processuale da cui la pronuncia che la contiene fa promana¹⁴⁴.

Il disallineamento francese rispetto ad un accordo internazionale sulla circolazione dei lodi, quale la Convenzione di New York, non ha una valenza meramente teorica ma, come evidenziato dalla prassi giurisprudenziale, determina *impasses* applicative non trascurabili. Ci si riferisce, principalmente, al problema del c.d. contrasto internazionale di giudicati del quale è emblematico il caso *Hilmarton*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Fa chiarezza sulla questione Corte di appello di Parigi, 18 novembre 2004, con nota di RADICATI DI BROZOLO, *L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Court d'appel de Paris)*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 529 ss; BENSUADE, *Thalès air Defence BV v. GIE Euromissiles: defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of european competition in law*, in *Jour. intern. arb.*, 2005, p. 239 ss.; SERAGLINI, *L'affaire Thalès et le non usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)*, in *Cah. arb.*, 2005, p. 5 ss.; RASIA, *La sorte del lodo contrario al diritto comunitario: una prima applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sent. Eco Swiss-Benetton*, in *Int'l Lis*, 2, 2006, p. 87 ss.

¹⁴⁵ V. sul punto, come citate da CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia.*, cit., p. 374 ss.: la prima sentenza arbitrale resa a Ginevra il 19 agosto 1988, la sentenza di annullamento pronunciata del Tribunale di Ginevra il 17 novembre 1989 e la conferma di quest'ultima da parte del Tribunale federale svizzero in data 17 aprile 1990 ed ancora la sentenza di *exequatur* del lodo resa dalla Corte d'appello di Parigi il 19 dicembre 1991, con nota di GIARDINA, *Norme imperative contro le intermediazioni nei contratti ed arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 784 ss. V. poi la sentenza della Cassazione francese che ha confermato la sentenza della Corte d'appello di Parigi, con nota di VINCENT, *L'autonomia del lodo internazionale rispetto all'ordinamento della sede dell'arbitrato secondo la Cassazione francese*, ivi, p. 292 ss. Infine si richiamano le due sentenze del 29 giugno 1995 della Corte d'appello di Versailles, con cui sono stati riconosciuti la sentenza svizzera di annullamento del primo lodo *Hilmarton*, nonché il lodo arbitrale pronunciato successivamente all'annullamento del primo, con nota di GIARDINA, *Riconoscimento in Francia di lodi esteri annullati nel paese di origine*, in *Riv. arb.*, p. 394 ss. e la sentenza della Cassazione francese del 10 giugno 1997, che ha annullato le citate sentenze della Corte d'appello di Versailles, concludendo definitivamente la vicenda del riconoscimento

Tali inconvenienti, che conseguono alla mancata uniformità internazionale sull'ampiezza dei poteri di intervento giudiziale sulla circolazione dei lodi depotenziano, inevitabilmente, l'effettività dello strumento arbitrale e contravvengono, al contempo, alla logica di collaborazione su cui si fonda la *communitas* internazionale dell'arbitrato¹⁴⁶.

Osservando il problema più da vicino, ovvero dalla prospettiva strettamente processuale, il tema del controllo del lodo estero evoca il problema della mancata coincidenza tra criteri di controllo del lodo nell'ordinamento *a quo* e criteri di controllo previsti nell'ordinamento *ad quem*. La questione si sposta, cioè, sul dato per cui il controllo interno dei lodi risulta pressoché ovunque più severo del controllo che ogni disciplina nazionale predispone per l'ingresso di una pronuncia arbitrale straniera¹⁴⁷.

La «falla» dell'arbitrato internazionale, a cui si accennava, parrebbe esprimersi proprio in questo, nel dato, cioè, per cui la maggiore «censurabilità nazionale» del lodo, peraltro totalmente rimessa all'autonomia dei singoli stati¹⁴⁸, permette l'introduzione nell'*iter* arbitrale di elementi caratteristici del singolo ordinamento, di cui il giudice dell'impugnazione è, in definitiva, l'espressione. Il perfetto bilanciamento sul grado di «apertura» all'arbitrato, tra ordinamento «madre» ed ordinamento di destinazione del lodo, parrebbe, forse, individuabile attraverso la convergenza internazionale su di un testo di legge arbitrale uniforme. Si ipotizza, cioè, uno «schema» di legge del procedimento

del lodo *Hilmarton* con nota di GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*, ivi, 1997, p. 796 ss.

¹⁴⁶ In questo senso RASIA, *Il controllo del lodo in caso di impugnazione per violazione di norme di ordine pubblico europeo*. cit., p. 395 ss. che ribadisce la necessità di convergenza internazionale su di un parametro condiviso di estensione del potere di controllo giudiziale sull'arbitrato, una sorta di minimo comune denominatore per la tutela dei diritti fondamentali del «giusto procedimento arbitrale».

¹⁴⁷ Nello specifico, questo emerge, in Francia, dal raffronto tra gli artt. 1492 e 1520 *code de procedure* ed in Italia, confrontando gli artt. 829, 839 ed 840 c.p.c.

¹⁴⁸ La disciplina delle impugnazioni interne del lodo sfugge, infatti, ai testi convenzionali ad oggi operanti a livello internazionale e così, anche alla Convenzione di New York del 1958, che si occupa unicamente degli aspetti del riconoscimento e dell'esecuzione

arbitrale complessivamente inteso, al quale ogni singolo stato possa, o meglio, debba conformarsi¹⁴⁹.

La legge modello *Uncitral* del 1985¹⁵⁰ pare orientata verso questa direzione, contraddistinguendosi dagli altri accordi internazionali proprio in ragione dell'onnicomprendività dei propri contenuti e dunque proponendosi come formante – o appunto modello – di legge organica in tema di arbitrato¹⁵¹.

La *Model Law* realizza, infatti, l'auspicata equivalenza tra criteri di controllo del lodo «a monte e a valle», come emerge dal raffronto tra art. 34, *chapter VII*, sull'impugnazione del lodo, ed art. 36, *chapter VIII*, sui motivi di opposizione al riconoscimento¹⁵².

Ciò detto, e dato atto che molte legislazioni nazionali si sono effettivamente ispirate in maniera importante alla proposta *Uncitral*, non se ne possono tuttavia ignorare i limiti¹⁵³.

In questo senso, occorre considerare che si tratta di un testo di *soft law* che, oltre ad essere, in quanto tale, giuridicamente non vincolante, non ha, per

¹⁴⁹ Il riferimento è ad un modello di legge uniforme, che riesca a disciplinare ogni singola fase del procedimento arbitrale e non unicamente uno o più aspetti dello stesso, come avviene, ad esempio, con la Convenzione di New York del 1958 che si occupa del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo estero. La Convenzione europea di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961 appare, in questo senso, più dettagliata della Convenzione di New York, cercando di dettare regole tendenzialmente uniformi su tutti gli aspetti principali dell'arbitrato, anche se, rispetto alla convenzione di New York ed alla legge modello *Uncitral* del 1985 ha limiti applicativi soggettivi – nei confronti della prima – ed oggettivi – nei confronti della seconda – più stringenti. Essa è infatti applicabile, ai sensi dell'art. I, solo «alle convenzioni d'arbitrato concluse per risolvere le controversie sorte o che potrebbero sorgere da operazioni di commercio internazionale, tra persone fisiche o morali aventi, al momento della conclusione della convenzione, la loro residenza abituale oppure la loro sede in Stati contraenti diversi».

¹⁵⁰ Sulla genesi e natura della Legge Modello v. nota 2.

¹⁵¹ In questo senso v. SALVANESCHI, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 233 ss.; VIGORITI, *La revisione delle Rules of Arbitration.*, cit., p. 576.

¹⁵² Si rinvia al testo della legge modello per il raffronto tra art. 34, *Chapter VII* - «*Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award*» ed art. 36, *Chapter VIII* - «*Grounds for refusing recognition or enforcement*», tra loro perfettamente coincidenti.

¹⁵³ Particolarmente significativi sono i casi del decimo libro della *ZPO* tedesca, inserito con L. 22 dicembre 1997 e della legge spagnola n. 60 del 2003. Per alcuni riferimenti bibliografici sul punto v. BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 595

ora, estensione globale¹⁵⁴. Sempre a spiegare la valenza non risolutiva, sul piano pratico, del testo *Uncitral* sono poi da considerare le difficoltà nel processo di armonizzazione di culture e tradizioni giuridiche tra loro molto distanti, tali per cui, anche laddove si verificasse una omologazione delle procedure, potrebbero verosimilmente permanere ineliminabili differenze nella loro percezione a livello locale¹⁵⁵. Vanno infine valutate le possibili conseguenze negative del tentativo di cristallizzare, in un testo di diritto positivo, un diritto malleabile ed in continua evoluzione costituito da prassi e soluzioni condivise a livello internazionale¹⁵⁶, che, come tali, sono per lo più contenute in testi tendenzialmente non vincolanti o in regolamenti di istituzioni internazionali di arbitrato¹⁵⁷.

Se fosse possibile ignorare tutto ciò, che, come osservato, preclude al testo *Uncitral* di imporsi in modo dirimente, la soluzione di «equilibrio» da esso prospettata potrebbe rappresentare una valida proposta. Il modello prospettato dall'*Uncitral* renderebbe equivalenti, nei presupposti sostanziali, impugnazione ed opposizione al riconoscimento del lodo che assumerebbe la valenza di mera possibilità, per la parte interessata, di modulare gli effetti

¹⁵⁴Tra i paesi che si sono ispirati alla legge modello non figurano per ora né l'Italia né la Francia. L'elenco completo dei paesi che hanno deciso di adottare il testo *Uncitral* è reperibile nel sito www.uncitral.org; si possono comunque menzionare Australia, Austria, Bahrein, Canada, Cile, Danimarca, Egitto, Germania, Grecia, India, Iran, Giappone, Messico, Nuova Zelanda, Norvegia, Spagna ed alcuni Stati USA, tra i quali California e Texas.

¹⁵⁵La ragione di ciò è da ricercarsi nel *background* culturale e formativo dell'arbitro che, nonostante tutto, rimane strettamente legato e condizionato dalla tradizione giuridica e giudiziale del contesto nel quale cresce e si forma. Basti pensare al diverso approccio alla risoluzione della controversia tra ordinamenti di *common law*, dove il giudice è più passivo, spettando la decisione finale, normalmente, ad una giuria ed ordinamenti di *civil law*, nei quali la figura giudiziale ha connotati senz'altro più inquisitori. Sempre in tal senso si pensi, poi, alla diversa concezione della lite tra mondo occidentale ed orientale. Il primo, improntato al modello della causa legale, mentre nei paesi orientali si tende alla conciliazione; v. sul punto GOTTI, *Aspetti culturali nel discorso normativo sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *AIDEL - Associazione italiana diritto e letteratura*, 2008, p. 3 ss.

¹⁵⁶Ci si riferisce al c.d. diritto comune dell'arbitrato internazionale come definito da BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., pp. 702-704.

¹⁵⁷Come ad esempio la *Chambre de Commerce Internationale* di Parigi o la *London Court of International Arbitration*.

della censura nello spazio e nel tempo. Orientarsi, quindi verso l'impugnazione interna e dunque eliminare gli effetti del lodo *tout court*, ovvero attendere la eventuale fase esecutiva e precluderne gli effetti nell'ordinamento *ad quem*.

Il problema si sposta dunque, in ultima analisi, su di un piano socio-economico. Come rendere uno strumento come la Legge Modello giuridicamente vincolante per tutti i paesi che si avvalgono dell'arbitrato internazionale? Ma ancora prima, le considerazioni svolte sembrano sollevare il quesito se sia possibile, ma soprattutto sensato uniformare o «livellare» su di uno *standard* comune, chiamato arbitrato internazionale, l'identità di paesi che attraverso le proprie e diversificate procedure esprimono tradizioni giuridiche, valori e priorità non del tutto omogenee ed alle quali, forse, non sono pronti o non vogliono rinunciare.

CAPITOLO 4

ARBITRATO INTERNAZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI

1. Diritti fondamentali ed arbitrato internazionale

La questione sull'applicabilità della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo all'arbitrato, anche domestico, è anticipata dal dibattito relativo all'incidenza, sullo stesso, dei diritti fondamentali.

Per diritti fondamentali si intendono, generalmente, i diritti consacrati dalle principali Convenzioni internazionali, quelle libertà, cioè, che rappresentano una costante nei principali ordinamenti democratici moderni. La consacrazione formale dei diritti fondamentali è avvenuta nella Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali del 1948 ma è solo con lo strumento delle convenzioni internazionali che gli obblighi derivanti dalle libertà fondamentali acquisiscono efficacia vincolante¹⁵⁸.

In Europa il primo testo convenzionale sui diritti fondamentali può essere identificato nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1950; solo molto tempo dopo, nel 2000, venne adottata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁵⁹. L'influenza della Cedu si diffuse ben presto oltre

¹⁵⁸ La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata adottata con risoluzione dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1948 dopo una votazione che ha visto 48 voti favorevoli e 8 contrari (Arabia Saudita, Bielorussia, Cecoslovacchia, Jugoslavia, Polonia, Sud Africa, Ucraina e Unione Sovietica). La valenza ideologica di tale Carta è indiscussa, in quanto, con essa, per la prima volta, il rispetto dei diritti fondamentali assume un rilievo universale. I diritti fondamentali divengono, come tali, inviolabili a prescindere dalla dimensione statale nella quale possono esprimersi od essere violati. Tuttavia le libertà comminate nella Dichiarazione del 1948 erano sfornite di efficacia giuridicamente vincolate, valendo come meri principi ispiratori del diritto e delle «buone pratiche» nei rapporti tra le parti.

¹⁵⁹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta anche Carta di Nizza, è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea

l'Europa, poiché il suo modello è stato ripreso sia dalla Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo, adottata nel 1969 ed entrata in vigore nel 1978¹⁶⁰, sia dalla Carta africana dei Diritti dell'Uomo, adottata nel 1981 ed entrata in vigore nel 1986. L'esigenza di garantire il rispetto dei diritti umani comparve dunque con grande forza quasi in tutto il mondo ed accanto ai paesi che adottarono il modello Cedu, l'affermazione convenzionale dei diritti fondamentali fu realizzata anche dagli stati della Lega Araba, con la Carta dei diritti dell'uomo, modificata, da ultimo, nel 2004. Nella stessa direzione, in Asia, gli Stati membri dell'Associazione delle Nazioni dell'Asia Sud-Orientale (ASEAN) hanno adottato, nel 2007 la Carta dell'ASEAN che accanto agli obiettivi di sviluppo economico e democratico prevede la tutela dei diritti fondamentali.

Chiarito il quadro dell'evoluzione dei diritti fondamentali a livello internazionale, è opportuno mettere a fuoco il legame esistente tra diritti fondamentali ed arbitrato internazionale.

Tradizionalmente si riteneva che l'ambito arbitrale fosse esente da ogni valutazione in ordine ai diritti fondamentali in quanto le controversie arbitrali, specialmente di tipo internazionale, riguardando questioni prevalentemente commerciali, erano considerate estranee ai diritti umani.

Ad oggi, tale assunto appare superato. dopo un lungo processo delle principali istituzioni europee ed internazionali volto ad individuare il legame esistente tra commercio internazionale e libertà fondamentali, l'idea di fondo è che tali diritti inviolabili non debbano più essere considerati quali meri principi ispiratori del diritto, ma rappresentano situazioni giuridiche di tipo sostanziale azionabili delle parti. Rileva peraltro, nel senso dell'interazione tra arbitrato e diritti fondamentali, il riconoscimento, da parte della giurisprudenza di Strasburgo, dell'assoggettabilità agli stessi delle persone giuridiche, che ha fatto venire meno lo "schermo giuridico"

¹⁶⁰ Per informazioni relative alla Convenzione v. www.oas.org.

dietro al quale, per lungo tempo, molte transazioni commerciali venivano compiute al di fuori della cornice dei principali diritti ed obblighi del commercio internazionale moderno¹⁶¹.

E' possibile individuare due prospettive dalle quali osservare la suddetta interazione.

L'aspetto che certamente prevale è quello relativo alla declinazione dei diritti fondamentali sul procedimento arbitrale, ossia la tematica della compatibilità di un dato lodo con le garanzie del «giusto processo», inteso come diritto fondamentale. D'altro canto, emerge anche il ruolo dello strumento arbitrale come potente strumento attraverso il quale veicolare, armonizzare ed implementare la tutela delle libertà fondamentali a livello globale. In questo senso, ciò che agevola la diffusione transnazionale dei diritti è il «linguaggio» dell'arbitrato internazionale, che si compone, tendenzialmente, di concetti e categorie giuridiche strutturate su di una soglia di accettabilità elevata da parte della *communitas* internazionale. Questo è reso possibile dalla circostanza che i tribunali internazionali sono estranei alle logiche domestiche e protezionistiche delle giurisdizioni statali e condividono, per lo più, la medesima *forma mentis*, improntata a *standard* comuni, generalmente neutrali e flessibili. La prassi arbitrale internazionale diviene quindi fonte del diritto ed impone agli attori del mercato il rispetto di regole, ritmi e diritti imprescindibili per la bontà dei rapporti commerciali internazionali¹⁶².

Se si conviene sul contributo fornito dall'arbitrato internazionale all'affermarsi della *lex mercatoria* nel panorama del *business* mondiale, non potrà negarsi un simile processo in relazione ai diritti fondamentali che, come tali, ne sono alla base.

¹⁶¹ Per una compiuta esposizione della tematica del rapporto tra persone giuridiche e diritti fondamentali v. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in Scritti in onore di P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁶² Ci si riferisce al c.d. diritto comune dell'arbitrato internazionale, analizzato nel cap. n. 3.

2. L'applicabilità dell'art. 6 della Cedu all'arbitrato internazionale

Nell'analisi dell'applicabilità delle garanzie processuali internazionali all'arbitrato si tende a considerare, essenzialmente, i parametri del «giusto processo» consacrati dall'art. 6 della Cedu¹⁶³.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 non è il solo testo che postula le garanzie del processo equo a livello internazionale; il processo equo è considerato un principio fondamentale del diritto internazionale appunto perché previsto nelle principali Carte dei diritti fondamentali di tutto il mondo. Si richiamano, tra i testi principali, l'art. 10 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo¹⁶⁴, l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁶⁵; i patti internazionali sui diritti dell'uomo, adottati a New York il 16 Dicembre

¹⁶³ Per quanto rileva in questa sede si riporta il testo dell'art. 6 co.1 Cedu secondo cui: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.». Per il testo integrale ed aggiornato della Convenzione v. www.echr.coe.int.

¹⁶⁴ Cfr. art.10 Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo: «Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta».

¹⁶⁵ Cfr. art.47, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01): «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.».

1966¹⁶⁶, l' art. 7, co.1, della Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli¹⁶⁷ e l'art.8, co.1, della Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969¹⁶⁸.

Tuttavia, il richiamo quasi esclusivo alla Cedu, nella questione internazionale sul «giusto processo», è motivato, *in primis*, dal fatto che la Convenzione è il primo testo, in ordine cronologico, che postula a livello internazionale detto diritto, fungendo, sul punto, da modello per molte delle successive convenzioni internazionali. La centralità della Cedu si spiega, inoltre, per il considerevole apporto fornito dalla giurisprudenza di Strasburgo nella definizione dei contorni del giusto processo. Da un lato, quindi, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è indiscutibilmente la Corte con il maggior grado di esperienza nelle decisioni sui diritti fondamentali; dall'altro, la Convenzione è uno dei testi convenzionali con ambito applicativo maggiormente esteso. Ad oggi, la Cedu è stata ratificata da tutti i

¹⁶⁶ I Patti internazionali delle Nazioni Unite si suddividono in Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e Patto internazionale sui diritti civili e politici con annesso Protocollo facoltativo annesso. Tali Carte furono adottate dall'Assemblea delle Nazioni Unite, a New York il 16 dicembre del 1966, tuttavia dovettero passare diversi anni prima della loro entrata in vigore, in quanto era richiesto per ciascun testo, un consenso molto elevato, pari a 35 ratifiche o adesioni. Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali entrava in vigore il 3 gennaio 1976 mentre Il Patto internazionale sui diritti civili e politici ed Protocollo facoltativo entravano in vigore il 23 marzo 1976.

Il «giusto processo» è previsto all'art. 14 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali che ricalca quasi pedissequamente l'art 6 Cedu.

¹⁶⁷ Cfr. art 7 co.1, Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: «Ogni persona ha diritto a che le sue ragioni siano ascoltate. Ciò comprende: a) il diritto di investire le competenti giurisdizioni nazionali di ogni violazione dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti e garantiti dalle convenzioni, dalle leggi, dai regolamenti e dalle consuetudini in vigore; b) il diritto alla presunzione di innocenza fino a che la sua colpevolezza sia stabilita da una competente giurisdizione; c) il diritto alla difesa, compreso quello di farsi assistere da un difensore di propria scelta; d) il diritto di essere giudicato in un tempo ragionevole da una giurisdizione imparziale.».

¹⁶⁸ Cfr. art.8, co.1 Convenzione americana sui diritti umani: «Ogni persona ha diritto ad essere sentita, con le dovute garanzie e entro un termine ragionevole, da un tribunale competente, indipendente e imparziale, precostituito per legge, per la determinazione di qualunque accusa di natura penale presentata contro di lui o per la determinazione dei suoi diritti o obblighi in materia civile, di lavoro, fiscale o di ogni altra natura.».

47 paesi membri del Consiglio d'Europa, alcuni dei quali rappresentano i più importanti fori arbitrali al mondo¹⁶⁹.

Il dibattito internazionale sull'applicabilità dell'art.6 della Convenzione all'arbitrato, domestico ed internazionale, è ancora aperto, forse perché, esistono ancora disallineamenti sulla natura – giurisdizionale o negoziale – dell'arbitrato rituale¹⁷⁰.

Le principali ragioni alla base della ritenuta incompatibilità tra Cedu ed arbitrato sono essenzialmente due e risiedono in un approccio letterale-restrittivo della citata norma della Convenzione.¹⁷¹

Un primo profilo, concerne il concetto di «*tribunal established by the law*», ossia l'estensione da attribuire al concetto di tribunale stabilito per legge; il secondo, attiene invece all'individuazione e definizione dei soggetti passivi della Convenzione, cioè dei destinatari delle sanzioni previste per la sua violazione.

L'interpretazione letterale del disposto «*tribunal established by the law*», porta ad escludere l'arbitro, quale privato, dall'ambito applicativo delle garanzie del giusto processo in quanto si ritiene che esso non possa essere qualificato come tribunale, e tanto meno possa ritenersi istituito per legge,

¹⁶⁹ Si richiamano, in tal senso, Svizzera e Francia il cui ruolo nelle definizioni di importanti questioni arbitrali è nota a livello internazionale. Si pensi, ad esempio alle questioni sul riconoscimento del lodo estero annullato nel paese di origine (approfondita nel cap. 4), ovvero alle criticità sollevate dalla preventiva rinuncia all'impugnazione del lodo, tematiche messe in luce, in modo particolare, dalla giustizia arbitrale francese e svizzera. Si veda in tal senso, rispettivamente il citato caso *Hilmarton* ed il caso *Tabbane* di seguito approfondito.

¹⁷⁰ Evidentemente, ritenere applicabile all'arbitrato l'art. 6 Cedu sul giusto processo, equivale ad attribuirgli natura giurisdizionale. In tal senso v. BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p.588; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p.48; MANTILLA SERRANO, *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, in *Arbitration International*, 2004, p. 333 ss.; MOURRE, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme* in *Gazette du Palais*, 2000, p. 2066 ss; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale.*, cit., p. 453 ss.; RECCHIA, *Arbitrato e convenzione europea dei diritti dell'uomo*. cit., p. 381ss.

¹⁷¹ Il testo di riferimento sull'incompatibilità tra Cedu ed arbitrato è considerato lo scritto di JARROSSON, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p.573ss; nello stesso senso POUURET-BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p.66; CLAY *Contrat d'organisation de l'arbitrage.*, cit., 2001, 511ss

essendo fondato, l'arbitrato, sul patto compromissorio, nel quale impera l'autodeterminazione delle parti.

Osservando poi la questione dalla seconda prospettiva – ossia quella dei destinatari delle norme Cedu – si esclude l'assoggettamento di ogni dinamica arbitrale all'art.6 in quanto, riguardando, la Convenzione, unicamente la responsabilità degli stati per violazione di obblighi interazionali, si ritiene che essa possa, al più, ricomprendere la responsabilità dello Stato per i propri organi, quali la giurisdizione, alla quale – coerentemente con tale approccio – il giudizio arbitrale è considerato estraneo.

La percezione che si ha, ad una visione complessiva di tali ragionamenti, non solo teorizzati dalla dottrina, ma anche applicati da autorevole giurisprudenza¹⁷², è che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo venga intesa, secondo tale ottica, come un mondo a sé e distante dall'arbitrato, una struttura riservata a valori «più importanti» di quelli che possono, ad ogni modo, essere incisi od implicati dal procedimento arbitrale. Il perdurare delle perplessità sul tema, sia in dottrina sia in giurisprudenza, è forse spiegabile anche in ragione del fatto che la Corte di Strasburgo per lungo tempo non si è pronunciata affatto sull'applicabilità del «giusto processo» al procedimento arbitrale. L'interesse dei giudici di Strasburgo, rimaneva infatti confinato alla compatibilità tra patto compromissorio ed accesso alla giustizia¹⁷³, ovvero al controllo della

¹⁷² In tal senso, si veda il caso Cubic, *Cour de cassation*, 20 febbraio 2001, in cui la Corte si esprime in senso lapidario sulla compatibilità tra Cedu ed arbitrato, ritenendo che la Cedu «che concerne esclusivamente gli stati e le giurisdizioni statuali, non trova applicazione in materia di arbitrato.» Commentano la sentenza CLAY, in *Rev.arb.*, 2001, p.511 e SERAGLINI in *Revue critique du droit international privé*, 2002, p.124.

¹⁷³ La giurisprudenza della corte di Strasburgo appare unanime nel ritenere che la stipulazione di clausole compromissorie non solo non contrasti con l'art. 6 della Cedu, ma anzi, nei casi in cui dette clausole siano stipulate nel rispetto delle condizioni previste dalla legge, esse possano beneficiare tanto alle parti, quanto alla complessiva amministrazione della giustizia. In questo senso, sembrerebbe che la conclusione di un accordo compromissorio comporti una «rinuncia parziale» dei servizi e dei diritti offerti dalla giurisdizione statale, residuando un nucleo ineliminabile di garanzie che si traduce in

corretta applicazione della Convenzione, da parte dei giudici nazionali, nelle attività di annullamento e riconoscimento del lodo¹⁷⁴.

Il nulla osta della Corte EDU sull'applicabilità delle garanzie procedurali di cui all'art.6 all'arbitrato fu accolto con entusiasmo da coloro che militavano per la tesi affermativa e giunse ad esito di un cammino lento e graduale da parte dei giudici europei, incentrato, essenzialmente sul concetto di «tribunale istituito per legge».

In via preliminare, è da tenere in considerazione un argomento di tipo logico, che porta ad osservare che, ritenere che il disposto «tribunale istituito per legge» si esaurisca nella figura del giudice incardinato nella giurisdizione statale, risulta in aperto contrasto con l'approccio sostanziale e funzionale al diritto, tipico della giurisprudenza delle Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo. Appare infatti contraddittorio attribuire, da un lato, efficacia di sentenza alla decisione arbitrale – sia in ambito domestico sia in ambito internazionale¹⁷⁵ – e, dall'altro, ritenere che il soggetto da cui tale prodotto promana non sia un soggetto «abilitato» *ex lege* a tale decisione. Se è vero che l'arbitro non è una pubblica amministrazione ma è un privato, legato da un rapporto contrattuale con le parti e che può decidere – in parte – in deroga alle regole del codice di procedura civile, è anche vero che la possibilità che questo avvenga, è espressamente prevista dalla legge, che disciplina compiutamente i requisiti di validità ed i limiti della

alcune caratteristiche imprescindibili dell'accordo compromissorio, quali l'effettività del consenso, la chiarezza ed univocità del patto e la disponibilità dei diritti che ne sono oggetto e che potrebbero classificarsi quali «requisiti di validità della rinuncia». La questione sarà ripresa nel paragrafo successivo.

¹⁷⁴ Anche prima di affermare esplicitamente l'applicabilità dell'art.6 Cedu all'arbitrato, la Corte EDU riteneva che la citata disposizione fosse, per così dire, indirettamente applicabile alla materia arbitrale, per il tramite dell'intervento del giudice nazionale nelle dinamiche arbitrali. I giudici di Strasburgo riconoscevano, cioè, la propria competenza nelle attività di verifica dell'operato dei giudici statali in relazione alle attività di controllo sulla regolarità della procedura arbitrale, nei procedimenti di impugnazione per nullità ovvero di opposizione al riconoscimento.

¹⁷⁵ L'efficacia di sentenza del lodo è ancorata, a livello normativo, all'art 824-*bis* c.p.c., in ambito domestico ed all'art.3 della Convenzione di New York del 1958, in ambito internazionale.

rinuncia alla giurisdizione statale. Pertanto la circostanza che i poteri degli arbitri, alcuni aspetti relativi allo svolgimento del procedimento, nonché la disciplina processuale del lodo arbitrale – compresi i mezzi di impugnazione avverso il medesimo – siano disciplinati dalla legge, risulterebbe in linea con la possibilità di considerare il tribunale arbitrale come un «tribunale istituito per legge»¹⁷⁶.

Tale premessa trova conforto nell'*excursus* della giurisprudenza di Strasburgo sul punto.

L'analisi dei precedenti della Corte sull'equivalenza tra tribunale istituito *ex lege* ed arbitrato evidenzia una prima fase in cui i giudici europei hanno definito i contorni del contenitore giuridico di «tribunale istituito dalla legge», facendolo coincidere – in linea con l'interpretazione sostanziale del diritto, tipicamente europea, a cui si accennava – con ogni organo in grado di decidere una controversia nell'ambito di una procedura organizzata e nel rispetto di adeguate garanzie. Da un lato, quindi, il «tribunale» doveva avere la capacità di dirimere ogni controversia sottoposta alla propria attenzione, anche in relazione alla propria competenza e, dall'altro, la capacità di garantire certe condizioni a chi si sottopone alla sua decisione, tra cui l'indipendenza, l'imparzialità, il rispetto dei termini per la decisione, nonché il rispetto delle garanzie offerte dalla procedura, tra cui, in primis, il

¹⁷⁶ Si esprimono in tal senso LAMBERT, *L'arbitrage et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2006, p. 18 ss; FRICERO, *Les garanties d'une bonne justice*, in *Droit et pratiques de la procédure civile*, Dalloz, 2006, p. 451. Si veda, sul punto, anche SANTACROCE, *The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering An Enforceable Decision?*, in *Arbitration International*, 2015, in cui l'autore descrive le caratteristiche ed il funzionamento dell'«*emergency arbitrator*», previsto all'art.29 ed Appendice n.5 del Regolamento ICC. Si tratta di una procedura speciale, del quale possono fruire i firmatari del Reg. ICC, che offre la possibilità di ottenere misure interinali nei casi in cui le parti necessitino di misure urgenti tali da non poter attendere la costituzione di un collegio arbitrale. L'autore, analizzando la possibilità di attribuire al cosiddetto «*emergency arbitrator*» la qualificazione di arbitro, propone la seguente definizione di arbitro: *cfr.* p. 291, *op.cit.*: «*an independent and impartial third subject entrusted by the parties with the resolution of their dispute, who will exercise his task in an adjudicatory manner and whose decision will yield the effects of a judgment rendered by state courts*».

contraddittorio. Le pronunce relative a questa prima fase si collocano attorno alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso.¹⁷⁷

L'affermazione secondo cui il termine «*tribunal established by the law*» di cui all'art. 6 Cedu non deve necessariamente essere inteso in senso stretto, quale autorità incardinata nella giurisdizione statale, divenne presto un principio consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, fino ad essere adoperato come parametro per la valutazione di legittimità della composizione del tribunale arbitrale. Senza affermare, dunque, esplicitamente che l'arbitro è un tribunale istituito per legge, la Corte valutava la legittimità del collegio arbitrale alla stregua del concetto di tribunale *ex art. 6 Cedu*¹⁷⁸.

Il punto di approdo di tale percorso della Corte Europea si rinviene in una decisione del 2008, nella quale i giudici di Strasburgo, per la prima volta esplicitamente, riconoscono che l'arbitro debba essere considerato quale vero e proprio tribunale, ai sensi dell'art.6 Cedu¹⁷⁹.

Il secondo argomento ostativo alla compatibilità tra Convenzione ed arbitrato, relativo alla legittimazione passiva unicamente in capo agli stati, parrebbe poter essere facilmente confutato, in quanto ritenere inapplicabile

¹⁷⁷ Emblematico in tal senso, anche se riferito ad un arbitrato obbligatorio è il caso *Lithgow et alii v. Regno Unito* in cui la Corte EDU afferma che «*it recalls that the word "tribunal" in Article 6 para. 1 (art. 6- 1) is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country; thus, it may comprise a body set up to determine a limited number of specific issues, provided always that it offers the appropriate guarantees*».

¹⁷⁸ Ci si riferisce a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 dicembre 2003, *Transado-Transportes Fluviais Do Sado S.A. v. Portogallo*. Nella fattispecie, la società ricorrente, che aveva stipulato un contratto di concessione con un autorità locale per la costruzione di un ponte fluviale, lamentava che il tribunale arbitrale cui era stata sottoposta la controversia avesse violato il proprio diritto ad un giusto processo, ai sensi dell'art. 6 Cedu per mancanza di imparzialità di un arbitro nel corso del procedimento.

¹⁷⁹ Trattasi di del caso *Regent Company/Ukraine*, del 3 aprile 2008, in cui la Corte di Strasburgo ha affermato che il tribunale arbitrale andava considerato, nel caso di specie, quale vero e proprio tribunale «*istituito per legge*» ai sensi dell'art.6 Cedu, precisando che la parola «*tribunale*», di cui alla citata norma della Convenzione, «*non deve necessariamente essere intesa come riferita ad una Cour de justice incardinata nell'autorità giudiziaria statale di ciascuno stato*». In tal senso v. COMPERNOLLE, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'arbitrato.*, cit., p.667.

la Cedu all'arbitrato per «carezza di legittimazione passiva in capo ai singoli», confonde due piani differenti, ossia quello della responsabilità internazionale degli stati per violazione delle disposizioni della Convenzione e quello della efficacia precettiva dei diritti convenzionali, che si esplica, indistintamente, su tutti gli individui degli stati membri.

L' applicazione orizzontale, ossia tra privati, delle norme delle Carte dei diritti fondamentali e, segnatamente, della Cedu veniva tradizionalmente risolta in senso negativo¹⁸⁰. La giurisprudenza di Strasburgo sui diritti fondamentali apre, in tale contesto, una nuova frontiera del diritto privato in quanto parrebbe che, per il tramite di un tacito «dialogo» con il giudice delle leggi italiano vi sia la tendenza a legittimare l'ingresso negli istituti di diritto privato dei principi della Cedu¹⁸¹.

Il fenomeno è di particolare interesse in quanto l'interazione tra le due Corti Supreme è, appunto, «muta» o celata, in quanto la Corte costituzionale, nel motivare le proprie *overruling* non fa espressa menzione dei precedenti della Corte di Strasburgo, ai quali, evidentemente, i mutamenti di giurisprudenza sono ispirati, ma pone piuttosto, a fondamento delle proprie decisioni, argomenti quali l'autosufficienza della Carta costituzionale ovvero il principio di ragionevolezza. Gli esempi di quanto detto sono

¹⁸⁰ Il legame diretto tra Cedu e Costituzione risiede nella la questione sull'efficacia della Cedu nel nostro ordinamento. La questione è stata risolta in via definitiva dalla Corte costituzionale nelle famose sentenze nn. 348, 349 del 2007, in occasione della quali, la Consulta ha qualificato la Cedu come fonte «sub-costituzionale», per il tramite dell'art.117Cost. La Convenzione risulta cioè, sovraordinata alla legge ordinaria e subordinata alla Costituzione. In tal senso, il giudice nazionale non è legittimato a disapplicare la norma interna contrastante con la Cedu ma, dinnanzi ad un'ipotetica violazione della Convenzione da parte della normativa interna, egli dovrà rimettere la questione alla Corte costituzionale.

¹⁸¹ L'incidenza della norme della Cedu nei rapporti tra privati si scorge in modo evidente in relazione all'art. 1339 c.c. sulla c.d. sostituzione automatica di clausole nulle, in virtù del quale «le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi apposte dalle parti». In ragione della c.d. efficacia orizzontale del diritto della Cedu, nel concetto di «legge» di cui alla citata norma, rientrerebbero i principi della Convenzione, che andrebbero così ad imporsi ed eventualmente a modificare i rapporti contrattuali tra le parti.

molteplici, basti pensare, tra tutti, ai recenti approdi della giurisprudenza di legittimità in relazione al diritto del figlio a conoscere le proprie origini¹⁸².

A prescindere dalle specificità della casistica, ciò che risulta importante avere presente sono gli effetti che si potrebbero produrre in conseguenza di un rapporto complesso e non collaborativo tra Corti Supreme.

Nonostante l'indiscutibile incidenza della Cedu sull'ordinamento italiano, vi è una sostanziale reticenza da parte dei giudici nazionali nel riconoscere apertamente tale fenomeno, in modo particolare quando relativo a dinamiche di diritto privato. La componente «patologica» di tale processo di interazione internazionale ha radici molto antiche ed è verosimilmente spiegabile con la paura di ciascun ordinamento di aprirsi a regole superiori e largamente condivise, forse per il timore di perdere la propria identità nazionale. E' proprio alla luce di tali argomenti che la giurisprudenza internazionale sembra tendenzialmente allineata nel senso dell'applicazione della Convenzione all'arbitrato.

¹⁸² Il diritto del figlio a conoscere le origini rappresenta uno dei casi recenti in cui l'incidenza della giurisprudenza Cedu sull'ordinamento interno risulta più evidente. La questione ha ad oggetto l'art. 28 della l. 184/1983 sull'adozione, che, ai primi sei commi, prevede un sistema di deroghe al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, orientato a tutelare la segretezza dell'identità dei genitori biologici per un periodo di cento anni dalla certificazione della nascita. Tale soluzione normativa si è posta in conflitto con l'attuale configurazione del diritto all'identità personale – di cui il diritto a conoscere le origini è predicato – come delineato dagli artt. 2 Cost. ed 8 Cedu. A tale conclusione è giunta la Corte Costituzionale nel 2013, conformandosi ad una precedente pronuncia della Corte di Strasburgo.

La Corte Edu infatti, nel 2012, nel caso *Godelli vs Italia*, aveva condannato quest'ultima, ritenendo che l'assolutezza della deroga al diritto a conoscere le origini, postulata dal citato art. 28, determinasse un *vulnus* inaccettabile all'identità ed allo sviluppo personale del figlio adottato (art.8 Cedu), la cui corretta costruzione ed espressione sarebbe preclusa dall'impossibilità di conoscere le proprie origini biologiche e dall'impossibilità di prendere coscienza della propria storia personale. La Corte Costituzionale, qualche mese dopo, con sentenza 278/2013, ha statuito la necessità di rivalutare il bilanciamento tra diritto all'anonimato e diritto a conoscere le origini, attraverso un sistema che permetta di superare l'irreversibilità del segreto, ossia il c.d. appello riservato. Si tratta di un momento di verifica ulteriore circa la perdurante volontà materna sull'anonimato, tramite un procedimento idoneo ad assicurare, anche in tale circostanza, il massimo riserbo sull'identità genitoriale. Se la madre dovesse confermare il proprio desiderio di rimanere anonima, solo allora si verrebbe a delineare un limite insuperabile al diritto del figlio adottato.

Ciononostante, ancora persistono le esitazioni di alcuni autori che preferiscono parlare di «applicabilità indiretta» delle garanzie procedurali della Cedu in materia arbitrale¹⁸³. Secondo tale impostazione, l'incidenza convenzionale in materia arbitrale è limitata al momento esecutivo e si riduce all'impossibilità di esecuzione o riconoscimento del lodo in contrasto con la Cedu¹⁸⁴.

3. Il diritto di accesso alla giustizia e costi dell'arbitrato internazionale. La disciplina dell'art. 816-septies c.p.c. e le novità sull'arbitrato finanziato da terzi nel nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano.

Non pare necessario soffermarsi sulla natura, incontrovertita, del diritto di accesso alla giustizia quale diritto fondamentale; depongono in tal senso i riferimenti normativi, operati dai principali testi internazionali sui diritti fondamentali. Tra i principali, si individuano, l' art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948¹⁸⁵, l'art. 47 della Carta di Nizza¹⁸⁶, l'art. 6 della Cedu¹⁸⁷, l'art. 8 della Convenzione americana sui diritti

¹⁸³ Sul punto v. COMPERNOLLE, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'arbitrato*. cit., p.665

¹⁸⁴ Si produce, cioè, violazione dell'ordine pubblico internazionale di cui agli artt. 840 c.p.c. ed art V Convenzione di New York del 1958. Per le questioni sulla natura interna od internazionale dell'ordine pubblico interno vedi cap.III.

¹⁸⁵ Cfr. art. 8 Dichiarazione dei Diritti Umani del 1948: «Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge.»

¹⁸⁶ Cfr. art.47, co.1 Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo»

¹⁸⁷ Cfr. art. 6, co.1 Cedu: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui

umani¹⁸⁸ e l'art. 7 della Carta africana sui diritti umani e dei popoli¹⁸⁹. L'Italia garantisce tale diritto all'art. 24, comma 3, della Costituzione, in virtù del quale, «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi».

La questione sulla compatibilità dello strumento arbitrale con il suddetto diritto fondamentale riguardava, essenzialmente, il c.d. «effetto negativo» del patto compromissorio, ossia il rapporto di alternatività tra arbitrato e giurisdizione statale, previsto dalla maggior parte della discipline interne, e particolarmente problematico in relazione alla dinamiche transnazionali.

Si tratta, essenzialmente, di valutare il rapporto tra arbitri e giudici dello stato, che si esprime da un lato, nell'eccezione di arbitrato dinnanzi al giudice e, dall'altro, nell'eccezione di lite pendente, dinnanzi agli arbitri. Le fonti dell'arbitrato internazionale convergono nel tentativo di indurre il giudice nazionale al massimo rispetto della volontà delle parti circa il deferimento della controversia ad arbitri, prevedendo che, nei casi di litispendenza, il giudice debba dichiarare il proprio difetto di competenza e l'arbitro debba sospendere il procedimento¹⁹⁰.

suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

¹⁸⁸ Cfr. art 8 co.1 Convenzione americana dei diritti Umani del 1969: «Ogni persona ha diritto ad essere ascoltato, con le dovute garanzie e entro un termine ragionevole, da un tribunale competente, indipendente e imparziale, precostituito per legge, per la determinazione di qualunque accusa di natura penale presentata contro di lui o per la determinazione dei suoi diritti o obblighi in materia civile, di lavoro, fiscale o di ogni altra natura».

¹⁸⁹ Cfr. art 7 co.1 Convenzione africana sui diritti umani e dei popoli del 1981: Ogni persona ha diritto a che le sue ragioni siano ascoltate. Ciò comprende: a) il diritto di investire le competenti giurisdizioni nazionali di ogni violazione dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti e garantiti dalle convenzioni, dalle leggi, dai regolamenti e dalle consuetudini in vigore b) il diritto alla presunzione di innocenza fino a che la sua colpevolezza sia stabilita da una competente giurisdizione c) il diritto alla difesa, compreso quello di farsi assistere da un difensore di propria scelta; d) il diritto di essere giudicato in un tempo ragionevole da una giurisdizione imparziale»

¹⁹⁰ Per quanto attiene al difetto di competenza (anche se, i tesi internazionali fanno riferimento al concetto di giurisdizione) del giudice, si richiamano l'art.II, comma 3 della Convenzione di New York del 1958, l'art. V, commi 1 e 3 della Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 8 della Legge Modello Uncitral. Per quanto attiene invece all'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione arbitrale, le Convenzioni

Ad oggi il dubbio di compatibilità tra arbitrato e diritto di accesso alla giustizia può ritenersi tendenzialmente superato in quanto la coscienza giuridica internazionale si è evoluta nella direzione della coesistenza tra le modalità pubblica e privata di risoluzione delle controversie. Questo è evidenziato, non solo dall'esistenza di molteplici testi internazionali sull'arbitrato¹⁹¹, ma anche dalle pronunce degli organi giurisdizionali della Cedu, che hanno a più riprese affermato che la scelta di deferire le controversie ad un collegio arbitrale costituisce una valida rinuncia al diritto di accesso al tribunale nazionale in quanto la rinuncia alla giurisdizione dello stato dipende, in tali casi, dalla natura volontaria e consensuale della scelta delle parti¹⁹².

internazionali sono laconiche; è necessario pertanto riferirsi alle discipline nazionali ed ai precedenti della giurisprudenza internazionale. In tal senso si richiama l'art. 819-ter c.p.c., che dispone nel senso della dichiarazione di incompetenza del giudice, in ragione della convenzione di arbitrato, che deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude pertanto la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio. Tale soluzione rispecchia l'*animus* del legislatore italiano volto alla piena equiparazione tra lodo arbitrale e sentenza giurisdizionale. Come osserva BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, cit., p.640, tale tendenza è peraltro riscontrabile anche a livello internazionale, come emerge da una decisione del Tribunale federale svizzero del 14 maggio 2001, secondo la quale, un tribunale arbitrale con sede in Svizzera deve sospendere il procedimento se, fra le stesse parti, pende all'estero un processo giurisdizionale sulla medesima questione, a patto che si possa supporre che il giudice straniero renderà in tempi ragionevoli una decisione riconoscibile in Svizzera.

Ciò detto, le questioni di litispendenza tra arbitri e giudici rimangono problematiche nei casi di disaccordo tra arbitri e giudice sulla *lex causae* in virtù della quale valutare la validità del patto compromissorio. L'*impasse* si viene a creare per la mancata coincidenza, nei testi convenzionali internazionali, dei criteri di individuazione della legge sostanziale in base alla quale valutare la validità del patto compromissorio nei casi di *exceptio compromissi*. In tal senso, che se la Convenzione di Ginevra è esplicita sul punto, prevedendo tre criteri, tra loro alternativi - legge individuata dalla volontà delle parti, legge del paese in cui la sentenza sarà resa, e legge individuata dalle regole di conflitto (art. VI.2) - non altrettanto può dirsi in merito alla Convenzione di New York. Tale testo è laconico sul punto, pertanto nei casi in cui si dovrà fare applicazione di tale Convenzione, nelle ipotesi di eccezione di litispendenza, la legge sostanziale da adoperare per valutare la bontà della clausola compromissoria sarà individuata alla luce dei criteri generali fissati per conoscere della validità della clausola (artt. V.1 e V.2).

¹⁹¹ Ci si riferisce alle citate Convenzioni di New York del 1958, e di Ginevra del 1961 ed ai testi di *soft law* quali, per tutti, la Legge Modello Uncitral del 1985.

¹⁹² Sul punto è didascalica la decisione *Corte eur. Dir. Uomo, sez. III*, 24 marzo 2016 (Tabbane c. Svizzera), in *Riv.arb.*, 2016, pp.302-315 con nota di ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali.*, cit. In tale arresto la Corte esprime il generale principio per cui se il consenso delle parti in ordine al patto

Premesso ciò, qualche spazio per alcune riflessioni sul rapporto tra arbitrato e diritto di accesso alla giustizia paiono residuare osservando il fenomeno dalla particolare prospettiva dei costi del giudizio arbitrale.

Se è vero che gli alti costi del procedimento arbitrale, specie se internazionale, rappresentano uno dei deterrenti alla scelta del giudizio privato, essi rappresentano, al contempo, una componente «fisiologica» del servizio arbitrale, connotato da un alto grado di specializzazione tecnica e di efficienza, anche in termini temporali.

La questione, osservata dal punto di vista iniziale del procedimento, ossia declinata sul momento di scelta della parte istante, tra strumento arbitrale e giustizia ordinaria, non sembra sollevare criticità, in quanto si ritiene che in tali casi, l'arbitrato possa essere inteso quale mero servizio che la parte indigente «non può permettersi», potendosi ben valere del processo ordinario. Fanno eccezione a tale situazione i casi «patologici» in cui la clausola arbitrale è imposta al contraente debole da parte del contraente forte, situazioni non infrequenti nell'ambito internazionale, nel quale, i controlli sulle modalità di redazione della clausola compromissoria sono meno rigidi¹⁹³.

Maggiori perplessità sul rapporto tra arbitrato e diritto di accesso alla giustizia riguardano, piuttosto, i casi di interruzione ovvero estinzione del procedimento arbitrale per mancato versamento, da parte dei contendenti, delle spese necessarie allo svolgimento del giudizio arbitrale. In tali casi, le

compromissorio è effettivo ed inequivoco questo risulta idoneo a derogare, legittimamente ad alcune delle garanzie previste ex art.6 Cedu. Nello specifico, la Corte ha ritenuto la rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo perfettamente compatibile con i principi del «*due process of law*», di cui all' art.6 della Cedu, a condizione che: (i) la scelta di rinuncia delle parti sia effettivamente libera (ii) l'ordinamento di riferimento dell'arbitrato internazionale astrattamente preveda la procedura di annullamento (iii) siano previsti, in fase esecutiva del lodo, i controlli di cui all'art. V.II della Convenzione di New York del 1958. Per ulteriori riferimenti sulla giurisprudenza europea sulla compatibilità tra arbitrato ed art. 6 Cedu v. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*¹³, Presses universitaires de France, 2016, pp 576-577.

¹⁹³ Ci si riferisce, in particolare, all'attenuazione del requisito della forma scritta *ad substantiam* del patto compromissorio, che contribuisce ad esporre il consumatore al rischio di subire l'imposizione di una convenzione di arbitrato non voluta.

parti, determinatesi in arbitrato, da un lato, non potrebbero ottenere la decisione arbitrale e, dall'altro, neppure potrebbero adire il giudice statale, per l'operare del c.d. «effetto negativo» del patto compromissorio¹⁹⁴.

Occorre tuttavia comprendere che cosa si intende per spese necessarie o meglio, con il linguaggio del codice di procedura civile, per «spese prevedibili», secondo quanto disposto dall'art. 816- *septies* c.p.c. Si tratta, cioè, di stabilire se comprendere tra dette somme anche la remunerazione degli arbitri, nei casi in cui questo non sia stato oggetto del c.d. accordo sui compensi¹⁹⁵.

Alcuni autori annoverano tra i costi dell'arbitrato, oltre alle le spese vive del procedimento¹⁹⁶ e le spese di funzionamento dell'arbitrato¹⁹⁷ anche gli onorari degli arbitri.¹⁹⁸

In vero, un'interpretazione più aderente al dato letterale parrebbe andare verso una differente direzione in ragione della lettura, in combinato disposto, degli artt. 816-*septies* e 814, comma 2 c.p.c. Il tenore letterale di tale ultima norma, secondo cui il compenso degli arbitri «non è vincolante per le parti se esse non l'accettano», sembra suggerire il *discrimen* tra una

¹⁹⁴ Per «effetto negativo» si intende la implicita rinuncia alla tutela giurisdizionale statale, operata dalle parti con il perfezionamento della convenzione di arbitrato.

¹⁹⁵ L'accordo preventivo tra parti ed arbitri in ordine al compenso spettante a questi ultimi scongiura le ipotesi ora analizzate che si verificano nelle circostanze di autoliquidazione dei compensi arbitrari ex art 814 c.p.c. ovvero, in caso di mancata accettazione delle parti, nelle ipotesi di liquidazione del compenso arbitrale da parte del Presidente del Tribunale.

¹⁹⁶ Trattasi delle somme che gli arbitri devono affrontare per le incombenze pratiche e materiali relative alla svolgimento del procedimento es. spese di spostamento per raggiungere la sede, vitto e alloggio degli arbitri in trasferta ecc.)

¹⁹⁷ I costi del procedimento sono rappresentati da voci di spesa quali i compresi spettanti agli «ausiliari» del collegio arbitrale, quali ad esempio il segretario del collegio arbitrale ed il consulente tecnico. Nei casi di arbitrato amministrato a tali voci si aggiungono i costi dei servizi offerti dall'istituzione arbitrale.

¹⁹⁸ Adottano l'interpretazione estensiva di «spese prevedibili» VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*⁴, Torino, 2013, p. 97; RAMPAZZI, *Commento breve al codice di procedura civile*, CARPI-TARUFFO (a cura di), Padova, 2006, p. 2204, BOVE, *La giustizia privata*, Trento (lavis), 2015 pp. 89-90, secondo i quali se è vero che gli arbitri non possono stabilire unilateralmente il quantum del loro compenso, eventuali contestazioni sul punto non sono idonee a pregiudicare il diritto degli arbitri di subordinare l'accettazione dell'incarico ad un previo versamento di una determinata somma che, laddove al termine del procedimento fosse ritenuta incongrua dal giudice, verrebbe restituita, nella parte eccedente, ai contendenti.

componente di rimborso sempre dovuta agli arbitri – ossia la restituzione delle spese vive e materiali del procedimento – e la remunerazione della prestazione espletata, che, in quanto oggetto di un vero e proprio contratto, vincola i contendenti solo se accettata¹⁹⁹. Pertanto la mancata corresponsione anticipata degli onorari potrebbe legittimare la rinuncia all’incarico dell’arbitro, senza produrre alcun effetto immediato sul patto compromissorio²⁰⁰.

Chiarita la portata applicativa dell’art.816-*septies* c.p.c., ci si domanda quali siano gli effetti del mancato versamento delle «spese prevedibili» e se tali conseguenze costituiscano una minaccia effettiva al diritto di accesso alla giustizia.

Le possibili ricostruzioni teoriche sulla tipologia di invalidità che inficia il patto compromissorio in tali circostanze sono molteplici.

Alcuni autori hanno argomentato la disciplina ex art.816-*septies* in termini di causa di estinzione *ex lege* del patto compromissorio; in tale prospettiva, la natura parziaria dell’obbligazione del versamento degli anticipi²⁰¹

¹⁹⁹ In tal senso *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., p. 652; LUISO in LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p.295; LA CHINA, *L’arbitrato, il sistema e l’esperienza*⁴, 2011 p. 104; PAOLETTI, *sub art.816-septies*, in *Commentario breve al diritto dell’arbitrato*, BENEDETTELLI -CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO (a cura di), Padova, 2010, p. 252.

²⁰⁰ La mancata percezione dell’anticipazione del compenso dell’arbitro come causa di legittimo rifiuto dell’incarico, pare incardinata all’art. 2234 c.c. sul contratto d’opera intellettuale che riconosce al prestatore d’opera il diritto all’anticipazione delle spese occorrenti al compimento dell’opera, e, secondo gli usi, anche ad anticipi sul compenso finale. Tale ricostruzione si contrappone alla visione di coloro che assimilavano il contratto tra parti ed arbitri al contratto di mandato, in relazione al quale, ai sensi dell’art.1719 c.c., il mandatario, salvo diversa pattuizione, abbia diritto alla sola somministrazione dei mezzi necessari per l’esecuzione del mandato. Sulla tesi adottata, ossia nel senso di assimilazione del rapporto arbitri-parti al contratto di *locatio operis*, v. TIZI, *Effetti del mancato versamento delle spese prevedibili* in *Riv. arb.* 2017, p. 507; SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell’arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p.65.

²⁰¹ La natura parziaria dell’obbligazione si desume dalla seconda parte dell’art. 816-*septies* che prevede la possibilità di un diverso accordo delle parti, la facoltà concessa alla controparte di chi non ha prestato l’anticipazione richiesta di pagare l’anticipazione nonché in ragione della dalla discrezionalità riconosciuta agli arbitri nella determinazione del

parrebbe attribuire all'inadempimento di ambo le parti, valenza di manifestazione implicita dell'intento di sciogliersi dall'accordo compromissorio.²⁰²Altra parte della dottrina ritiene più aderente alla *ratio* della riforma del 2006 ed al dato letterale della norma di cui all'art.816-*septies*, intendere le vicende relative al mancato versamento degli anticipi, nei termini di inefficacia relativa della convenzione di arbitrato. Secondo tale lettura, il mancato versamento delle «spese prevedibili» non comporta la caducazione automatica ed assoluta della convenzione di arbitrato ma pone il procedimento arbitrale in uno stato di quiescenza, in pendenza del quale gli arbitri potrebbero legittimamente rifiutarsi di compiere atti. Nelle more di tale sospensione *sui generis* del procedimento, le parti avrebbero tuttavia la possibilità di adempiere, così evitando ogni effetto caducatorio sul giudizio in corso e sulla convenzione arbitrale dalla quale questo origina²⁰³.

La seconda soluzione parrebbe forse più idonea a salvaguardare l'effettività della giustizia privata, in quanto la tesi della caducazione automatica della convenzione di arbitrato – e conseguente pronuncia di estinzione del procedimento – legittimerebbe la prassi abusiva delle parti, che, per liberarsi

quantum di spesa posto a carico di ciascuna delle parti. in tal senso TIZI, *Effetti del mancato versamento delle spese prevedibili*, cit., p. 511.

²⁰² Sostengono tale tesi NELA, *sub art 816-septies* in *Le recenti riforme del processo civile*, in *Commentario*, CHIARLONI (a cura di), Bologna, 2007, p. 1766; GRADI, *Anticipazione delle spese*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, Torino, 2014, p.483 ss; SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese*, cit., 185-186.

²⁰³ Tale interpretazione dell' 816-*septies* si fonda, in primis sul dato letterale della norma, in virtù della quale, se gli arbitri non manifestano la volontà di condizionare la prosecuzione del procedimento al versamento delle somme dovute, il mancato versamento non produrrebbe alcuna conseguenza sul patto di arbitrato. Premesso ciò, la l'inefficacia relativa è giustificata dagli autori che sostengono tale tesi sull'assunto dell'operare di una deroga al normale rapporto tra convenzione di arbitrato e contratto tra parti ed arbitri, in forza della quale le vicende di quest'ultimo – tra cui, appunto, il mancato versamento degli anticipi - eccezionalmente, si estendono all'accordo compromissorio. in questo senso v. TIZI, *Effetti del mancato versamento delle spese prevedibili*, cit.; pp.509-510; parla di «cessazione parziale degli effetti del patto compromissorio» MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p.104; SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 566.

dagli effetti sfavorevoli della decisione, potrebbero limitarsi a non versare le somme di cui all'art. 816-*septies*²⁰⁴.

Oltre a scongiurare prassi abusive, la norma, così interpretata, fuga ogni dubbio in ordine al possibile *vulnus* al diritto di accesso alla giustizia. In questo senso è possibile osservare che il periodo di «*standby*», nel quale è posto il procedimento, una volta decorso il termine fissato dagli arbitri ai sensi dell'art. 816-*septies*, rappresenta una concreta ed ulteriore possibilità per la parte interessata alla prosecuzione del procedimento arbitrale di mantenerlo in vita. In ogni caso, anche nell'ipotesi in cui nessuna delle parti riuscisse ad adempiere, l'effettività della tutela giurisdizionale non sarebbe pregiudicata, atteso che il venire meno dell'accordo compromissorio, in relazione alla controversia oggetto del procedimento arbitrale, legittimerebbe la parte interessata ad agire innanzi al giudice ordinario senza che controparte possa sollevare *l'exceptio compromissi*²⁰⁵.

Alla luce di detto quadro, emerge come la questione sul potenziale *vulnus* al diritto di accesso alla giustizia si ponga in relazione a quegli ordinamenti nei quali, a differenza di quanto avviene in Italia, al mancato pagamento delle spese arbitrali non consegua il venire meno del vincolo compromissorio²⁰⁶.

Il medesimo problema sorge, peraltro, in relazione a taluni regolamenti di istituzioni internazionali di arbitrato, quali l'ICC, che postulano che l'inadempimento delle parti in tal senso, determini la rinuncia al ricorso²⁰⁷.

²⁰⁴ In tal senso Coll. arb. (Iodo), 3 luglio 2008, in *P.Q.M. (Quadrimestrale abruzzese di dottrina e giurisprudenza)*, 2008, 3, p.134.

²⁰⁵ Come osservato da GRADI, *Anticipazione delle spese.*, cit., p.484

²⁰⁶ Ci si riferisce, ad esempio a Svizzera, Germania, Finlandia e Regno Unito.

²⁰⁷ Esplicito in tal senso è l' art. 36.6 ICC Rules che dispone che: «In caso di mancata corresponsione degli anticipi richiesti, il Segretario Generale, sentito il tribunale arbitrale, può invitarlo a sospendere la propria attività e può fissare un termine non inferiore a 15 giorni, decorso inutilmente il quale le relative domande sono considerate ritirate. Se una parte intende opporsi a tale misura, deve presentare una richiesta entro il termine suindicato affinché la questione sia decisa dalla Corte. La parte la cui domanda è considerata ritirata può ripresentare la medesima domanda successivamente in un altro procedimento.» v. sul punto ALLOTTI in BRIGUGLIO e SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della camera di commercio internazionale*, Milano, 2005 p. 514 ss. L'art 24 Lcia prevede invece che gli arbitri diano inizio al procedimento solo dopo il versamento degli acconti richiesti

La giurisprudenza internazionale appare tendenzialmente convergente non ritenere che privare il *claimant*, seppur inadempiente, della possibilità di adire il giudice statale, a fronte dell'improcedibilità dell'arbitrato, per indigenza di una o più parti, costituisca una intollerabile violazione del diritto di accesso alla giustizia²⁰⁸. Non mancano, tuttavia, decisioni di segno opposto, che, seppur fondate su logici argomenti, quali l'autoresponsabilità delle parti, appaiono quantomeno anacronistiche rispetto all'odierna concezione internazionale del diritto fondamentale in questione²⁰⁹.

Ciò che è certo, alla luce di tali considerazioni, è che la disciplina del mancato versamento delle spese arbitrali, può condizionare sensibilmente le prospettive di tutela di un diritto; pertanto rappresenta un aspetto da valutare attentamente in relazione alla scelta della *lex arbitri* da adottare in un dato arbitrato internazionale.

dall'Istituzione e che il mancato deposito dei versamenti richiesti possa essere considerato alla stregua di una rinuncia agli atti.

²⁰⁸ Tale atteggiamento si riscontra, ad esempio, nella giurisprudenza tedesca e finlandese. La Corte federale tedesca (Bundesgerichtshof), nel 2000, si è pronunciata ritenendo che il mancato versamento della spese del procedimento da parte dei contendenti determini la risoluzione ipso iure della convenzione d'arbitrato, utilizzando come argomento fondante la propria decisione, il diritto di accesso alla giustizia, che sarebbe stato pregiudicato laddove non si fosse ritenuto caducato il vincolo compromissorio v. SACHS, *La protection de la partie faible*, in *Les Chaiers de l'arbitrage*, 2008, vol.4, p. 75. Nella stessa direzione si è pronunciata una corte d'appello finlandese, annullando un patto compromissorio per impossibilità di una delle parti di sostenere i costi del procedimento, sull'assunto della valenza di diritto fondamentale del diritto di accesso alla giustizia come inteso dalla Costituzione Finlandese e dalle Carte internazionali sui diritti umani v. PETROCHILOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2004, p.128.

²⁰⁹ Si fa riferimento a English High Court of Justice 13 novembre 2007, *El Nasharty v. J. Sainsbury Plc*, n. 2618, www.nadr.co.uk in cui la corte inglese aveva statuito, sulla base del principio di autoresponsabilità delle parti, che l'incapienza economica delle stesse non poteva legittimare l'invalidità del patto compromissorio in quanto il regime dell'arbitrato prevede un sistema di costi pubblico e trasparente che le parti possono e devono conoscere prima di vincolarsi tramite la convenzione. Tale decisione appare, in vero, criticabile, alla luce dell'obbligo del diritto inglese di conformarsi ai principi fondamentali della Cedu – dunque, nel caso di specie all'art.6 della Convenzione - postulato agli artt. 2, 3 e 6 dello *Human Rights Act* del 1998. Alla luce di tali norme la Cedu viene «incorporata» nel diritto nazionale inglese (art.2); le «*public authorities*» non possono agire in maniera contraria alla Convenzione (art.6) ed nei casi in cui non sia possibile un'interpretazione conforme, le corti inglesi hanno il potere di pronunciare «*declaration of incompatibility*». Si noti che tale dichiarazione non ha effetto abrogativo ma di monito per il governo.

3.1 L'arbitrato finanziato da terzi

Il finanziamento della lite da parte del terzo, fenomeno diffuso negli ordinamenti di *common law*, inizialmente in relazione ai procedimenti ordinari di cognizioni, rappresenta uno scenario frequente negli arbitrati internazionali.

In vero, lo scenario dei costi del procedimento arbitrale prevede soluzioni ulteriori al *third party funding*, come la creazione di sistemi «assicurativi» delle istituzioni di arbitrato, attraverso il versamento di fondi da parte degli utenti dell'ente, da prelevarsi dal costo complessivo del procedimento. Queste proposte si rivelano, tuttavia, soluzioni poco soddisfacenti considerato il circolo vizioso che in tale maniera si viene a creare. La costituzione di un «fondo di garanzia» per la parte indigente, innalzerebbe infatti ulteriormente i costi della procedura, con evidenti ripercussioni sull'*appeal* dell'istituzione arbitrale stessa. Senza poi considerare che tale «sistema assicurativo» lascerebbe sforniti di soluzioni i procedimenti arbitrali che originano da arbitrati *ad hoc*.

E' in tale contesto che emerge il rilievo del *third party funding*, specialmente, in relazione alle controversie commerciali ed in materia di investimenti²¹⁰.

L'ammissibilità in Italia del contratto di finanziamento della lite, seppur nel silenzio del legislatore, parrebbe ormai consolidata. La norma sulla quale per lungo tempo si è la questione sulla sua ammissibilità è individuata all'art. 2233 c.c., che fa divieto all'avvocato di percepire a titolo di onorario

²¹⁰ Per un testo di riferimento in relazione al tema del finanziamento di terzi dell'arbitrato internazionale v. BERNARDINI, *Third Party Funding in International Arbitration*, in *Riv. arb.*, 2017, p.1ss; per una panoramica del fenomeno dalla prospettiva italiana v. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding in Italia*, Ledizioni, 2019.

una quota del bene oggetto della prestazione o della *res litigiosa*²¹¹. A prescindere dalle diverse posizioni esistenti in dottrina sull'ammissibilità del patto quota lite²¹², l'ammissibilità del finanziamento della lite da parte del terzo, risiede nella condivisa tesi secondo cui il c.d. *third party funding* non rientra, in vero, nell'ambito applicativo di tale divieto, considerato che il finanziatore non è annoverato tra i soggetti che, abilitati al patrocinio, possono svolgere una funzione giurisdizionale nella lite; la figura del finanziatore rimane, in sostanza, formalmente estranea al procedimento.

Lo schema del contratto di finanziamento della lite giudiziale, ovvero arbitrale, prevede che una società a ciò preposta od un'impresa di assicurazione²¹³, finanzia una parte in relazione ai costi del procedimento, verso la corresponsione, da parte della finanziata, di una somma a titolo di corrispettivo²¹⁴. Nell'importo previsto in favore del finanziatore rientra, evidentemente, anche il rischio rappresentato dell'ipotesi per cui, nel caso in

²¹¹ Tale norma era incisa dal d.l. 223/2006 che aveva sostanzialmente abolito il divieto di patto di quota lite, poi reintrodotta dalla l. 247/2012 sulla disciplina della professione forense che all'art.13, comma 4, vieta nuovamente «i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa».

²¹² Sull'inammissibilità del patto quota lite v. PERFETTI, *Riflessioni a margine del divieto di patto quota lite*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 413ss; in senso opposto v. LUPANO *Responsabilità per le spese* in *Dir. proc. civ.*, 2013, p.89. Per una posizione intermedia, che ancora l'ammissibilità del patto quota lite alla proporzionalità del compenso previsto v. MICALI, *No al patto di "quota-risultato"... se è sproporzionato: un quasi-caso di correzione della motivazione* in *Corr.giur.*, 2015, p.854 ss.

²¹³ La scelta del finanziatore è un momento molto importante per le sorti del procedimento; al riguardo, «*It is advisable that also the litigant and its legal team make a due diligence on the funder, taking into consideration its financial solidity and liquidity, its reputation, its management and its experience in international commercial arbitration matters*» cfr. LANDI, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration - An Overview*, in C. Klausegger (et al.) *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2012, Vienna, 2012, pp. 98-99.

²¹⁴ I criteri di determinazione del corrispettivo sono molteplici e rimessi alla discrezionalità delle parti, da esplicitarsi comunque nel testo del contratto di TPF. Tendenzialmente l'importo per il *funder* coincide con una percentuale sull'importo riconosciuto dal lodo o sul valore della transazione. In altri casi si dispone per l'applicazione di un moltiplicatore al *petitum* riconosciuto in favore della parte finanziata. In altri casi vengono utilizzati criteri misti, ossia si adoperano, in relazione a differenti aspetti, entrambi i criteri di calcolo. Il quantum del corrispettivo del finanziatore può oscillare tra il 10 ed il 50% dell'importo riconosciuto in favore della parte, in relazione alla complessità e dunque ai rischi ed ai costi del singolo procedimento.

cui le domande della parte finanziata siano rigettate, il *funder* perderà il denaro «investito» ed in alcuni casi potrà vedersi addebitati anche i costi della parte avversaria²¹⁵.

La qualificazione giudica dell'accordo, è controversa.

Alcuni ordinamenti, come quello tedesco parlano di contratto di società, altri paesi, come la Svizzera, lo qualificano come contratto misto che riunisce in sé gli elementi del mutuo e del contratto di garanzia²¹⁶.

In Italia, il contratto di TPF non risulta perfettamente coincidente con alcuna delle fattispecie contrattuali tipiche e, la quasi assente esperienza applicativa, fa sì che tale strumento non possa considerarsi neppure «socialmente tipico». Si potrebbe forse pensare allo schema dell'associazione in partecipazione, ai sensi dell'art. 2549 c.c., anche se residuerebbero aspetti non esauribili dalla disciplina offerta dalla norma²¹⁷.

Alcune assonanze sono poi riscontrabili in relazione al c.d. mutuo di scopo, considerato che il capitale corrisposto dal *funder* risulta finalizzato unicamente alle spese delle lite ed è rimborsabile a condizione che il finanziato vinca il contenzioso. Si potrebbe forse prendere in considerazione anche l'accollo interno. In questo senso, infatti, il finanziatore si accolla i

²¹⁵ Si tratta dei casi in cui nell'accordo di TPF venga espressamente previsto che il *funder* debba fare fronte anche a quanto la parte finanziata, eventualmente soccombente, debba pagare a titolo di spese della controparte. Al di fuori dei casi in cui ciò sia espressamente previsto e sempreché il *funder* non intervenga in giudizio ex art. 105, comma 2 c.p.c., ai sensi dell'art. 94 c.p.c., il finanziatore non è ricompreso tra i soggetti diversi dalle parti processuali per i quali è prevista la condanna al pagamento delle spese. tra di essi si individuano eredi beneficiati, tutori, curatori e coloro i quali rappresentano od assistono in giudizio la parte. Sul punto v. D'ALESSANDRO, *prospettive italiane del third party funding*, cit., p.56.

²¹⁶ Approfondisce la panoramica di diritto comparato sulla qualificazione giuridica del contratto di TPF, D'ALESSANDRO, *Contratto di finanziamento della lite: mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?* in *Int'l Lis*, 2016, p. 142ss

²¹⁷ L'associazione in partecipazione è un accordo con cui l'associante attribuisce ad un'altra parte, l'associato, il diritto alla partecipazione agli utili della propria impresa o di uno o più affari, verso il corrispettivo di un determinato apporto. In vero, tale schema contrattuale non pare esaurire tutti gli aspetti del TPF che necessitano di regolamentazione, quali ad esempio, gli obblighi reciproci tra *funder* ed arbitri ovvero il rapporto tra difensore del finanziatore e della parte finanziata.

costi che la parte deve sostenere per far valere il suo diritto, riconoscendo al *funder* un corrispettivo, equivalente ad una percentuale sull'esito finale della lite. La fungibilità con lo schema del contratto di assicurazione è forse la più problematica in quanto mancano taluni aspetti caratteristici a ritenere integrata tale fattispecie contrattuale. L'alea del contratto non risiede infatti nella prestazione dell'assicuratore (*funder*) bensì in quella dell'assicurato; inoltre il pagamento del premio avverrebbe solo in un momento successivo alla copertura ed in un'unica soluzione²¹⁸.

Ciò premesso, il *third party funding* applicato all'arbitrato internazionale rappresenta senza dubbio un sul rapporto tra arbitrato internazionale ed ordinamento nazionale.

Da un lato, ci si potrebbe interrogare sull'efficacia di tale strumento in termini di implementazione dell'effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro, si pone la questione sulle possibili implicazioni che il finanziamento del terzo potrebbe avere sulla legittimità del procedimento arbitrale; e dunque sulla compatibilità tra un dato accordo di finanziamento e l'ordine pubblico interno ed internazionale.

Premesso che, evidentemente, le due questioni sono strettamente connesse, per ciò che attiene al primo aspetto, esistono limiti, per così dire, oggettivi alle potenzialità degli accordi di finanziamento, che risiedono nel tipo di controversia oggetto della lite. In questo senso, le controversie sulle quali le società di finanziamento tendono a speculare, sono quelle di ingente valore, aventi carattere civile e commerciale; per tali ragioni, il sistema del *third party funding* è particolarmente utilizzato nell'arbitrato commerciale internazionale e nell'arbitrato sugli investimenti.

La «soglia di convenienza» è individuata, indicativamente, in un rapporto di 1 a 10 tra la somma necessaria a finanziare la lite ed il *petitum* ma il compenso del *funder* può giungere sino al 50% da quanto ricavato dalla

²¹⁸ Sul punto v. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding*. cit., pp. 25-26

parte nell'arbitrato, a seconda dei costi e dei rischi connessi al singolo caso²¹⁹. Non tutte le tipologie di controversie si prestano dunque ad essere finanziate.

Inoltre, non si può ignorare il rilievo, di carattere sistemico, per cui, «l'ingresso a pagamento» all'arbitrato, porta inevitabilmente ad un aumento del contenzioso, anche bagatellare²²⁰.

Per ciò che attiene all'incidenza del finanziamento esterno sulla legittimità e regolarità del procedimento, e considerato il *discrimen* concettuale tra ordine pubblico interno ed internazionale, sembra rilevare, in tale circostanza, unicamente la declinazione internazionale dell'ordine pubblico.²²¹ Il nocciolo della questione riguarda, cioè, i casi in cui il *funder*, formalmente terzo rispetto alla lite, risulti *de facto* parte della stessa. L'aspetto principale risiede quindi nei problemi di imparzialità del collegio arbitrale, la cui neutralità decisionale potrebbe essere sbilanciata in favore

²¹⁹ ROWLES-DAVIS, *Third Party Litigation Funding*, Oxford, 2014, p.10; LORD NEUBERGER, *From Barratry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding. Harbour Litigation Funding First Annual Lecture*, 8 maggio 2013 in www.supremecourt.uk/docs/speech-130508.pdf; KHOURY-HURFORD, *Third Party Funding in international arbitration - Balancing benefits and risks*, in *PLC Magazine*, Luglio 2012, 6, in www.imf.com.au. Per avere un'idea più concreta, per ciò che attiene all'arbitrato interno, la convenienza è esclusa per le controversie di valore inferiore ai 26.000 euro; si comincia ad intravedere per quelle di valore compreso tra i 26.000 ed i 52.000 euro solo nei casi in cui il valore della lite risulti effettivamente superiore ai 40.000 euro e per le liti comprese nello scaglione superiore ai 52.000 euro, solo nei casi di valore superiore a 70.000 euro. Questi dati sono stati ricavati dall'articolo di U. MERLONE (e M. Lupano), *Third party litigation funding: minimum claim value*, presentato in occasione del 42° convegno annuale della Italian Association for Mathematics Applied to Economics and Social Sciences (AMASES), in corso di pubblicazione.

²²⁰ Tale aspetto è stato evidenziato per la prima volta, compiutamente, nella UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) del maggio 2013, che così si esprimeva: «There are serious policy reasons against TPF... For example, it may increase the filing questionable claims. From a respondent State's perspective, such frivolous claims, even if most them fail, can take significant resources and may cause reputational damage. TPF companies, who build a portfolio of claims, have an economic incentive to put money even into weak cases that have at least some chance of high monetary award»

²²¹ Con altre parole, si intende che la questione in oggetto incide, con riferimento al diritto nazionale, e segnatamente, italiano, solo in relazione ai principi del diritto processuale aventi rilievo costituzionale, ricompresi nel concetto di *fair trial ex art 6 Cedu* e dunque riconducibili al concetto di ordine pubblico internazionale. Non sussistono invece gli estremi per l'applicabilità di clausole di diritto internazionale privato.

della parte finanziata, considerato che gli arbitri vengono sostanzialmente remunerati dalla stessa²²².

Sono poi da considerare ulteriori interazioni problematiche tra il finanziatore e gli attori del procedimento arbitrale, tra cui, i potenziali conflitti di interesse tra il finanziatore e la parte, in ordine all'esito della controversia²²³ ovvero i problemi di riservatezza posti dall'accesso ai documenti del procedimento da parte del *funder*²²⁴.

Per ciò che riguarda il primo aspetto, ha senso domandarsi se la parte finanziata possa concludere un accordo transattivo con la controparte. Ferma restando la libertà negoziale dei litiganti è ragionevole ritenere che la presenza di un terzo-finanziatore, estraneo alla controversia non possa costituire un limite alla libertà di autodeterminazione negoziale che ad oggi rientra, pacificamente, tra i diritti fondamentali di cui all'art.2 Cost. Tenendo tale assunto sullo sfondo, il rapporto di natura negoziale instaurato

²²² Inoltre non sono rari i casi in cui un soggetto si trovi ad essere al contempo difensore di una parte finanziata dal terzo ed arbitro in altra controversia in cui una delle parti ottenga il finanziamento dal medesimo *funder*. In questi casi il rischio di conflitto di interessi è molto elevato. Sempre nella medesima direzione viene in rilievo la questione delle c.d. nomine seriali, riferite, in origine, ai casi in cui un arbitro venga regolarmente nominato da un determinato difensore o da una determinata parte, che si estende, tuttavia, anche ai casi in cui l'arbitro venga regolarmente finanziato dallo stesso *funder*. In tali casi si potrebbe al limite giungere a situazioni in cui il finanziatore, scommettendo sull'esito del procedimento, proceda alla formalizzazione di clausole contrattuali che prevedano la sua competenza esclusiva nell'individuazione dell'arbitro di parte. In tali circostanze il rischio di condizionamenti in capo al collegio giudicante è molto elevato.

²²³ Ci si riferisce al fatto che mentre per la parte potrebbe risultare conveniente un accordo transattivo, il *funder*, ha tendenzialmente interesse a proseguire nel procedimento sino all'emissione del lodo. Tali contrasti, tendono ad essere prevenuti mediante specifiche previsioni degli stessi accordi TPF. In questo senso v. KHOURY-HURFORD, *Third Party Funding in international arbitration - Balancing benefits and risks*, in PLC Magazine, www.imf.com.au.

²²⁴ La corrispondenza tra finanziato e finanziatore non è assistita da particolari garanzie di riservatezza che operano nei soli casi in cui lo scambio di informazioni avvenga tra i legali delle parti, per il tramite del divieto posto dall'art. 48 del Codice di Deontologia Forense che vieta all'avvocato la produzione della corrispondenza in suo possesso, di riportarla in atti processuali ovvero di consegnarne copia alla parte assistita. Peraltro si osserva che non sempre i difensori delle parti di una controversia arbitrale sono avvocati; in tali casi pertanto non saranno assoggettabili agli obblighi di deontologia forense. Per tali ragioni, numerosi contratti di TPF includono patti di riservatezza, in virtù dei quali *funder* e finanziato si vincolano al riserbo sul contenuto del contratto. Per un esempio di clausola di riservatezza v. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding.*, cit., p. 52, nota 74.

tra *funder* e parte finanziata risulta, generalmente assistito dalla garanzia del previo consenso del finanziatore. Pertanto, nei casi in cui la parte finanziata, pur in presenza di una clausola del TPF che preveda la necessità del previo consenso del *funder*, concluda l'accordo transattivo senza il nulla osta di quest'ultimo, il finanziato dovrà rispondere di inadempimento contrattuale ma l'accordo raggiunto resterà valido ed efficace²²⁵.

Le criticità evidenziate fanno emergere come a monte delle potenziali disfunzioni dell'interazione tra un terzo finanziatore e l'arbitrato vi siano problemi di trasparenza ed informazione del procedimento. E' infatti intuitivo che se gli arbitri potessero conoscere, in via preventiva, l'esistenza ed i termini di un accordo di finanziamento, molti di tali *impasses* sarebbero minimizzate o comunque potrebbero essere contrastate ai primordi del procedimento senza rilevanti diseconomie processuali. Una *disclosure* effettiva e ben gestita potrebbe verosimilmente rappresentare la chiave per una maggiore implementazione delle garanzie del procedimento e delle parti²²⁶.

Uno sguardo al panorama internazionale evidenzia come gli effetti benefici dell'imposizione di obblighi di informazione in capo al terzo finanziatore vengano riscontrati dalla maggior parte delle istituzioni arbitrali internazionali che si avvalgono dei *third party funding agreements*; in questo senso depongono, ad esempio, le regole arbitrali del Singapore

²²⁵ D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding.*, cit., p. 50 che richiama il par. 8 del contratto-modello Legial 2014 ed il par.9 del modello Roland 2018

²²⁶ Ulteriore profilo di rilievo della *disclosure* è ravvisabile nella circostanza che solo un corretto flusso informativo tra parti e giudici privati permette a questi ultimi di individuare i casi in cui risulti opportuno il rilascio di una garanzia in favore della parte finanziata, la quale, laddove il *funder* si ritirasse dall'accordo, potrebbe trovarsi esposta al pagamento dei costi della procedura che non sarebbe, evidentemente, in grado di sostenere. In questo senso v. BERNARDINI; *Third Party Funding.*, cit., pp. 12-15. Questo meccanismo assicurativo, particolarmente utilizzato in alcuni ordinamenti quali ad esempio quello tedesco, non è tuttavia praticabile in Italia, dove, a seguito della sentenza della Corte. cost. n. 67/1970, non è ammesso l'ordine di cauzione in forma di c.d. *security for costs*, ossia di garanzia sul pagamento delle spese processuali. Il giudice può ordinare il rilascio di altre forme di cauzione; in tali casi, a meno che nel contratto di TPF sono sia previsto diversamente, esse risultano poste a carico della parte finanziata, formale destinatario dell'obbligo giudiziale. Sul punto v. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding.*, cit., p.44.

International Arbitration Centre²²⁷, il Trattato transatlantico sul commercio e sugli investimenti tra Unione Europea e Stati Uniti (TTIP)²²⁸ e l'accordo sul libero scambio tra Vietnam ed Ue²²⁹; nonché il CETA²³⁰.

Il problema non risolto risiede nel fatto che tali obblighi assumono contenuto ed effetti assai diversificati da un testo all'altro e nei diversi contesti arbitrali; non riducibili in regole chiare, cogenti e dunque effettive a livello internazionale²³¹.

Se è vero che la comunità delle istituzioni internazionali di arbitrato si sta allineando su di una comune consapevolezza in ordine ai *deficit* di tutela che un arbitrato finanziato da terzi può comportare, è anche vero che la sostanziale assenza di una regolamentazione normativa uniforme ed internazionale del fenomeno crea problemi di riconoscimento dei lodi negli ordinamenti *ad quem* e dunque di circolazione delle decisioni. E' forse questo il principale motivo per cui, anche in Italia il fenomeno non ha assunto, per ora, dimensioni importanti.

Anche se per ora appare molto difficile ipotizzare una regolamentazione internazionale degli accordi di TPF nell'arbitrato internazionale –

²²⁷ SIAC Investment Arbitration rules, 1st Edition, 1 January 2017, così dispone in ordine agli «*Additional powers of the Tribunal*» cfr. Art. 24.1: «*order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding agreement and/or the identity of the third party funder and, where appropriate, details of the third party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability*».

²²⁸ Art.8.1 del TTIP draf cfr: «*Where there is a third party funding, the disputing party benefiting from it shall notify to the other party and to the Tribunal, or where the division of the Tribunal is not established, to the President of the Tribunal, the name and address of the third party funder*»; secondo quanto previsto al paragrafo successivo, tale comunicazione deve avvenire, in forma di notifica, «*at the time of submission of the claim*»

²²⁹ EU-Vietnam FTA (Free Trade Agreement, art.11. L'accordo è stato definitivamente concluso nell'agosto del 2018 ed è reperibile, nella sua versione aggiornata in <http://trade.ec.europa.eu>

²³⁰ CETA, art. 8.26 cfr: «*in caso di finanziamento da parte di terzi, la parte che se ne avvale comunica all'altra parte della controversia ed al tribunale il nome e l'indirizzo del terzo finanziatore. Tale comunicazione è effettuata al momento di presentazione della domanda, oppure qualora l'accordo di finanziamento sia concluso o la donazione o sovvenzione intervenga dopo la presentazione della domanda, senza indugio appena l'accordo è concluso o la donazione o sovvenzione è concessa*».

²³¹ In questo senso chiaramente si esprime FORNI, *Il Third Party Funding nell'arbitrato internazionale* in *I contratti*, 2013, p. 965 ss.

considerato che una regolamentazione transnazionale uniforme del procedimento arbitrale non è stata raggiunta neppure in relazione all'arbitrato «classico» – si potrebbe quantomeno ipotizzare, da un lato, un tentativo di disciplina del fenomeno a livello nazionale, nel c.d. ordinamento di riferimento²³² e, dall'altro, la regolamentazione dello stesso da parte delle istituzioni arbitrali.

Per ciò che attiene all'ordinamento italiano qualche passo verso la regolamentazione del *third party funding* potrebbe forse scorgersi nel regolamento della Camera arbitrale di Milano come modificato nel 2019. Il profilo sul quale il Regolamento si concentra è quello della trasparenza e dell'imparzialità dell'organo giudicante.

Il Regolamento si muove su due fronti; quello degli obblighi in capo alla parte finanziata e quello dei doveri degli arbitri.

Sotto il primo profilo si richiama l'art. 43 che impone alla parte finanziata di dichiarare l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore, dichiarazione che deve essere «ripetuta nel corso del procedimento, fino alla sua conclusione, se si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta del Tribunale Arbitrale o della Segreteria Generale». Sul secondo versante, l'art. 20, comma 2, lett. a) del Regolamento, prevede che «nella dichiarazione di indipendenza, l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata, qualunque relazione con le parti, i loro difensori e ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, anche in virtù di rapporti finanziari, rilevante in rapporto alla propria imparzialità e indipendenza». Anche in tale caso, ai sensi del terzo comma della citata norma, è poi previsto che «la dichiarazione di indipendenza deve essere ripetuta nel corso del procedimento, fino alla sua conclusione, se si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta della Segreteria Generale».

²³² In questo senso, la regolamentazione del finanziamento da parte di terzi, a livello nazionale, potrebbe rappresentare un primo passo per un'armonizzazione internazionale, operante, in via indiretta, attraverso la *reductio ad unum* delle discipline nazionali per il tramite della clausola dell'ordine pubblico internazionale.

La portata del Regolamento è dirimpente.

Fino a questo momento il finanziato non era tenuto a tale obbligo di *disclosure*, né tanto meno alla produzione in giudizio del contratto di finanziamento. Peraltro la giurisprudenza era solita negare l'ordine di esibizione del documento, se non nei casi in ciò fosse apparso indispensabile per provare i fatti a fondamento del giudizio²³³. Ora, attraverso la previsione di cui al citato art.43, la Camera arbitrale di Milano da un lato, ammette in forma esplicita il finanziamento della lite arbitrale da parte di un terzo, e, dall'altro, cerca di porre rimedio a tutte le problematiche di legittimità ad esso correlate.

Alla luce di detto quadro, qualche passo in avanti verso l'apertura al *third party funding* in ambito arbitrale sembra essere avvenuto anche in Italia, per il tramite dello spartiacque della Camera arbitrale di Milano. Se efficienza e trasparenza fossero considerati i *benchmark* con cui misurare la vocazione internazionale del nuovo Regolamento, l'allineamento agli standard transnazionali potrebbe dirsi raggiunta. Rimane il fatto che, come già osservato, la portata della disciplina predisposta dalla CAM sarebbe certamente maggiore in termini di effettività, laddove la legittimazione a normare – anche in deroga alle norme di legge – dei regolamenti delle istituzioni arbitrali, fosse postulata in via legislativa in modo espresso ed inequivoco, anziché ricostruita in via interpretativa, come nei fatti ancora avviene²³⁴.

4. L'imparzialità dell'arbitro nel contesto internazionale ed in Italia

La natura processuale dell'arbitrato e la sua fungibilità, in termini di effetti, rispetto al giudizio statale, postulano come imprescindibile il requisito

²³³ Sul punto v. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding.*, cit., p.52

²³⁴ Ci si riferisce alla tematica analizzata nel capitolo II, par. n. 2, relativa al potenziale derogatorio dei regolamenti arbitrali rispetto alle norme inderogabili di legge.

dell'imparzialità del giudice privato, che, assieme al principio del contraddittorio, costituisce l'essenza del «giusto processo arbitrale»²³⁵.

La questione assume caratteri delicati nella prospettiva internazionale, per una serie di ragioni.

In via preliminare va chiarito che nelle dinamiche transnazionali si fa riferimento ad un generico concetto di imparzialità, intesa come neutralità di giudizio dell'arbitro, in assenza di condizionamenti di tipo soggettivo, senza riferimenti alle nozioni di indipendenza o terzietà, o quantomeno senza che tali categorie assumano una valenza concettuale autonoma²³⁶. Questo si pone in linea con l'approccio sostanziale all'arbitrato, volto alla semplificazione, che tende e minimizzare ogni possibile impedimento ad un procedimento fluido verso una decisione – il più possibile – attendibile e stabile.

Un primo aspetto da considerare, nella valutazione dell'imparzialità del giudice privato di una controversia internazionale, è che se essere imparziali

²³⁵ Il principio del contraddittorio e l'imparzialità dell'arbitro, quale nucleo del giusto processo arbitrale possono essere intesi come un doppio ordine di vincoli per le scelte procedurali degli arbitri. Il primo di tipo normativo, che trova fonte nell'art. 816-bis c.p.c. ed il secondo di carattere strutturale, che deriva dalla circostanza che l'arbitrato è un giudizio ed ogni giudizio, per essere tale, suppone, per definizione, il rispetto di alcune caratteristiche essenziali, tra cui, appunto l'imparzialità del giudicante. In questo senso BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile.*, cit., p.655.

²³⁶ Per imparzialità si intende la neutralità di giudizio, che presuppone l'assenza di condizionamenti di tipo soggettivo dell'organo giudicante; con indipendenza si fa invece riferimento ad una condizione oggettiva, legata alle modalità di nomina ed al collegamento organico con una della parti; pertanto essa risulta controllabile in base a circostanze di fatto ed è assicurata dalla legge. La terzietà viene tendenzialmente identificata come categoria comprensiva di imparzialità ed indipendenza, che ne sono il presupposto. Coincide con l'assenza di legami o interessi, di qualsiasi tipo, anche non giuridico, con le parti in causa. v. in tal senso BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., pp. 186-189; ID, *Arbitrato Internazionale.*, cit.,pp.611-612; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp.183-184. Per distinguere terzietà da imparzialità, che costituiscono un'endiadi nell'art. 111, comma 2, Cost., alcuni autori affermano che essa «è qualcosa in più dell'imparzialità» ossia non è esaurita dall'idea del perseguimento dell'interesse pubblico ma significa agire al di sopra di ogni interesse, mediante uno «sganciamento» di tale funzione del giudice da tutte le altre funzioni dello Stato-persona giuridica. Così si esprime RICCI, *Diritto processuale civile.*, cit., pp 6-7.

risulta difficile di per sé, già in ambito domestico²³⁷, la dimensione transfrontaliera della controversia rende ancora più difficoltosa l'individuazione dei contorni e dunque l'attuazione di tale requisito. Questo deriva dal fatto che per essere imparziali è necessario conoscere bene il «*way of thinking*» di entrambe le parti, così da poterne anticipare e scongiurare ogni eventuale forma di condizionamento. L'arbitro deve, con altre parole, immedesimarsi nel contesto giuridico, sociale e culturale dei contendenti e cercare di presagire i loro intendimenti. Questa operazione è estremamente complessa.

E' per questo che la scelta del terzo arbitro, nei sistemi di nomina con clausola binaria, dovrebbe tendere all'individuazione di un professionista il più «*open minded*» possibile, che abbia, cioè, avuto una formazione di matrice internazionale ed una consistente esperienza all'estero²³⁸. Spesso, per ovviare alla difficoltà di tale decisione, le parti decidono di affidarsi ad enti amministratori²³⁹.

Altra tematica sulla quale parrebbe avere un senso riflettere è quella della disomogeneità internazionale sulle cause dei vizi di imparzialità e dunque dei motivi di riconsuazione.

Il problema sorge dalla mancanza di fonti internazionali che identifichino in maniera uniforme, esplicita e tassativa le ipotesi di parzialità del giudice privato, vuoto normativo nel quale si inseriscono norme deontologiche e regolamenti di arbitrato. Le *Iba (International Bar Association) Guidelines on conflict of interest in international arbitration* del 2014 contengono una classificazione di situazioni potenzialmente in conflitto con l'imparzialità

²³⁷ L'imparzialità intesa come assoluta neutralità di giudizio ed assenza di qualsiasi forma di condizionamento – giuridico, politico o valoriale – o avverso ogni preconcetto od interesse, è un'attitudine umana, un dato etico, che il giudicante non può che acquisire con l'esperienza. Chiarissimo è sul punto BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., p.191.

²³⁸ Questo perché, si tende ad ammettere che gli arbitri nominati dalle parti appartengano al paese di provenienza di queste ultime.

²³⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato.*, cit., p.185

degli arbitri, che vengono suddivise, a seconda della gravità, graduata, secondo indici decrescenti, in una serie di liste etichettate con il nome di un colore²⁴⁰. I limiti di tale testo risiedono, *in primis*, nella circostanza che tali indicazioni, in quanto norme deontologiche, sono sfornite di efficacia vincolante ed in secondo luogo, nel fatto che le ipotesi ivi previste non hanno carattere tassativo; pertanto neppure facendo riferimento a tale strumento sembrerebbe possibile sindacare l'imparzialità sulla base di criteri oggettivi ed uniformi. Tale limite è proprio anche dei regolamenti delle istituzioni di arbitrato, che pur prevedendo, in genere, una nutrita serie di ipotesi «a rischio» di parzialità, non conferiscono a tali elencazioni carattere tassativo²⁴¹.

La natura transnazionale dell'arbitrato muove infine considerazioni in relazione alle conseguenze ed ai possibili rimedi ad un eventuale vizio di imparzialità dell'arbitro.

In questo senso, la logica del giudizio privato internazionale, tesa all'effettività della decisione e dunque alla limitazione delle impugnazioni

²⁴⁰ La «lista rossa inderogabile» individua le ipotesi in cui certamente si viola l'imparzialità; quella «rossa derogabile» le ipotesi in cui il vizio di indipendenza può essere superato nei casi in cui le parti abbiano acconsentito alla nomina pur avendo l'arbitro denunciato il vizio; quella arancione, i casi che richiedono un'immediata dichiarazione degli arbitri per permettere alle parti di valutare se sollevare l'eccezione ed i casi della lista verde rappresentano invece ipotesi in relazione alle quali non è percepibile nessun conflitto di tipo oggettivo, per cui non vi è obbligo di fare apposita dichiarazione. Per una disamina approfondita dei casi più frequenti e critici v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 189-195.

²⁴¹ Si veda, a titolo esemplificativo: art. 21, comma 3, Regolamento Camera arbitrale di Milano. Cfr. «Ciascuna parte può depositare istanza motivata di ricsuzione presso la Segreteria Generale per ogni circostanza idonea a porre in dubbio l'indipendenza o l'imparzialità dell'arbitro entro 10 giorni dalla conoscenza di tale motivo»; art. 9 Regolamento Camera arbitrale di Bologna, cfr.: «La parte può ricsuare l'arbitro per i motivi previsti dal Codice di procedura civile, nonché per ogni motivo idoneo a porre in dubbio la sua indipendenza o imparzialità.»; art. 7, comma 1, Regolamento Camera Arbitrale di Roma cfr.: 1. «Nei dieci giorni successivi al ricevimento della comunicazione di cui al 4° comma del precedente art. 6, ciascuna delle parti può depositare presso la Segreteria, pena la decadenza, una dichiarazione di ricsuzione dell'arbitro, da essa non nominato, per i motivi indicati nell'art. 51, 1° comma c.p.c., ed in ogni altro caso in cui esistano gravi motivate ragioni».

del lodo, tende a valorizzare la tutela preventiva dell'imparzialità, prevalentemente attraverso lo strumento della c.d. *disclosure*.

L'obbligo dell'arbitro di dichiarare la propria di indipendenza – generalmente in forma scritta ed all'inizio del procedimento – nasce dal tentativo di trovare un punto di incontro tra la irrinunciabile esigenza di trasparenza del procedimento e la difficoltà di sondare le caratteristiche personali e professionali dei soggetti coinvolti nel giudizio arbitrale, quando questi siano lontani tra loro ed appartenenti a diversi ordinamenti. L'obbligo di rivelazione, è previsto da quasi tutti gli ordinamenti come declinazione del rapporto di fiducia tra arbitri e parti, che fa sì che le stesse, pur in presenza di un valido motivo di riconsuazione, possano ritenere l'arbitro in grado di emettere un lodo giusto e dunque imparziale.²⁴² Tuttavia la portata di detto obbligo non è perfettamente coincidente in tutti gli ordinamenti.

Il contenuto della dichiarazione di indipendenza è ampia e riguarda non solo gli aspetti oggettivamente dubbi²⁴³, ma anche tutto ciò che potrebbe essere percepito come tale dal punto di vista di una sola delle parti. In alcuni stati, come in Francia ed in Germania, essa è onnicomprensiva; riguarda cioè tutte le circostanze che possano mettere in dubbio l'imparzialità arbitrale, anche se non idonee a rendere l'arbitro riconsuabile. In alcuni casi la *disclosure* si estende sino ad includere situazioni al limite dell'imparzialità, sorte in un momento successivo l'inizio della procedura²⁴⁴.

²⁴² Si pronuncia, apertamente, in tal senso, la Corte d'Appello del distretto di New York nella sentenza *Astoria Medical Group v. Health Insurance Plan of Grater New York*, in *Arb. Journal*, 1962 p. 215ss; *Rev. arb.*, 1969, p.69ss. Il giudice di appello afferma, in tale decisione, che la parte «*was free to appoint any arbitrator desired, however close the relationship to it or to the dispute*».

²⁴³ Quelli cioè esplicitati nella *Iba* o nei vari regolamenti arbitrali

²⁴⁴ Così l'art. 5.5. del Regolamento della Corte di Arbitrato Internazionale di Londra (Lcia), cfr. «*If appointed, each arbitral candidate shall thereby assume a continuing duty as an arbitrator, until the arbitration is finally concluded, forthwith to disclose in writing any circumstances becoming known to that arbitrator after the date of his or her written declaration (under Article 5.4) which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, to be delivered to the LCIA Court, any other members of the Arbitral Tribunal and all parties in the arbitration.*». Anche la Legge Modello Uncitral si muove in tal direzione, come emerge dell'art. 12.1, ai

Anche il valore giuridico della dichiarazione non risulta uniforme a livello internazionale. I suoi effetti mutano a seconda del tipo di fonte nel quale tale obbligo è previsto²⁴⁵.

La *disclosure* non ha trovato accoglimento nella legislazione italiana. Essa fa ingresso nel nostro ordinamento, indirettamente, per il tramite dei codici deontologici, forense²⁴⁶ e dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato²⁴⁷, ed attraverso i regolamenti delle istituzioni di arbitrato, quali quelli delle camere arbitrali di Milano, Roma, Venezia, Parma e Bologna²⁴⁸.

Tra i regolamenti citati, rileva in modo particolare il regolamento della CAM, riformato da ultimo nel marzo 2019, che ha subito importanti modifiche, proprio nella direzione di implementazione delle garanzie di imparzialità dell'arbitro.

Nello specifico, è stata aggiunto un nuovo comma alla norma di cui all'art.18, sull'incompatibilità degli arbitri; accanto alle ipotesi del primo comma²⁴⁹, la norma prosegue disponendo che «il Consiglio Arbitrale non può nominare arbitri gli associati professionali, i dipendenti e coloro che hanno stabili rapporti di collaborazione professionale con le persone

sensi del quale «*When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.*».

²⁴⁵ Sui limiti della Legge Modello, nel tentativo di uniformazione internazionale della disciplina arbitrale si è già detto nel cap. 2

²⁴⁶ La versione aggiornata del codice deontologico forense è entrata in vigore il 12 giugno 2018 ed è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 13 aprile 2018, reperibile in www.gazzettaufficiale.it

²⁴⁷ Il testo del codice è consultabile online in www.aia-figc.it

²⁴⁸ Il testo dei regolamenti arbitrali citati è consultabile *online* nelle rispettive pagine *web* ed in particolare: per la CAM, www.camera-arbitrale.it, per la Camera arbitrale di Bologna, www.bo.camcom.gov.it; per la Camera arbitrale di Roma, www.cameraarbitrale-diroma.it, per quella di Venezia, www.camera-arbitrale-venezias.com e per quella di Parma, www.pr.camcom.it

²⁴⁹ Cfr art. 18, comma1, Regolamento CAM: « Non possono essere nominati arbitri: a. i membri del Consiglio di Amministrazione e del Consiglio Arbitrale, nonché i revisori dei conti della Camera Arbitrale; b. i dipendenti della Camera Arbitrale».

indicate sub a.». Nel caso di arbitrato finanziato da terzi, poi, la dichiarazione deve riguardare anche l'identità del *funder*²⁵⁰.

Altro aspetto significativo è la scelta, operata dalla CAM, di pubblicare nel proprio sito *online*, tutte le decisioni in tema di imparzialità degli arbitri²⁵¹. Tale dato è indicativo del segnale che la Camera vuole dare, anche a livello internazionale, circa l'importanza attribuita al requisito dell'imparzialità arbitrale ed al contempo è dimostrazione di una gestione trasparente delle procedure da parte dell'ente.

Altre delicate questioni sono sollevate dalla dimensione internazionale del conflitto, nei casi in cui si giunga alla riconsunzione dell'arbitro.

Anche la procedura di riconsunzione – compresa l'individuazione dell'organo competente a decidere sulla stessa – non è disciplinata a livello internazionale in modo uniforme.

La legge Modello dispone, all'art.13 che l'istanza di riconsunzione possa essere proposta d'innanzi allo stesso collegio arbitrale²⁵², mentre i principali regolamenti delle istituzioni di arbitrato prevedono che la riconsunzione si svolga davanti all'ente amministratore²⁵³.

In relazione a tale ultimo profilo, potrebbe avere un senso interrogarsi sul rapporto tra riconsunzione giudiziale ex art. 815 c.p.c. e riconsunzione endoarbitrale. Le strade parrebbero due. O intendere il deferimento della lite all'istituzione arbitrale come assoluto e dunque ritenere necessario il previo esaurimento del rimedio endoarbitrale, per poter riconsunare l'arbitro dinnanzi

²⁵⁰ Cfr. art. 20, comma1, lett. a) Regolamento CAM: «Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata: a. qualunque relazione con le parti, i loro difensori e ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, anche in virtù di rapporti finanziari, rilevante in rapporto alla propria imparzialità e indipendenza».

²⁵¹ In www.camera-arbitrale.it. Le decisioni sono pubblicate in forma anonima e si riferiscono, per ora, al periodo precedente la riforma del 2019.

²⁵² L'art. 13 della Legge Modello fa comunque salvi diversi accordi tra le parti, ovvero la possibilità di rivolgersi al giudice dello Stato.

²⁵³ V., in tal senso, l'art. 14 della Camera di Commercio Internazionale (ICC) e l'art. 21, comma 2, del Regolamento CAM nel punto in cui prevede che «decorso il termine previsto dal comma 1, l'arbitro può essere confermato dalla Segreteria Generale se ha inviato una dichiarazione di indipendenza senza rilievi e le parti non hanno comunicato osservazioni né depositato istanza di riconsunzione. In ogni altro caso, decide il Consiglio Arbitrale».

al giudice dello stato ²⁵⁴, ovvero ritenere possibili entrambi i percorsi senza nessun ordine di priorità. La lettura più rispondente ad esigenze di economia processuale e più fedele alla *ratio* dell'arbitrato amministrato parrebbe essere la prima, anche se il tenore dell'art. 815 c.p.c. sembra postulare la possibilità di rivolgersi al giudice sino alla pendenza dei termini ivi previsti, a prescindere dall'esperimento preventivo dell'istanza all'interno dell'istituzione²⁵⁵.

In altri casi ancora, la decisione sulla ricusazione è demandata al giudice dello stato dell'ordinamento di riferimento.²⁵⁶ Le *impasses* applicative che potrebbero scaturire da tale ultimo scenario sono intuitive, considerati i già menzionati profili di disallineamento internazionale sulla disciplina della ricusazione dell'arbitro. Per tale ragione le parti spesso indicano nella clausola compromissoria un regolamento arbitrale preconstituito, che dia contezza, in maniera preventiva certezza, dei giustificati motivi di ricusazione.

Ora, tenendo tutto ciò sullo sfondo, ci si potrebbe chiedere quali garanzie, in termini di imparzialità di giudizio, fornisce l'Italia quale ordinamento di appartenenza di un arbitrato transnazionale.

L'ordinamento si colloca, apparentemente, in un cono d'ombra rispetto alle tendenze internazionali sulla tutela dell'imparzialità dell'arbitro.

Un primo profilo della «controtendenza italiana» è costituito da quanto già detto sull'assenza di previsioni normative sull'obbligo di *disclosure*, che relega le conseguenze della mancata dichiarazione dell'arbitro sul piano

²⁵⁴ L'art. 24, comma 2, dell' *Arbitration Act* inglese prevede che se l'arbitrato amministrato consta di una fase di ricusazione dinnanzi all'ente, occorre che la parte adisca quest'ultimo prima di potersi rivolgere al giudice statale.

²⁵⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 199 evidenzia possibili aperture dell'Italia verso la prima interpretazione, in forza di due argomenti. *In primis*, considerando il procedimento di ricusazione derogabile in quanto non parte del concetto di ordine pubblico internazionale (a differenza del requisito di imparzialità) ed in secondo luogo fondando la necessaria priorità dell'esperimento dell'istanza in seno all'ente, sulla possibilità, per il regolamento arbitrale, di prevedere ulteriori ipotesi di ricusazione rispetto a quelle previste ex art. 815 c.p.c., ai sensi dell'art. 832 c.p.c.

²⁵⁶ BIAVATI, *Arbitrato internazionale.*, cit., p.614

meramente disciplinare. Alcuni autori hanno ipotizzato di ritenere implicitamente esistente nell'ordinamento italiano l'obbligo di rivelazione dell'arbitro, in forza dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, di cui all'art. 1375 c.c., o, più in particolare, nel dovere di diligenza richiesto nell'esecuzione del mandato.²⁵⁷ Tuttavia, anche volendo avallare taluna di tali ricostruzioni interpretative, le conseguenze di un'eventuale mancata *disclosure* si riverserebbero unicamente sul piano dell'inadempimento contrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento in capo all'arbitro²⁵⁸, senza ancora produrre nessun effetto sul lodo.

Il secondo aspetto di inadeguatezza dell'Italia riguarda, appunto, l'istituto della ricusazione che, seppur riformato nel 2006, non ha ancora mutato il sistema chiuso delle cause di ricusazione²⁵⁹. Anzi, se da un lato sono stati aggiunti nuovi motivi di ricusazione all'art. 815 c.p.c. – come il caso in cui l'arbitro non abbia «le qualifiche espressamente previste dalle parti», ovvero l'ipotesi di legami, professionali o patrimoniali, con le parti²⁶⁰ – dall'altro, l'unica previsione che più si avvicinava ad una clausola generale, ossia il riferimento alla ricusazione (facoltativa) per «ragioni di convenienza», è stato eliminato, in quanto il secondo comma dell'art.51 c.p.c., che la conteneva, non è più richiamato²⁶¹.

²⁵⁷ Sul punto v. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. proc.*, 2004, p.410 ss.

²⁵⁸ L'inadempimento potrebbe essere tale da condurre sino alla risoluzione del contratto.

²⁵⁹ Il cuore della riforma del 2006 sull'istituto della ricusazione dell'arbitro consiste 1) nell'eliminazione dell'equivalenza tra cause di ricusazione giudiziale, di cui all'art.51 c.p.c. e motivi di ricusazione dell'arbitro. I motivi di cui all'art.815 c.p.c., non coincidono più perfettamente con l'art.51 c.p.c.; ne vengono aggiunti dei nuovi, come quelli sopra richiamati, e ne scompaiono altri, come quello de «le ragioni di convenienza» previsto all'art. 51, comma 2, non più richiamato 2) nell'abolizione della natura obbligatoria della sospensione del procedimento nel caso di ricusazione 3) nella previsione della possibilità di promuovere l'istanza di ricusazione anche in capo alla parte che «ha nominato o contribuito a nominare» l'arbitro, purché il motivo di ricusazione sia stato conosciuto «dopo la nomina», ai sensi di quanto previsto dall'art.815, comma 2 c.p.c. V. approfonditamente sul punto RICCI G., *Diritto processuale civile.*, cit., pp. 487-488.

²⁶⁰ Trattasi dei motivi di cui all'art. 815, comma 1, nn. 1 e 5, c.p.c.

²⁶¹ Il cuore della riforma del 2006 sull'istituto della ricusazione dell'arbitro consiste: 1) nell'eliminazione dell'equivalenza tra cause di ricusazione giudiziale, di cui all'art.51 c.p.c.

Parrebbe dunque che, nella scelta tra massima tutela dell'imparzialità e riduzione della discrezionalità giudiziale nelle decisioni sulla ricusazione, il legislatore italiano abbia dato prevalenza alla seconda istanza.

Si tratta della difficile composizione legislativa di interessi tra loro confliggenti, sulla quale è forse possibile avanzare qualche perplessità, in ragione del fatto che essi non paiono, in vero, di pari rango. Il timore della componente patologica della discrezionalità giudiziale non sembra cioè idoneo a ridurre l'imparzialità dell'arbitro, che è un'attitudine umana, e come tale, poliedrica e mutevole, in una norma di legge con carattere tassativo.

Sempre in senso scettico rispetto alla soluzione del legislatore italiano milita anche il rilievo che la natura aperta delle ipotesi di ricusazione appare maggiormente in linea con la *ratio* dell'arbitrato, improntata a lasciare il massimo spazio alla volontà delle parti, le quali, per il tramite di *standard* generali ed elastici possono, sostanzialmente, decidere entro quali limiti riporre la propria fiducia nel collegio arbitrale.

L'imparzialità del giudizio privato sarebbe, in definitiva, meglio assicurata attraverso il ricorso a canoni flessibili piuttosto che attraverso la previsione di ipotesi tassative di ricusazione²⁶².

La consapevolezza della cultura giuridica italiana sulla necessità che il legislatore si conformi, nella tutela dell'imparzialità dell'arbitro, al panorama internazionale, sembra essere confermata dalle proposte

e motivi di ricusazione dell'arbitro. I motivi di cui all'art.815 c.p.c., non coincidono più perfettamente con l'art.51 c.p.c.; ne vengono aggiunti dei nuovi, ossia quelli sopra citati, e ne scompaiono altri, come quello de «le ragioni di convenienza» previsto all'art. 51, comma 2, non più richiamato 2) nell'abolizione della natura obbligatoria della sospensione del procedimento nel caso di ricusazione 3) nella previsione della possibilità di promuovere l'istanza di ricusazione anche in capo alla parte che «ha nominato o contribuito a nominare» l'arbitro, purché il motivo di ricusazione sia stato conosciuto «dopo la nomina», ai sensi di quanto previsto dall'art. 815, comma 2 c.p.c. V. approfonditamente, sul punto, RICCI, *Diritto processuale civile.*, cit., pp. 487-488.

²⁶² La consapevolezza della cultura giuridica sul punto è risalente. Significativa in tal senso è la visione di TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, p.481ss.

provenienti dal regolamento della Camera Arbitrale di Milano che muovono, forse, proprio dall'intento di far uscire l'Italia dalla condizione di oggettivo isolamento nella quale è stata posta dal sistema di tutela dell'imparzialità ora decritto.

Per ora il Regolamento CAM tenta di restituire un po' di *appeal* all'Italia quale sede di arbitrati internazionali, e di arginare la sfiducia sulla garanzia dell'imparzialità del giudizio, determinata dal quadro normativo vigente. Al contempo, il regolamento rappresenta un chiaro monito per il legislatore ad intervenire su di una normativa che, nel contesto odierno di delocalizzazione della lite, risulta quantomeno anacronistica.

CONCLUSIONI

ARBITRATO INTERNAZIONALE TRA CONCETTO PRATICO E DISCIPLINA POSITIVA

L'approccio adoperato nell'affrontare lo studio del rapporto tra arbitrato internazionale ed ordinamento di riferimento è stato, per quanto possibile, concreto ed improntato alla ricerca della razionalità, processuale e sostanziale.

L'immedesimazione nella persona dell'arbitro di una controversia internazionale, ha reso possibile ipotizzare le principali difficoltà con le quali egli si trova ad avere a che fare; ho provato cioè a mettere a fuoco le «criticità costanti» sollevate dall'arbitrato internazionale, che invece non emergono in relazione all'arbitrato applicato nella dimensione domestica.

Questa operazione rende necessaria la preventiva riflessione sulle questioni relative al grado di autonomia tra arbitrato internazionale ed ordinamenti nazionali.

Le letture ipotizzabili parrebbero due. O si adotta la soluzione secondo la quale l'arbitrato rappresenta una via totalmente alternativa alla giurisdizione, per cui il lodo una volta emesso non è più controllabile, potendo pertanto circolare ovunque, ovvero si avvalora la tesi che ritiene che ogni arbitrato e lodo debbano imprescindibilmente avere una «terra ferma» ossia un ordinamento nazionale su cui poggiare le proprie fondamenta; in questo senso, più che di arbitrato internazionale, sembrerebbe opportuno parlare di arbitrato applicato ai rapporti internazionali.

La condivisione della seconda ipotesi, che parrebbe la più armonica e rispettosa della natura processuale dell'arbitrato, muove considerazioni in una duplice direzione.

Dal primo angolo prospettico, il radicamento dell'arbitrato internazionale ad un dato ordinamento locale si concretizza nell'esistenza di una molteplicità di «coloriture» dello stesso in ragione dell'ordinamento di riferimento. Tenendo sullo sfondo tale considerazione, sempre nell'ottica dell'arbitro di un conflitto internazionale, ci si potrebbe domandare se, in aggiunta alla *lex arbitri* scelta dalle parti, il procedimento arbitrale in ambito internazionale, richiamato, inevitabilmente, un nucleo di «norme speciali» che operano automaticamente, a prescindere della volontà delle parti o del collegio arbitrale e che sofferiscono a potenzialità di cui gli ordinamenti processuali domestici sono ontologicamente sforniti.

Con altre parole, l'attenzione si focalizza sull'individuazione della costante che, nel «collage» delle norme applicabili alla controversia, tende all'armonizzazione del conflitto transnazionale. Pertanto, a prescindere dalle controverse posizioni dottrinali sull'esistenza dell'arbitrato internazionale quale categoria scientifica, lo strumento della giustizia privata, traslato nei rapporti internazionali, esiste certamente come concetto pratico ed oggetto di ricerca.

La necessità di ricostruire l'esistenza di uno statuto dell'arbitrato internazionale, ulteriore e diverso dalla «somma» dei molteplici diritti nazionali applicabili al caso concreto sorge, da un lato, dalla strutturale inadeguatezza dei diritti nazionali a regolare, da soli, i conflitti internazionali e, dall'altro, da una sostanziale disomogeneità, tra i vari ordinamenti, sulla disciplina dell'arbitrato, i cui effetti si percepiscono in maniera importante nei rapporti internazionali.

In tale ambito si può scorgere la seconda prospettiva dalla quale osservare l'interazione tra arbitrato internazionale ed ordinamento nazionale, ossia l'idea di ricostruire in quali termini le discipline nazionali incidono sullo statuto dell'arbitrato internazionale complessivamente inteso.

Il momento in cui il rapporto tra arbitrato internazionale ed «ordinamento madre» si percepisce con maggiore evidenza è probabilmente quello del

controllo giudiziale sulla decisione arbitrale, questione che si esprime, sul versante interno, nel problema della disomogeneità internazionale sulla disciplina dei motivi di impugnazione per nullità e, sul versante estero, nella questione del riconoscimento del lodo straniero.

Su tale ultimo aspetto si è tentato di ragionare partendo da quanto fin ora messo a punto da dottrina e giurisprudenza che, seppur in maniera affatto uniforme, da tempo si interrogano sul punto, proponendo formule di «denazionalizzazione parziale» e talvolta radicale (giurisprudenza francese *Hilmarton*) dell'arbitrato internazionale. Non ancora risolti appaiono i contrasti tra chi fermamente si oppone all'affrancamento del lodo dal proprio ordinamento di riferimento e coloro che, all'opposto, tentano di costruire attorno a tale prassi un'impalcatura giuridica innovativa e, nello stesso tempo, attendibile.

Strettamente connesso a tale questione e sempre in relazione alla fase esecutiva del lodo, altro punto di contatto tra arbitrato internazionale ed ordinamento di riferimento si ravvisa nel concetto di ordine pubblico, i cui contorni, sfumati ed affatto coincidenti su di un piano internazionale, destano *impasses* applicative di non poca importanza.

Questo emerge, ad esempio, in relazione al contenuto laconico della normativa italiana che, nell'identificare nella violazione dell'ordine pubblico uno dei motivi di opposizione al riconoscimento del lodo estero, nulla dice sulla natura interna od internazionale dello stesso.

Diverso è il profilo degli aspetti che legano l'arbitrato, nella sua fase generica, ad un singolo ordinamento nazionale.

Uno dei nodi centrali è individuato nelle questioni relative alla capacità delle parti di sottoscrivere il patto di arbitrato.

La difficoltà nell'adozione di *standard* condivisi a livello internazionale, in relazione alla capacità negoziale presupposta dal patto compromissorio, risiede nella circostanza che il potere dell'individuo di regolare i propri interessi, incidendo nell'altrui sfera giuridica con atti di volontà, trova

disciplina, nella legge sostanziale – e, segnatamente, nel codice civile – ma soprattutto fonte, nella Costituzione, tra i diritti inviolabili dell'uomo previsti all'articolo 2.

Altro ambito che lega lo svolgimento dell'arbitrato, anche nei rapporti internazionali, al c.d. ordinamento madre è quello delle misure cautelari, considerato che, tendenzialmente, il giudice privato è sfornito del potere di imperio necessario ad attuare misure di cautela dei diritti contro la volontà dei destinatari del provvedimento.

E' questo, infatti, uno dei tipici casi di «assistenza giudiziaria» all'arbitrato. L' esigenza di minimizzare l'interferenza statale nel procedimento arbitrale, specialmente internazionale, parrebbe proprio volta a superare l'*impasse* che ancora rappresenta il necessario intervento in tali ambiti del «braccio dello stato». Qualche passo verso il superamento dell'isolamento a cui tale prescrizione costringe l'Italia echeggia nelle soluzioni proposte da alcuni regolamenti di istituzioni arbitrali italiane ed in modo particolare, considerato il suo rilievo internazionale, nel regolamento della Camera arbitrale di Milano, da ultimo modificato nel marzo 2019.

Il Regolamento, all'art.26, prevede, in deroga al regime di cui all'art.818 c.p.c., la possibilità per gli arbitri di emettere misure cautelari, anche anticipatorie, purché non in contrasto con norme inderogabili del procedimento. La questione si sposta dunque sul piano dell'interpretazione delle norme e del rapporto tra le fonti.

In questo senso, dinnanzi a previsioni laconiche e polisenso, quali quelle di cui gli artt. 832 ed 825 c.p.c., è opportuno interrogarsi sulle potenzialità derogatorie dei regolamenti arbitrali rispetto alla legge, valutazioni che andrebbero in ogni caso condotte tenendo sullo sfondo i principi costituzionali del «giusto processo» di cui l'arbitrato è, nella realtà odierna, componente significativa.

La rilevanza del citato Regolamento, nella direzione di implementazione dei poteri cautelari degli arbitri in Italia, va anche oltre. La riforma del 2019

riconosce infatti in capo agli arbitri della CAM una sorta di «potere cautelare negoziale», che parrebbe poter elidere la necessità di *exequatur* per la tutela di situazioni urgenti. L'avanguardia del Regolamento in materia cautelare si compone inoltre del c.d. arbitro di urgenza, previsto all'art. 44 per la concessione delle misure ex art. 26 *ante causam*.

Il costante interfacciarsi dell'arbitrato con un dato ordinamento nazionale si riflette, infine, sul piano dei diritti fondamentali.

Accanto alle riflessioni sul limite oggettivo della clausola compromissoria ossia, delle questioni sui diritti arbitrabili, le peculiarità dell'arbitrato internazionale parrebbero sollevare dubbi di legittimità del giudizio privato in relazione ad alcuni tra i principali diritti riconosciuti a livello internazionale, tra cui il diritto di accesso alla giustizia e l'imparzialità dell'arbitro, che richiamano il concetto di ordine pubblico internazionale.

Le criticità della questione risiedono, non solo nella circostanza che talune «controindicazioni» dell'arbitrato applicato ai rapporti internazionali, quali gli elevati costi, rappresentano la logica conseguenza degli specifici vantaggi offerti da tale servizio, ma anche dal fatto che alcune delle dinamiche volte a scongiurare tali violazioni, come l'istituto della ricasazione dell'arbitro, sono, ancora una volta, rimesse alle singole discipline nazionali.

Sembra allora potersi concludere che la consapevolezza e dimestichezza con la componente nazionale dell'arbitrato internazionale permette, *in primis*, alle parti, di individuare, gli ordinamenti di maggiore *appeal* per il radicamento di liti internazionali ed in ultima analisi, al legislatore ed agli interpreti di mettere a fuoco i potenziali vuoti di tutela per le parti di un arbitrato internazionale, che ancora oggi rappresentano il principale ostacolo all'effettività dell'arbitrato internazionale.

Gli ordinamenti maggiormente attrattivi per il radicamento di liti transnazionali paiono quelli che, pur senza rinunciare alla salvaguardia dei connotati della propria identità nazionale, riescono a valorizzare ed

applicare le proposte di uniformazione della disciplina arbitrale provenienti dalle istituzioni internazionali.

Particolare attenzione meritano, in tal senso, i regolamenti delle istituzioni arbitrali con rilievo internazionale, come ad esempio, con riferimento all'Italia, il citato e di recente modificato regolamento della Camera arbitrale di Milano. Il punto di forza di dette fonti risiede nel loro approccio marcatamente pratico, volto alla soluzione di alcuni tra gli aspetti più ostici del procedimento arbitrale internazionale, in relazione ai quali, la legislazione nazionale non riesce a fornire adeguate soluzioni.

Altro importante apporto, nella medesima direzione, è fornito dalle fonti del c.d. diritto comune dell'arbitrato internazionale ed in particolar modo dalla Legge Modello, adottata il 21 giugno 1985 e modificata il 7 luglio 2006, dall'Uncitral. Considerati i potenziali effetti benefici, in termini di effettività della decisione arbitrale internazionale, di uno schema di disciplina arbitrale completo ed uniforme, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di rendere tale strumento di *soft law* più cogente, fino all'efficacia giuridicamente vincolante.

Quanto detto porta ad individuare il punto di incontro tra effettività dell'arbitrato internazionale ed «accettabilità locale» del suo prodotto nel giusto equilibrio tra le voci del «passaporto» dell'arbitrato internazionale. Da un lato, la ineliminabile componente nazionale, che sopperisce alla ontologica carenza di potere di imperio dell'arbitro e garantisce un controllo sulla giustizia della decisione nell'ordinamento in cui essa esplicherà i propri effetti, e, dall'altro, una costante internazionale che implica l'accettazione condivisa di standard minimi di tutela, e condizioni operative del collegio arbitrale.

BIBLIOGRAFIA

ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 Ce*, in *Rev arb.*, 2004

AULETTA, Dell'arbitrato, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003

BARLETTA , *La "disponibilità" dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008

BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il dlgs. n. 130/15 e le modifiche del codice di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016

BENEDETTELLI – RADICATI DI BROZOLO, *L'Italia e l'arbitrato internazionale* in *Corr.giur.*, 2011

BENEDETTELLI, «Pensiero debole» nell'arbitrato commerciale internazionale e comunitarizzazione del diritto dell'arbitrato in *Dir. comm. Internaz.*, 2012

BENSAUDE, *Thalés air Defence BV v. GIE Euromissiles: defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of european competition in law*, in *Jour. intern. arb.*, 2005

BERGER, *Re-examining the Arbitration Agreement Applicable Law - Consensus or Confusion?*, in A.J. Van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series*, Montreal

BERMANN ET AL, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts*, Zurigo, 2017

BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir.comm. int.*, 2006

BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir.comm.internaz.*, 2009

- BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionale*, Milano, 2008
- BERNARDINI, *La circolazione delle sentenze rese in base alla Convenzione di Washington*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2012
- BERNARDINI, *Third Party Funding in International Arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2017
- BIAVATI, *Arbitrato internazionale in Arbitrati speciali*, a cura di Carpi, Bologna, 2016
- BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, 5^a ed., Bologna, 2020
- BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri* in *Riv. arb.*, 2013
- BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato* in *Riv. arb.*, 2012
- BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012
- BONELL, *Una nuova disciplina modello sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1987
- BORN, *International Commercial arbitration²*, Londra, 2014
- BOVE, *La giustizia privata*, Trento, 2015
- BOVE, BRIGUGLIO e MENCHINI, *Corte Cost, 19 luglio 2013, n. 223*, in *Riv.arb.*, 2014
- BOVIO, *Ordine pubblico e arbitrato internazionale: il ruolo del giudice nazionale*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2011
- BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero - [auxiliary and control functions court and foreign arbitration]* in *Riv.arb.*, 2011
- BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2009
- BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2005

- BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999
- BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato* in *Riv.arb.*, 1998
- BROCHES, *Selected essays. World Bank, ICSID and other subjects of public and private international law*, 1995
- CARPI, *L'indipendenza e la responsabilità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. arb.*, 2018
- CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato* in *Riv. arb.*, 2002
- CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento* in *Riv.trim.dir. proc. civ.*, 1990
- CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990
- CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017
- CLAY *Contrat d'organisation de l'arbitrage et Convention européen des droits de l'homme* in *Rev.arb.*, 2001
- CLAY, *caso Cubic, Cass.Fr. 20 febbraio 2001* in *Rev.arb.*, 2001
- COMBE, *La riforma del diritto dell'arbitrato internazionale in Francia*, in *bensaude-paris.com*, 2017
- COMPERNOLLE, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2017
- CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana* in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2009
- CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* in *Riv. dir. civ.*, 1994
- CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia della Corte d'appello di Parigi in tema di exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese di origine*, in *Riv. arb.*, 2006

CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia della Corte d'appello di Parigi in tema di exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese di origine* in *Rev.arb.*, 2006

D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding in Italia*, Ledizioni, 2019

D'ALESSANDRO, *Contratto di finanziamento della lite: mera operazione finanziaria finalizzata a trarre profitto dal processo civile ovvero strumento che agevola l'accesso alla tutela giurisdizionale?* in *Int'l Lis*, 2016

D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000

DANOVI, *L'arbitrato di famiglia in Italia tra antitesi e possibili consonanze*, in *Riv.arb.*, 2016

DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982

DE LA ROSA, *Challenges for the implementation of the consumer ADR directive in Spain*, Oxford, 2012

DE SANTIS e WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico* in *Diritto del commercio internazionale*, 2012

FOCUCARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, 1996

FRICERO, *Les garanties d'une bonne justice*, in *Droit et pratiques de la procedure civile*, 2006

GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2018

GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, Bologna, 2018

GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international* in *Riv.arb.*, 2011

GALGANO, *Trattato di diritto civile²*, Padova, 2010

GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni* in *Riv.arb.*, 1997

GIARDINA, *Norme imperative contro le intermediazioni nei contratti ed arbitrato internazionale*, in *Riv.arb.*, 1992

GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. e imp.*, 2016

GOTTI, *Aspetti culturali nel discorso normativo sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *AIDEL - Associazione italiana diritto e letteratura*, 2008

GRADI, *Anticipazione delle spese*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA, Torino, 2014

HENKE, *Alcune considerazioni sulla legge applicabile alla validità formale e sostanziale di una convenzione arbitrale per arbitrato estero*, in *Dir.comm.int.*, 2018

HENKE, *La compatibilità con l'art. 6 (1) Cedu della rinuncia all'impugnazione di un lodo*, in *Riv. arb.*, 2016

JARROSSON, *L'arbitrage et la Convention européen des droits de l'homme*, in *Rev. arb.*, 1989

JARROSSON, *Paris, 16 juin 1988*, in *Rev. arb.*, 1989

JUNIUS, *Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a choice of Law under German conflict of Laws Principles* in *Chicago Journal of International Law*, 2007

LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*⁴, Milano, 2011

LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international*, in *Rev. arb.*, 1986

LAMBERT, *L'arbitrage et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2006

LANDI, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration - An Overview*, in *C. Klausegger (et al.) Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2012

- LAUDISA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2004
- LOTTI, *La riforma dell' arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983
- LOTTI, *La riforma dell' arbitrato in Belgio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982
- LUISO in LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006
- LUISO, *Appunti sull' arbitrato societario*, in *Riv.dir.proc.*, 2003
- LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991
- LUISO, *La direttiva 2013/11/UE nella risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2014
- LUPANO, *Responsabilità per le spese in Dir.proc.civ.*, 2013
- MANTILLA SERRANO, *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, in *Arbitration International*, 2004
- MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009
- MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in Galgano F. (diretto da), *Tratt dir. comm. Dir. pubbl. ec.*, Padova, 2003
- MICALI, *No al patto di "quota-risultato"... se è sproporzionato: un quasi-caso di correzione della motivazione* in *Corr.giur.*, 2015
- MOURALIS, *Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations*, in *Cah. Arb.*, 2012
- MOURRE, *Le droit français de l'arbitrage international face à la convention européenne des droits de l'homme*, in *Gazette du Palais*, 2000
- NELA, *sub art 816-septies in Le recenti riforme del processo civile*, in *Commentario* a cura di Chiarloni, Bologna, 2007
- PAOLETTI, *sub art.816-septies*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* a cura di Benedettelli -Consolo - Radicati di Brozolo, Padova, 2010

- PERFETTI, *Riflessioni a margine del divieto di patto quota lite*, in *Riv.dir.civ.*, 2013
- PERROT, *La riforma dell' arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985
- POUDRET e BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles – Paris – Zurich, 2002
- PUNZI, *Cass. Sez.un., (ord.), 25 ottobre 2013, n. 24153* in *Riv.dir.proc.*, 2014
- PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009
- PUNZI, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000
- RACINE, *L'arbitrage commercial international e l'ordre public*, L.G.D.J., Paris, 1999
- RADICATI DI BROZOLO, *I rimedi contro le interferenze statali con l'arbitrato internazionale*, in *Riv.arb.*, 2015
- RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil des Cours*, 2005
- RADICATI DI BROZOLO, *L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrête thalès de la Court d'appel de Paris)*, in *Rev. arb.*, 2005
- RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, in *Riv.arb.*, 2004
- RAMPAZZI, *Commento breve al codice di procedura civile a cura di Carpi-Taruffo*, Padova, 2006
- RASIA, *Il controllo del lodo in caso di impugnazione per violazione delle norme di ordine pubblico europeo: la situazione in Francia*, in *Riv. arb.*, 2012
- RASIA, *La sorte del lodo contrario al diritto comunitario: una prima applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sent. Eco Swiss-Benetton*, in *Int'l Lis*, 2, 2006

- RECCHIA, *Arbitrato e convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)*, in *Riv. arb.*, 1993
- RICCI E.F., *La longue marche vers "l'internationalisation" du droit italien de l'arbitrage*, in *Les chaires de l'Arbitrage*, 2006
- RICCI E.F., *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv.dir.proc.*, 2002
- RICCI G.F., *Diritto processuale civile*⁶, Bologna, 2017
- ROWLES-DAVIS, *Third Party Litigation Funding*, Oxford, 2014
- RUBINO-SAMMARTANO in RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione.*, Bologna, 2009
- SALVANESCHI, *Anticipazione degli acconti e delle spese per lo svolgimento dell'arbitrato e conseguenze del mancato adempimento delle parti*, in *Riv.dir.proc.*, 2019
- SALVANESCHI, *I motivi di impugnazione del lodo: una razionalizzazione?*, in *Riv. arb.*, 2015
- SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 808 c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2014
- SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. proc.*, 2004
- SANDERS, *Uncitral's Model Law on international and commercial arbitration: present situation and future*, in *Arbitration International*, 2005
- SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv.arb.*, 2013
- SANTACROCE, *The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering An Enforceable Decision?*, in *Arbitration International*, 2015
- SAVARESE, *Il concorso di giurisdizioni nelle controversie tra Stati e privati stranieri in materia di investimenti: a proposito di due contrastanti sentenze dell'ICSID*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004

SCHREURER, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge University Press, 2001

SERAGLINI, *L'affaire Thalès et le non usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)*, in *Cah. arb.*, 2005

SERAGLINI *caso Cubic*, *Cass.Fr.* 20 febbraio 2001 in *Revue critique du droit international privé*, 2002

STELLA, *Lineamenti degli arbitrati bancari e finanziari: in Italia e in Europa*, Padova, 2016

TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv.arb.*, 1997

TOMMASEO, *Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale* in *Riv.arb.*, 1999

VAN COMPERNOLLE J., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2017

VERDE, *Cass. Sez.un., (ord.)*, 25 ottobre 2013, n. 24153 in *Corr. Giur.*, 2014

VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*⁴, Torino, 2013

VIGORITI, *La revisione delle Rules of Arbitration dell'Uncitral*, in *Riv. arb.*, 2009

VINCENT, *L'autonomia del lodo internazionale rispetto all'ordinamento della sede dell'arbitrato secondo la Cassazione francese* in *Riv.arb.*, 1992

WILLIAMS in Muchlinski, Ortino, Schreuer (a cura di), *The Oxford handbook of international investment law*, 2007

ZARRA, *Arbitrato internazionale ed ordine pubblico*, in *Il Giusto processo civile*, 2018

ZARRA, *Corte eur. Dir. Uomo, sez. III*, 24 marzo 2016 (Tabbane c. Svizzera), in *Riv.arb.*, 2016

ZARRA, *Ordine pubblico ed arbitrato internazionale* in *Riv. arb.*, 2018

ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo* in *Riv.arb.*, 2016

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Cass. Sez.un., (ord.), 25 ottobre 2013, n. 24153* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2014

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Un quadro dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di) *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010

ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008

Sitografia

FORNI, *Il Third Party Funding nell'arbitrato internazionale in I contratti*,
GALLETTO, *ADR e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *www.judicium.it*, 2014

K. BALZ, *Islamic Finance Litigation*, in *academia.edu.doc./islamic-finance-litigation.pdf*.

KHOURY- HURFORD, *Third Party Funding in international arbitration - Balancing benefits and risks*, in *PLC Magazine*, 2012, in *www.imf.com.au*

LORD NEUBERGER, *From Barratry, Maintenance and Champerty to Litigation Funding. Harbour Litigation Funding First Annual Lecture*, 8 maggio 2013 in *www.supremecourt.uk/docs/speech- 130508.pdf*