

L'arbitrato amministrato: profili interni e internazionali

a cura di

Attila Tanzi e Alessandra Sardu

Editoriale Scientifica

All rights reserved

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2021
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-049-4

INDICE

L'arbitrato amministrato interno e internazionale <i>Attila Tanzi, Alessandra Sardu</i>	7
Il contratto di amministrazione dell'arbitrato <i>Daniele Mantucci</i>	27
I meccanismi a garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità del tribunale arbitrale nell'arbitrato amministrato <i>Benedetta Coppo</i>	39
Il giusto processo nell'arbitrato commerciale internazionale: gli orientamenti della giurisprudenza italiana <i>Francesca Ragno</i>	59
Le interazioni tra la legge della sede e i regolamenti di arbitrato <i>Alessandra Sardu</i>	83
La legge applicabile nell'arbitrato commerciale internazionale <i>Giovanni Zarra</i>	105
Il ruolo delle corti statali nell'arbitrato commerciale internazionale <i>Alberto Malatesta</i>	125
Le interazioni tra arbitrato e mediazioni <i>Chiara Tondini</i>	141
L'arbitrato internazionale degli investimenti: una prospettiva italiana <i>Attila Tanzi, Gian Maria Farnelli</i>	161
<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	197
<i>Elenco degli autori</i>	201

L'ARBITRATO AMMINISTRATO INTERNO E INTERNAZIONALE

ATTILA TANZI, ALESSANDRA SARDU*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I vantaggi dell'arbitrato rispetto alla giustizia ordinaria. – 3. I vantaggi dell'arbitrato amministrato rispetto all'arbitrato *ad hoc*. – 4. Le istituzioni arbitrali. – 5. Piano dell'opera.

1. Le problematiche derivanti dalla durata dei processi e da alcune inefficienze strutturali del sistema giudiziario sono note, come sono noti gli effetti che tali problematiche hanno sul lavoro quotidiano degli avvocati. Tale situazione richiede che la stessa classe forense si renda artefice e protagonista di un ripensamento dei meccanismi di soluzione delle controversie, rivedendo la propria tradizionale posizione di diffidenza nei confronti di meccanismi diversi dalla soluzione giudiziale, quindi aumentando il ricorso ad essi. Tra questi, l'arbitrato è quello che per le sue caratteristiche rappresenta l'alternativa più credibile alle corti nazionali, in termini di efficienza e affidabilità del sistema.

In quest'introduzione al volume ci proponiamo di analizzare i vantaggi dell'arbitrato rispetto alla giustizia ordinaria, per poi considerare le caratteristiche dell'arbitrato amministrato e la sua idoneità a offrire maggiori garanzie di trasparenza ed efficienza rispetto all'arbitrato *ad hoc*. Illustreremo infine l'ampio ventaglio di offerta di servizi di arbitrato fornita dalle istituzioni arbitrali nazionali e internazionali maggiormente rappresentative.

2. I vantaggi che l'arbitrato presenta rispetto alla giustizia ordinaria sono molteplici¹, spaziando dalla maggiore autonomia che

* Il contributo riflette la visione comune dei due autori. Ciononostante, le sezioni 1, 2, sono attribuibili ad Attila Tanzi; le rimanenti sezioni 3, 4 e 5 sono attribuibili a Alessandra Sardu.

¹ Per un'analisi approfondita del tema si vedano *ex multis* VERDE, *L'arbitrato*

le parti hanno nello svolgimento della procedura arbitrale, alla minore durata della stessa, fino a giungere alla maggiore riservatezza o confidenzialità dell'arbitrato.

Tra di essi, il primo vantaggio da menzionare è la maggiore autonomia di cui godono le parti nel definire tanto gli aspetti istituzionali, che quelli processuali, della procedura arbitrale. Com'è noto, nell'arbitrato sono le parti di norma a procedere alla nomina degli arbitri. Ciò ovviamente non comporta un controllo diretto delle parti sugli arbitri, tenuti a soddisfare requisiti di indipendenza e imparzialità non dissimili da quelli del giudice². Piuttosto, ciò consente alle parti di selezionare gli arbitri in base alla *expertise* specifica richiesta nel corso del procedimento, in considerazione del modo altamente specialistico in cui la maggior parte delle controversie si presentano oggi.

Le parti possono inoltre determinare le regole di procedura cui

e la giurisdizione ordinaria, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di Verde), Torino, 2005, p. 1 ss.; LUISO, *Rapporto fra arbitrato e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (a cura di Fazzalari), Milano, 2006, p. 111 ss.; PUNZI, « *Efficacia di sentenza* » *del lodo*, *ivi*, p. 155; CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi e alquanto instabilità della nuova stagione giurisprudenziale nell'arbitrato*, *Giustizia civile*, 2005, p. 60 ss.; PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1; ID., *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, *Rivista di diritto processuale*, 2014, n. 1, p. 1; SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, *ivi*, 2014, n. 2, p. 384; RUFFINI, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, *ivi*, 2018, n. 1, p. 1.

² CARLEVARIS, *L'arbitre international entre Charybde et Scylla : le principe jura novit curia entre principe de la contradiction et impartialité de l'arbitre*, *The Paris Journal of International Arbitration*, 2004, p. 433; SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 409; GAILLARD, *Regain de sévérité dans l'appréciation de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre*, *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 1240; BERNARDINI, *The Role of the International Arbitrator*, *Arbitration International*, 2004, p. 113; CONSOLO, *Arbitri di parte non 'neutrali'?*, *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 9; CRIVELLARO, *The Arbitrator's Failure to Disclose Conflicts of Interest: is it per se a Ground for Annuling the Award?*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (a cura di Ballesteros, Arias), 2010, p.433; TRAKMAN, *The impartiality and independence of arbitrators reconsidered*, *International Arbitration Law Review*, 2007, p. 124; PARK, *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent*, *San Diego Law Review*, 2009, p. 629.

il tribunale arbitrale deve attenersi nello svolgimento dell'arbitrato³. In questo senso, l'arbitrato offre una maggiore informalità rispetto al giudizio di fronte al giudice ordinario, giacché le parti possono adeguare la procedura alle loro esigenze specifiche, ovviamente nel rispetto delle c.d. "norme imperative" della legge della sede⁴.

Un altro vantaggio dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario è rappresentato dalla minore durata della procedura arbitrale. Anche in connessione a quest'aspetto va osservato che l'autonomia delle parti è considerevole, potendo le stesse definire il termine di deposito del lodo, anche in deroga a quanto previsto dalle leggi di arbitrato⁵ o dai Regolamenti di Arbitrato⁶. Inoltre, l'arbitrato si esaurisce di regola in un solo grado di giudizio, pur concludendosi con un lodo che ha la medesima efficacia di una sentenza⁷. Il lodo per la legge italiana risulta impugnabile solo in un novero limitato di casi, attinenti alla legittimità della procedura e del lodo medesimo. Pertanto, il giudice ordinario potrà solo rilevare l'eventuale illegittimità

³ Per un approfondimento si vedano POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*², London, 2007, par. 522 s.; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 1999, par. 1171.

⁴ POUURET, BESSON, op. cit., par. 545 ss.; MAYER, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, *Arbitration International*, 1986, p. 274; BLESSING, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, 1997, p. 24 ss.

⁵ Il cod. proc. civ. italiano all'art. 820, 1° e 2° comma stabilisce che « Le parti possono, con la convenzione di arbitrato o con accordo anteriore all'accettazione degli arbitri, fissare un termine per la pronuncia del lodo. Se non è stato fissato un termine per la pronuncia del lodo, gli arbitri debbono pronunciare il lodo nel termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina».

⁶ I Regolamenti di arbitrato delle varie istituzioni arbitrali generalmente contengono delle disposizioni volte a definire la durata massima del procedimento arbitrale. Ad esempio nel Regolamento arbitrale della CAM e nelle *ICC Arbitration Rules* essa è pari a 6 mesi dalla costituzione del tribunale arbitrale (v. art. 36, 1° comma del Regolamento Arbitrale CAM, e art. 31, 1° comma delle *ICC Arbitration Rules*).

⁷ Con riguardo all'ordinamento italiano si veda sul tema RUFFINI, L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano, reperibile nel sito www.judicium.it; ID., "Efficacia di sentenza" del lodo arbitrale e impugnazione incidentale per nullità (nota a Cass. 16 maggio 2000, n. 6291), *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p. 465.

del lodo, nei termini che verranno esposti successivamente, salvo che le parti non abbiano deciso diversamente, come consente di fare l'art. 829, 3° comma, del codice di procedura civile italiano alla condizione che tale volontà sia stata espressa in maniera chiara e univoca, come chiarito in una recente decisione della Corte di cassazione⁸.

Quanto all'impugnazione di legittimità, l'ordinamento italiano ne codifica i motivi all'art. 827 ss. del codice di procedura civile. Si tratta di motivi di legittimità attinenti, *inter alia*, al mancato rispetto della volontà delle parti come espressa nella convenzione di arbitrato nello svolgimento della procedura, alla mancanza di requisiti di imparzialità e indipendenza degli arbitri, o al mancato rispetto del principio del contraddittorio⁹. Il rischio che uno di questi vizi di legittimità si verifichi risulta poi particolarmente contenuto laddove le parti si rivolgano ad una istituzione arbitrale per un "arbitrato amministrato". L'attività di amministrazione e supervisione che l'istituzione arbitrale svolge rispetto al corretto svolgimento della procedura anche e soprattutto nell'ottica di una successiva esecuzione di quel medesimo lodo nell'ordinamento di appartenenza della istituzione arbitrale previene infatti normalmente l'insorgere di criticità nella successiva fase di esecuzione del lodo.

Ulteriormente, come già indicato, la procedura arbitrale presenta un maggior grado di segretezza rispetto al giudizio ordinario¹⁰. Sebbene quest'aspetto non sia generalmente disciplinato nelle leggi

⁸ Cfr. Cassazione (sez. I civ.), 25 settembre 2015, n. 19075, recentemente riaffermata dalla Corte d'appello di Milano, 10 giugno 2019, n. 2528.

⁹ Sul tema si vedano *ex multis* CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 394; BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005; DE SANTIS, *Il rinnovato profilo dell'impugnazione del lodo alla luce (diretta o riflessa) di eterogenee novità normative*, *Rivista dell'arbitrato*, 2014, p. 741.

¹⁰ Per una trattazione approfondita del tema, con tutte le sue implicazioni, si vedano *ex multis* MALATESTA, SALI (a cura di), *Arbitrato e Riservatezza*, Padova, 2011; PAULSSON, RAWDING, *The Trouble with Confidentiality*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2004, p. 48; DIMOLITSA, *Quid encore de la confidentialité?*, in *Mélanges en honneur de François Knoepfler* (Bohnet, Wessner a cura di), 2005, p. 249 ss.; LOQUIN, *Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage*, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 323.

nazionali in materia di arbitrato¹¹, i Regolamenti di arbitrato di talune istituzioni arbitrali includono disposizioni dedicate alla definizione di quest'elemento. Tale è il caso ad esempio del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano (di seguito "CAM"), che all'art. 8, 1° comma, prevede che «[la] Camera Arbitrale, le parti, i difensori, il Tribunale Arbitrale, i consulenti tecnici sono tenuti a osservare la riservatezza del procedimento e del lodo, fatta salva la necessità di avvalersi di quest'ultimo per la tutela di un proprio diritto o se previsto dalla legge»¹².

Ai vantaggi fin qui considerati se ne aggiungono altri nel caso in cui le controversie siano internazionali. Tra questi va considerata senza dubbio la maggiore neutralità del collegio arbitrale rispetto alla nazionalità delle parti. Il ricorso a una clausola arbitrale consente infatti di escludere che la controversia venga decisa da giudici di nazionalità di una delle due parti¹³. Ciò, da un lato, limita l'impatto di eventuali vantaggi conoscitivi rispetto alla lingua¹⁴ e al

¹¹ Sebbene il requisito della segretezza non sia previsto nell'*UNCITRAL Arbitration Model Law* e nella maggior parte delle leggi nazionali di arbitrato come quella italiana, fa eccezione la legge di arbitrato spagnola che all'art. 24, 2° comma prevede che «The arbitrators, the parties and the arbitral institutions, if applicable, are obliged to maintain the confidentiality of information coming to their knowledge in the course of the arbitral proceedings».

¹² Le *LCIA Arbitration Rules* dedicano particolare attenzione al tema della *confidentiality*, prevedendo a tal proposito un'articolata disciplina contenuta all'art. 30. Tale disposizione prevede che «30.1 The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority. 30.2 The deliberations of the Arbitral Tribunal shall remain confidential to its members, save as required by any applicable law and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12, 26 and 27. 30.3 The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal».

¹³ BORTOLOTTI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2019, p. 16 ss.

¹⁴ FRIGO, *The Linguistic Factor in the Circulation of Arbitral Awards and Some*

diritto processuale di una determinata nazione¹⁵; dall'altro, evita ingerenze governative nello svolgimento del processo laddove una delle due parti sia uno Stato¹⁶.

3. Una seconda serie di considerazioni attiene alla diversa tematica dei vantaggi offerti dall'arbitrato cd. "amministrato" rispetto all'arbitrato "non amministrato". Preliminarmente, risulta utile distinguere all'interno del fenomeno arbitrale tre principali tipologie di arbitrato¹⁷, ovvero l'arbitrato amministrato, l'arbitrato *ad hoc* e l'arbitrato c.d. regolamentato.

L'arbitrato si definisce amministrato quando si svolge nell'ambito e secondo il Regolamento di arbitrato di un'istituzione, italiana o internazionale, che offre alle parti un servizio di supporto allo svolgimento organizzativo e amministrativo dell'arbitrato. Tale supporto si articola in numerose funzioni svolte dagli organi dell'istituzione, tra cui la facoltà di nominare arbitri in caso di prolungata inerzia di una delle parti, la disponibilità delle proprie strutture per lo svolgimento delle udienze e del proprio personale per le attività di cancelleria/segreteria, nonché la disponibilità di un proprio regolamento di procedura che rappresenta il *framework* di tutte le attività procedimentali delle parti e degli arbitri¹⁸.

L'arbitrato si definisce *ad hoc* quando invece la procedura è definita dalle parti e dagli arbitri in ogni suo aspetto – composizione del collegio arbitrale, regole di procedura, questioni logistico-organizzative come sede di svolgimento delle udienze e attività di cancelleria/segreteria. Com'è noto, tali modalità prevedono un'ampia negoziazione tra le parti relativa a tutti gli aspetti appena

of its Pitfalls, in *Convergence and Divergence in Private International Law*, in *Liber Amicorum Kurt Siebr* (a cura di Boele-Woelki, Einhorn, Girsberger, Symeonides), Zurigo – Aja, 2010, p. 687 ss.

¹⁵ BORTOLOTTI, op. cit., p. 12.

¹⁶ Per una visione d'insieme sul tema si v. GAILLARD, *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series n. 2, 2012.

¹⁷ LA CHINA, *L'arbitrato. il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 1 ss.

¹⁸ SALI, *Arbitrato amministrato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Tomo I, Torino, 2007, p. 12.

indicati, con il rischio che l'inerzia di una parte blocchi lo svolgimento dell'intero procedimento arbitrale.

Intermedio rispetto alle due forme precedenti è l'arbitrato cd. "regolamentato", dove le parti si avvalgono di Regole di procedura prestabilite, anche da un'istituzione arbitrale, senza tuttavia appoggiarsi per lo svolgimento della procedura ad una istituzione. Ciò accade ad esempio quando le parti decidono di applicare il Regolamento di arbitrato della Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale (*UNCITRAL Arbitration Rules*)¹⁹. Com'è chiaro, l'utilizzo di Regole di procedura prestabilite conferisce maggiore prevedibilità e certezza allo svolgimento della procedura arbitrale, senza tuttavia garantire i vantaggi propri dell'amministrazione da parte di una camera arbitrale.

L'ordinamento processuale italiano tratta in varie norme dell'arbitrato amministrato, pur senza utilizzare mai esplicitamente tale dicitura²⁰. L'art. 832 del codice di procedura civile prevede che la convenzione d'arbitrato *ex art. 816 bis*, contenente «le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato», possa fare rinvio ad un regolamento arbitrale preconstituito, il cui unico limite rimane, in via generale, quello delle "norme imperative di legge" poste a tutela dell'ordine pubblico.

¹⁹ Per una visione d'insieme sulle *UNCITRAL Arbitration Rules* si v. CAPLAN, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*², Oxford, 2012; DRYMER, *The Revised 2010 UNCITRAL Arbitration Rules: New Rules/New Rules for Designating and Appointing Authorities*, *ASA Bulletin*, 2010, p. 869 ss.

²⁰ Per una visione d'insieme sull'impianto codicistico dell'arbitrato amministrato dopo l'ultima riforma della disciplina dell'arbitrato, si v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*³, Torino 2015; CECHELLA (a cura di), *Il nuovo processo arbitrale*, Milano, 2006; FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano 2006; BRIGUGLIO e CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*. Vol. III – Tomo II: Arbitrato, Padova, 2009, Vol. III, Tomo II; MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova 2010; AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010; SALVANESCHI, *Artt. 806-840. Arbitrato. Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014; BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI di BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno e internazionale*, Padova, 2017; LUISO, *Diritto processuale civile*, op. cit..

Affinché l'arbitrato sia amministrato e si svolga secondo il Regolamento di un'istituzione arbitrale, le parti devono esplicitare tale volontà nella clausola arbitrale o nel compromesso. Anche a questo riguardo, le istituzioni arbitrali sono solite mettere a disposizione di potenziali utenti delle clausole modello²¹.

Il corretto rinvio nella clausola arbitrale al Regolamento dell'istituzione arbitrale è fondamentale affinché quest'ultima si dichiari competente ad amministrare l'arbitrato. Alcune istituzioni hanno previsto nei propri regolamenti delle disposizioni per rimediare a eventuali rinvii generici o non corretti al Regolamento o all'istituzione. Ad esempio il Regolamento Arbitrale della CAM prevede che quest'ultimo si applichi «se richiamato con qualsiasi espressione dalla convenzione arbitrale o altro accordo tra le parti»²². Allo stesso modo il Regolamento di Arbitrato della Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli (di seguito "Camera Arbitrale del COA Napoli") stabilisce che il rinvio alla Camera deve essere interpretato come previsione di applicazione del Regolamento²³.

²¹ Si veda ad esempio la clausola modello pubblicata dalla CAM sul proprio sito internet (www.camera-arbitrale.it). Tale clausola si limita a prevedere pochi elementi essenziali, e può essere inserita all'interno di un contratto potenzialmente oggetto di controversia. Essa prevede che «Tutte le controversie, anche di natura non contrattuale, derivanti dal presente atto, relative o connesse allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i in conformità a tale Regolamento». Per un'analisi approfondita degli elementi della clausola modello della CAM si rinvia a MCILWRATH, *Model Clause*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (a cura di Draetta, Luzzatto), New York, p. 1 ss.

²² Cfr. art. 1 del Regolamento Arbitrale CAM.

²³ L'art. 2, 2° comma del Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale del COA Napoli prevede che «Se la convenzione o la richiesta delle parti fa rinvio all'Ordine degli Avvocati di Napoli, tale rinvio è interpretato come previsione di applicazione del Regolamento». Una disposizione analoga è prevista anche nel Regolamento Arbitrale della CAM che all'art. 1, 1° comma prevede che «Se la convenzione fa rinvio alla Camera Arbitrale o alla Camera di Commercio di Milano, alla Camera di Commercio di Lodi, alla Camera di Commercio di Monza e Brianza o alla Camera di Commercio di Milano, Monza-Brianza e Lodi comunque denominate, tale rinvio è interpretato come previsione di applicazione del Regolamento».

Alcuni Regolamenti di arbitrato disciplinano anche il caso in cui la clausola arbitrale non contenga alcun rinvio all'istituzione e al Regolamento da essa adottato. In questo caso è comunque possibile ricorrere all'arbitrato amministrato purché le parti rendano esplicita tale volontà con un successivo compromesso o con un accordo in corso di procedimento da cui si evinca la volontà delle parti di trasformare l'arbitrato *ad hoc* in un arbitrato amministrato²⁴. Una prima criticità attiene alla redazione della clausola arbitrale, cui le parti dovrebbero prestare particolare attenzione per garantire che gli arbitri possano esercitare la propria funzione giurisdizionale²⁵, da un lato, e per evitare eventuali successive impugnazioni del lodo per nullità, dall'altro.

Passando più specificatamente ai vantaggi che l'arbitrato amministrato ha rispetto all'arbitrato *ad hoc*, un primo ambito è quello della sua maggiore efficienza. L'amministrazione della procedura svolta dall'istituzione arbitrale aumenta l'efficienza dell'arbitrato, riducendo quindi tempi e costi, tanto perché l'istituzione supporta logisticamente l'intero svolgimento della procedura, evitando che siano le parti o gli arbitri a farsene carico, quanto perché l'istituzione può intervenire per sopperire a eventuali atteggiamenti inerti o dilatori di una delle parti. La procedura è regolata dai Regolamenti predisposti dalle istituzioni, in cui sono disciplinati meccanismi che tendono a prevenire ed evitare che si verifichino situazioni di *blocage*, determinate dall'inerzia delle parti o da manovre dilatorie delle stesse.

Un secondo vantaggio dell'arbitrato amministrato è dato dalla sua maggiore trasparenza rispetto all'arbitrato *ad hoc*. Tale trasparenza riguarda sia i costi dei procedimenti, dal momento che le spe-

²⁴ SALI, op. cit., p. 6. Alcuni Regolamenti di arbitrato disciplinano tale facoltà delle parti. Ad esempio l'art. 1, 3° comma del Regolamento Arbitrale della CAM prevede che «il Regolamento è applicato se: a. una parte deposita una domanda di arbitrato contenente la proposta di applicazione del Regolamento; e b. l'altra parte accetta tale proposta entro il termine indicato dalla Segreteria Generale».

²⁵ Per un approfondimento del tema si v. GAILLARD, BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: the Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in *Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Award – The New York Convention in Practice* (a cura di Gaillard, Di Pietro), Londra, 2008, p. 257 ss.

se di segreteria e gli onorari degli arbitri sono predeterminati e contenuti in appositi tariffari, che la nomina degli arbitri, nella misura in cui le istituzioni normalmente forniscono elenchi di professionisti di comprovata esperienza da cui le parti possono trarre i nomi dei propri arbitri, e garantiscono attraverso appositi meccanismi di c.d. *disclosure* un controllo sull'indipendenza e sull'imparzialità degli arbitri.

Le istituzioni arbitrali non si limitano soltanto a esercitare una funzione di tipo segretariale e di assistenza del tribunale arbitrale, ma esercitano anche una funzione di controllo sugli atti degli arbitri, al fine di garantire l'osservanza della legge processuale applicabile²⁶. L'istituzione ha dunque il compito di garantire che vengano rispettati tutti i requisiti affinché il procedimento si concluda con un lodo che non sia impugnabile²⁷. Alcuni Regolamenti contengono inoltre delle norme in tema di "third party funding", ossia di trasparenza circa il finanziamento da parte di soggetti esterni alla controversia di uno dei litiganti²⁸.

Da ultimo, va ricordato, come già anticipato, che i Regolamenti di procedura degli arbitrati amministrati normalmente prevedono un tempo massimo per l'emanazione del lodo, oltre alla possibilità, in presenza di determinati requisiti, di svolgere una "procedura rapida" (*Expedited Proceedings*) che riduce ulteriormente i tempi dell'arbitrato²⁹.

²⁶ BORTOLOTTI, op. cit., p. 28.

²⁷ SALI, op. cit., p. 12.

²⁸ Tale meccanismo è previsto ad esempio all'art. 43 del Regolamento Arbitrale della CAM, che prevede che «1. La parte che riceve da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito deve dichiarare l'esistenza del finanziamento e l'identità del finanziatore. 2. Tale dichiarazione 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». Esso è inoltre previsto anche alla Rule 4(1)(j) delle *Rules of Arbitration* del *Tashkent International Arbitration Centre*, che prevede che le parti debbano comunicare nella domanda di arbitrato «The existence of any funding agreement and the identity of any third party funder pursuant to Article 30 of these Rules».

²⁹ Tale procedura è prevista ad esempio nelle *Arbitration Rules* della *Singapore International Arbitration Centre* (Rule 5 "Expedited Procedure", reperibile

4. Per concludere, risulta utile presentare una rapida panoramica delle istituzioni arbitrali, denominate talvolta Camere, Corti o Centri di Arbitrato. Si tratta di organismi che svolgono attività di organizzazione e gestione amministrativa dei procedimenti arbitrali, senza risolvere autonomamente la controversia³⁰.

Oltre alla funzione di amministrazione dei procedimenti arbitrali secondo i propri Regolamenti, le camere arbitrali possono fornire servizi ulteriori³¹. Questo è il caso ad esempio del Regolamento Arbitrale della CAM, dove si fa menzione del fatto che l'istituzione oltre ad amministrare arbitrati secondo il proprio Regolamento, possa esercitare la funzione di *appointing authority* di arbitri, consulenti tecnici e periti in procedimenti non amministrati dal Regolamento della CAM, ed offrire i servizi previsti dalla Procedura per gli arbitrati condotti secondo le *UNCITRAL Arbitration Rules*³².

Le istituzioni si distinguono in istituzioni "generiche" e "settoriali"³³. Le "istituzioni generiche" offrono i propri servizi indipen-

nel sito www.siac.org.sg), nelle *ICC Arbitration Rules* (art. 30 "Expedited Procedure", reperibile nel sito www.iccwbo.org), nelle *LCIA Arbitration Rules* della *London Court of International Arbitration* (art. 9A "Expedited Formation of Arbitral Tribunal", reperibile nel sito www.lcia.org), e nelle *Rules of Arbitration* del *Tashkent International Arbitration Centre* (Rule 32 "Expedited Proceedings", reperibile nel sito www.tiac.uz)

³⁰ Quest'aspetto viene chiaramente indicato all'art. 1, 2° comma, delle *ICC Arbitration Rules*, che stabilisce che «[t]he Court does not itself resolve disputes. It administers the resolution of disputes by arbitral tribunals, in accordance with the Rules of Arbitration of the ICC».

³¹ FUMAGALLI, *Tasks and Bodies of the Chamber of Arbitration*, in *The Chamber of Arbitration*, cit., p. 10.

³² Il Preambolo del Regolamento Arbitrale della CAM, rubricato "Funzioni della Camera Arbitrale", prevede che «1. La Camera Arbitrale di Milano svolge le seguenti funzioni: a. amministra i procedimenti di arbitrato secondo il Regolamento; b. su istanza delle parti, nomina gli arbitri e designa gli arbitratori, i consulenti tecnici e i periti in procedimenti non amministrati secondo il Regolamento; c. nomina gli arbitri e offre i servizi previsti dalla Procedura per gli arbitrati condotti secondo il Regolamento di arbitrato della Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale (Uncitral). 2. La Camera Arbitrale svolge le funzioni previste dal Regolamento mediante il Consiglio Arbitrale e la Segreteria Generale».

³³ AZZALI, *Arbitrato amministrato*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR* (a cura di Buonfrate, Giovannucci Orlandi), 2006, p. 50.

dentemente dalla natura o dall'oggetto della controversia sottoposta ad arbitrato³⁴. Le "istituzioni settoriali" sono invece specializzate nell'amministrazione di arbitrati che riguardino un determinato settore economico³⁵.

Alcune istituzioni arbitrali hanno competenza ad amministrare esclusivamente arbitrati aventi sede nel territorio in cui le stesse sono localizzate³⁶, mentre altre hanno competenza ad amministrare sia arbitrati interni che internazionali³⁷.

Le istituzioni arbitrali generalmente esercitano le proprie funzioni tramite due organi principali: il Consiglio Direttivo³⁸ e il Se-

³⁴ Un esempio di istituzione generica è rappresentata dalla CAM. Sul punto si veda FUMAGALLI, op. cit., pp. 17 ss.

³⁵ Un esempio di istituzione settoriale è la Camera Arbitrale dei contratti pubblici prevista dal D.Lgs. 50/2016 e istituita presso l'ANAC, che è competente solo per amministrare gli arbitrati in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Sul punto, si veda BUONFRATE, *L'arbitrato del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi*, in *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali* (a cura di Rubino-Sammartano), vol. II, Padova, 2010, p. 1393.

³⁶ Talvolta le istituzioni arbitrali specificano nei Regolamenti la propria competenza ad amministrare soltanto arbitrati interni. Qualora ciò non sia esplicitato, in alcuni casi può essere comunque desunto da vari indici contenuti nel Regolamento di arbitrato, tra cui ad esempio la presenza di una norma che impone che la sede possa essere localizzata solo nel territorio dell'istituzione arbitrale, oppure dall'esistenza nel corpo del Regolamento di norme imperative di una data legge della sede, che sembrerebbero suggerire che l'arbitrato possa essere governato esclusivamente da tale legge (v. ad esempio l'art. 7, 1° comma del Regolamento di arbitrato della CCIAA di Roma che nel disciplinare i motivi di sostituzione dell'arbitrato fa esplicito riferimento al cod. proc. civ., prevedendo che «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 riconsunzione 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»).

³⁷ Tale è ad esempio il caso della Camera Arbitrale del COA Napoli, la cui competenza ad amministrare sia arbitrati interni che internazionali può essere desunta dall'art. 4, 1° comma del proprio Regolamento di arbitrato di tale istituzione che prevede che «1. La sede dell'arbitrato, che può essere in Italia o all'estero, è fissata dalle parti nella convenzione arbitrale».

³⁸ Questa è ad esempio la denominazione adottata nel Regolamento della

gretariato³⁹. Sebbene le funzioni dei due organi siano disciplinate in maniera differente a seconda del Regolamento o Statuto della camera arbitrale, è possibile individuare alcuni elementi comuni tra le varie istituzioni.

In linea di massima, si può dire che il Consiglio Direttivo sia un organo con competenza generale su tutte le materie attinenti all'amministrazione dei procedimenti arbitrali⁴⁰, che viene poi declinata nei Regolamenti e negli Statuti delle diverse istituzioni. Al Segretariato è invece generalmente demandata una funzione di supervisione e controllo sullo svolgimento delle procedure arbitrali, nonché di supporto organizzativo e amministrativo del Consiglio direttivo e dei tribunali arbitrali⁴¹. In alcune forme di arbitrato, come in quello ICC, la Segreteria è chiamata a svolgere delle funzioni che hanno valenza para-giurisdizionale⁴², quali ad esempio l'esercizio dello scrutinio del lodo senza il quale lo stesso non può essere emanato ai sensi dell'art. 34 delle *ICC Arbitration Rules*⁴³.

Camera Arbitrale del COA Napoli. Tuttavia in altri Regolamenti, tale organo può assumere denominazioni differenti. Ad esempio nel Regolamento Arbitrale della CAM esso viene denominato "Consiglio Arbitrale".

³⁹ Tale organo può tuttavia essere designato con una terminologia differente. Ad esempio nel Regolamento Arbitrale della CAM esso viene indicato come "Segreteria Generale" (v. Allegato A del Regolamento Arbitrale CAM).

⁴⁰ Prendendo ad esempio il Regolamento Arbitrale CAM, nell'Allegato A, si prevede che il Consiglio Arbitrale «ha competenza generale su tutte le materie attinenti all'amministrazione dei procedimenti di arbitrato e adotta tutti i relativi provvedimenti, salve le competenze attribuite dal Regolamento alla Segreteria Generale».

⁴¹ L'allegato A al Regolamento Arbitrale CAM stabilisce che «La Segreteria Generale svolge le funzioni attribuite dal Regolamento o delegate dal Consiglio Arbitrale, adottando i relativi provvedimenti».

⁴² SALI, *Arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale di Milano*, in *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr* (a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi), Torino, 2006, p. 134.

⁴³ Cfr. art. 34 delle *ICC Arbitration Rules* che stabilisce «Before signing any award, the arbitral tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the award and, without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No award shall be rendered by the arbitral tribunal until it has been approved by the Court as to its form».

A garanzia della trasparenza e imparzialità dell'istituzione, gli Statuti o i Regolamenti di arbitrato generalmente prevedono che i componenti degli organi delle istituzioni arbitrali non possano assumere funzioni di arbitro o di avvocato nelle controversie sottoposte ad arbitrato di fronte a quella medesima istituzione⁴⁴.

La pluralità di istituzioni arbitrali disponibili rende necessaria una attenta valutazione dell'istituzione da scegliere, da cui dipenderà sostanzialmente la tipologia del servizio e dell'assistenza di cui le parti potranno beneficiare⁴⁵. Tale valutazione dovrà essere fatta sulla base di una attenta lettura dei Regolamenti delle istituzioni arbitrali. Tra gli aspetti che dovranno essere presi in considerazione vanno segnalati quelli relativi alla designazione degli arbitri e alla lingua della procedura, con particolare riguardo alle norme che regolano la situazione di mancato accordo delle parti. Altresì andranno vagliati i costi dell'arbitrato, così come le garanzie di continuità e di neutralità che l'istituzione arbitrale è in grado di offrire.

Le Camere Arbitrali più rappresentative a livello europeo sono la ICC (*International Chamber of Commerce*), la SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*), la LCIA (*London Court of International Arbitration*), cui si aggiungono quelle localizzate al di fuori dell'UE quali la CIETAC (*China International Economic and Trade Arbitra-*

⁴⁴ Si veda ad esempio quanto previsto in materia dalle *ICC Arbitration Rules*, che all'art. 2 dell'Appendice II disciplinano la partecipazione dei membri della Corte Internazionale di Arbitrato ad arbitrati CCI, prevedendo che «1 Il Presidente e i componenti del Segretariato della Corte non possono assumere le funzioni di arbitro o di difensore in controversie sottoposte ad arbitrati CCI.2 I Vicepresidenti e gli altri membri della Corte non possono essere nominati arbitri dalla Corte. Tuttavia, essi possono essere designati a tali funzioni da una o più parti, o in base ad altra procedura convenuta dalle parti, salva conferma della Corte. 3 Qualora il Presidente, uno dei Vicepresidenti o un altro membro della Corte o un componente del Segretariato sia coinvolto a qualsiasi titolo in procedimenti pendenti davanti alla Corte, egli deve informare il Segretario Generale della Corte non appena venga a conoscenza di tale circostanza. 4 La persona in questione deve assentarsi dalla riunione della Corte ogniqualvolta il procedimento sia sottoposto alla trattazione della Corte e deve astenersi dal partecipare alle discussioni e alle decisioni della Corte. 5 La persona in questione non riceve documentazione o informazioni relative al procedimento».

⁴⁵ BORTOLOTTI, op. cit., p. 30.

tion Commission), la ICDR (*International Center for Dispute Resolution*), la SIAC (*Singapore International Arbitration Centre*). Con riguardo alla materia degli investimenti internazionali, vanno menzionate l'ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) e la CPA (Corte permanente di arbitrato). Di recente costituzione è il TIAC (*Tashkent International Centre of Arbitration*)⁴⁶.

Nel panorama italiano, un'istituzione di eccellenza è rappresentata dalla CAM. Dai dati del 2020, si evince che quest'istituzione ha amministrato 120 nuovi casi⁴⁷, attestandosi dunque come la camera arbitrale più attiva a livello nazionale per numero di procedure amministrare.

Accanto alle istituzioni arbitrali delle Camere di Commercio, si segnalano anche le camere arbitrali a struttura associativa istituite presso gli ordini professionali. Un esempio è rappresentato dalla Camera Arbitrale istituita presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli. Queste camere facenti capo agli ordini professionali sono tuttavia interessate dal divieto imposto dal legislatore all'art. 832 del codice di procedura civile in base al quale «le istituzioni arbitrali associative e quelle che fanno capo ad ordini o a categorie professionali non possono nominare arbitri (nessun membro del collegio) in controversie che contrappongono un loro associato a un terzo». Ciò è stato posto evidentemente a garanzia della neutralità delle istituzioni arbitrali.

Dall'analisi fin qui svolta emerge che l'offerta di servizi di arbitrato delle camere arbitrali pubbliche e private è ampia sia nel nostro paese che all'estero, e che sussistono dunque tutte le condizioni per considerare l'arbitrato una valida alternativa alla giustizia or-

⁴⁶ Con riguardo ai dati del 2019, si può ritenere che la domanda di arbitrato in contesti internazionali resta forte. Tali dati si riferiscono all'*International Arbitration Statistics* fornita da *Global Arbitration News*, in cui sono stati comparati tutti i dati forniti dalle istituzioni arbitrali. È reperibile nel sito <https://globalarbitrationnews.com/how-did-arbitration-institutions-fare-in-2019/>. Tra le istituzioni internazionali più importanti, nel 2019 si sono distinte per numero di arbitrati amministrati la CIETAC, con ben 3333 arbitrati, la ICDR con 882 arbitrati e la ICC di Parigi con 869 arbitrati.

⁴⁷ *Ibidem*.

dinaria. Tuttavia è opportuno a tal fine un maggiore impegno della classe forense sia nel favorire la diffusione della cultura dell'arbitrato che nel ricorrere concretamente allo strumento dell'arbitrato.

5. I relatori del convegno hanno approfondito nei loro contributi al presente volume diversi aspetti dell'arbitrato amministrato interno e internazionale. Il volume include anche contributi di studiosi che non hanno partecipato al convegno, ma che nei loro studi hanno mostrato particolare sensibilità verso il tema che ci interessa oggi. Proponiamo di seguito alcune riflessioni sull'analisi dei contributi presenti nel volume.

Il contributo di Daniele Mantucci ricostruisce la disciplina di un istituto complesso dell'arbitrato amministrato che è il contratto di amministrazione dell'arbitrato, che viene stipulato tra tutti i contendenti e l'istituzione arbitrale. Quest'argomento è generalmente tralasciato negli studi dedicati a questa materia nonostante rivesta un'importanza fondamentale. Ciò rende ancora più prezioso questo contributo che analizza minuziosamente tutti gli aspetti del contratto di amministrazione, dalla natura dello stesso alle modalità attraverso cui si perfeziona, dal nucleo contenutistico e funzionale ai diritti e obblighi delle parti. Il contributo termina con l'analisi di un tema spinoso, che è quello della responsabilità dell'istituzione arbitrale con riguardo ai comportamenti dolosi o colposi che la stessa può eventualmente porre in essere.

I due contributi che seguono analizzano, da prospettive diverse, alcune sfaccettature del tema del rispetto delle garanzie del giusto processo in arbitrato. Benedetta Coppo analizza i meccanismi a garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità del tribunale arbitrale previsti nell'arbitrato amministrato, evidenziando l'importanza del ruolo dell'istituzione arbitrale nell'offrire una cornice di regole e di correttivi per il corretto svolgimento del procedimento e per la stabilità della decisione finale. L'istituzione arbitrale esercita in virtù del contratto di amministrazione dell'arbitrato, una vera e propria funzione di controllo sull'indipendenza e imparzialità degli arbitri che deve essere esercitata nei termini previsti dal Regolamento di

arbitrato. Nel contributo si analizzano minuziosamente i meccanismi e gli strumenti di cui le istituzioni arbitrali possono disporre per garantire l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri, e che possono essere esercitati sia in via preventiva rispetto all'avvio della procedura arbitrale, soprattutto attraverso la diffusione di una cultura dell'arbitrato, che a procedura arbitrale iniziata, quali ad esempio l'adozione di codici deontologici, la previsione dell'obbligo a carico degli arbitri di sottoscrivere la dichiarazione di indipendenza e la possibilità di ricorrere all'istituto della ricusazione. L'istituzione arbitrale ha il compito di applicare in maniera rigorosa questi strumenti, contribuendo attivamente allo sviluppo dell'arbitrato. Il contributo di Francesca Ragno si sofferma invece sulla problematica dell'individuazione di un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire un giusto processo arbitrale e la necessità di non pregiudicare l'efficienza e la celerità degli arbitrati. Il contributo pone in evidenza come siano sempre più frequenti i tentativi delle parti di sabotare il procedimento arbitrale sollevando eccezioni basate su presunte violazioni dei principi del giusto processo, incentivate dalla consapevolezza che le violazioni del giusto processo costituiscono in molti ordinamenti giuridici nazionali motivo di nullità del lodo e di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione dello stesso. Questa tendenza avrebbe contribuito a generare nei tribunali arbitrali una vera e propria *due process paranoia*, che tuttavia l'autrice dimostra essere infondata alla luce della giurisprudenza italiana che adotta invece un approccio equilibrato rispetto al paradigma del giusto processo arbitrale.

Il contributo di Giovanni Zarra è volto all'analisi del tema dell'individuazione del diritto applicabile al merito delle controversie nell'arbitrato commerciale internazionale. L'autore dopo aver evidenziato come generalmente l'individuazione di tale diritto spetta alle parti, chiarisce tuttavia che se tale manifestazione di autonomia contrattuale risulta contraria al diritto della sede dell'arbitrato, alla legge applicabile al merito della controversia o a quella del luogo dell'esecuzione, ciò può costituire un motivo di nullità del lodo o condurre alla sua mancata esecuzione. Dopo aver analizzato le modalità attraverso cui si addivene all'individuazione del diritto applicabile, l'autore si sofferma sulla possibilità per le

parti di scegliere un diritto non statale, quale la *lex mercatoria*, e sulla possibilità per gli arbitri di agire come *amiable compositeur*. Sono infine analizzate le modalità con cui il concetto di imperatività proprio dei sistemi di diritto implicati in una controversia influisce sulla legge applicabile al merito della controversia.

Il contributo di Alberto Malatesta è volto invece a ricostruire il ruolo delle corti statali nell'ambito di un procedimento arbitrale, che lungi dall'essere marginale come si potrebbe ritenere in ragione del fatto che l'arbitrato ha l'obiettivo di sottrarsi alla sfera della giurisdizione statale, è al contrario sempre presente sullo sfondo e può essere talvolta determinante per l'esito della procedura arbitrale. L'autore rinviene la legittimazione e la garanzia dell'effettività dell'arbitrato commerciale internazionale negli ordinamenti statali. Ciò si spiega in ragione del fatto che l'arbitrato è efficace nella misura in cui gli ordinamenti statali lo riconoscono e soltanto all'interno degli spazi in cui l'autorità sovrana degli Stati gli concede di operare. L'intervento delle corti statali, che può essere sostanzialmente di assistenza (c.d. *juge d'appui*) o di controllo, è analizzato prevalentemente da una prospettiva italiana, arricchita tuttavia da numerosi spunti di carattere comparato che forniscono importanti elementi di riflessione in una pregevole analisi del tema.

Il contributo di Chiara Tondini analizza le interazioni tra arbitrato e mediazione nelle controversie commerciali. Questi strumenti sono stati tradizionalmente percepiti come alternativi, paralleli e quasi concorrenti tra loro, se non talvolta come impossibili da far dialogare. L'autrice evidenzia invece che in tempi recenti si sta assistendo allo sviluppo dei cosiddetti *hybrid processes*, che prevedono l'uso combinato della mediazione e dell'arbitrato, e che consentono di unire i vantaggi dell'autonomia delle parti e la flessibilità proprie della mediazione, alla certezza dell'esito che è propria dell'arbitrato. Nel contributo sono analizzate le modalità attraverso cui tale sinergia si esplica, ma anche il quadro giuridico all'interno del quale la stessa può legittimamente attuarsi. Particolare attenzione è dedicata alla recente *Singapore Convention on Mediation* che è destinata a mutare profondamente le dinamiche delle interazioni tra arbitrato e mediazione nelle controversie internazionali commerciali.

Questa pubblicazione include anche due ulteriori contributi ad opera dei curatori del presente volume. Nello specifico, il contributo di Alessandra Sardu si occupa del tema dell'individuazione della legge che governa l'arbitrato, e in particolare dell'analisi delle interazioni tra la legge della sede e i Regolamenti di Arbitrato delle istituzioni arbitrali. Dopo aver ripercorso brevemente il dibattito teorico sui concetti di localizzazione e delocalizzazione dell'arbitrato, l'autrice si sofferma sull'importanza, ai fini della definizione del quadro normativo all'interno del quale l'arbitrato dovrà svolgersi, sia della scelta della sede dell'arbitrato che del Regolamento di arbitrato. Sono poi definite le implicazioni derivanti da tali scelte all'interno di procedure arbitrali amministrative.

Conclude il volume il contributo di Attila Tanzi e Gian Maria Farnelli, che fornisce una panoramica sulla prospettiva italiana nella materia dell'arbitrato internazionale degli investimenti. A tal fine, viene dapprima ricostruito l'articolato quadro normativo all'interno del quale si rileva la fonte della competenza giurisdizionale degli arbitri e del diritto applicabile nei procedimenti arbitrali, facendosi dunque riferimento ai numerosi trattati bilaterali di investimento, agli accordi di libero scambio e ai trattati multilaterali di cui l'Italia è parte. Vengono poi individuate le caratteristiche essenziali dei meccanismi arbitrali di soluzione delle controversie, avendo particolare riguardo alle procedure arbitrali intentate dagli investitori italiani all'estero e a quelle in cui il Governo italiano ha rivestito il ruolo di convenuto. Sono poi esplorate le molteplici direzioni attraverso cui la politica di tutela degli investitori italiani all'estero perseguita dal Governo italiano si è indirizzata, e il contributo notevole della stessa allo sviluppo del sistema internazionale di tutela degli investimenti. Vengono infine dedicate alcune riflessioni alle recenti evoluzioni che si sono sviluppate nell'ambito dell'Unione Europea, con particolare riguardo al trasferimento alla Commissione UE della competenza degli Stati Membri a negoziare trattati internazionali in materia di protezione degli investimenti, e all'inammissibilità di contenziosi arbitrali tra investitori europei e Stati esteri membri dell'UE.

IL CONTRATTO DI AMMINISTRAZIONE DELL'ARBITRATO

DANIELE MANTUCCI

SOMMARIO: 1. Profili generali. Arbitrato e autonomia negoziale. – 2. Le parti del contratto di amministrazione. – 3. La conclusione e la forma del contratto. – 4. Il contenuto e la causa. Il rapporto. – 5. La responsabilità dell'istituzione arbitrale.

1. Il processo arbitrale si caratterizza, rispetto a quello statale, per una maggiore elasticità, cioè per essere più adattabile alle peculiarità della concreta controversia. L'adeguamento si realizza attraverso le determinazioni degli arbitri, che certamente godono di una *discrezionalità* procedurale maggiore di quella dall'ordinamento concessa ai giudici dello Stato. Ancor prima, l'adeguamento è garantito dall'ampio spazio che nell'arbitrato viene riservato all'autonomia delle parti¹. Questa è esercitata, soprattutto, attraverso i contratti arbitrali², ovvero: la convenzione d'arbitrato, posta in essere dai contendenti, potenziali o attuali; il contratto d'arbitrato, stretto dalle parti con gli arbitri; il contratto di amministrazione dell'arbitrato, che le parti litiganti stipulano con l'istituzione arbitrale³. Si tratta di fattispecie variamente ricostruite dalla dottrina, nella prassi operativa spesso tra di loro confuse, che concorrono,

¹ Per una recente ricostruzione del ruolo dell'autonomia negoziale nel procedimento arbitrale, CRISCUOLO, *L'arbitrato tra autonomia ed eteronomia*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, vol. I, *Profili generali*, Napoli, 2019, p. 213 ss.

² Ancora utili le indicazioni di MIRABELLI, *Contratti nell'arbitrato (con l'arbitro, con l'istituzione arbitrale)*, *Rassegna dell'arbitrato: bollettino dell'Associazione italiana per l'arbitrato*, 1990, p. 3 ss.

³ Restano da verificare la fonte e la natura, assai poco esplorate, del rapporto tra arbitri ed istituzione arbitrale, che gran parte della dottrina addirittura nega: vedi, *infra*, § 5.

però, a regolare il procedimento arbitrale e a favorirne l'adeguatezza alle particolarità del caso concreto⁴.

Il contratto di amministrazione dell'arbitrato è configurabile, anzi essenziale, ovviamente, soltanto nell'arbitrato amministrato. Lapalissiana è l'inesistenza del contratto di amministrazione nell'arbitrato *ad hoc*. Ugualmente ovvia è la sua non configurabilità nel caso di un procedimento che risulti oggetto di un regolamento preconstituito (richiamato dalle parti nella convenzione arbitrale) ma non qualificabile come arbitrato istituzionale⁵. Anche in questa ipotesi, come nell'arbitrato *ad hoc*, non c'è, infatti, un organismo terzo, distinto dagli arbitri, che svolga un ruolo attivo e gli arbitri sono vincolati al rispetto delle norme regolamentari unicamente dal contratto d'arbitrato.

2. Secondo una ricostruzione pressoché pacifica, il contratto di amministrazione dell'arbitrato intercorre tra tutti i contendenti e l'istituzione arbitrale⁶. Le parti dell'arbitrato, dunque, costituiscono, insieme, una parte (plurisoggettiva) del contratto di ammini-

⁴ Frammenti di tali differenti contratti possono essere variamente collocati e possono anche trovarsi materialmente riuniti all'interno di uno stesso testo. Il regolamento predisposto dall'istituzione integra, almeno funzionalmente, tanto la convenzione arbitrale (vincolando tra di loro i possibili contendenti), quanto il contratto d'arbitrato (concorrendo a regolare il rapporto tra le parti e gli arbitri), ma soprattutto costituisce contenuto del contratto di amministrazione dell'arbitrato (disciplinando specificamente il rapporto tra parti e istituzione). Sottolinea, però, il carattere unitario di ciascun regolamento LUISO, *L'arbitrato preorganizzato. Profili generali*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, vol. VI, Napoli, in corso di pubblicazione.

⁵ La distinzione concettuale tra arbitrato amministrato e arbitrato secondo un regolamento preconstituito, nell'ambito di quanto previsto dall'art. 832 cod. proc. civ., è ben sottolineata da AZZALI, *L'arbitrato secondo regolamenti preconstituiti*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, t. IV, Torino, 2019, p. 5419 ss., ove ulteriori e puntuali riferimenti. Ora, con la consueta efficacia, anche LUISO, *op. cit.*

⁶ CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p. 663 ss., spec. p. 677 s.; RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 7 ss.

strazione. L'altra parte è ravvisabile nel soggetto che amministra la procedura. Spesso si tratta di una camera di commercio, talvolta di una sua azienda speciale, talaltra di un'associazione non lucrativa di diritto privato oppure di un'impresa. Non esistono, al riguardo, specifici limiti normativi e il ruolo assolutamente prevalente che di fatto svolgono le Camere di Commercio deriva, semplicemente, da un'antica tradizione, confermata dal riordino del 1993⁷. Negli ultimi anni, anche alla stregua del d.l. 132/2014, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162, sono sorte numerose camere arbitrali organizzate dagli ordini circondariali forensi.

L'istituzione arbitrale, dunque, può essere un soggetto *privato* ma anche un ente pubblico, che, comunque, nell'erogare i servizi arbitrali, agisce *iure privatorum*, ovvero sulla base di un contratto sinallagmatico, disciplinato dagli artt. 1321 ss. cod. civ. Tale, appunto, deve considerarsi il contratto di cui ci stiamo qui occupando.

3. Il contratto di amministrazione è il risultato dell'incontro tra la volontà manifestata dall'istituzione arbitrale attraverso la diffusione del proprio regolamento e l'adesione dei contendenti, desumibile dalla convenzione arbitrale o da altro atto di consenso⁸.

La dottrina prevalente ritiene che l'istituzione arbitrale formuli un'offerta al pubblico, coerente con quanto previsto dall'art. 1336

⁷ La profonda riforma di cui il sistema camerale è stato oggetto ha coinvolto anche la materia arbitrale. In particolare, il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 219 non reca una norma analoga a quella prima contenuta nell'art. 2, 2° comma, lett. g, della l. 29 dicembre 1993, n. 580, che attribuiva espressamente alle Camere di Commercio, singole o associate, il compito di costituire «commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti».

⁸ In concreto questo schema è suscettibile di integrazioni e varianti. Può darsi che un ente, al fine di consentire ai propri rappresentati un'agevole disponibilità dei servizi arbitrali, stipuli una convenzione con una istituzione. Si tratterebbe di un contratto-quadro, che troverebbe applicazione a seguito del deposito di una specifica domanda di arbitrato. Una individuazione, anche esemplificativa, delle possibili variazioni dovrebbe muovere da un'analisi dei singoli regolamenti.

cod. civ.⁹. In tal senso, è stato di recente ribadito che non potrebbe trattarsi di una semplice promessa al pubblico, alla stregua dell'art. 1989 cod. civ., essendo l'istituzione arbitrale vincolata solo a seguito dell'adesione comunicata da almeno una delle parti litiganti¹⁰.

Secondo altra prospettiva, si tratterebbe, invece, di invito ad offrire, in quanto l'art. 832, ultimo comma, cod. proc. civ. consentirebbe all'istituzione di rifiutare la concreta amministrazione del procedimento¹¹. La libertà dell'istituzione di non amministrare l'arbitrato, tuttavia, è da molti negata¹². La richiamata norma processualistica, infatti, non pare escludere l'obbligazione dell'istituzione, che rifiutando l'adempimento, in mancanza di impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione o di altra causa giustificante, si renderebbe inadempiente in senso proprio e sarebbe tenuta al risarcimento del danno subito dalle parti, *ex art.* 1218 cod. civ.¹³. Sembra, più precisamente, che la norma si limiti a precludere l'esecuzione coattiva in forma specifica, facendo comunque derivare dal rifiuto della camera arbitrale, lecito o illecito che sia, la trasformazione della procedura in arbitrato *ad hoc*, con conservazione degli altri profili del patto compromissorio¹⁴. L'eventuale inadem-

⁹ MIRABELLI, *op. cit.*, p. 18 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. II, 2^a ed., Padova, 2012, p. 650 ss.; BIAVATI, sub *Art.* 832, in *Arbitrato, Titolo VIII, libro IV del codice di procedura civile, artt. 806-840, Commentario* diretto da F. Carpi, 3^a ed., Bologna, 2016, p. 1045 ss., spec. p. 1046, nota 7; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 73 s.

¹⁰ Il carattere unilaterale della promessa al pubblico e la struttura contrattuale della sequenza offerta al pubblico-accettazione sono evidenziati da LUISO, *op. cit.*

¹¹ CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti, Rivista dell'arbitrato*, 2007, p. 295 ss., spec. p. 300. In tal senso anche RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 515.

¹² Con particolare incisività, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, p. 993 ss., spec. p. 1000.

¹³ Sulla distinzione tra inadempimento e non adempimento, quali specie dell'inesecuzione della prestazione, ampiamente, MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990, p. 10 ss.

¹⁴ In tal senso viene diffusamente interpretato il riferimento dell'ultimo comma dell'art. 832 cod. proc. civ. ai «precedenti capi» del titolo VIII: SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bo-

pimento (illecito) tale resterebbe, con conseguente conversione dell'obbligazione relativa all'amministrazione dell'arbitrato in obbligazione risarcitoria.

La vincolatività per l'istituzione della diffusione del regolamento, seguita dall'adesione dei contendenti, escluderebbe possa trattarsi di un semplice invito ad offrire¹⁵.

L'adesione alla proposta dell'istituzione può essere ravvisabile in qualsiasi riferimento alla istituzione stessa contenuto nella convenzione arbitrale o in un atto collegato. Alla stregua dell'art.1326 cod. civ., tuttavia, il rapporto obbligatorio (originario) non si costituisce sino a quando l'istituzione medesima non viene portata a conoscenza del consenso dei litiganti, espresso, appunto, nella convenzione arbitrale o in altro atto adesivo¹⁶. Nella pratica quasi mai accade che le parti diano comunicazione della stipula del patto compromissorio, il quale viene conosciuto dall'istituzione a seguito

logna, 2014, p. 975 s.; LUISO, *op. cit.* Ovviamente, a seguito di tale trasformazione, ben poco sarebbe possibile attuare di quanto previsto dalle parti, considerate le probabili difficoltà che si incontrerebbero nel trasfondere in una procedura *ad hoc* le disposizioni relative ad un arbitrato amministrato. Resta da chiarire perché il legislatore del 2006 avrebbe scelto questa soluzione, anziché consentire alle parti compromittenti, almeno nel caso di rifiuto illecito dell'istituzione, una esecuzione coattiva *ex art* 2931 cod. civ., che si sarebbe tradotta in un arbitrato amministrato da altra istituzione arbitrale, anziché in un arbitrato *ad hoc*, come tale assai diverso da quello consensualmente previsto. Ma si tratta di considerazioni riguardanti la razionalità del rimedio previsto dall'ordinamento per l'inattuazione del rapporto tra le parti dell'arbitrato e l'istituzione, non il momento della costituzione di tale rapporto e, prima ancora, del perfezionamento del contratto di amministrazione, senz'altro precedenti all'ipotizzato rifiuto.

¹⁵ Decisiva, ovviamente, è la volontà concretamente manifestata dalla istituzione. Non può escludersi che una camera arbitrale, nel pubblicizzare i propri servizi, si riservi la libertà di non procedere all'amministrazione eventualmente richiestale. Un semplice invito ad offrire dovrebbe comunque ravvisarsi ogni qualvolta la comunicazione pubblicitaria non contenga tutti gli elementi necessari per consentire l'accettazione di chi ne venga a conoscenza: CAPONI, *op. cit.*, p. 668.

¹⁶ Può darsi, per esempio, che un'associazione di categoria o altro ente stipulino una convenzione (contratto quadro) con una camera arbitrale, al fine di consentire ai propri rappresentati il godimento dei servizi camerali.

del deposito della domanda di arbitrato¹⁷. Solo in questo momento, dunque, si perfeziona il contratto e sorge l'obbligo dell'istituzione di amministrare il procedimento¹⁸, sempre che i compromittenti non abbiano introdotto personalizzazioni eccessive: in tale ultimo caso, infatti, si realizzerebbe una difformità tra la proposta (al pubblico) e l'accettazione, che varrebbe come nuova (e dunque rifiutabile) proposta, ai sensi dell'art. 1326, comma 5, cod. civ.¹⁹. Se l'istituzione decidesse di non amministrare l'arbitrato, ai sensi dell'art. 832, ultimo comma, cod. proc. civ., si procederebbe con un arbitrato *ad hoc*, ma non vi sarebbe, in tal caso, la *perpetuatio obligationis*.

4. Il rapporto tra parti e istituzione può assumere contenuti variabili, in relazione ai diversi regolamenti arbitrali e alle *personalizzazioni* che i contendenti apportino al modello preconfezionato. Tale considerazione ha indotto ad escludere che il contratto di amministrazione sia riconducibile ad un determinato schema tipico²⁰. La dottrina vi ravvisa un contratto atipico²¹, a causa mista e variabile, avente, di volta in volta, tratti dell'appalto di servizi di cui all'art. 1655 cod. civ., del contratto d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 cod. civ., del mandato con rappresentanza di cui all'art. 1704 cod. civ.²².

Sembrirebbe, tuttavia, che il contratto di amministrazione

¹⁷ LUISO, *op. cit.*

¹⁸ Anche a tale proposito sono possibili delle varianti. Così, quando una parte proponga la domanda dinanzi ad una istituzione non prevista dalla convenzione compromissoria e l'altra parte accetti, comunicandolo all'istituzione e determinando in tal modo il perfezionamento del contratto di amministrazione: v. LUISO, *op. cit.*

¹⁹ Cfr. PUNZI, *op. cit.*, p. 652; SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 957 s.

²⁰ Il punto è efficacemente evidenziato da AZZALI, *L'arbitrato amministrato*, in *L'arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi e A. Graziosi, Milano, 2020, p. 661 ss., spec. p. 667.

²¹ SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 961.

²² Così, di recente, con ricchezza e puntualità di riferimenti, AZZALI, *op. ult. cit.*, p. 668.

dell'arbitrato abbia un proprio, essenziale, nucleo contenutistico e funzionale, ravvisabile, semplicemente, nell'erogazione alle parti contendenti, ad opera di un terzo, in cambio di un corrispettivo in denaro, di servizi diretti a supportare lo svolgimento dell'arbitrato (predisposizione di un regolamento, ricevimento, registrazione e trasmissione di atti, ecc.). Senza la previsione di una minima e caratteristica attività dell'istituzione, non potrebbe nemmeno parlarsi di arbitramento amministrato. La causa del contratto sarebbe, quindi, solo parzialmente variabile, avendo comunque un profilo caratterizzante, sempre presente in tutti i contratti di amministrazione dell'arbitrato. Si tratterebbe, cioè, di un contratto speciale, benché innominato e mutevole per alcuni aspetti (accessori), in linea con la bassa definizione normativa.

La (parziale) variabilità del modello si riscontra, del resto, anche all'interno di tradizionali contratti tipici. Basti pensare alla somministrazione, per la quale gli artt. 1569 e 1570 cod. civ. prevedono espressamente la possibile applicazione della disciplina di altri contratti parimenti tipici²³. Analogo rinvio si riscontra nell'art. 1677 cod. civ., con riferimento all'appalto, certamente non riconducibile ad una figura unica e perfettamente omogenea²⁴. Nulla cambia, peraltro, quando il rinvio non sia esplicito ma si desuma in via interpretativa.

Si deve, dunque, prendere atto che il *tipo contrattuale* non è uno schema rigido e impermeabile, ma soltanto una traccia normativa, un modello elastico di selezione e di organizzazione degli interessi.

²³ Già BOERO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XVI, Padova, 1991, p. 237 ss., spec. p. 243 ss., rileva che tale normativa «pare ispirata ad esigenze non sempre del tutto coincidenti e postula l'individuazione, in seno al tipo unitario della somministrazione, di fattispecie con caratteri del tutto peculiari». La dottrina prevalente ravvisa, però, nelle diverse ipotesi di somministrazione una connotazione ampiamente comune, ovvero un modello contrattuale unitario, speciale e tipico: in tal senso, fondamentali le pagine di CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, vol. 11, 2^a ed., Torino, 2000, p. 819 ss., spec. p. 822 ss.

²⁴ La dottrina ha da tempo evidenziato che lo schema dell'appalto risulta molto ampio e comprensivo di «tipologie diverse», riferibili ad una «vasta gamma di fenomeni economici»: così MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996, p. 51 ss.

Ne consegue che le norme dal legislatore riunite con riferimento ad un *tipo* possono essere applicate, non solo in via analogica, dunque anche se eccezionali, a *tipi* diversi o a contratti non specificamente disciplinati. In questa prospettiva, il raggruppamento *topografico* delle norme riguardanti un modello contrattuale specialmente denominato sarebbe un dato letterale, scarsamente significativo sotto il profilo ermeneutico.

Anche il problema della natura tipica o atipica del contratto di amministrazione dell'arbitrato perde, quindi, importanza e finisce per assumere un rilievo soprattutto nominalistico e descrittivo.

Si tratta, comunque, di un contratto privo di una particolare denominazione normativa, non oggetto di una disciplina accorpata e specifica, non pienamente riconducibile a modelli *tipici* e dunque, secondo l'impostazione tradizionale, qualificabile come atipico, anche se indirettamente e parzialmente disciplinato, peraltro necessario, connaturato, alla realizzazione dell'arbitrato istituzionale.

Il contratto di amministrazione dell'arbitrato, quale risulta dal regolamento che l'istituzione ha diffuso e dall'adesione dei litiganti, comporta reciproci diritti ed obblighi delle parti. Questi possono variare, in relazione alla organizzazione della singola camera e alle particolari esigenze dei litiganti. Le istituzioni arbitrali, comunque denominate, svolgono, innanzitutto, funzioni logistiche e di segreteria: ospitano le riunioni, redigono i verbali, provvedono al ricevimento, alla trasmissione e alla conservazione degli atti. Le stesse istituzioni assolvono parte dei compiti che nell'arbitrato *ad hoc* sono dal codice affidati all'autorità giudiziaria statale: ad esempio, nomina dell'arbitro non nominato da una parte o dalle parti (oppure dagli arbitri dalle stesse designati), decisione sulla ricusazione, proroga del termine per la pronuncia del lodo. Non di rado i regolamenti rimettono ad un organo camerale una preliminare valutazione della propria competenza e della stessa arbitrabilità della controversia alla stregua della convenzione arbitrale su cui si fonda la domanda attrice (fermo restando che la decisione finale spetterebbe agli arbitri). Utile può rivelarsi l'attribuzione all'organizzazione della nomina di arbitri in via primaria e non suppletiva: per esempio nell'arbitrato societario o nell'arbitrato pluriparte. Talvolta, alla istituzione spetta un potere di conferma degli arbitri designati dalle

parti. Alcune camere effettuano anche un esame preventivo del (progetto di) lodo.

Variabili sono molte modalità organizzative. Talvolta l'istituzione dispone di un elenco di possibili arbitri; altre volte si limita a subordinare la nomina a specifici requisiti, anche ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge. Molte camere hanno un codice etico, diretto soprattutto a rafforzare le garanzie dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudicanti.

Mutevole può essere la disciplina del procedimento, salvo, ovviamente, il rispetto di norme inderogabili, come il principio del contraddittorio.

Ricorrente è la presenza di tariffari, che limitano i costi e comunque consentono alle parti di prevederli, almeno approssimativamente, sia con riguardo ai compensi degli arbitri, sia con riguardo ai corrispettivi spettanti alla camera per i suoi servizi. Solo taluni regolamenti attribuiscono all'istituzione un ulteriore ruolo di determinazione diretta degli onorari arbitrali, inserendo così nel contratto di amministrazione anche profili propri dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 cod. civ.²⁵.

Le peculiarità di ciascun regolamento dovrebbero essere ispirate dalla natura delle controversie che la singola istituzione tende a trattare. Resta ferma la libertà delle parti di introdurre le modifiche ritenute opportune. La camera, tuttavia, potrà legittimamente rifiutare l'amministrazione dell'arbitrato quando la personalizzazione sia concretamente incompatibile con la propria organizzazione e impostazione. Come si è accennato, l'accettazione (dei contendenti) non conforme all'offerta (diffusione del regolamento camerale) si qualifica come una nuova e, dunque, rifiutabile, proposta.

²⁵ Tribunale Milano, 23 ottobre 2017, in *Giur. it.*, 2018, p. 1470, con nota adesiva di BACCAGLINI, *Se la camera arbitrale determina il compenso degli arbitri il procedimento ex art. 814, 2° comma, c.p.c. non va promosso*; AZZALI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, cit., p. 5435. Si deve tuttavia rilevare che tali poteri liquidatori potrebbero considerarsi sostitutivi di quelli conferiti al presidente del tribunale dall'art. 814 cod. proc. civ. In ogni caso, l'attribuzione alla istituzione di compiti determinativi dei compensi e dei rimborsi, vincolando i contendenti e gli arbitri, sembra inerire anche al contratto di arbitrato e non solo al contratto di amministrazione dell'arbitrato, dal quale gli arbitri sarebbero estranei.

5. Il problema della responsabilità dell'istituzione arbitrale si pone solo con riguardo ai comportamenti dolosi o colposi che essa tiene e ai rischi che oggettivamente essa assume.

Secondo quanto sopra accennato, l'istituzione che ingiustificatamente rifiuta di amministrare l'arbitrato, sarebbe tenuta al risarcimento del danno eventualmente subito dai contendenti, costretti ad avvalersi di un arbitrato *ad hoc* anziché della prevista procedura amministrata: così, per esempio, potrebbe accadere nel caso che gli arbitri *ad hoc* comportino costi maggiori di quelli fissati dal tariffario camerale²⁶.

È più probabile che l'istituzione si trovi a rispondere, sempre nei confronti delle parti, della custodia di atti e della esecuzione di comunicazioni, alle quali si sia obbligata in nome e per conto proprio (e non degli arbitri).

Una responsabilità dell'organismo gestore potrebbe sorgere con riguardo all'esercizio dei poteri che nell'arbitrato *ad hoc* sono attribuiti all'autorità giudiziaria statale e che, invece, i regolamenti istituzionali sono soliti affidare a propri comitati tecnici, variamente denominati.

In linea generale, l'istituzione risponde dell'omissione nonché della esecuzione ritardata o comunque inesatta di prestazioni da essa stessa dovute, quando ne derivi il rallentamento o il definitivo arresto della procedura, con conseguente pregiudizio delle parti. Saranno al riguardo applicabili le norme che disciplinano la responsabilità debi-

²⁶ Si potrebbe immaginare l'ipotesi dell'istituzione che erroneamente ritenga la convenzione arbitrale inesistente, inefficace, invalida o estranea alla propria competenza. Tuttavia gli organi istituzionali, eventualmente deputati ad un sommario vaglio del patto compromissorio, non procederanno all'investitura degli arbitri solo se l'inammissibilità della istanza appaia certa. Non sono dunque molte le possibilità di errore. Nel dubbio, infatti, la domanda depositata verrà senz'altro rimessa agli arbitri, che decideranno nei modi previsti dall'art. 817 cod. proc. civ. Anzi, come osservato da ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. ult. cit.*, p. 1001 s., la trasmissione sarebbe sempre dovuta: ne conseguirebbe anche la liceità della condotta di una camera arbitrale che, ricevuta la domanda, avviasse il procedimento e promuovesse la costituzione dell'organo arbitrale in difetto dei presupposti. Sul punto, ampiamente, AZZALI, *op. ult. cit.*, p. 5437 s., il quale sottolinea la priorità logica della definizione dei poteri dell'istituzione nella verifica dei presupposti dell'amministrazione della procedura.

toria. Occorreranno, in particolare, il dolo o la colpa, che, ai sensi dell'art. 2236 cod. civ., con riguardo alla soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, dovrà essere grave²⁷. Saranno, più ampiamente, applicabili, quantomeno in via analogica, le norme desumibili dalla disciplina dei profili dei modelli contrattuali che si ritengano concretamente ricorrere: il mandato, l'appalto e, appunto, il contratto d'opera intellettuale. Si porrebbe, al riguardo, la necessità di un coordinamento tra le regole speciali e quelle generali di cui agli artt. 1218 e 1176 cod. civ. La delicata questione non sembra essere stata approfondita dalla dottrina e trova scarsissimo riscontro nella casistica giurisprudenziale. Meriterebbe, tuttavia, specifica attenzione, anche in relazione alla crescente diffusione delle procedure arbitrali e alla rilevanza delle controversie che spesso ne costituiscono oggetto.

Sembra pacifico che l'organismo gestore non risponda dei danni alle parti prodotti dal comportamento colposo o doloso degli arbitri, anche se dallo stesso organismo nominati²⁸. Tale conclusione è coerente con la prospettiva dominante, secondo cui l'istituzione agirebbe, nei confronti degli arbitri, come rappresentante dei contendenti²⁹, sulla base della procura contenuta nel contratto di amministrazione. Le nomine effettuate dalla stessa istituzione, inevitabilmente includendo l'indicazione degli estremi della controversia, comporterebbero la spendita del nome delle parti dell'arbitrato³⁰. Non esistendo, dunque, un rapporto contrattuale tra gli arbitri e l'istituzione³¹, non sarebbe possibile una responsabilità della seconda per l'operato dei primi³².

²⁷ LUISO, *op. cit.*, porta l'esempio della nullità del lodo derivante da un marchio errore dell'istituzione nella nomina degli arbitri in un arbitrato multiparte.

²⁸ RICCI, *Note sull'arbitrato "amministrato"*, cit., p. 9.

²⁹ AZZALI, *op. ult. cit.*, p. 5436 s.

³⁰ AZZALI, *op. ult. cit.*, p. 5437.

³¹ MIRABELLI, *op. cit.*, p. 25; CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, cit., p. 685. L'esistenza di un rapporto tra organismo gestore ed arbitri appare ancor più difficile da affermare nelle ipotesi in cui le designazioni siano effettuate esclusivamente dalle parti o da terzi. Resta tuttavia innegabile l'intercorrenza, tra gli arbitri e l'istituzione, di relazioni e contatti certamente significativi, che meriterebbero ulteriore approfondimento.

³² Per la stessa ragione gli arbitri non potrebbero pretendere dall'istituzione il

Gli arbitri rispondono direttamente del proprio operato, sulla base del contratto d'arbitrato. Si applica, tuttavia, la speciale disciplina desumibile dall'art. 813-ter cod. proc. civ. Ne consegue una significativa limitazione della responsabilità degli arbitri, almeno parzialmente spiegabile con l'esigenza di assicurare loro la massima serenità di giudizio³³.

pagamento di compensi e rimborsi. Così che quando l'organismo gestore versa agli arbitri somme depositate dalle parti, sempre per conto di queste ultime agisce, svolgendo nel loro interesse un servizio di segreteria.

³³ Il tema è approfondito da RORDORF, *La responsabilità degli arbitri*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, vol. III, *Il tribunale arbitrale*, Napoli, 2021, p. 365 ss.

I MECCANISMI A GARANZIA DELL'INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DEL TRIBUNALE ARBITRALE NELL'ARBITRATO AMMINISTRATO

BENEDETTA COPPO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I meccanismi dell'arbitrato amministrato a garanzia dell'indipendenza dell'arbitro. – 3. Un quadro di applicazione pratica nell'esperienza della Camera Arbitrale di Milano. – 4. Conclusioni.

1. Il presente contributo rappresenta una riflessione a seguito della relazione tenuta in occasione del convegno «I vantaggi dell'arbitrato amministrato per le parti e per gli avvocati», organizzato il 7 novembre 2019 dalla Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Napoli. Il titolo scelto per il convegno lascia intendere che si riconoscano all'arbitrato amministrato dei vantaggi rispetto all'arbitrato *ad hoc*¹. Pertanto, con riguardo all'indipendenza degli arbitri, ci si propone di individuare quali tali vantaggi siano, quali motivazioni ne abbiano determinato l'introduzione e quali finalità essi rivestano. Per gli obiettivi così descritti si farà qui riferimento all'arbitrato rituale.

La nomina degli arbitri determina l'esito stesso dell'arbitrato. È infatti noto l'adagio secondo il quale l'arbitrato valga tanto quanto l'arbitro. La nomina di uno degli arbitri operata direttamente dalla parte, inoltre, può incidere sulla stabilità del lodo e sulla sua efficacia, rafforzando la fiducia nella competenza degli arbitri e nell'autorevolezza della decisione che porrà termine alla controver-

* Funzionario della Camera Arbitrale di Milano. Le opinioni espresse sono dell'autore e non vincolano l'Istituzione arbitrale.

¹ Sulla differenza tra arbitrato *ad hoc* e amministrato si veda AZZALI, *Art. 832 Rinvio a regolamenti arbitrali*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*² (a cura di Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo), Padova, 2017, p. 454 ss.

sia insorta². I regolamenti delle istituzioni arbitrali riconoscono il potere di nomina degli arbitri in capo alle parti, mirando al contempo – in diversa maniera e misura – a individuare un equilibrio tra l'esercizio di tale potere e un utilizzo improprio del medesimo, che possa cioè inficiare la terzietà del giudicante, attraverso una funzione di controllo che le parti affidano all'istituzione quale garante dell'incedere del procedimento.

I compiti svolti dall'istituzione arbitrale nell'adempimento delle funzioni di amministrazione, affidatele contrattualmente dalle parti anche con riguardo all'indipendenza degli arbitri attraverso il richiamo del regolamento nella convenzione arbitrale, si collocano nella cornice normativa dettata dal legislatore del 2006 in tema di arbitrato³. In particolare, rileva in tale sede l'inquadramento della natura dell'arbitrato come definita dall'art. 824-*bis*⁴ cod. proc. civ., dove il legislatore ha attribuito efficacia di sentenza al lodo arbitrale. Nell'opinione di chi scrive, infatti, a tale equiparazione, secondo quella che parte della dottrina ha definito come la giurisdizionalizzazione dell'arbitrato⁵, fa necessariamente eco l'attitudine dei professionisti chiamati a svolgere il ruolo di arbitro con ripercussioni che ne investono i profili di indipendenza e imparzialità⁶. Infatti, alla luce della riforma del 2006, il legislatore riconosce alle parti, attraverso un atto di autonomia negoziale – la convenzione arbitrale – il potere di attribuire a uno o più arbitri il mandato⁷ a rendere una

² SALVANESCHI, *Art. 14 Appointment of the arbitrators*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules. A Commentary*, (a cura di Draetta e Luzzatto), New York, 2012, p. 202-203.

³ Decreto legislativo n. 40 del 2 febbraio 2006.

⁴ Art. 824-*bis* cod. proc. civ. secondo cui «[...] il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria».

⁵ Si veda FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 23, 2018.

⁶ Per una definizione di indipendenza e imparzialità, sinteticamente verificabile in termini oggettivi la prima e ascrivibile alla sfera soggettiva del singolo arbitro la seconda, si veda CARPI, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2018, p. 188 ss.

⁷ Sul contratto di arbitrato si vedano SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 272-277; BERTOLDI, *Art. 813 Accettazione degli arbitri*, in *Commentario breve al*

decisione che riveste la stessa efficacia di quella resa dal giudice statale. Ferma l'origine privatistica di tale mandato, l'ordinamento parifica inequivocabilmente gli effetti del lodo a quelli della sentenza e, pertanto, l'arbitro viene a trovarsi in una posizione di equidistanza rispetto alle parti equiparabile a quella del giudice. Proprio in ragione della natura e delle finalità del mandato affidato, le considerazioni qui svolte in tema di terzietà dell'arbitro non possono intendersi sminuite dalla previsione dell'art. 813, 2° comma, cod. proc. civ. secondo il quale gli arbitri non sono organi dello Stato⁸.

Il quadro precedente la riforma del 2006 ha necessariamente inciso sul formarsi della percezione del ruolo dell'arbitro e della sua terzietà. I fattori che possono aver indotto a intendere la terzietà dell'arbitro come «altro» rispetto a quella del giudice, in una posizione di prossimità verso almeno una delle parti⁹, sono molteplici e tra questi si possono annoverare: la dibattuta natura dell'arbitrato in ragione della sua origine privatistica, la nomina diretta della parte, il clima confidenziale dell'arbitrato in cui tanto il procedimento quanto l'esito sono intesi come riservati¹⁰, l'assenza di condizioni per svolgere il ruolo di arbitro¹¹, l'assenza di un dovere legislativamente previsto di rendere una dichiarazione di indipendenza¹². In

*diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*² (a cura di Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo), Padova, 2017, p. 165 ss.; ODORISIO, *Il rapporto tra le parti e gli arbitri. Il contratto di arbitrato*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*² (a cura di Punzi), Padova, 2012, p. 197 ss.

⁸ Art. 813, 2° comma, cod. proc. civ. in base al quale «Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio».

⁹ Sulla percezione del ruolo dell'arbitro nominato dalla parte si veda in termini ampi DRAETTA, *Il rovescio dell'arbitrato*, Milano, 2010, p. 82-85.

¹⁰ La riservatezza quale caratteristica intrinseca o meno dell'arbitrato è stata oggetto di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale a partire dalla metà degli anni '90. Si veda per un quadro complessivo MALATESTA e SALI, *Arbitrato e riservatezza*, Padova, 2011.

¹¹ Fermo il requisito della capacità legale di agire di cui all'art. 812 cod. proc. civ..

¹² La dichiarazione di indipendenza è invece prevista in altri ordinamenti, anche sulla base della Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, reperibile nel sito www.uncitral.org, adottata nel 1985 e modificata nel 2006, dove l'art. 12, 1° comma, prevede che «When a person is approached in

questo senso la riforma del 2006, con l'introduzione dall'art. 824-*bis* cod. proc. civ., ha evidenziato lo scollamento tra la percezione sociale e il dettato normativo quanto alla terzietà dell'arbitro. Detto scollamento è riscontrabile in chi, svolgendo il ruolo di arbitro, percepisca un qualsivoglia dovere di lealtà o propensione verso la parte da cui promana la nomina atto a condizionarne la decisione. Ancora prima, l'erronea percezione dell'arbitro come di un difensore ammesso a perorare la posizione della parte che lo ha nominato all'interno della camera di consiglio, in un contesto cioè privilegiato rispetto a chi deciderà, può risiedere nelle aspettative della parte stessa.

A questo quadro si aggiunga una considerazione riferita alle ragioni per cui le parti scelgono l'arbitrato¹³. In termini ampi, potrà dirsi che, all'atto di redigere la clausola arbitrale, gli operatori del commercio scelgono di risolvere le eventuali future controversie attraverso una via alternativa alla giustizia ordinaria al fine di ottenere una decisione di qualità, eseguibile senza ostacoli, resa in tempi rapidi per poter così proseguire con il *business*. Tuttavia, a lite insorta, rapidità e qualità non rivestiranno necessariamente più quello stesso valore per una o entrambe le parti. Tale mutata intenzione può riflettersi sulla nomina dell'arbitro, quando le parti individuino arbitri non indipendenti¹⁴ che, ponendo in essere atteggiamenti di

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.»

¹³ Per un'illustrazione empirica delle ragioni per cui le parti scelgono l'arbitrato si veda *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, condotto dalla Queen Mary University di Londra e White & Case LLP, disponibile nel sito www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018.

¹⁴ DI GRAVIO, *L'indipendenza dell'arbitro*, Rivista dell'arbitrato, 2, 2018, p. 201 «Un arbitro designato da una parte, a prescindere da ogni precedente legame di qualunque natura con la stessa, avrà sempre un'inclinazione favorevole alla sua posizione. In un certo senso, la totale ed integrale equidistanza è minata dall'atto di nomina in sé ed è, quindi, inevitabile e costante. [...] Può addirittura dirsi che tale maggiore propensione sia avvertita dall'arbitro designato da una parte quasi come un vero e proprio "dovere" insito nel loro ruolo. [...] Occorre perciò riflettere sui limiti che questa "propensione" deve rispettare per non degenerare in parzialità. [...] Il ruolo dell'arbitro di parte può essere interpretato perciò proprio

parzialità reale o potenziale¹⁵, potranno inficiare le ragioni originarie della scelta di arbitrare. Tale scelta originaria rischia così di venire pregiudicata fino a far perdere fiducia nella decisione, che di conseguenza viene esposta all'incertezza dell'impugnazione in termini di tempi e costi. Un arbitrato in cui emergano atteggiamenti di parzialità di uno o entrambi gli arbitri nominati dalle parti potrà esprimere un procedimento lento, un lodo non spontaneamente eseguito ed esposto a impugnazione, finendo così per tradursi in una scelta antieconomica per le parti.

Il quadro come finora delineato si arricchisce del ruolo dell'istituzione in caso di arbitrato amministrato, l'intervento della quale è espressione della comune – e, nei termini sopra indicati, originaria¹⁶ – volontà delle parti che ne fanno richiamo nella convenzione arbitrale. L'istituzione, infatti, interviene in relazione all'indipendenza¹⁷ dell'arbitro in applicazione del regolamento in ragione del c.d. «contratto di amministrazione di arbitrato»¹⁸. Infatti, considerato che la legittimità di un processo di origine privata

come quello di chi si dia cura di controllare che le tesi difensive della parte che lo ha designato siano tenute in adeguata considerazione, così come le prove dalla stessa offerte. Fermo restando che egli stesso, compiuto che abbia questo compito di stimolo, ben potrà, ed anzi dovrà secondo correttezza, esprimersi contro le stesse tesi che non lo persuadano.»

¹⁵ Ad esempio atteggiamenti ostruzionistici nella conduzione del procedimento, limiti di disponibilità nella fissazione del calendario del procedimento, plurimi rinvii di udienze, motivi di ricasazione o sostituzione, scarsa collaborazione nella gestione delle camere di consiglio.

¹⁶ L'assunto di chi scrive è che, al momento della redazione della clausola arbitrale, le parti non possano prevedere i termini della eventuale futura controversia, né il ruolo di attore o convenuto che si troveranno a rivestire e, pertanto, siano entrambe interessate a strutturare un arbitrato condotto da arbitri del tutto indipendenti e imparziali. Nella realtà la parte che fosse in grado di prevedere il proprio comportamento contrattuale potrebbe invece prediligere rispetto all'indipendenza degli arbitri un sistema regolamentare del tutto assente ovvero superficiale.

¹⁷ Benché indipendenza, imparzialità e neutralità rappresentino concetti ben diversi, si veda la nota 6, nel prosieguo del presente scritto si potrà menzionare la prima per riferirsi complessivamente alla terzietà dell'arbitro.

¹⁸ Sul rapporto contrattuale tra parti e istituzioni quale offerta al pubblico si veda AZZALI, op. cit., p. 461-462.

risiede nell'apparenza di indipendenza del giudicante, le parti attribuiscono all'istituzione un'obbligazione contrattuale di intervenire nei termini previsti dal regolamento a garanzia dell'essenza stessa dell'arbitrato.

Il presente contributo si propone di proseguire esaminando in quale modo l'intervento affidato dalle parti all'istituzione rappresenti un vantaggio, e come tale obiettivo venga perseguito, tenendo in particolare considerazione l'esperienza maturata dalla Camera Arbitrale di Milano.

2. Nel panorama internazionale dell'arbitrato amministrato tutte le principali istituzioni dedicano disposizioni regolamentari al tema dell'indipendenza dell'arbitro. Così a partire dalla Camera di Commercio Internazionale¹⁹, il cui Regolamento arbitrale prevede in sintesi che ciascun arbitro debba essere e rimanere indipendente, sottoscrivere una dichiarazione di indipendenza, e sottostare alle decisioni dell'Istituzione in punto di conferma e riconsiderazione. Tuttavia, i termini e le modalità di intervento della singola istituzione possono variare in risposta alle caratteristiche del mercato verso cui è prevalentemente orientata l'offerta dei servizi di amministrazione, nonché alle dimensioni del fenomeno arbitrale del Paese o dell'area geografica di riferimento, alla cultura giuridica, al grado di autoregolamentazione e alle dimensioni della singola comunità arbitrale. Tali fattori potranno determinare un atteggiamento di maggiore o minor rigore nei requisiti e nel controllo dell'indipendenza dell'arbitro a seconda degli obiettivi della singola istituzione, che, nel primo caso, potrà essere apprezzata o additata per intenti moralizzatori.

Affinché la scelta delle parti di richiamare il regolamento di una data istituzione nella clausola sia consapevole è indispensabile che le informazioni relative alle regole e alla prassi in tema di indipendenza degli arbitri siano conoscibili. È, in altri termini, importante

¹⁹ Regolamento di arbitrato della CCI, in vigore dal 1 marzo 2017, art. 11, reperibile nel sito www.iccarbiration.org.

che le istituzioni siano trasparenti²⁰ verso le parti, in modo che le stesse, i loro consulenti e gli arbitri possano conoscere anticipatamente rispetto alla sottoscrizione della convenzione arbitrale o all'accettazione dell'incarico quali regole e criteri l'istituzione applicherà. I canali di accessibilità individuati dall'istituzione potranno consistere nella predisposizione di regole chiare, aggiornate, ispirate a principi condivisi, che siano espressione della comunità arbitrale internazionale²¹, disponibili online e in più lingue. Gli utilizzatori dovranno inoltre poter accedere a dati statistici relativi all'indipendenza dell'arbitro e poter comprendere i termini dell'applicazione del regolamento attraverso il sito stesso dell'istituzione e/o la letteratura di settore.

Passando ora a esaminare i meccanismi che un'istituzione può attuare a garanzia dell'indipendenza degli arbitri si potrà distinguere tra (A) quelli posti in essere in via preventiva rispetto all'avvio di un arbitrato e (B) quelli applicati al procedimento arbitrale una volta instaurato in base al regolamento e alla prassi. Rispetto a questi ultimi potranno essere poi distinti (B.i) i meccanismi attuati prima che il procedimento abbia inizio davanti agli arbitri e (B.ii) quelli successivi.

Quanto ai primi (A), alcune istituzioni assumono tra i propri compiti quello di diffondere la cultura dell'arbitrato attraverso convegni, seminari e corsi di formazione. Così facendo le istituzioni diventano un canale privilegiato per la divulgazione di un modello di

²⁰ Si veda AZZALI, *Balancing Confidentiality and Transparency*, in *The Rise of Transparency in International Arbitration*, (a cura di Malatesta e Sali), New York, 2013, p. XXIII. Si veda inoltre EMANUELE e MOLFA, *Selected issues in international arbitration: The Italian perspective*, Londra, 2014, p. 90 «The significant advantages of institutional arbitration are the predictability of the process and the professional support provided by the arbitral institution [...] to ensure that the arbitral process is conducted as expeditiously and reliably as possible. By exercising its supervisory powers, the institution can help minimize recourse to state courts, particularly at the outset of the proceedings, where disputes may arise before the arbitral tribunal is constituted.»

²¹ Quali quelli individuati dalle *Guidelines on conflicts of interest in International arbitration* dell'International Bar Association, pubblicate nel 2004 e rivisitate nel 2014, disponibili nel sito www.ibanet.org.

arbitrato quale via alternativa al giudizio ordinario la cui legittimità fa perno sull'apparente indipendenza dell'arbitro. Pertanto, prima ancora di prendere in esame l'indipendenza di un arbitro per il singolo caso concreto, alcune istituzioni concorrono a condizionare la *forma mentis* dei professionisti che intendono ricoprire il ruolo di arbitro e di consulente della parte in arbitrato. Naturalmente la partecipazione a un corso o a un seminario di formazione non sarà che un contributo alla consapevolezza della terzietà del ruolo dell'arbitro attraverso un'oculata selezione di temi e docenti curata dall'istituzione, senza la pretesa di sostituirsi al percorso accademico, professionale e umano di ciascuno. Inoltre, in tali occasioni, le istituzioni potranno divulgare la propria casistica per le finalità di trasparenza di cui sopra.

Passando al caso in cui un procedimento arbitrale venga avviato (B), si potranno incontrare degli strumenti che l'istituzione adotta a garanzia dell'indipendenza degli arbitri prima ancora che il caso abbia inizio davanti agli stessi (B.i). Ci riferiamo alle previsioni contenute nei regolamenti relative alla fase del procedimento che va dal deposito della domanda di arbitrato all'atto di formale costituzione del tribunale arbitrale. Molte istituzioni, infatti, articolano norme con cui chiariscono il dovere di indipendenza degli arbitri per le parti che li nominano, così come per i professionisti che si apprestano ad accettare l'incarico, affinché qualunque ostacolo o fraintendimento sia risolto prima dell'effettivo avvio del procedimento, mirando a escludere di turbarne il prosieguo. In questo senso potranno individuarsi nei regolamenti delle previsioni relative ai doveri di indipendenza dell'arbitro che, per il richiamo nella convenzione arbitrale, diventano i termini stessi del mandato in base al quale l'arbitro svolgerà l'incarico.

Al medesimo fine, inoltre, alcune istituzioni arbitrali hanno scelto di dotarsi di un codice deontologico dell'arbitro²², pubblicato insieme al regolamento arbitrale o accessibile accanto al medesimo, in cui enunciare, tra gli altri, i doveri di indipendenza, imparzialità e neutralità dell'arbitro, i limiti nei contatti con la parte da cui proviene la no-

²² La bibliografia sul tema è ampia. Si veda tra gli altri ROGERS, *The ethics of international arbitrators* in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*², New York, 2008.

mina, le obbligazioni relative alle modalità di conduzione del procedimento, delle udienze, delle camere di consiglio. I codici deontologici rappresentano un insieme di disposizioni che le istituzioni adottano per indirizzare o regolare il comportamento dell'arbitro e le modalità di svolgimento dell'incarico. L'adozione di un tale strumento riveste il pregio di richiamare l'attenzione su di una serie di doveri etici che ciascuna parte potrà attendersi da ciascun arbitro, compreso quello nominato dalla controparte. Infine, la presenza di un codice deontologico potrà diventare uno strumento di formazione della parte nelle mani dei suoi consulenti ove se ne debba arginare l'anacronistica aspettativa di trovare nell'arbitro nominato un secondo difensore.

Molte istituzioni arbitrali prevedono che l'arbitro, al momento dell'accettazione dell'incarico, renda e sottoscriva una dichiarazione di indipendenza, c.d. *disclosure*. Si tratta di un momento di riflessione con cui l'arbitro, ove si senta pienamente indipendente, dichiara qualunque circostanza o relazione relativa alle parti o altri soggetti coinvolti nell'arbitrato, qualsiasi interesse o riserva rispetto alla materia del contendere o all'esito del procedimento. Tale dichiarazione, resa dall'arbitro che si senta pienamente indipendente – dal momento che in caso contrario si avrebbe una mancata accettazione dell'incarico – rappresenta il voler mettere sotto gli occhi delle parti ogni circostanza che, attraverso il confronto soggettivo con le stesse e la valutazione oggettiva dell'istituzione, sia risolta prima dell'avvio del procedimento. A tal fine alcune istituzioni predispongono un modello di dichiarazione che il designato arbitro riempie nei campi ritenuti appropriati e sottoscrive. La dichiarazione di indipendenza, diffusa a livello internazionale²³, non è stata finora introdotta dal legislatore italiano per l'arbitrato *ad hoc*, e in questo senso il rinvio al regolamento arbitrale di un'istituzione che la preveda può contribuire a colmare tale lacuna²⁴.

Ancora con uno sguardo alla prassi internazionale, alcune istituzioni richiamano a vario titolo le *Guidelines on conflicts of interest*

²³ Si veda, ad esempio, la Legge Modello UNCITRAL come in nota 12.

²⁴ D'altro canto, il codice deontologico forense la impone agli avvocati che svolgono il ruolo di arbitro (art. 61).

in *International arbitration*²⁵ redatte dall'Arbitration Committee dell'International Bar Association (IBA) nel 2004 e rivisitate nel 2014. Le *Guidelines* hanno recepito gli *standards* internazionali in tema di indipendenza e imparzialità degli arbitri al fine di assistere le parti, gli arbitri, le corti nazionali e le istituzioni arbitrali che si confrontano con tali temi. Esse si compongono di sette principi, seguiti da altrettante note esplicative, e quattro liste contenenti una casistica applicativa dei primi, suddivise per rilevanza o gravità secondo una scala gradata di colori. Alcune istituzioni fanno diversamente uso delle *Guidelines* al fine di esplicitare la portata dei doveri di imparzialità e indipendenza, o di articolare le decisioni dei propri organi su tali tematiche, anche con l'intento di offrire un quadro di affidabilità e prevedibilità del proprio intervento.

Alcune istituzioni hanno inoltre introdotto l'istituto della conferma dell'arbitro, a prescindere da quale ne sia l'autorità di nomina. La conferma rappresenta un momento di verifica e controllo da parte dell'istituzione del contenuto della dichiarazione di indipendenza dell'arbitro, che viene trasmessa alle parti affinché possano svolgere eventuali osservazioni entro un dato termine. La conferma dell'istituzione non esclude la riconsiderazione ma l'affianca o l'anticipa, a seconda del singolo regolamento, assumendo una portata di controllo più ampia al fine di dipanare qualsiasi dubbio in merito alla posizione dell'arbitro, anche in relazione alla mera apparenza di indipendenza, prima dell'avvio del procedimento. La conferma riveste il vantaggio di evitare l'impatto negativo che una riconsiderazione può avere sui tempi del procedimento e, soprattutto in caso di rigetto, sull'equilibrio tra parte istante e organo giudicante.

Infine, ancora in fase preventiva rispetto all'avvio del procedimento davanti agli arbitri, i regolamenti delle istituzioni prevedono la riconsiderazione. Il legislatore, nel disciplinare l'arbitrato amministrato con il nuovo 5° comma dell'art. 832 cod. proc. civ., ha stabilito che il regolamento precostituito richiamato dalla volontà delle parti possa prevedere ulteriori casi di sostituzione e riconsiderazione degli arbitri rispetto a quelle a critica vincolata previste dalla legge. Pertanto, attraverso l'arbitrato amministrato le parti potranno ampliare il

²⁵ Disponibili nel sito www.ibanet.org.

controllo dell'istituzione circa la posizione di indipendenza dell'arbitro rispetto ai casi previsti dall'art. 815 cod. proc. civ.²⁶.

Dopo l'avvio del procedimento davanti al tribunale arbitrale (B.ii), le istituzioni ribadiscono che il dovere di indipendenza permane in capo a ciascun arbitro e, a corollario, permane altresì il dovere di rinnovare la *disclosure* al sorgere di circostanze nuove. Inoltre, come per l'arbitrato *ad hoc*²⁷, resterà fermo per le parti il potere di ricusare l'arbitro per ragioni sopravvenute o per la sopravvenuta conoscenza delle stesse. Infine, e pur con i limiti di cui si dirà oltre con riferimento all'esperienza della Camera di Milano, potrà trovare applicazione l'istituto della decadenza previsto dall'art.813-*bis* cod. proc. c.

3. La Camera Arbitrale di Milano²⁸ (CAM) svolge attività

²⁶ In base al quale un arbitro può essere ricusato: «1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti; 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa; 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori; 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori; 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti; 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.»

²⁷ Art. 815, 3° comma, cod. proc. civ..

²⁸ La Camera Arbitrale di Milano s.r.l., www.camera-arbitrale.it, è interamente partecipata dalla Camera di Commercio di Milano, Monza, Brianza e Lodi. Al 20 maggio 2020 il Regolamento arbitrale di Milano è adottato altresì dalle camere di commercio di Avellino, Benevento, Bologna, Cremona, Ferrara, Genova, Lecco, Mantova, Pavia e Varese, nonché di Genova unitamente al locale Ordine forense, e lo adottano per i soli arbitrati internazionali le Camere di Bari, Brescia, Forlì Cesena, Modena e Pistoia. Nel presente scritto si riferiscono i dati statistici della Camera Arbitrale trattandosi della sola istituzione italiana che ne offra di articolati per il tema qui di interesse. Inoltre, si fa riferimento alla prassi della Camera di Milano in ragione del ruolo di primo piano che l'Istituzione riveste sul

di risoluzione delle controversie commerciali e offre un insieme di servizi di ADR. Facendo rinvio all'arbitrato amministrato CAM, le parti affidano a quest'ultima la gestione del procedimento in base alle norme contenute nel Regolamento, cui arbitri e parti devono attenersi, nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento. Il Regolamento arbitrale, in vigore dal 1° marzo 2019, rappresenta uno strumento moderno e flessibile, le cui norme, in armonia con il testo dell'ultimo intervento legislativo in tema di arbitrato, valorizzano la prassi acquisita negli anni dall'Istituzione. Le funzioni attribuite alla Camera dal Regolamento sono svolte dal Consiglio Arbitrale e dalla Segreteria Generale. Il Consiglio Arbitrale è nominato dal Consiglio di Amministrazione ogni due anni e i suoi compiti riguardano la nomina di arbitri, la verifica dell'indipendenza, la determinazione dei compensi e la gestione di ogni problematica funzionale all'amministrazione. La Segreteria Generale svolge le funzioni attribuite dal Regolamento o delegate dal Consiglio, essa rappresenta un *trait d'union* tra il singolo caso e il Consiglio Arbitrale, nonché tra parti e arbitri; si compone di un Direttore e un Vice Direttore Generale, oltre a sei funzionari incaricati di seguire ciascun caso dal deposito della domanda al lodo, nonché da personale di segreteria e contabilità.

Si prendono qui in esame i meccanismi posti a garanzia dell'indipendenza degli arbitri nell'arbitrato amministrato, come sopra individuati, nell'applicazione data dalla CAM secondo le distinzioni già viste in via (A) preventiva o (B) successiva rispetto all'avvio di un arbitrato, procedendo poi a distinguere tra (B.i) i meccanismi attuati prima che il procedimento abbia inizio davanti agli arbitri e (B.ii) quelli attuabili anche in seguito.

Preliminarmente(A) si osservi come lo statuto della Camer²⁹ in-

panorama nazionale, come emerge dai dati raccolti nell'undicesimo Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, a cura di ISDACI (www.isdaci.it), 2019, pp. 27 ss., quale mappatura delle attività svolte dai centri di ADR, dove si riscontrano un totale di 582 domande di arbitrato rispetto all'anno 2017, 471 delle quali ricevute da camere arbitrali istituite presso le camere di commercio e di cui 131 dalla Camera di Milano (pari al 21,7% di tutti gli arbitrati del Paese).

²⁹ Statuto CAM, disponibile nel sito istituzionale, Art. 2 Oggetto - 1. La società è titolare di funzioni di interesse pubblico generale preordinate al miglioramen-

dividui la diffusione degli strumenti di ADR quale oggetto dell'attività sociale. Pertanto la CAM, accanto alla predisposizione e all'offerta di servizi di risoluzione alternativa delle controversie, si impegna nel divulgarli. Tale fine è raggiunto anche attraverso una trentennale attività formativa e informativa, che la Camera svolge presso imprese, professioni interessate alla materia e studenti universitari attraverso corsi e convegni che, partendo dalla prassi quotidiana nella gestione degli arbitrati, garantisca sia un inquadramento teorico sia degli strumenti pratici, proponendosi così di formare delle professionalità e sviluppare la conoscenza dell'ADR.

Quanto alle previsioni del Regolamento arbitrale (B.i), la Camera riconosce nell'indipendenza dell'arbitro il cardine per una corretta instaurazione del procedimento, come si può riscontrare nel Regolamento e nel Codice deontologico dell'arbitro³⁰. Infatti, nel 1996 la Camera è stata tra le prime istituzioni in Europa a introdurre un Codice deontologico cui gli arbitri, nell'ambito dei casi amministrati dalla CAM, devono attenersi nell'esercizio delle proprie funzioni. Tale Codice consta di vere e proprie regole, atte a vincolare contrattualmente l'arbitro che accetti di svolgere l'incarico in base al Regolamento (art. 1), e sancisce il dovere di essere e rimanere indipendente (art. 5) e imparziale (art. 6) per tutti gli arbitri, siano essi nominati dalle parti o da altra autorità di nomina (art. 2). Tale previsione trova riscontro nell'ultima norma del Codice (art. 13), in base alla quale l'arbitro che non ne rispetti i termini è sostituito, anche d'ufficio, e la Camera può rifiutarne la conferma in successivi arbitrati. La presenza di quest'ultima sanzione conferma la natura di regole vere e proprie per le previsioni del Codice. Inoltre, benché non si registrino casi di applicazione di tale sanzione, l'art. 13 afferma il vincolo negoziale cui l'arbitro soggiace e incarna una in-

to della competitività del sistema produttivo nazionale [...] attraverso lo sviluppo e la diffusione di strumenti di regolazione del mercato e di risoluzione alternativa delle controversie, anche attraverso forme di autodisciplina.

³⁰ GIOVANNUCCI ORLANDI, *Code of ethics of arbitrators*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules. A Commentary* (a cura di Draetta e Luzzatto), New York, 2012, p. 645-659.

trinseca autorevolezza verso coloro che ambiscono a svolgere il ruolo di arbitro con continuità presso la Camera. Si sottolinea, in particolare, che il Codice prevede che i doveri di imparzialità debbano essere osservati in ogni fase del procedimento e anche per il periodo di impugnazione del lodo. Inoltre, il Codice evidenzia il ruolo di terzietà del giudicante con riguardo alle diverse fasi dell'arbitrato: prima dell'avvio del procedimento, con riferimento alla nomina del terzo arbitro con funzioni di presidente che sia rimessa agli arbitri nominati dalle parti, è previsto che l'arbitro possa sentire la parte o il suo difensore senza che le indicazioni così fornite siano vincolanti (art. 2); durante lo svolgimento del procedimento l'arbitro assume il dovere di consentire la partecipazione delle parti su un piano di totale parità e di assoluto rispetto del principio del contraddittorio (art. 8) ed è tenuto al rispetto del divieto di comunicazioni unilaterali con qualunque parte o i suoi difensori (art. 9); infine, nella fase di deliberazione del lodo è previsto il divieto di atteggiamenti ostruzionistici o non collaborativi (art. 11, 3° comma).

La Segreteria Generale della CAM, nel comunicare la nomina all'arbitro designato, sottopone un modulo di accettazione dell'incarico da sottoscrivere dove viene fatto riferimento a che il mandato sia svolto nel rispetto del Regolamento e del Codice deontologico. In tale occasione la Camera raccoglie altresì la dichiarazione di indipendenza che il Regolamento richiede a ciascun arbitro (art. 20, 1° comma, nonché art. 7, 1° comma del Codice deontologico). Quanto al contenuto della dichiarazione, il Regolamento (art. 20, 2° comma) fa riferimento a qualunque circostanza riguardi le parti, i difensori e ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato³¹, nonché qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto con la controversia, e infine qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere.

La Camera si sforza di chiarire all'arbitro cosa ci si attende che

³¹ Il Regolamento (art. 20, 2° comma, lett. *a*) menziona espressamente anche eventuali circostanze che rilevino in virtù di rapporti finanziari, con ciò riferendosi al caso in cui una parte abbia dichiarato a propria volta di ricevere da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito (ipotesi prevista dal successivo art. 43).

venga dichiarato attraverso una pluralità di strumenti. In primo luogo, il Codice deontologico (art. 7, 2° comma) risolve a favore della dichiarazione di indipendenza qualunque dubbio in merito alla opportunità di dichiarare o meno un fatto, una circostanza o un rapporto. In secondo luogo, la Camera ha predisposto delle «Note per la compilazione», inviate a ogni arbitro e pubblicate sul sito istituzionale, con cui richiede di precisare la durata di ogni circostanza dichiarata, con l'indicazione di inizio e fine, di tenere conto della struttura professionale con cui si hanno stabili rapporti di collaborazione, di avere riguardo di soggetti giuridici appartenenti o riferibili al gruppo delle parti, nonché dei rappresentanti delle parti e degli studi professionali dei difensori. Le «Note», ancora con riguardo al contenuto della *disclosure*, attribuiscono all'arbitro stesso il dovere di svolgere approfondite indagini e fanno rinvio esemplificativo alle IBA *Guidelines*, che vengono trasmesse all'arbitro o comunque rese disponibili. Infine, la Segreteria Generale conduce una verifica preliminare sul contenuto della dichiarazione, richiedendo all'arbitro eventuali chiarimenti che si rendano opportuni o necessari alla luce delle «Note», della prassi del Consiglio Arbitrale o delle posizioni eventualmente espresse dalle parti.

Con riguardo alle IBA *Guidelines*, si noti che la Camera partecipò alla traduzione in lingua italiana della prima edizione del 2004 a beneficio della loro diffusione nel Paese, e ha contribuito a diffonderle in occasione di convegni e corsi di formazione, oltre a trasmetterle agli arbitri con l'obiettivo, come si è detto, di illustrare il contenuto della dichiarazione di indipendenza. La Camera, attraverso le «Note», puntualizza di non essere vincolata a osservare tali Linee Guida nel caso in cui sia chiamata a esaminare la dichiarazione di indipendenza dell'arbitro. Tuttavia, il Consiglio Arbitrale, nel corso delle proprie riunioni, si interroga su come una data circostanza oggetto di dichiarazione sia affrontata dalle IBA *Guidelines* e può menzionarle nei propri provvedimenti, soprattutto ove ciò possa assistere le parti e gli arbitri nella comprensione delle ragioni poste alla base della decisione assunta.

A corollario dell'indagine svolta dall'arbitro al momento della dichiarazione di indipendenza, il Codice deontologico stabilisce che l'eventuale accertamento successivo di circostanze che avrebbero dovu-

to essere dichiarate (art. 7, 3° comma) può inficiare la posizione dell'arbitro fino a rappresentare un motivo di sostituzione anche d'ufficio nel corso del procedimento e di non conferma in uno successivo.

Il Regolamento della Camera prevede, infatti, l'istituto della conferma³² di tutti gli arbitri (art. 21, 1° e 2° comma). Ogni dichiarazione viene circolata alle parti, che possono svolgere osservazioni entro dieci giorni. La conferma interviene a opera della Segreteria Generale in presenza di due condizioni: l'arbitro ha reso una dichiarazione priva di rilevi, dove cioè nessuna circostanza sia stata rivelata, e non vi siano osservazioni delle parti. In assenza di anche una sola di queste condizioni, la conferma è rimessa al Consiglio Arbitrale. Il Regolamento non articola né limita il potere di verifica e controllo esercitato dal Consiglio, il quale si fa garante della posizione di terzietà dell'arbitro, potendo non confermare un arbitro a fronte della gravità delle circostanze dichiarate pur in assenza di osservazioni delle parti.

Nello stesso termine di dieci giorni riconosciuto alle parti per svolgere eventuali osservazioni sulla dichiarazione di indipendenza³³, il Regolamento prevede che possa essere presentata istanza di riconsiderazione dell'arbitro (art. 21, 3° comma). Tale termine può decorrere dalla conoscenza del motivo di riconsiderazione, ove non coincida con la ricezione della dichiarazione di indipendenza. A differenza dell'art. 815 cod. proc. civ., che si sviluppa a critica vincolata, il Regolamento CAM introduce una formula ampia per i motivi di riconsiderazione, prevedendo che il ricorso possa essere presentato per qualsiasi circostanza idonea a porre in dubbio l'indipendenza o l'imparzialità dell'arbitro, dando così applicazione pratica al 5° comma dell'art. 832 di cui si è detto sopra. La decisione sulla riconsiderazione dell'arbitro compete al Consiglio Arbitrale, anche alla luce

³² Sulla conferma secondo il Regolamento CAM nella versione in vigore fino al 28 febbraio 2019, immutata nei tratti essenziali rispetto alla successive in vigore dal 1 marzo 2019, si veda SALI, *Art. 18 - Statement of independence and confirmation of arbitrators*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules. A Commentary* (a cura di Draetta e Luzzatto), New York, 2012, p. 239-265.

³³ Le parti dovranno quindi, valutate le circostanze del caso concreto, scegliere di presentare al Consiglio delle osservazioni contrarie alla conferma ovvero un'istanza di riconsiderazione dell'arbitro.

di eventuali osservazioni di parti e arbitri cui la Segreteria trasmette l'istanza.

Il Regolamento nulla dice circa la struttura e i fondamenti della decisione del Consiglio Arbitrale. L'assenza di indicazioni è funzionale alla libertà di valutazione del Consiglio a garanzia delle peculiarità del caso concreto. Il Consiglio, quale organo collegiale composto da autorevoli conoscitori della materia dalla comprovata esperienza pratica in qualità di arbitri e difensori in arbitrato, conduce una valutazione che tiene conto della posizione dichiarata dall'arbitro, delle osservazioni eventualmente presentate dalle parti, dei propri precedenti, dei principi e della casistica delle IBA *Guidelines* pur senza essere vincolato, nonché della prassi di altre istituzioni arbitrali ove conoscibile perché pubblica o patrimonio dei consiglieri. La libertà di cui il Consiglio dispone fa perno sul dovere dell'arbitro di essere e apparire indipendente e imparziale, secondo il noto adagio per cui «not only must Justice be done; it must also be seen to be done». Essa trova uno spontaneo contemperamento nelle crescenti istanze di trasparenza³⁴ cui la Camera ha prontamente risposto pubblicando periodicamente sul proprio sito una raccolta in forma anonima di casi in cui il Consiglio sia intervenuto sulla posizione di indipendenza dell'arbitro, in cui è possibile trovare una ricostruzione delle considerazioni di maggior rilievo per il Consiglio. Tale pubblicazione riveste altresì il pregio di contribuire a una circolazione della cultura della terzietà dell'arbitro e di rendere prevedibile la posizione istituzionale. La lettura di tale raccolta assiste nel comprendere come l'eventuale dichiarazione di circostanze da parte dell'arbitro non ne pregiudichi di per sé la conferma, dal momento che il Consiglio interviene sia a salvaguardia della terzietà dell'arbitro, sia per evitare che contestazioni pretestuose turbino l'incedere dell'arbitrato.

Il dovere di indipendenza dell'arbitro non si esaurisce al momento dell'accettazione dell'incarico. Dopo l'avvio del procedimento (B.ii), la Camera richiede che l'arbitro rimanga indipendente in ogni fase dell'arbitrato fino al deposito del lodo e per il periodo di even-

³⁴ SALI, *Transparency and Confidentiality: How and Why to Publish Arbitration Decisions*, in *The Rise of Transparency in International Arbitration* (a cura di Malatesta e Sali), New York, 2013, p. 73-85.

tuale impugnazione (art. 6 Codice deontologico dell'arbitro). A tal riguardo il Regolamento dispone che la dichiarazione di indipendenza sia ripetuta nel corso del procedimento, fino alla sua conclusione, ove si renda necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta della Segreteria Generale (art. 20, 3° comma). Queste considerazioni abbracciano la previsione di chiusura del Codice deontologico CAM (art. 13) e la previsione regolamentare in tema di sostituzione dell'arbitro (art. 22,1° comma, lett. e) che attribuiscono all'Istituzione il potere di rimuoverlo per la violazione dei doveri imposti dal Regolamento e dal Codice, ivi compresi quindi quelli relativi a indipendenza e imparzialità. Il rispetto di tali doveri nel corso del procedimento è inoltre garantito dal ruolo attivo che la Camera svolge a supporto dello svolgimento della procedura. Infatti, la Segreteria Generale, per il tramite di un funzionario incaricato, riceve ed esamina le ordinanze rese dagli arbitri e presenza alle udienze, avendo così modo di apprezzare direttamente le modalità di conduzione delle riunioni anche sotto il profilo dell'indipendenza dell'arbitro che può, ad esempio, esprimersi nelle modalità di interrogatorio dei testi o nella condotta tenuta a margine di un'udienza.

Anche la fase deliberativa può rappresentare un nodo espressivo dell'indipendenza del giudicante, che l'Istituzione coglie ad esempio nei casi, se pur rari, in cui l'arbitro nominato da una parte ostacoli il processo deliberativo non partecipando alle camere di consiglio o assumendo atteggiamenti di *filibustering*³⁵. Ove ciò avvenga in un arbitrato *ad hoc*, il rimedio previsto dal legislatore è l'art.813-*bis* cod. proc. civ., secondo il quale l'arbitro che ometta o ritardi di compiere un atto relativo alle sue funzioni, tra cui la partecipazione alla deliberazione del lodo, può essere sostituito d'accordo tra le parti o dal terzo a ciò incaricato dalla convenzione arbitrale. Come si vede, il mancato accordo tra le parti lascia priva di protezione la sola tra esse che si trovi a fronteggiare lo scenario qui dipinto, mentre in caso di arbitrato amministrato, quando il regolamento preveda l'intervento dell'istituzione come è il caso di

³⁵ Si veda GIOVANNUCCI ORLANDI, *Art. 20 - Replacement of arbitrators*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules. A Commentary* (a cura di Draetta e Luzatto), New York, 2012, p. 294.

CAM per le disposizioni sopra richiamate, è possibile per il presidente del collegio arbitrale segnalare alla Camera le criticità incontrate e individuare dei correttivi, che possono andare dalla formale convocazione di una camera di consiglio presso la CAM, al fine di riportare in una cornice istituzionale il comportamento dell'arbitro non indipendente, fino alla sua sostituzione.

Vi è poi un ulteriore aspetto nell'amministrazione della Camera meritevole di attenzione in relazione alla salvaguardia della posizione di terzietà degli arbitri, quello degli onorari. Si noti in proposito come sia gestita l'amministrazione del rapporto economico tra parti e arbitri. Benché il rapporto contrattuale intercorra direttamente tra tale soggetti anche nell'arbitrato amministrato, è la Camera a determinare l'ammontare dei compensi degli arbitri in base alle modalità e ai criteri dettati dal Regolamento in applicazione del proprio tariffario. In questo modo l'Istituzione si frappone tra parti e arbitri nella fissazione e raccolta degli onorari, distanziando per l'arbitro l'esecuzione del mandato dall'interesse al compenso. A tal fine il Codice deontologico prevede che l'arbitro non possa accettare alcun accordo, diretto o indiretto, con le parti o i loro difensori in relazione a onorario e spese (art. 12), a differenza di quanto avviene nell'arbitrato *ad hoc*.

Per concludere, si illustra sinteticamente il dato statistico della Camera di Milano. Tra il 2014 e il 2018 sono stati nominati 1.155 arbitri da diverse autorità di nomina, quali le parti, i co-arbitri e la Camera stessa. Il Consiglio Arbitrale è intervenuto non confermandone 62, vale a dire il 5%. In questi casi il Consiglio ha deciso per non conferma di 5 arbitri in accoglimento di un'istanza di ricusazione; in 31 casi la decisione è intervenuta alla presenza di osservazioni contrarie alla conferma di almeno una delle parti; infine, in 28 casi, equivalenti al 45% dei 62 casi di non conferma, il Consiglio ha rimosso l'arbitro pure in assenza di osservazioni delle parti. La Camera non investiga le ragioni del silenzio di una parte ma, di fronte a circostanze delicate oggetto della dichiarazione dell'arbitro, il Consiglio è arrivato a invitare espressamente le parti a svolgere eventuali osservazioni fissando all'uopo termine. Rileva in proposito infatti precisare che nel periodo esaminato non si registrano casi in cui tutte le parti si siano espresse a favore della conferma dell'arbitro e, ciononostante, il Consiglio non lo abbia confermato:

è così evidente l'attenzione che l'istituzione riserva alla consapevolezza che le parti abbiamo del dato reale, non accontentandosi di un silenzio-assenso se non pienamente cosciente. Questo dato rende concreta l'attenzione che CAM rivolge ai temi qui esaminati. Le decisioni di non conferma hanno riguardato nel 54% dei casi l'arbitro nominato da una parte, nel 14,5% il presidente nominato dai co-arbitri, nel 6,5% il presidente nominato da una autorità di nomina diversa dal Consiglio Arbitrale e per il restante 25% il co-arbitro, il presidente o l'arbitro unico nominati dalla Camera, su cui la stessa esercita una verifica preventiva rispetto alla nomina.

4. Si è detto che la funzione dell'arbitro come soggetto cui è delegata la decisione di una controversia con efficacia di sentenza ne determini il dovere di terzietà, anche laddove l'origine di tale funzione risieda in un atto di autonomia privata. Tale origine, tuttavia, ha prevalso rispetto alla natura degli effetti del lodo – equiparato a sentenza – nella percezione della funzione dell'arbitro, soprattutto con riguardo all'arbitro nominato dalla parte. In particolare, le aspettative della parte verso il ruolo dell'arbitro che ha nominato, così come la comprensione che l'arbitro ha dei propri doveri verso quella stessa parte, possono pregiudicare le ragioni poste alla base della scelta di arbitrare condotta dalle imprese. In questo contesto l'arbitrato amministrato può svolgere un ruolo significativo nell'offrire una cornice di regole e correttivi a garanzia dello svolgimento del procedimento e della stabilità della decisione finale. I meccanismi messi a disposizione delle istituzioni arbitrali, come sopra illustrati, rappresentano un contributo utile e apprezzabile, pur nella consapevolezza che la realtà si presenta in termini sempre più articolati e, pertanto, non potrà essere categorizzata a priori ma andrà valutata con la ragionevolezza oggettiva del caso concreto. Gli strumenti a tutela dell'indipendenza dell'arbitro enunciati nei regolamenti e nei codici deontologici sono un monito chiaro che, per tradursi in un effettivo vantaggio per parti, arbitri e difensori devono poter contare su di un'applicazione rigorosa e giusta attraverso l'intervento di istituzioni che abbiano l'autorevolezza e l'autonomia necessarie a sostenere lo sviluppo dell'arbitrato.

IL GIUSTO PROCESSO NELL'ARBITRATO COMMERCIALE
INTERNAZIONALE: GLI ORIENTAMENTI
DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

FRANCESCA RAGNO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il giusto processo arbitrale nella prospettiva italiana. – 3. La violazione del contraddittorio come motivo di nullità dei lodi arbitrali. – 4. La discrezionalità degli arbitri e il principio del contraddittorio. – 5. *Ne eati udex extra petita partium*. – 6. L'autonomia delle parti e il principio del contraddittorio. – 7. Il giusto processo nella fase del riconoscimento e dell'esecuzione di lodi arbitrali stranieri. – 8. Considerazioni finali.

1. Uno dei temi maggiormente di attualità nel panorama dell'arbitrato commerciale internazionale riguarda la problematica individuazione del punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire un giusto processo arbitrale¹ e la necessità di non pregiudicare l'efficienza e la celerità dei procedimenti², al fine di non inficiare uno dei maggiori profili di attrattività dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie transnazionali. Del vero, è tutt'altro che infrequente che arbitri internazionali si trovino a fronteggiare istanze ed eccezioni di parti recalcitranti che, facendo leva sull'esigenza di prevenire possibili violazioni dei principi del giusto processo, in realtà intendono unicamente minare (se non affossare)

¹ V., ad esempio, art. 18 Legge modello UNCITRAL; art. 816-*bis* cod. proc. civ.; art. 1510 cod. proc. civ. francese; art. 182(3) Legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 1042(1) cod. proc. civ. tedesco. Per quanto concerne i regolamenti arbitrali v. art. 17(1) Regole UNCITRAL (2010); art. 22(4) Regolamento CCI (2017) e artt. 2(3) e 8 Regolamento CAM (2019).

² La necessità di conciliare tali esigenze è esplicitata in modo esemplare nella disciplina inglese dell'arbitrato. Ai sensi dell'art. 33(1) English Arbitration Act, i tribunali arbitrali sono tenuti ad «act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent», ma devono anche «adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined».

il buon andamento del procedimento. Posto che le violazioni di fondamentali garanzie processuali costituiscono causa di nullità delle pronunce arbitrali³ e integrano uno dei motivi di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi ai sensi della Convenzione di New York⁴, è da rilevare come molto spesso il richiamo ai principi del giusto processo nella formulazione di mere richieste procedurali sia effettuato al solo scopo di far aleggiare sui tribunali arbitrali una spada di Damocle tale da farli sprofondare in un'autentica «due process paranoia»⁵. Lo scopo di questo contributo è verificare se, alla luce degli orientamenti della giurisprudenza italiana, tale «paranoia» sia effettivamente giustificata e se, eventualmente, possano essere individuati possibili «antidoti» o «rimedi» che consentano ai tribunali arbitrali di condurre e gestire i procedimenti con maggiore serenità.

2. Posta la fungibilità tra arbitrato rituale e giurisdizione ordinaria da tempo riconosciuta in Italia⁶, non sorprende affatto che una questione ampiamente dibattuta a livello dottrinale riguardi la possibile estensione ai giudizi arbitrali delle garanzie fondamentali che devono informare i processi statuali *ex art. 111 Cost.*⁷ ed *ex art. 6 CEDU*⁸.

³ Cfr. art. 829, 1° comma, n. 9, cod. proc. civ.; art. 34(2)(a)(ii) Legge modello UNCITRAL; art. 68(2)(a) English Arbitration Act; art. 1520(1)(4) cod. proc. civ. francese; art. 190(2)(d) Legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 1061 cod. proc. civ. tedesco; art. 24(b) Singapore International Arbitration Act.

⁴ Cfr. art. V(1)(b) Convenzione di New York (a cui fa eco l'art. 36(1)(a)(ii) Legge modello UNCITRAL).

⁵ V. BERGER, JENSEN, *Due Process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, *Arbitration International*, 2016, p. 415 ss. È evidente come la paranoia possa condurre a una paralisi del procedimento o, di converso, a lungaggini atte a generare un significativo aumento dei costi connessi al giudizio arbitrale.

⁶ Cassazione (sez. I civ.), 11 dicembre 2015 n. 25040; Cassazione (sez. un. civ.), 25 ottobre 2013 n. 24153; Corte costituzionale, 17 luglio 2013 n. 223; Corte costituzionale, 28 novembre 2001 n. 376.

⁷ Sul giusto processo civile ai sensi dell'art. 111 Cost. v. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile* (a

Benché varie siano le tesi prospettate al riguardo, ciò su cui si registra ampia convergenza è che alcune articolazioni del giusto processo⁹ valgono necessariamente anche in ambito arbitrale¹⁰. Vengono, in particolare, fatti rientrare nel novero di tali fondamentali garanzie il principio di terzietà/imparzialità dell'organo decidente¹¹, il principio del contraddittorio¹² quale necessario corollario del diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost.¹³ e della parità delle armi tra le parti¹⁴, l'obbligo di motivazione del lodo e il principio di ragionevole durata del procedimento¹⁵.

cura di Capponi e Verde), Napoli, 2002, pp. 29-30; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 2000, p. 1010 ss.

⁸ Per approfondimenti v. BENEDELLI, *Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience*, *Arbitration International*, 2015, p. 631; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista di diritto civile*, 1994, p. 453. Per una fondamentale sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto l'art. 6, 1° comma, CEDU applicabile anche ai tribunali arbitrali v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 3 aprile 2008, *Regent Company c. Ucraina*, ECLI:CE:ECHR:2008:0403, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 797.

⁹ Per l'idea che il giusto processo «sia una formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» v. Corte costituzionale, 24 aprile 1996, n. 131.

¹⁰ V., ad esempio, CARBONE, *Per una interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo*, *Rivista dell'Arbitrato*, 2015, p. 431; CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, *Rivista dell'Arbitrato*, 2002, p. 5 ss.

¹¹ Cfr. FAZZALARI, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, *Rivista dell'Arbitrato*, 1998, p. 4 ss.

¹² Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*², Padova, 2000, I, p. 17.

¹³ Sull'argomento v., in dottrina, LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*, *Rivista dell'Arbitrato*, 2015, p. 743; in giurisprudenza v. Cassazione (sez. III civ.), 29 novembre 2005, n. 26040; Corte costituzionale, 11 febbraio 1999 n. 26.

¹⁴ Sul principio della parità delle armi come portato processuale del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e come «uno degli essenziali principi alla base dello Stato di diritto» v. Corte costituzionale, 20 gennaio 2004 n. 24. Sull'argomento v. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 584.

¹⁵ Cfr. MARENGO, *Processo arbitrale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (a cura di Fazzalari), Milano, 2006, p. 132.

Poiché la presente indagine mira a investigare l'incidenza dei principi del giusto processo sull'articolazione e sullo svolgimento del procedimento arbitrale, la nostra attenzione volgerà sui vizi che – in tale contesto – possono inficiare il contraddittorio, quale «strumento volto a garantire la parità delle parti ed il diritto di difesa»¹⁶ e quale limite invalicabile posto dall'art. 816-*bis*, 1° comma, cod. proc. civ. all'autonomia privata e al potere discrezionale degli arbitri nel contesto di arbitrati (*ad hoc* o amministrati, domestici o internazionali) con sede in Italia¹⁷. Data la prospettiva empirica da cui si procede, segnatamente, si darà conto degli orientamenti della giurisprudenza italiana – emersi nell'ambito di giudizi di impugnazione per nullità e di giudizi di opposizione al decreto di declaratoria di efficacia di lodi stranieri – in merito alla regolarità del procedimento arbitrale con riguardo a tale fondamentale principio.

¹⁶ Cfr. BERGAMINI, *Ricusaione giudiziale e ricusaione «amministrata» dell'arbitro*, *Rivista dell'arbitrato*, 2010, p. 280.

¹⁷ Come sottolineato dalla giurisprudenza, il ruolo centrale del consenso anche per quanto concerne le forme processuali incontra «il limite delle norme di ordine pubblico che fissano i principi cardine del processo, di rango costituzionale, tra cui il principio del contraddittorio. A tali regole deve in ogni caso prestare ossequio la determinazione negoziale delle forme del processo arbitrale e la loro violazione è comunque sindacabile in sede di impugnazione per nullità del lodo a prescindere dalla volontà iniziale delle parti; il processo arbitrale ha, quindi, matrice nell'autonomia delle parti, esercitata in via diretta oppure indiretta, attraverso il mandato conferito agli arbitri, ma, come per tutte le manifestazioni convenzionali, l'ordinamento dello Stato offre ad esso una libertà di contenuti e di effetti giuridici non oltre la soglia delle disposizioni imperative e inderogabili, le quali invalidano una volontà contrastante. Quindi, la volontà delle parti potrà modellare, direttamente o indirettamente, il processo arbitrale ma essa incontrerà un limite invalicabile nella necessità di adeguare al principio del contraddittorio le forme offerte all'acquisizione degli elementi della decisione. Detto in altri termini, tanto nella ipotesi in cui siano state stabilite, quanto in quella in cui non siano state stabilite dalle parti o dagli arbitri le regole da seguire nel procedimento, devono essere osservate le norme di ordine pubblico processuale e i principi da queste espresse, tra cui quello del contraddittorio. Così, il procedimento arbitrale assume le forme necessarie di un processo, ovvero del procedimento destinato a concludersi in un atto finale efficace per la parte, soltanto se questa ha avuto l'opportunità di influenzarne i contenuti con la propria attività difensiva» [Cassazione (sez. I civ.), 31 gennaio 2007 n. 2201].

3. La centralità del principio del contraddittorio nella disciplina italiana dell'arbitrato rituale¹⁸ emerge chiaramente dal combinato disposto dell'art. 816-*bis* e dell'art. 829, 1° comma, n. 9, cod. proc. civ.

La prima norma, enunciando il principio della libertà delle forme quale caratteristica dei procedimenti arbitrali, erge il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa a garanzie processuali minime; la seconda sanziona l'inosservanza del principio del contraddittorio con la nullità del lodo, cristallizzando il principio – già affermato da giurisprudenza risalente – per cui l'arbitrato è nullo qualora gli arbitri non abbiano assicurato nello svolgimento del giudizio il diritto di difesa delle parti in un contesto di dialettica tra le stesse¹⁹.

Alla luce di quest'orizzonte normativo non sorprende affatto che in Italia la maggioranza delle pronunce concernenti supposte violazioni del contraddittorio nell'ambito di procedimenti arbitrali siano state rese nel contesto di giudizi di impugnativa di pronunce arbitrali. Sebbene le decisioni in questione riguardino lodi «domestici», esse appaiono nondimeno significative anche rispetto all'arbitrato internazionale, visto il regime monistico che caratterizza l'ordinamento italiano dall'entrata in vigore della legge di riforma del 2006²⁰.

La prima impressione che si trae da un'analisi della giurisprudenza italiana in materia è quella di un drastico cambiamento di rotta²¹. Mentre l'indirizzo più risalente si limitava ad una verifica

¹⁸ Per la particolare connotazione del principio del contraddittorio (cfr. art. 808-*ter*, 2° comma, n. 5, cod. proc. civ.) nel contesto dell'arbitrato irrituale cfr. Cassazione (sez. I civ.), 8 settembre 2004 n. 18049.

¹⁹ Cassazione (sez. I civ.), 11 gennaio 1988 n. 64; Cassazione (sez. un. civ.), 29 settembre 1964 n. 2475; Cassazione (sez. un. civ.), 17 febbraio 1962 n. 323.

²⁰ Come noto, l'unica breccia all'unitarietà della disciplina è rappresentata dall'art. 830, 2° comma, cod. proc. civ., che, per quanto concerne gli arbitrati internazionali con sede in Italia, subordina il giudizio rescissorio a un'esplicita pattuizione sul punto nella convenzione arbitrale o a una richiesta congiunta delle parti.

²¹ LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*, cit., p. 743.

formale del rispetto del contraddittorio volta ad appurare che – in conformità al previgente art. 816, 3° comma, cod. proc. civ.²² – il tribunale arbitrale avesse assegnato alle parti termini per presentare documenti, memorie e successive repliche all'esito dell'attività istruttoria²³, l'orientamento più recente privilegia un approccio di carattere funzionale volto ad accertare che il principio del contraddittorio sia stato in concreto osservato al di là di ogni formalismo²⁴.

In conformità a tale indirizzo, ciò che rileva ai fini della nullità del lodo, è che il vizio procedurale – che si pone come vizio di attività e non come vizio formale – si sia concretato in un'effettiva menomazione del diritto di difesa²⁵ o in una concreta compressione del principio della parità delle armi²⁶.

²² Tale norma imponeva agli arbitri di assegnare in ogni caso «alle parti i termini per presentare documenti e memorie, e per esporre le loro repliche».

²³ Cassazione (sez. I civ.), 29 ottobre 1968 n. 3614; Cassazione (sez. I civ.), 17 marzo 1960 n. 540; Cassazione (sez. I civ.), 26 marzo 1956 n. 919; Cassazione (sez. I civ.), 15 ottobre 1954 n. 3732; Cassazione (sez. I civ.), 14 marzo 1953 n. 611.

²⁴ Come significativamente chiarito dalla Suprema Corte, «la questione della violazione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto il profilo della violazione, sul piano formale, di una prescrizione preordinata alla realizzazione di tale principio, ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva lesione della possibilità di dedurre e di contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte» [Cassazione (sez. I civ.), 8 gennaio 2014 n. 131]. Tale mutamento di prospettiva, peraltro, è andato di pari passo con l'evoluzione normativa, posto che l'art. 816-*bis* cod. proc. civ., introdotto dal D.Lgs. n. 40/2006 e applicabile a tutti i procedimenti nei quali la domanda di arbitrato sia stata proposta successivamente al 2 marzo 2006 (data di entrata in vigore del predetto decreto), accoglie indubbiamente un'accezione ampia e dinamica del principio del contraddittorio conforme ai dettami costituzionali: cfr. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*, *Rivista dell'arbitrato*, 2015, p. 97.

²⁵ Cassazione (sez. I civ.), 23 febbraio 2016 n. 3481; Cassazione (sez. I civ.), 16 novembre 2015 n. 23402; Cassazione (sez. I civ.), 24 luglio 2013 n. 17990; Cassazione sent. n. 2201/2007, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 1° febbraio 2005 n. 1988; Cassazione (sez. II civ.), 24 maggio 2004 n. 6808; Cassazione (sez. I civ.), 23 gennaio 2000 n. 8540.

²⁶ Cassazione (sez. I civ.), 27 dicembre 2016 n. 28660; Cassazione sent. n. 3481/2016, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 25 gennaio 2016 n. 1258.

Come univocamente affermato dalla giurisprudenza, il principio del contraddittorio deve realizzarsi nella sua piena effettività non solo al momento dell'instaurazione del giudizio²⁷, ma durante l'intero svolgimento del procedimento arbitrale²⁸, e va riferito non solo agli atti, ma a tutte quelle attività del processo che devono svolgersi su un piano di paritaria difesa delle parti²⁹, e impone agli arbitri di consentire alle parti di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo – anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione³⁰ –, nonché di svolgere la propria attività assertiva e deduttiva e di prendere visione in tempo utile delle istanze e delle richieste avversarie³¹. Poiché l'arbitrato rituale si connota come processo e tali garanzie sono connaturate alla nozione stessa di processo³², la loro valenza nel contesto della giustizia privata va considerata in *re ipsa* alla luce degli artt. 2, 3 e 24 Cost., dell'art. 6 CEDU³³ e, secondo parte della giurisprudenza, dell'art. 101 cod. proc. civ.³⁴.

Per quanto concerne i parametri utilizzati dalla giurisprudenza al fine di verificare la regolarità del procedimento arbitrale sotto questo particolare profilo, è degno di nota osservare come le pro-

²⁷ Nel senso che la mancata notifica della domanda di arbitrato impedisca l'instaurazione del procedimento arbitrale rituale e determini la nullità, per violazione del contraddittorio, del lodo v. Cassazione (sez. I civ.), 14 settembre 2012 n. 15445.

²⁸ Cassazione (sez. II civ.), 21 settembre 2001 n. 11936; Cassazione (sez. I civ.), 2 febbraio 2001 n. 1496.

²⁹ Cassazione sent. n. 17990/2013, cit.; Cassazione sent. n. 2201/2007, cit.

³⁰ Cassazione (sez. II civ.), 26 maggio 2015 n. 10809.

³¹ Cassazione (sez. I civ.), 16 maggio 2000 n. 6288.

³² ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018, p. 47; CARPI, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, *Rivista dell'Arbitrato*, 2002, p. 188 ss. In giurisprudenza v. Cassazione (sez. I civ.), 27 ottobre 2004 n. 20828.

³³ Cassazione (sez. I civ.), 2 dicembre 2015 n. 24558; Cassazione (sez. I civ.), 1 aprile 2011 n. 7574; Cassazione sent. n. 18049/2004, cit.

³⁴ Cassazione (sez. I civ.), 6 ottobre 2008 n. 24633; Cassazione (sez. I civ.), 7 febbraio 2007 n. 2717; Cassazione (sez. I civ.), 3 maggio 2004 n. 8320; Cassazione (sez. I civ.), 4 luglio 2000 n. 8937; Cassazione (sez. I civ.), 14 febbraio 2000 n. 1620.

nunce esaminate privilegino un accertamento di carattere fattuale che prescinde dalla valorizzazione delle regole processuali proprie del codice di rito³⁵. Posto che il procedimento arbitrale è ispirato alla libertà delle forme e ciò comporta che gli arbitri non siano tenuti all'osservanza di regole predeterminate – a meno che le parti non vi abbiano fatto esplicito richiamo³⁶, anche attraverso la scelta di un arbitrato amministrato, nell'esercizio della propria autonomia privata³⁷ –, il riferimento a specifiche norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione è escluso³⁸. Alla

³⁵ Cassazione (sez. I civ.), 28 febbraio 2014 n. 4808; Cassazione (sez. I civ.), 19 gennaio 2011 n. 3917; Cassazione (sez. I civ.), 7 marzo 2007 n. 5274; Cassazione sent. n. 2717/2007, cit.; Cassazione sent. n. 8320/2004, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 21 luglio 2000 n. 9583; Cassazione sent. n. 8937/2000, cit.; Cassazione sent. n. 1620/2000, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 21 settembre 1999 n. 10192; Cassazione (sez. I civ.), 17 dicembre 1993 n. 12517.

³⁶ Del vero, è assai raro che le parti si avvalgano del potere di regolamentare il procedimento arbitrale. Ciò perché, come correttamente rilevato dalla dottrina, «è difficile regolare in via generale e astratta le regole del procedimento per tutte le liti future che possano nascere da una clausola compromissoria, che meglio si adattano a essere tagliate sul caso concreto. Né è frequente che le parti usino, a lite già insorta, della facoltà loro lasciata dall'art. 816-*bis* cod. proc. civ. di dettare comunque regole per il procedimento con atto scritto separato anteriore all'inizio del procedimento stesso, proprio perché il concretizzarsi della controversia rende difficile l'accordo anche sulle modalità del rito da seguire, che meglio possono essere delineate dagli arbitri pur nel contraddittorio con le parti» (SALVANESCHI, *Procedimento arbitrale: via libera agli arbitri sui termini preteritori*, *Corriere Giuridico*, 2016, p. 1273-1274, *sub* nota 2).

³⁷ Per la specificazione per cui la definizione della disciplina procedurale a opera delle parti possa anche intervenire successivamente all'inizio del procedimento arbitrale, laddove vi sia l'assenso degli arbitri, v. Cassazione sent. n. 23402/2015, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 4 maggio 2011 n. 9761. Come chiarito dalle sentenze citate, il fatto che l'art. 816-*bis* cod. proc. civ. richieda che le parti stabiliscano «nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato» opera a beneficio degli arbitri «affinché possano conoscere, prima di accettare l'incarico, le regole procedurali che saranno chiamati ad applicare» e «ha carattere dispositivo e derogabile con il consenso degli interessati» [Cassazione sent. n. 9761/2011, cit.].

³⁸ Cassazione sent. n. 3917/2011, cit.; Cassazione sent. n. 5274/2007, cit. In dottrina v. BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 57 ss.

luce di tale approccio, sono state coerentemente rigettate impugnative di nullità di lodi fondate sulla mancata osservanza di specifici termini posti dal codice di rito³⁹, del regime delle preclusioni di cui al medesimo codice⁴⁰ o di altre regole che disciplinano i giudizi ordinari⁴¹, a fronte di una puntuale verifica circa il mancato pregiudizio del soccombente rispetto alla possibilità di articolazione delle proprie difese. Si è così ritenuto che una nuova domanda⁴² o un'*emendatio libelli*⁴³ asseritamente tardive e l'utilizzazione in giudizio di un documento non prodotto ritualmente in causa non inficiassero la validità del lodo⁴⁴, laddove non avessero determinato una concreta compressione delle facoltà difensive della parte impugnante.

4. Da un'analisi della prassi giurisprudenziale in merito all'art. 829, 1° comma, n. 9, cod. proc. civ. si evince che in un rilevante numero di casi le violazioni del contraddittorio addotte a motivo di impugnazione del lodo vengano imputate a determinazioni procedurali assunte dagli arbitri nell'esplicazione del proprio potere di conduzione del procedimento⁴⁵.

³⁹ Appello Roma, 8 settembre 2011 (in merito a un'asserita violazione dell'art. 163 *bis* cod. proc. civ., in Banca dati Leggi d'Italia).

⁴⁰ Cassazione (sez. I civ.), 4 giugno 2014 n. 12543; Cassazione (sez. I civ.), 5 luglio 2012 n. 11271; Cassazione sent. n. 2717/2007, cit.; Cassazione sent. n. 5274/2007, cit.

⁴¹ Cassazione sent. n. 4808/2014, cit., che ha escluso che la violazione dell'art. 91 disp. att. cod. proc. civ. potesse inficiare la validità del lodo posto che vi era stata regolare comunicazione dell'inizio delle operazioni peritali ai difensori delle parti e il consulente della parte impugnante avrebbe potuto essere informato di tali operazioni dal difensore della medesima.

⁴² Cassazione sent. n. 24633/2008, cit.

⁴³ Cassazione sent. n. 28660/2016, cit.

⁴⁴ Cassazione sent. n. 10809/2015, cit.

⁴⁵ Come noto, la regolamentazione del procedimento è rimessa agli arbitri solo in via sussidiaria in quanto opera esclusivamente laddove le parti non abbiano fornito loro univoche indicazioni al riguardo, attraverso pattuizioni specifiche o attraverso un richiamo ai regolamenti di un'istituzione arbitrale. Ai sensi dell'art. 816-*bis* cod. proc. civ. le parti possono stabilire le norme che gli arbitri devono

È evidente che nelle ipotesi considerate i giudici del gravame siano tenuti a operare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di garanzia del giusto processo e il riconoscimento della discrezionalità degli arbitri che – negli spazi non riempiti dall'autonomia privata e dalle regole procedurali – agiscono quali «masters of the proceedings»⁴⁶; è del pari evidente che il punto d'equilibrio individuato dalle corti al riguardo sia indicativo del grado di apertura dell'ordinamento rispetto alla flessibilità che ontologicamente caratterizza i procedimenti arbitrali.

Ebbene, al riguardo, la giurisprudenza italiana appare granitica nell'affermare che gli arbitri godano di un'ampia libertà nel decidere la struttura e l'articolazione del giudizio⁴⁷, ma tale libertà non possa essere esercitata in spregio alla funzionalità del procedimento⁴⁸ o in modo da ledere la fondamentale garanzia del contraddittorio⁴⁹. Ciò che appare significativo, ai fini della nostra indagine, è che i giudici chiamati a tratteggiare i contorni del contraddittorio quale argine alla discrezionalità degli arbitri tendenzialmente adottino un approccio restrittivo, volto a delineare una nozione di con-

osservare nel procedimento solo anteriormente all'inizio del giudizio arbitrale; come già rilevato, tuttavia, tale limite temporale è posto nell'interesse degli arbitri e, pertanto, essi possono decidere di osservare anche regole procedurali dettate dalle parti in un momento successivo [Cassazione sent. n. 23402/2015, cit.; Cassazione sent. n. 9761/2011, cit.].

⁴⁶ KURKELA, TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*², New York, 2010, p. 94. Il potere discrezionale degli arbitri è riconosciuto dagli artt. 19(2) e 24(2) Legge modello UNCITRAL e da una pluralità di legislazioni nazionali: v., ad esempio, art. 182(2) Legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 34(1) English Arbitration Act; artt. 1464(2) e 1509(2) cod. proc. civ. francese; art. 1042(4) cod. proc. civ. tedesco; art. 1036 cod. proc. civ. olandese; art. 598 cod. proc. civ. austriaco.

⁴⁷ Cassazione (sez. I civ.), 14 febbraio 2000 n. 1608; Cassazione sent. n. 64/1988, cit.

⁴⁸ Cassazione sent. n. 23402/2015, cit.

⁴⁹ Cassazione sent. n. 23402/2015, cit.; Cassazione sent. n. 4808/2014, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 12 gennaio 2006 n. 473; Cassazione sent. n. 18049/2004, cit.; Cassazione sent. n. 8320/2004, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 8 aprile 2004 n. 6950; Cassazione (sez. I civ.), 26 marzo 2004 n. 6069.

traddittorio di «contenuto minimo»⁵⁰ e preordinato a sanzionare solo fragranti e comprovate violazioni dello stesso⁵¹.

A tale stregua si è, ad esempio, escluso che l'omessa fissazione di un'udienza di discussione e di precisazione delle conclusioni e la pronuncia del lodo immediatamente dopo la chiusura dell'istruzione configurassero di per sé una violazione del contraddittorio⁵², richiedendosi a tal fine che alle parti fosse stata effettivamente inibita la possibilità di esaminare e analizzare le prove, specificare le istanze conclusive ed esplicitare le rispettive difese (anche oralmente e informalmente)⁵³. Similmente, si è ritenuto che, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, non comportassero una

⁵⁰ Per questa espressione v. LAUDISA, *L'arbitrato e il principio del contraddittorio*, *Il giusto processo civile*, 2007, p. 386.

⁵¹ Nel senso che «il limite del rispetto del principio del contraddittorio va opportunamente adattato al giudizio arbitrale» cfr. Cassazione (sez. I civ.), 4 aprile 2018 n. 8331.

⁵² Cassazione sent. n. 23402/2015, cit.; Cassazione sent. n. 1988/2005, cit.

⁵³ Cassazione sent. n. 20828/2004, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 22 aprile 2001 n. 5498; Cassazione sent. n. 8540/2000, cit.: «al riguardo, in particolare, va considerato che, ove siano stati concessi alle parti – subito dopo la formulazione dei quesiti o contestualmente a questi – termini per note e repliche, deve ritenersi che esse in tal modo siano state poste in condizione di formulare ogni loro richiesta, istruttoria e di merito, cosicché gli arbitri, ove intendano decidere allo stato degli atti, non sono tenuti a concedere alcun ulteriore termine per note, né a disporre alcuna altra forma di contraddittorio orale della causa. Viceversa, ove successivamente vengano assunte prove testimoniali o esperite consulenze tecniche, o altri incumbenti istruttori, il rispetto del principio del contraddittorio – inteso quale diritto ad espletare compiute difese in contraddittorio – esige che le parti, oltre ad essere poste in condizione di partecipare alle prove, ed ove siano acquisite prove documentali, di esaminarle, siano anche poste in grado di svolgere le proprie difese conclusive, in relazione alla istruttoria compiuta, discutendone i risultati in contraddittorio ed eventualmente formulando nuove istanze. Il diritto a svolgere tali ulteriori difese non comporta, peraltro, necessariamente la concessione di un nuovo termine per memorie, ancorché questa debba ritenersi la forma normale per garantirne l'esercizio, essendo essenziale, al fine di evitare la nullità del lodo, unicamente che le parti siano state rese edotte che gli arbitri ritenevano chiusa l'istruttoria ed abbiano comunque avuto modo di esplicitare – ancorché in concreto non abbiano ritenuto di farlo, rinunziandovi in modo chiaro ed univoco – la loro attività difensionale conclusiva, al termine dell'attività istruttoria, anche oralmente ed informalmente, ovvero in apposita udienza di discussione».

violazione del contraddittorio la concessione di termini brevi (8 giorni) per le memorie di replica⁵⁴, la mancata concessione di termini per proporre repliche a seguito dello svolgimento dialettico di deduzioni e controdeduzioni⁵⁵ o, ancora, la scelta degli arbitri di articolare in più luoghi il deposito delle memorie, per assicurare a tutte le parti e ai componenti del collegio un adeguato «spatium deliberandi»⁵⁶ oppure la fissazione, da parte degli arbitri, di un'unica udienza per la precisazione delle conclusioni e il deposito delle comparse conclusionali, ossia per l'illustrazione delle conclusioni, con fissazione di un ulteriore termine per il deposito da entrambe le parti delle memorie di replica⁵⁷.

Analogo approccio è rinvenibile rispetto alla fase istruttoria. In ossequio al principio della libertà delle forme che ispira il procedimento arbitrale si è, ad esempio, ritenuto che il principio del contraddittorio non potesse considerarsi inosservato per il fatto che gli arbitri avessero ammesso una deposizione scritta in lingua straniera e tradotta solo parzialmente, allorché ciò non avesse determinato una compressione sostanziale del diritto di difesa dell'impugnante⁵⁸. Allo stesso modo si è negato che una lesione di tale garanzia fosse ravvisabile in un caso in cui il tribunale arbitrale aveva ammesso ed espletato una prova testimoniale richiesta dalla parte in una memoria istruttoria tardivamente depositata, senza concedere all'altra parte un termine per formulare controdeduzioni o per un differimento, posto che il difensore della parte soccombente

⁵⁴ Cassazione sent. n. 3481/2016, cit.

⁵⁵ Cassazione sent. n. 1608/2000, cit.

⁵⁶ Cassazione sent. n. 473/2006, cit.

⁵⁷ Cassazione sent. n. 131/2014, cit.: «rimane, quindi, la denuncia della concentrazione in un unico momento processuale, della precisazione delle conclusioni e della loro illustrazione: tale modalità di svolgimento del procedimento arbitrale, in quanto stabilita, negli stessi termini, per entrambe le parti, di certo non viola il principio del contraddittorio, tanto più che nella specie gli arbitri avevano fissato, sempre per tutti i difensori, un ulteriore termine per il deposito delle memorie di replica, così consentendo a ciascuna parte di proporre tutte le eccezioni e le difese del caso. Vale bene richiamare, per completezza di esposizione, l'orientamento di questa Corte secondo cui la mancata fissazione di un'udienza per la precisazione delle conclusioni non costituisce, di per sé, causa di nullità».

⁵⁸ Appello Firenze, 14 giugno 2012, n. 836, in Banca dati Leggi d'Italia.

aveva partecipato all'udienza di assunzione della prova e in tale sede non si era opposto al suo espletamento⁵⁹. Del pari, si è stabilito che la garanzia dell'effettiva attuazione del principio del contraddittorio non postuli la necessità dell'ammissione di una prova testimoniale, della riconvocazione del consulente tecnico a chiarimenti e della fissazione di una nuova udienza per discutere detti incombenzi probatori, in quanto la valutazione preventiva sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle prove richieste si fonda su logiche di razionalità e di economia processuale che vanno liberamente apprezzate dagli arbitri⁶⁰.

Chiarito quanto sopra, va comunque rilevato che in alcune rare occasioni la giurisprudenza ha ritenuto che l'esercizio del (sussidiario) potere discrezionale degli arbitri nella conduzione del procedimento abbia concretamente leso la fondamentale garanzia del contraddittorio. In una rilevante pronuncia, ad esempio, la Suprema Corte ha riconosciuto che gli arbitri possano scandire i tempi del giudizio arbitrale stabilendo termini per l'articolazione di deduzioni e la proposizione di istanze istruttorie a pena di decadenza⁶¹, ma la perentorietà degli stessi deve essere chiaramente dichiarata o comunque esplicitata alle parti secondo modalità e tempistiche congrue⁶². Poiché, nel caso di specie, gli arbitri non avevano assolto a tale onere informativo e avevano nondimeno dichiarato parte soccombente decaduta dalla facoltà di proporre quesiti e istanze istruttorie alla luce del mancato rispetto dei termini fissati dal tribunale, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la condotta censurata avesse concretamente pregiudicato il diritto di difesa di una parte processuale.

5. Da un'analisi della giurisprudenza italiana emerge che talvol-

⁵⁹ Cassazione sent. n. 3917/2011, cit.

⁶⁰ Cassazione sent. n. 11936/2001, cit.

⁶¹ Sul dibattito dottrinale circa la possibilità che gli arbitri stabiliscano termini perentori v. SALVANESCHI, *Procedimento arbitrale: via libera agli arbitri sui termini perentori*, cit., p. 1274 e autori *ivi* citati.

⁶² Cassazione (sez. I civ.), 21 gennaio 2016 n. 1099.

ta la declaratoria di nullità *ex art.* 829, 1° comma, n. 9, cod. proc. civ. non sia invocata alla luce delle particolari modalità di conduzione del procedimento da parte degli arbitri, ma venga richiesta in quanto il lodo si fonda su questioni rilevate d'ufficio dagli arbitri e non sottoposte al preventivo vaglio delle parti.

Circa la possibile nullità di decisioni a sorpresa o «della terza via»⁶³ anche in ambito arbitrale⁶⁴ appare significativa, ad esempio, una recente pronuncia della Corte di Cassazione⁶⁵, che ha cassato con rinvio una sentenza della Corte d'appello di Firenze la quale, nell'ambito di un giudizio di impugnazione, non aveva dichiarato la nullità di un lodo per violazione del contraddittorio e del diritto di difesa nonostante la pronuncia censurata muovesse da un presupposto (l'inefficacia del contratto) che, oltre a non essere mai stato oggetto di discussione processuale, era peraltro smentito dal tenore delle domande delle parti⁶⁶.

⁶³ Per approfondimenti sulla questione per quanto concerne il processo civile v. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile, allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, *Corriere giuridico*, 2010, p. 355 ss.; RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 750 ss.

⁶⁴ Sul tema si veda, da ultimo VILLA, *Arbitrato e decisione «della terza via»*, *Giurisprudenza arbitrale*, 2018, p. 241. Nella giurisprudenza straniera v. Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 19 giugno 2019, 4A_628/2018, disponibile alla pagina web: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-628-201>; Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 26 aprile 2016, 4A_342/2015, disponibile alla pagina web: <https://www.bger.ch>; Cour de cassation (Corte di Cassazione francese), 29 giugno 2011, n. 10-23321, *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 680; Cour de cassation (Corte di Cassazione francese), 14 marzo 2006, n. 03-19.764, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 653. Con riguardo alla giurisprudenza ICSID, v. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, Decisione sull'annullamento (I), 3 maggio 1985, ICSID Case No. ARB/81/2 para. 89 ss.; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Decisione sull'annullamento, 8 luglio 2013, ICSID Case No. ARB/06/18, para. 35 ss.

⁶⁵ Cassazione (sez. I civ.), 27 settembre 2018 n. 23325.

⁶⁶ A parere dei giudici di legittimità il fatto che le parti avessero agito in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento indicava che esse muovevano dalla considerazione che il contratto fosse valido.

Un'ulteriore ipotesi di violazione del contraddittorio è stata altresì riscontrata – in un caso di mancata osservanza della regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – allorché gli arbitri si siano pronunciati su una domanda avente presupposti di fatto/di diritto e contenuto diversi dalla domanda proposta in giudizio⁶⁷; nel caso di specie il tribunale arbitrale aveva accertato l'intervenuta risoluzione del contratto *ex art.* 1456 c.c., omettendo di valutare se ci fossero gli estremi per emettere una pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, così come richiesto da parte soccombente⁶⁸.

6. Posto che il principio del contraddittorio attiene all'ordine pubblico⁶⁹ e rappresenta il vero crisma di legittimità del procedimento stesso⁷⁰, appare perfettamente logico che le parti non possano rinunciare *ex ante* alla possibilità di impugnare il lodo per violazione di tale fondamentale e inderogabile garanzia processuale (art. 829, 1° comma, cod. proc. civ.)⁷¹.

⁶⁷ Cassazione (sez. I civ.), 7 febbraio 2006 n. 2599.

⁶⁸ Per la tesi secondo cui la nullità del lodo possa essere dichiarata solo laddove gli arbitri abbiano deciso d'ufficio – senza sollecitare il contraddittorio tra le parti – una questione di fatto e non una questione di mero diritto cfr. Appello Milano, 16 agosto 2018, *Giurisprudenza arbitrale*, 2018, p. 239.

⁶⁹ Appello Milano, 12 luglio 2019, n. 3123, disponibile alla pagina web: <https://www.arbitratoitalia.it/wp-content/uploads/2019/07/app-mi-3123-19.pdf>; Cassazione sent. n. 23325/2018, cit.; Cassazione sent. n. 1099/2016, cit.; Cassazione sent. n. 4808/2014, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 10 luglio 2013 n. 17099; Cassazione sent. n. 24633/2008, cit.; Cassazione (sez. I civ.), 31 gennaio 2007 n. 2.

⁷⁰ Cassazione sent. n. 1099/2016, cit.

⁷¹ Appello Torino, 30 giugno 2009, n. 946, ined. Stessa conclusione, ovviamente, dovrebbe trarsi nel caso in cui le parti abbiano convenuto di sottoporsi a un arbitrato amministrato condotto sulla base di regole processuali che escludono l'impugnabilità del lodo: v. art. 35(6) Regolamento CCI (2017). In giurisprudenza, sulla valenza del rinvio al Regolamento CCI quale valida rinuncia all'impugnabilità del lodo *per errores in iudicando* v. – con riguardo al previgente art. 829, 2° comma cod. proc. civ. che prevedeva l'ammissibilità dell'impugnazione per violazione di regole di diritto salvo rinuncia delle parti – Appello Milano, 31 luglio 2019, n. 3123, disponibile alla pagina web: <https://www.arbitratoitalia.it/wp-content/uploads/2019/07/app-mi-3123-19.pdf>.

Diverso, di contro, è il discorso laddove le parti, nel corso del giudizio arbitrale, non abbiano tempestivamente rilevato, pur avendo avuto la possibilità di farlo, vizi di atti del procedimento che abbiano inficiato il contraddittorio. Alla luce del disposto dell'art. 829, 2° comma, cod. proc. civ.⁷² si potrebbe argomentare che la preclusione ivi sancita valga anche per lo scenario considerato⁷³. L'effettiva applicabilità di tale norma all'ipotesi in esame, tuttavia, va valutata alla luce del disposto dell'art. 829, 3° comma, cod. proc. civ., che prevede in «ogni caso» l'impugnabilità delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.

Ebbene, seppure la nozione di ordine pubblico non sia riferibile esclusivamente alla sua dimensione sostanziale ma vada considerata inclusiva del cd. ordine pubblico processuale⁷⁴, pare possibile sostenere che il mancato tempestivo rilievo del vizio processuale riscontrato determini una sanatoria della nullità dell'atto viziato⁷⁵,

⁷² Ai sensi di tale norma «la parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo». In senso analogo v., ad esempio, art. 4 Legge Modello UNCITRAL; art. 1466 cod. proc. civ. francese; art. 76 English Arbitration Act; art. 1024 cod. proc. civ. tedesco.

⁷³ Nel senso della derogabilità della garanzia del contraddittorio laddove vi sia «una concorde volontà successiva delle parti» v. Cassazione sent. n. 23402/2015, cit.; in tale pronuncia i giudici di legittimità hanno confermato la sentenza della Corte d'appello impugnata, che aveva respinto le doglianze di nullità del lodo per violazione del contraddittorio in un caso in cui le parti avevano stabilito che il procedimento si snodasse in più udienze istruttorie e non avevano formulato richieste di discussione o di termine per memorie conclusionali, ritenendo che le parti stesse avessero accettato che il procedimento «passasse in decisione» con l'udienza nella quale venne fissato ed effettivamente svolto il sopralluogo, alla presenza dei difensori tecnici di esse.

⁷⁴ In questo senso v. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrato – Commentario*³ (diretto da Carpi), cit., p. 943; in giurisprudenza v. Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 29 maggio 2015, 4A_633/2014, disponibile alla pagina web: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-229%3Ade&lang=de&type=show_document.

⁷⁵ Appello Milano, 1° luglio 2014, *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 172 ss.; nel caso di specie i giudici meneghini hanno ritenuto inammissibile l'impugnativa per nullità proposta alla luce del fatto che la parte soccombente non avesse ecce-

tranne che nei casi in cui la violazione assuma contorni così gravi da compromettere l'integrità dell'intero processo arbitrale⁷⁶.

7. Per quanto concerne la verifica della regolarità del procedimento arbitrale rispetto alla garanzia del contraddittorio e del diritto alla difesa nell'ambito dei giudizi di opposizione al decreto di declaratoria di efficacia di lodi stranieri, è interessante osservare come la scarsa giurisprudenza italiana sul motivo di diniego del riconoscimento di cui all'art. V(1)(b) della Convenzione di New York (corrispondente all'art. 840, 3° comma, n. 2, cod. proc. civ.) rilevi un approccio parimenti restrittivo⁷⁷, che appare conforme al

pito nel corso del procedimento la mancata enunciazione da parte degli arbitri – autorizzati dalle parti a decidere secondo equità – dei criteri generali ai quali si sarebbero attenuti nel formulare il loro giudizio. In senso critico v., però, MARI-NUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello*, *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 179: l'autrice non ritiene che «l'ammissibilità dell'impugnazione fondata sul motivo di impugnazione della violazione del principio del contraddittorio sia subordinata alla preclusione sancita nell'art. 829, 2° comma cod. proc. civ.; e ciò in ragione della natura assoluta delle nullità cui tale violazione dà luogo». Sul punto v., altresì, Cassazione sent. n. 23402/2015, cit. Nella giurisprudenza straniera v. Bundesgerichtshof (Corte di Cassazione tedesca), 2 maggio 2017, I ZB 1/16 3Ob221/04b, *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2017, p. 319 ss.

⁷⁶ GARGIULO, *Libertà di forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 119, secondo la quale è necessario «distinguere le violazioni così gravi da inficiare inevitabilmente l'intero giudizio arbitrale, che danno luogo ad una nullità assoluta ed insanabile del lodo, dalle lesioni del diritto di difesa delle parti che, risolvendosi nella sola nullità formale di uno o più atti del procedimento, giustificano l'operatività della clausola generale di sanatoria delle nullità processuali». Per tale soluzione v., in giurisprudenza, Cour d'Appel (Appello) Paris, 2 aprile 2019, n. 16/24358, disponibile alla pagina web: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10459.pdf>.

⁷⁷ Tale *self-restraint* da parte delle corti italiane appare perfettamente coerente con il *favor arbitrati* che ispira la Convenzione di New York e che dovrebbe condurre i giudici nazionali a promuovere il più possibile la circolazione dei lodi: v. Cassazione (sez. I civ.), 7 giugno 1995 n. 6426. Per approfondimenti sul cd. *pro-enforcement bias* che caratterizza la Convenzione di New York v. BORN, *International Commercial Arbitration*², The Hague, 2014, p. 3412 ss.; VAN DER BERG, *The New York Arbitration Convention*, The Hague, 1981, p. 267.

trend rilevabile in altre giurisdizioni⁷⁸. Per quanto di interesse ai fini della nostra analisi⁷⁹ le pronunce rinvenibili al riguardo, lungi dal procedere a una verifica circa la compatibilità delle scelte operate dagli arbitri nel definire e nello scandire l'articolazione del giudizio rispetto alle guarentigie processuali poste dalla *lex fori*, dalla *lex arbitri* o delle regole procedurali applicabili⁸⁰, impongono alla parte che si oppone al riconoscimento e all'esecuzione di provare che essa sia stata posta in una condizione di oggettiva ed effettiva impossibilità di esercitare il proprio diritto di difesa⁸¹.

Anche in tale contesto, a uno scrutinio di carattere formale, volto ad accertare eventuale violazioni di termini e disposizioni dettati

⁷⁸ V., ad esempio, United States District Court, Eastern District of Louisiana, 14 marzo 2001, *Consortio Rive, SA de CV (Mexico) v. Briggs of Cancun, Inc.*, disponibile alla pagina web: <http://newyorkconvention1958.org>; United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 marzo 2004, *KarabaBodas Co LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274; *In Minmetals Germany GmbH v Ferco Steel Ltd* [1999], 1 All ER (Comm) 315. Sul tema, in dottrina, cfr. TUCCILLO, *La Section 21 dell'Arbitration Act del 1996: un nuovo ruolo per l'umpire?*, *Rivista dell'arbitrato*, 2010, p. 357.

⁷⁹ Vista la particolare prospettiva da cui il presente contributo muove non verrà, in questa sede, presa in considerazione la giurisprudenza relativa al rispetto del contraddittorio nella fase dell'instaurazione del procedimento arbitrale.

⁸⁰ Cassazione (sez. I civ.), 30 maggio 2006 n. 12873; Cassazione (sez. I civ.), 27 gennaio 1986 n. 522. In dottrina, per l'idea che le corti nazionali, in sede di applicazione dell'art. V(1)(b) Convenzione di New York, siano tenute ad applicare parametri autonomi e uniformi v. GAILLARD, SAVAGE, *Fouchard Gaillard on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, p. 986, para. 1697. Per la diversa tesi secondo cui l'asserita violazione del contraddittorio vada accertata sulla base della normativa processuale applicabile, a meno che il vizio non sia talmente grave da determinare una lesione dell'ordine pubblico italiano, v. BOVE, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, *Rivista dell'arbitrato* 2006, p. 44-45. In giurisprudenza per la tesi a favore dell'applicazione della *lex fori* v. United States Court of Appeals, Second Circuit, 23 dicembre 1974, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 975; Appello Napoli, 20 febbraio 1995, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1977, p. 839.

⁸¹ Cassazione (sez. I civ.), 11 dicembre 2013 n. 27734; Cassazione (sez. I civ.), 8 aprile 2004 n. 6947; Cassazione (sez. I civ.), 21 gennaio 2000 n. 671; Cassazione (sez. I civ.), 27 gennaio 1986 n. 522; Cassazione (sez. I civ.), 27 giugno 1983 n. 4399; Cassazione (sez. I civ.), 7 ottobre 1980 n. 5378.

dalla disciplina processuale applicabile⁸², è preferito un approccio di carattere funzionale. Come messo in evidenza dal Supremo Collegio, laddove non vi sia stata un'effettiva impossibilità di difesa, eventuali vizi del procedimento arbitrale potrebbero essere unicamente censurati nell'ordinamento straniero d'origine e con i mezzi d'impugnazione ivi previsti⁸³.

In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che la sussistenza del motivo di diniego di cui all'art. 840, 3° comma, n. 2, cod. proc. civ. debba essere rigorosamente provata dall'opponente⁸⁴, ritenendo non assolto l'onere probatorio laddove ci si limiti a dimostrare la difficoltà, ma non l'impossibilità di esercizio del diritto di difesa⁸⁵. Sulla base di tali principi, pertanto, non si è ritenuta integrata la configurabilità di siffatta causa ostativa all'*exequatur* per il sol fatto che il tribunale arbitrale non abbia riconosciuto alle parti la possibilità di far valere le proprie difese e di precisare le conclusioni definitive a seguito della comunicazione del deposito delle osservazioni dei consulenti tecnici d'ufficio⁸⁶, non abbia assegnato alle parti un termine per depositare memorie e abbia omesso di dichiarare chiusa l'istruttoria invitando le stesse a precisare le conclusioni definitive⁸⁷ o non abbia concesso il rinvio di un'udienza per l'esame di un teste impossibilitato a comparire⁸⁸. Del pari è stato considerato

⁸² Cassazione (sez. I civ.), 11 luglio 1992, n. 8469. Peraltro va rilevato che la mancata osservanza della disciplina processuale convenuta dalle parti (anche attraverso l'adesione a un arbitrato amministrato) o della *lex arbitri* costituisce un autonomo motivo di diniego del riconoscimento/esecuzione di un lodo estero ex art. V(1)(d) Convenzione di New York.

⁸³ Cassazione (sez. I civ.), 11 dicembre 2013 n. 27734; Cassazione (sez. I civ.), 30 maggio 2006 n. 12873.

⁸⁴ Cassazione (sez. I civ.), 18 ottobre 1997 n. 10229; Cassazione (sez. I civ.), 22 febbraio 1992 n. 2183; Cassazione (sez. I civ.), 19 novembre 1987 n. 8499.

⁸⁵ Cassazione (sez. I civ.), 21 gennaio 2000 n. 671.

⁸⁶ Appello Bologna, 12 febbraio 2002, n. 190, ined.

⁸⁷ Cassazione (sez. I civ.), 30 maggio 2006 n. 12873.

⁸⁸ Appello Milano, 10 febbraio 1995, n. 432, ined.; nel caso di specie la Corte aveva considerato che, ferma la mancata dimostrazione da parte dell'opponente della reale impossibilità a comparire del teste in questione, controparte aveva a sua volta provato (attraverso la produzione dei verbali) che al difensore

irrilevante, ai fini dell'effettivo rispetto delle garanzie processuali in esame, il fatto che gli arbitri abbiano improntato il procedimento a una certa rapidità assegnando termini esigui⁸⁹ o abbiano autorizzato la produzione di documenti al di fuori del programma temporale previamente stabilito⁹⁰.

A differenza di quanto evidenziato in merito al giudizio di impugnazione, la giurisprudenza italiana non si è ancora pronunciata sull'effetto preclusivo che una mancata contestazione, nel corso del procedimento, delle violazioni rilevate possa esplicare in sede di opposizione al riconoscimento e all'esecuzione del lodo. Se, al riguardo, appare convincente la posizione d'apertura della giurisprudenza straniera⁹¹, non sembra in alcun modo corretto estendere tale logica al punto da condizionare l'invocabilità di tale motivo di diniego al fatto che si sia preventivamente impugnato il lodo sotto i medesimi profili⁹².

dell'originaria convenuta erano state accordate ulteriori due udienze istruttorie per l'escussione del teste (peraltro mai avvenuta).

⁸⁹ Cassazione (sez. I civ.), 11 luglio 1992, n. 8469; Cassazione (sez. I civ.), 19 novembre 1987 n. 8499. Sul punto, però, v. Appello Napoli, 18 maggio 1982, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1985, p. 461 ss., che ha rifiutato la delibazione di un lodo reso in Austria in quanto il termine concesso alla parte convenuta per organizzare la propria difesa era palesemente inadeguato visto il grave terremoto che aveva colpito l'area geografica in cui la parte italiana era domiciliata.

⁹⁰ Appello Roma, 18 settembre 2006, in Banca dati Pluris; è interessante notare come la pronuncia in esame, al fine di respingere la censura, ponga in rilievo il fatto che la documentazione tardivamente prodotta non sia stata citata o richiamata in alcun modo nel lodo.

⁹¹ V., tra le tante, Bundesgerichtshof (Corte di Cassazione tedesca), 2 maggio 2017, I ZB 1/16 3Ob221/04b, *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2017, p. 319 ss.; *AO Techsnabexport v. Globe Nuclear Services and Supply GNSS Lmt.*, 15 dicembre 2010, U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, disponibile alla pagina web: <http://newyorkconvention1958.org>; Oberlandesgericht (Appello) München, 28 novembre 2005, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2006, p. 722; *Shenzhen Nan Da Industrial and Trade United Co. Ltd. v. FM International Ltd.*, Corte suprema di Hong Kong, 2 marzo 1992, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1993, p. 377 ss.; Oberlandesgericht (Appello) Hamburg, 26 gennaio 1989, 6 U 71/886, disponibile alla pagina web: www.unalex.eu.

⁹² In questo senso però *Galsworthy Ltd of the Republic of Liberia v Glory of Wealth Shipping Pte Ltd* [2010] SGHC 304; *contra*, Bundesgerichtshof (Corte di Cassazione tedesca), 17 aprile 2008, *German Arbitration Journal*, 2008, p. 196.

Quanto alla possibilità che una violazione delle garanzie processuali in esame possa inibire il riconoscimento o l'esecuzione del lodo *ex art. V(2)(b)* della Convenzione di New York, non sembra lecito dubitare. Posto che i principi in esame – veri cardini del processo di rango costituzionale – attengono all'ordine pubblico⁹³ dell'ordinamento italiano (anche nella sua accezione internazionale), il giudice *a quo*, a fronte di una loro effettiva lesione, è senza dubbio legittimato a rifiutare – financo d'ufficio – il riconoscimento e l'esecuzione del lodo estero⁹⁴. Tale possibilità teorica⁹⁵, tuttavia, appare di scarso rilievo applicativo per quanto concerne le ipotesi considerate non solo perché la clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico va interpretata restrittivamente⁹⁶, ma anche perché eventuali profili di lesività vanno riscontrati con esclusivo riguardo alla parte dispositiva della pronuncia⁹⁷.

8. Dall'analisi condotta emerge con chiarezza che la giurisprudenza italiana, pur nella consapevolezza della responsabilità che può gravare sullo Stato laddove le corti nazionali non intervengano

⁹³ In dottrina, *ex plurimis*, v. ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale – Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009, pp. 219-220.

⁹⁴ Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 25 settembre 2014, 4A_654/2011, disponibile alla pagina web: <http://www.bger.ch>.

⁹⁵ BRIGUGLIO, *Due questioni in materia di delibazione del lodo e ordine pubblico*, *Rivista dell'Arbitrato*, 1991, p. 84.

⁹⁶ Sul tema v. MAURER, *Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation and Application*, New York, 2013, p. 61; RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, *Recueil des Cours*, Vol. 315, 2005, p. 410 ss. In giurisprudenza, tra le tante, v. Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 23 maggio 2012, 4A_654/2011, *ASA Bulletin*, 2013, p. 635 ss.; Oberster Gerichtshof (Corte di Cassazione austriaca), 26 gennaio 2005, 3Ob221/04b, *Yearbook Commercial Arbitration*, 2005, p. 421 ss.; *Karaha Bodas Co LLC c. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, cit.

⁹⁷ Appello Milano, 28 aprile 2009, ined.; Cassazione (sez. I civ.), 8 aprile 2004 n. 6947; Cassazione (sez. I civ.), 3 aprile 1987 n. 3221; Cassazione (sez. I civ.), 17 marzo 1982 n. 1727.

al fine di garantire che le procedure arbitrali si svolgano in conformità ai dettami dell'art. 6 CEDU⁹⁸, adotta un approccio equilibrato rispetto al paradigma del giusto processo arbitrale. In particolare, la salvaguardia dei crismi fondamentali dell'ordine pubblico processuale, quali il diritto al contraddittorio e il diritto alla difesa, viene perseguita – in linea di continuità con l'orientamento prevalente anche in altre giurisdizioni⁹⁹ – tenendo in debito conto l'informalità e la flessibilità che caratterizza i procedimenti arbitrali.

L'evidenziata resistenza dei lodi alle censure di nullità o alle istanze di diniego di efficacia attesta che meri vizi formali non compromettono la regolarità del giudizio arbitrale, a meno che non producano un'intollerabile menomazione o un'assoluta compressione della possibilità di esercitare il proprio diritto di azione (e di difesa) in una condizione di parità processuale. Tale dato appare significativo ai fini della presente indagine: se la «due process paranoia» è alimentata dall'incertezza circa la tenuta del lodo nella fase post-deliberazione, la consapevolezza circa gli orientamenti della prassi giurisprudenziale dovrebbe indurre i tribunali impegnati in arbitrati internazionali aventi sede in Italia (o in procedimenti all'estero che scaturiranno in lodi verosimilmente eseguibili in Italia) a mostrare maggiore refrattarietà rispetto a istanze e richieste procedurali che, lungi dall'essere genuine, facciano pretestuosamente leva sulle garanzie del giusto processo.

A ciò si aggiunga la considerazione che in Italia, e in una pluralità di altri ordinamenti, blandi vizi possono essere sanati dall'inerzia processuale della parte pregiudicata. Ebbene, laddove, alla stregua dell'orientamento della Corte suprema svizzera¹⁰⁰, tale inerzia si consideri configurata non solo ove non vi sia stata una tempestiva

⁹⁸ Sul punto v. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, cit., p. 6; NINO, *Il rapporto tra arbitrato e diritto al giusto processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: quali risultati e quali prospettive?*, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 765 ss.

⁹⁹ V., ad esempio, Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 26 aprile 2016, 4A_342/2015, disponibile alla pagina web: <https://www.bger.ch>.

¹⁰⁰ Bundesgericht (Corte di Cassazione svizzera), 20 febbraio 2013, 4A_407/2012, disponibile alla pagina web: <http://www.swissarbitrationdecisions.com>.

contestazione della violazione riscontrata *apud arbitros*¹⁰¹, ma anche laddove la contestazione non sia stata sufficientemente precisa e circostanziata, potrebbe prospettarsi – secondo parte della dottrina¹⁰² – la configurabilità di alcuni antidoti rispetto alla «patologia» considerata. Se gli arbitri imponessero alle parti – all'inizio del procedimento o anche nel corso del suo svolgimento – di esplicitare le proprie eccezioni non limitandosi a generiche obiezioni ma indicando con chiarezza i vizi rilevati e i possibili strumenti correttivi, si creerebbe un disincentivo rispetto a rilievi opportunistici e si rafforzerebbe la tenuta del lodo nei giudizi di impugnazione e/o di opposizione all'*exequatur*. Sulla base di tale logica, inoltre, se gli arbitri – a conclusione delle varie udienze e uniformandosi ad una prassi talvolta seguita in ambito internazionale – domandassero alle parti se ritengono di essere state pregiudicate nell'esercizio del proprio diritto di difesa, un'eventuale risposta negativa potrebbe essere considerata significativa nell'eventuale fase di controllo *ex post* della regolarità del procedimento sotto il profilo del giusto processo arbitrale¹⁰³.

¹⁰¹ In tal senso v. anche, nella giurisprudenza ICSID, *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles*, Decisione sull'annullamento, 29 giugno 2005, ICSID Case No. ARB/02/14, para. 5.

¹⁰² WYATT/LANDBRECHT, *Strict Estoppel for Complaints that the Right to be Heard has been Violated? An ICSID-Annulment Inspired Approach to Increase Efficiency of International Arbitration*, *Revue belge de l'Arbitrage*, 2018, p. 242 ss.

¹⁰³ In questo senso appare pienamente convincente l'orientamento emerso nell'ambito dell'arbitrato di investimento: v. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Decisione sull'annullamento, 8 luglio 2013, ICSID Case No. ARB/06/18, para. 271 ss. Nel caso di specie, nell'ambito di un giudizio di annullamento instaurato in seno all'ICSID, il Comitato *ad hoc* ha ritenuto che alla parte impugnante fosse preclusa la possibilità di invocare una violazione del contraddittorio, asseritamente verificatasi nel contesto di un'udienza arbitrale, a fronte di una dichiarazione di tenore opposto resa dinanzi agli arbitri al termine dell'udienza.

LE INTERAZIONI TRA LA LEGGE DELLA SEDE E I REGOLAMENTI DI ARBITRATO

ALESSANDRA SARDU

SOMMARIO: 1. La *lex arbitri*. – 2. Il concetto di sede dell'arbitrato. – 3. L'autonomia delle parti nella definizione delle norme che governano la procedura arbitrale. – 4. *Segue*: le interazioni tra la legge della sede e i Regolamenti di arbitrato. – 5. *Segue*: le interazioni tra i Regolamenti di arbitrato e le norme scelte dalle parti.

1. La domanda che mi viene più frequentemente posta dai colleghi nello svolgimento della mia attività di Segretario Generale della Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli (di seguito "Camera Arbitrale del COA Napoli") è senza dubbio la seguente: qual è la legge che governa l'arbitrato?

Mi vengono subito in mente le numerose e splendide pagine di teoria generale del diritto che sono state scritte su questo argomento¹, che da sempre affascina gli internazionalisti che si dedicano allo studio dell'arbitrato.

L'individuazione della legge che governa l'arbitrato, la c.d. *lex arbitri*², impone dal punto di vista della teoria generale del diritto

¹ MANN, *Lex facit arbitrum*, in *Liber amicorum for Martin Domke* (a cura di Sanders), The Hague, 1967; GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, The Hague, 2007; ID., *The Representations of International Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 272; LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, Amsterdam, 1980; SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Amsterdam, 1975; LALIVE, *Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*, *Recueil de cours*, vol. 2, 1967, p. 573; KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, précédées d'une étude de législation, de doctrine et de jurisprudence comparé en la matière*, Munchen, 1955; BALLADORE PALIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, *Recueil des cours*, vol. 51, 1935; SAUSER-HALL, *L'arbitrage en droit international privé: rapport et projet de résolutions*, Genève, 1952.

² Per un'analisi approfondita del tema mi sia consentito di rinviare a SARDU,

una riflessione complessa su quale debba essere il rapporto tra l'arbitrato e gli ordinamenti giuridici nazionali.

Alcuni studiosi hanno tentato di spiegare questo rapporto ricorrendo alle teorie della localizzazione e delocalizzazione dell'arbitrato. La prima si basa sull'assunto per cui per poter individuare la legge che governa l'arbitrato bisogna localizzare quest'ultimo in un dato ordinamento giuridico nazionale, e il fattore di connessione più frequentemente utilizzato è quello della sede dell'arbitrato. L'arbitrato sarà pertanto governato dalla legge della sede³. La teoria della delocalizzazione, che presenta diverse versioni⁴, nella sua accezione più radicale presuppone invece che l'arbitrato sia autonomo rispetto a tutti gli ordinamenti giuridici nazionali, e dunque che non debba essere governato necessariamente da una legge nazionale.

Tralasciando in questa sede questo dibattito teorico sulla *lex arbitri*, che pur riveste un'importanza fondamentale per le sue impli-

La lex arbitri, Napoli, 2018. Si vedano anche JACQUET, *La lex arbitri dans l'arbitrage international commercial: mythe ou réalité ?*, in *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy* (a cura di All and, Chetail, de Frouville, Viñuales), Leiden, 2014, p. 669 ss.; GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration, Arbitration International*, 2001, p. 19 ss.; PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, 2004.

³ BESSON, POUDRET, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2004, par. 115 ss..

⁴ Particolarmente importanti per l'analisi del tema sono gli studi condotti da Emanuel Gaillard, che per spiegare le interazioni tra arbitrato e ordinamenti giuridici nazionali ha fatto ricorso al concetto di rappresentazioni dell'arbitrato commerciale internazionale (v. GAILLARD, *Aspects*, cit., p. 32 ss.). Nello specifico, Gaillard identifica tre modelli di rappresentazioni, ossia *monolocalization*, *westphalian* e *transnational*. La visione monolocalizzatrice «riduce l'arbitrato internazionale a una componente di un determinato ordinamento giuridico», quella multilocalizzatrice o westphaliana «ne trova il fondamento in una pluralità di ordinamenti giuridici statali», e quella c.d. transnazionale si basa sull'esistenza di un ordinamento giuridico arbitrale» (GAILLARD, *Aspetti filosofici del diritto dell'arbitrato internazionale*, 2017, p. 29). Non essendo possibile in questa sede un'analisi esaustiva del tema, si rinvia a GAILLARD, *Aspects*, cit. p. 34 ss.; ID., *The Representations of International Arbitration, Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 272; SARDU, op. cit., p. 7 ss..

cazioni nel diritto positivo⁵, e cercando invece di interpretare l'esigenza più concreta di un avvocato che deve iniziare un arbitrato internazionale amministrato, ai fini della complessa ricostruzione della legge e delle regole che governano la procedura è opportuno soffermarsi dapprima su due elementi che sono generalmente contenuti nelle convenzioni arbitrali, ossia l'indicazione della sede dell'arbitrato e il riferimento al Regolamento di arbitrato di una data istituzione arbitrale.

Il *litigator* che svolge la sua attività difensiva innanzi alle corti nazionali sarà portato in maniera quasi automatica a equiparare il concetto di sede dell'arbitrato a quello di foro del tribunale, e dunque a voler applicare anche nell'arbitrato internazionale le stesse categorie approntate per il contenzioso ordinario. Tuttavia è opportuno sin da subito chiarire che l'arbitro non ha un foro inteso nell'accezione tradizionale del termine, e dunque non può fare riferimento a una *lex fori*⁶. Come è stato efficacemente descritto in dottrina «N'ayant point de rattachement géographique, le for de l'arbitre flotte en réalité au-dessus des frontières et ne s'arrête à aucune, c'est-à-dire qu'il les investit toutes, ce que Berthold Goldman avait énoncé ainsi: "L'arbitre a un for qui, comme celui des romans de Balzac, est l'univers"»⁷. Alla luce di questa differenza sostanziale, è opportuno dunque chiarire che cos'è la sede dell'arbitrato, e qual è il ruolo dell'autonomia delle parti nella definizione delle regole che governano la procedura.

⁵ Si veda sul punto GAILLARD, *Aspetti filosofici*, cit..

⁶ Questa differenza è stata efficacemente sintetizzata da Mistelis, che a tal proposito ha osservato che «unlike litigation where the judge is comforted with the security of the *lex fori*, an arbitrator faces the salient question of which procedural law should govern the arbitration procedure. This question does not arise in judicial proceedings because of the universally accepted principles that all procedural issues are governed by the *lex fori*, the law of the forum, whereas substantive issues are governed by the *lex causae*, which may be the law of the forum or a foreign law» (MISTELIS, *Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to "The Lex Arbitri"*, *The American Review of International Arbitration*, 2006, p. 157).

⁷ CLAY, *Le siège de l'arbitrage international entre «ordem» et «progresso»*, *Gaz. Pal.*, n. 184, 2008, p. 20.

2. È frequente che venga fatta confusione tra l'accezione «geografica» e quella «giuridica» della sede di arbitrato⁸. Nella sua accezione c.d. «geografica», la sede dell'arbitrato indica il luogo in cui la procedura si svolge fisicamente, potendo dunque riferirsi ad esempio al luogo di svolgimento delle udienze, a quello in cui gli arbitri s'incontrano per deliberare, o talvolta anche alla sede della camera arbitrale. Nella sua accezione c.d. «giuridica», la sede è un fattore di connessione che serve a localizzare l'arbitrato all'interno di un dato ordinamento giuridico nazionale. La sede giuridica dell'arbitrato non deve necessariamente coincidere con quella geografica⁹, a meno che ciò non sia imposto dalla legge della sede, ben potendo accadere che in un arbitrato avente sede a Napoli le udienze si svolgano a Londra e le deliberazioni del tribunale arbitrale vengano assunte a Parigi.

Non è fondamentale nel momento in cui si redige la clausola arbitrale soffermarsi sulla definizione dell'accezione geografica del concetto di sede, anche perché generalmente le leggi nazionali di arbitrato, ivi inclusa quella italiana¹⁰, e i Regolamenti di arbitrato delle maggiori istituzioni arbitrali¹¹, consentono alle parti di svolge-

⁸ JARROSSON, *Art. 4 – Seat of the arbitration*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (a cura di Draetta, Luzzatto), New York, 2012, p.89; BERNARDINI, *L'Arbitrato nel Commercio e negli Investimenti Internazionali*, Milano, 2008, p.128.

⁹ JARROSSON, *op. cit.* p.90.

¹⁰ L'art. 816, 3° comma del cod. proc. civ., prevede che «Se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero».

¹¹ Si vedano *ex multis* le *ICC Arbitration Rules* (versione del 2021) che all'art. 18, 2° e 3° comma prevede che «2) The arbitral tribunal may, after consulting the parties, conduct hearings and meetings at any location it considers appropriate, unless otherwise agreed by the parties. 3) The arbitral tribunal may deliberate at any location it considers appropriate»; il Regolamento Arbitrale (versione del 2020) della CAM che all'art. 4, 4° comma, prevede che «Il Tribunale Arbitrale può prevedere che si svolgano in luogo diverso dalla sede udienze o altri atti del procedimento»; le *LCIA Arbitration Rules* (versione del 2020) che all'art. 16.3 prevedono che «If any hearing is to be held in person, the Arbitral Tribunal may hold such hearing at any convenient geographical place in consultation with

re fisicamente le diverse fasi della procedura ovunque esse ritengano opportuno. È altresì consigliabile evitare di redigere clausole arbitrali in cui si faccia confusione tra sede geografica e giuridica, e in cui la sede dell'arbitrato venga a coincidere con uno specifico indirizzo fisico, che può essere talvolta quello di uno studio legale o della camera arbitrale. Un'indicazione di questo genere è del tutto superflua e può generare confusione circa l'interpretazione che a essa deve essere attribuita, risultando complesso comprendere se tale luogo debba essere inteso ad esempio come quello di svolgimento degli incontri del tribunale arbitrale o quello delle udienze. Ciò che è invece particolarmente importante nel momento della redazione della clausola arbitrale è l'individuazione della sede dell'arbitrato nella sua accezione giuridica. Sebbene la sede venga generalmente fissata in un ordinamento giuridico privo di qualsiasi collegamento con le parti e la controversia¹², questa scelta richiede delle attente valutazioni preliminari, volte a tenere in debito conto le specificità della legge nazionale di arbitrato che s'intende applicare.

La scelta della sede dell'arbitrato è rimessa alla volontà delle parti¹³. Più precisamente, è fissando la sede di un arbitrato in un dato Stato la cui legge nazionale si applica sulla base del criterio della sede che le parti «sont certaines de provoquer l'application de

the parties. If the Arbitral Tribunal is to meet in person to hold its deliberations, it may do so at any geographical place of its own choice. If such place(s) should be elsewhere than the seat of the arbitration, or if any hearing or deliberation takes place otherwise than in person (in whole or in part), the arbitration shall nonetheless be treated for all purposes as an arbitration conducted at the arbitral seat and any order or award as having been made at that seat».

¹² LALIVE, *On the neutrality of the arbitrator and of the place of Arbitration*, Swiss essays on international arbitration, 1984, p. 23 ss..

¹³ Il principio dell'autonomia delle parti è consacrato nella maggior parte delle leggi nazionali di arbitrato. L'*UNCITRAL Model Law* prevede tale principio all'art. 20, 1° comma: «The parties are free to agree on the place of arbitration...»; la legge di arbitrato spagnola prevede all'art. 26, 1° comma, che «the parties are free to agree on the place of arbitration...»; il *Private International Law Act* prevede all'art. 176, 3° comma che «the seat of the arbitral tribunal shall be determined by the parties...», l'*Arbitration Act 1996* prevede alla *Section 22*, par. 1, che «the parties shall determine the place of arbitration...».

cette loi»¹⁴. Tuttavia, qualora le parti non si avvalgano della facoltà di individuare la sede dell'arbitrato nella convenzione arbitrale, nell'arbitrato amministrato questa lacuna viene generalmente colmata dai Regolamenti di Arbitrato che prevedono il cosiddetto *default seat*¹⁵. Ad esempio il Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano (di seguito "CAM") prevede che in mancanza di indicazione della sede dell'arbitrato nella convenzione arbitrale, il *default seat* sia Milano¹⁶, così come il Regolamento di Arbitrato della *London Court of International Arbitration* (di seguito "LCIA") prevede che lo stesso sia Londra¹⁷. Generalmente il *default seat* viene fissato nel luogo in cui ha sede l'istituzione arbitrale, per evidenti ragioni di opportunità e praticità¹⁸. Tuttavia alcuni Regolamenti di arbitrato conferiscono alle istituzioni arbitrali la facoltà di modificare il *default seat*, e ciò avviene generalmente dietro richiesta delle parti o al verificarsi di determinate circostanze che rendono opportuna tale variazione¹⁹. In mancanza di indicazione delle parti, nell'arbitrato amministrato la scelta della sede generalmente non viene rimessa al tribunale arbitrale, come accade frequentemente nell'arbitrato *ad hoc*, ma è demandata all'istituzione arbitrale²⁰.

La dottrina maggioritaria riconosce alla scelta della sede dell'arbitrato una duplice funzione: essa determina l'applicazione della legge che governa l'arbitrato, e individua le corti nazionali competenti a giudicare sulla validità del lodo²¹. Tuttavia, quanto al-

¹⁴ JACQUET, op. cit., p. 669.

¹⁵ JARROSSON, op. cit., p. 92.

¹⁶ Cfr. Art. 4, 2° comma del Regolamento Arbitrale della CAM (versione del 2020).

¹⁷ Cfr. Art. 16.2 delle *LCIA Arbitration Rules* (versione del 2020) che prevedono che «In default of any such agreement, the seat of the arbitration shall be London (England)...».

¹⁸ JARROSSON, op. cit., p. 92.

¹⁹ Questo è il caso ad esempio del Regolamento Arbitrale della CAM (versione del 2020), che all'art.4, 3° comma prevede che, in deroga a quanto previsto al 2° comma in merito alla localizzazione del *default seat* a Milano, «il Consiglio Arbitrale può fissare la sede dell'arbitrato in altro luogo, tenuto conto delle richieste delle parti e di ogni altra circostanza».

²⁰ JARROSSON, op. cit., p. 92.

²¹ BESSON, POUDRET, op. cit., par. 115.

la prima funzione enunciata, sono necessarie alcune precisazioni che consentono di attenuare e definire più correttamente la sua reale portata²². Sebbene la maggior parte delle leggi nazionali di arbitrato definisce il proprio scopo di applicazione in maniera unilaterale sulla base del criterio della sede dell'arbitrato²³, adottando il c.d. *territorialist approach*, c'è poi un ristretto gruppo di leggi nazionali che combinano il criterio della sede con quello della volontà delle parti, adottando il c.d. *mixed approach*²⁴, e altre che invece non definiscono esplicitamente il proprio scopo di applicazione²⁵ o lo fanno sulla base di criteri diversi dalla sede dell'arbitrato²⁶.

L'approccio territorialista²⁷ è adottato sia da leggi che si ispirano all'*UNCITRAL Model Law*²⁸, che da leggi che divergono da que-

²² JACQUET, op. cit., p. 671, che parla a tal proposito di «absence d'exclusivité de la loi du siège de l'arbitrage», precisando che sebbene «le siège du tribunal arbitral joue effectivement un rôle éminent, celui-ci n'est cependant pas exclusif».

²³ JACQUET, op. cit., p. 669. A tal proposito Jacquet osserva che «Les lois qui s'attribuent la qualité potentielle de *lex arbitrii* le font généralement en se donnant pour objet l'arbitrage, et en fixant elles-mêmes leur champ d'application dans l'espace relativement à cet objet. La démarche est indiscutablement unilatéraliste car, en procédant de la sorte, ces lois indiquent leur volonté d'application et postulant clairement leur indifférence à une application qui irait au-delà des critères qu'elles ont-elles-même retenu».

²⁴ Sul tema si veda KAUFMANN-KOHLER, *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration*, in *Improving the Efficiency of Arbitration and Award: 40 Years of Application of the New York Convention* (a cura di van den Berg), ICCA Series 1998, p. 336.

²⁵ Tale è il caso ad esempio del cod. proc. civ. italiano che non contiene una norma che definisce esplicitamente il proprio scopo di applicazione (sul punto si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 58).

²⁶ JACQUET, op. cit., p. 669 ss.

²⁷ KAUFMANN-KOHLER, op. ult. cit., p. 336.

²⁸ L'art. 1(2) dell'*UNCITRAL Model Law* prevede che «the provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State». Quest'approccio è seguito anche dalla *Ley de arbitraje* spagnola, che all'art. 1 prevede «This Law shall apply to any arbitration where the place of arbitration is in Spanish territory, whether of domestic or international character, without prejudice to the provisions relating to arbitration».

sto modello²⁹. Tuttavia la fissazione della sede nel territorio di uno Stato non implica che tutti gli aspetti dell'arbitrato siano governati dalla legge della sede³⁰. Alcune leggi di arbitrato indicano esplicitamente quali tra le loro norme non si applicano sulla base del criterio della sede³¹, e ciò avviene prettamente per ragioni pratiche e per consentire lo svolgimento delle procedure arbitrali anche quando la sede non è stata determinata o quando l'applicazione del criterio della sede risulterebbe del tutto ingiustificata. Queste leggi tendono dunque a seguire l'approccio dell'*UNCITRAL Model Law* che elenca tali eccezioni all'art. 1(2)³².

Le leggi di arbitrato che seguono il c.d. *mixed approach*³³, si ap-

²⁹ Si vedano *ex multis* l'*Arbitration Act 1996*, che alla *Section 2 (1)* prevede che «The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland»; il *Private International Law Act* che all'art.176 stabilisce che «the provisions of this Chapter shall apply to all arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if, at the time of the conclusion of the arbitration agreement, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland».

³⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 256 ss.

³¹ Questo è il caso ad esempio dell'*Arbitration Act 1996* che alla *Section 2(2-5)* elenca una serie di eccezioni all'applicazione delle disposizioni della legge inglese sulla base della sede, ma anche della *ley de arbitraje* spagnola che all'art. 1 (2) prevede che «the provisions of paragraphs 3, 4 and 6 of Article 8, of Article 9, except paragraph 2, of Articles 11 and 23 and of Titles VIII and IX of this Law shall apply even when the place of the arbitration is outside Spain».

³² Cfr. art. 1(2) *UNCITRAL Model Law* che prevede che «The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State». L'art. 8 di questa norma disciplina "Arbitration agreement and substantive claim before court", l'art. 9 "Arbitration agreement and interim measures by court", l'art. 35 "Recognition and enforcement (of award)", e l'art.36 "Grounds for refusing recognition or enforcement".

³³ Tra queste si segnalano la legge d'arbitrato egiziana n. 27/1994 che all'art.1 prevede: «Sous réserve des dispositions des conventions internationales applicables en République arabe d'Egypte, les dispositions de la présente loi sont applicables à tout arbitrage (...) si cet arbitrage a lieu en Egypte, ou, s'il s'agit d'un arbitrage commercial qui a lieu à l'étranger, lorsque les parties ont décidé de le soumettre aux dispositions de cette loi»; la legge turca di arbitrato internazionale 4686/2001 che prevede: «Cette loi s'applique aux différends comportant un élément d'extranéité et dont le lieu d'arbitrage est en Turquie ou aux différends pour lesquels elle a été choisie soit par les parties soit par l'arbitre unique ou le

plicano non soltanto sulla base del criterio della sede, ma anche su quello della volontà delle parti, ben potendo dunque applicarsi ad arbitrati con sede all'estero³⁴. Tuttavia le leggi che adottano il *mixed approach* sono in grado di generare dei *conflits positifs de loi applicable à l'arbitrage*³⁵. Ciò accade qualora si debba fare applicazione della legge scelta dalle parti per governare l'arbitrato ma la sede dell'arbitrato venga fissata in un Paese differente che a sua volta dichiara applicabile la propria legge nazionale sulla base del criterio della sede dell'arbitrato³⁶.

Ci sono poi altre leggi di arbitrato, quali quella francese, che adottano un approccio differente da quelli appena descritti. In materia di arbitrato internazionale, la legge di arbitrato francese non definisce il proprio ambito di applicazione sulla base del criterio della sede o della volontà delle parti, ma sulla sola constatazione del carattere internazionale dell'arbitrato come definito all'art.1504 del codice di procedura civile francese³⁷. Questa soluzione è stata criticata in quanto giudicata «parfois...comme contraire à toute harmonie internationale des solutions»³⁸, ma in realtà essa è funzionale ad attuare la concezione francese dell'arbitrato internazionale, che è

tribunal arbitral»; la legge di arbitrato degli *United Arab Emirates*, che all'art. 2 prevede che «without prejudice to the provisions of the international conventions ratified by the United Arab Emirates, the provisions of this law shall apply to any arbitration between private and public juristic persons regardless of the nature of the legal relations subject of the dispute, when an arbitration is conducted in the State or when parties to an international commercial arbitration conducted abroad agree to submit to the provisions of this law» (i testi delle leggi nazionali d'arbitrato sono reperibili su www.kluwerarbitration.com).

³⁴ KAUFMANN – KOHLER, op. cit., p. 338. Kaufmann-Kohler osserva a tal proposito che «the parties are thus authorized to opt into the law and the related jurisdiction of local courts, no provision being made for their opting out. In other words, while the parties' intent may serve to extend the reach of the law to cover arbitrations conducted beyond the national border, it cannot restrict its application and remove from its scope arbitrations conducted locally».

³⁵ JACQUET, op. cit., p. 674; SARDU, op. cit., p. 87 ss.

³⁶ JACQUET, cit., p. 674 ss..

³⁷ L'art. 1504 del *code de procédure civile française* stabilisce che «est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international».

³⁸ JACQUET, op. cit., p. 675.

fortemente in favore dell'autonomia dello stesso³⁹ e tende dunque a prendere le distanze dall'approccio territorialista. Il diritto dell'arbitrato internazionale francese tende a mettere in discussione il ruolo della legge della sede, e a valorizzare tutti quegli aspetti che possono denotare l'autonomia dell'arbitrato internazionale commerciale rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali. Questa impostazione, che è prima di tutto teorica in quanto nasce da una certa concezione dei rapporti tra ordinamenti giuridici⁴⁰, si traduce poi in una serie di applicazioni riscontrabili nel diritto positivo, che presentano un innegabile interesse. Tra questi va senz'altro menzionato l'utilizzo di regole materiali o transazionali, quali il principio di validità della clausola arbitrale, il cui funzionamento configura un caso di *autonomie de rattachement* della clausola arbitrale⁴¹.

3. Nelle leggi di arbitrato più recenti viene generalmente riconosciuta piena autonomia alle parti nella definizione delle norme che governano la procedura⁴². Questo è ad esempio il caso del codice di procedura civile italiano, in cui vengono stabiliti i principi dell'autonomia delle parti⁴³ e della libertà nella procedura⁴⁴, laddo-

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Vedi *supra* §1.

⁴¹ Mi sia consentito rinviare sul tema a SARDU, *Verso l'assolutizzazione del principio di autonomia della clausola arbitrale*, *Il foro padano*, 2016, p. 111. Sul tema delle regole materiali si vedano altresì LOQUIN, *Les règles matérielles internationales*, 2007; ID., *Les règles matérielles du commerce International*, *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 459; LALIVE, *Tendances et methods en droit International privé*, 1977; OPPETIT, *Les développements des règles matérielles*, *Travaux du comité français de droit international privé*, 1988, p. 130.

⁴² FOUCARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, 1999, par. 141.

⁴³ Il principio dell'autonomia delle parti è stato definito come «the guiding principle in determining the procedure to be followed in an international commercial arbitrator» (Cfr. REDFERN, HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*⁴, London, 2004, p. 315), ed esso viene enunciato quasi unanimemente nelle leggi nazionali di arbitrato (si v. *i.a.* l'*Arbitration Act 1996*, che alla *Section 1 (b)* stabilisce che «the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the pub-

ve si prevede all'art. 816 *bis* che «le parti possono stabilire nella convenzione di arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento...». Questa disposizione fa riferimento a “norme”, e non esclusivamente a “leggi”, conformandosi dunque a quei testi normativi che usano la locuzione inglese *applicable rules* anziché limitarsi a utilizzare quella di *applicable law*, volendo con ciò indicare che l'autonomia delle parti non è limitata esclusivamente alla scelta di una legge nazionale, ma può riguardare anche «the choice of any rule of law which may be applicable to arbitration proceedings (law, general principles of law, professional regulations, private arbitration regulations...)»⁴⁵. A tal proposito è stato correttamente osservato in dottrina che questo riferimento alle “norme” piuttosto che ad una “legge” dal punto di vista della lex arbitri «constitue la reconnaissance par celle-ci de l'absence de soumission nécessaire de la procédure à la loi d'un Etat», rappresentando una dimostrazione del fatto «qu'aucun critère de rattachement objectif ne soit utilisé afin de localiser, en cas de besoin, la procédure d'arbitrage vis-à-vis d'un ordre juridique donné, y compris celui de la lex arbitrii», e che dunque in questo modo «la lex arbitrii organise systématiquement son propre retrait sur le plan des règles de procédure»⁴⁶.

Queste regole possono essere anche contenute in un Regolamento di arbitrato di un'istituzione arbitrale. Questa facoltà è ad esempio riconosciuta alle parti dal codice di procedura civile italiano che all'art. 832, 1° comma, prevede espressamente che «la convenzione d'arbitrato può far rinvio a un regolamento arbitrale pre-costituito»⁴⁷. Tuttavia è necessario che la volontà delle parti, che

lic interest»; l'art. 25, 1° comma, della legge di arbitrato spagnola che prevede che «... the parties may freely agree on the procedure to be followed by the arbitrators in the conduct of the proceedings»).

⁴⁴ LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*⁴, Milano, 2011, p. 122.

⁴⁵ JARROSSON, *Art. 2 – Rules applicable to the proceedings*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (a cura di Draetta, Luzzatto), New York, 2012, p.64.

⁴⁶ JACQUET, *op. cit.*, p. 678.

⁴⁷ Per un'analisi dettagliata di questa disposizione si vedano *ex multis* ZUC-

può essere espressa nella convenzione arbitrale o in un atto anche successivo, sia chiara e non equivoca, e contenga un riferimento al Regolamento dell'istituzione arbitrale che s'intende adire. Una designazione che non faccia riferimento alla denominazione completa del Regolamento, o che ad esempio non riporti correttamente il nome dell'istituzione arbitrale, può dar luogo a clausole arbitrali patologiche che possono essere contestate dalle parti⁴⁸ o comportare un eventuale rifiuto dell'istituzione arbitrale ad amministrare la procedura. Alcuni Regolamenti di arbitrato per ovviare al caso in cui le parti non abbiano designato in maniera accurata l'istituzione arbitrale, circostanza che si verifica ad esempio quando insistono sul medesimo territorio diverse camere arbitrali aventi denominazioni simili, prevedono delle disposizioni volte a chiarire che alcuni riferimenti, quantunque incompleti, debbano essere comunque interpretati come volontà delle parti di fare rinvio al Regolamento di arbitrato di tale istituzione. Questo è il caso ad esempio del Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale del COA Napoli, in cui all'art. 2 si prevede che qualora le parti abbiano fatto genericamente rinvio all'Ordine degli Avvocati di Napoli, ciò deve essere interpretato come previsione di applicazione del Regolamento dell'istituzione arbitrale istituita presso il COA Napoli⁴⁹.

Nel caso in cui le parti hanno inteso fare applicazione di un Re-

CONI GALLI FONSECA, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, p. 993; CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, *Rivista dell'arbitrato*, 2007, p. 295; AZZALI, *Sub art.832*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo a cura di, Padova, 2010, p. 369).

⁴⁸ SCALBERT, MARVILLE, *Les clauses compromissaires pathologiques*, *Revue de l'arbitrage*, 1988, p.117; EISEMANN, *La clause d'arbitrage pathologique*, in *Commercial Arbitration – Essays in memoriam of Eugenio Minoli*, Torino, 1974, p.129; DAVIS BENJAMIN, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, *Arbitration International*, 1991, p. 365.

⁴⁹ Cfr. Art. 2 del Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale del COA Napoli (versione del 2020), in cui si prevede che «1. Il presente Regolamento si applica se richiamato dalla convenzione arbitrale. In assenza della stessa, tale rinvio può essere contenuto in una concorde richiesta scritta delle parti. 2. Se la convenzione o la richiesta delle parti fa rinvio all'Ordine degli Avvocati di Napoli, tale rinvio è interpretato come previsione di applicazione del Regolamento».

golamento di arbitrato di una data istituzione arbitrale, si pone poi la questione della definizione delle interazioni dello stesso sia con la legge della sede dell'arbitrato⁵⁰, sia con le norme *ad hoc* eventualmente indicate dalle parti⁵¹.

4. Le leggi nazionali di arbitrato e i Regolamenti di arbitrato hanno entrambi l'aspirazione a governare tutte le fasi del procedimento arbitrale. Tuttavia, oltre a collocarsi in maniera differente nella gerarchia delle fonti dell'arbitrato internazionale commerciale⁵², l'ambito di applicazione delle leggi nazionali di arbitrato è più ampio rispetto a quello dei Regolamenti, soprattutto in considerazione del fatto che ci sono fasi, quali quella dell'impugnazione e dell'esecuzione del lodo innanzi alle giurisdizioni nazionali, in cui l'istituzione arbitrale non esercita alcun ruolo.

Le parti godono di una notevole autonomia nella scelta delle regole che governano la procedura nell'arbitrato internazionale commerciale. Tuttavia, è opportuno interrogarsi sull'eventuale sussistenza di limiti a quest'autonomia, e soffermarsi sulla loro individuazione. I Regolamenti di arbitrato generalmente dedicano una disposizione all'identificazione di questi limiti, senza tuttavia specificarne l'origine e i contenuti. Ad esempio il Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale del COA Napoli prevede espressamente all'Art. 5, 1° e 2° comma, che qualora si applichi il Regolamento di tale istituzione arbitrale, sono in ogni caso fatte salve le norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale, e devono essere attuati il principio del contraddittorio e della parità di trat-

⁵⁰ Vedi *infra* par. 4.

⁵¹ Vedi *infra* par. 5.

⁵² Il riferimento in una clausola arbitrale a un Regolamento di arbitrato equivale a "incorporare" lo stesso nel contratto che contiene la clausola. Pertanto il Regolamento acquisisce «the same contractual force as the other provisions of the contract» (JARROSSON, op. cit., p. 64). Per un'analisi approfondita delle fonti dell'arbitrato internazionale commerciale si vedano *ex multis* POUURET, BESSON, *Comparative Law*, cit., p.41 ss.; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International*, cit., p. 63 ss.

tamento delle parti⁵³. Nello stesso senso si pronuncia il Regolamento Arbitrale della CAM, che all'art. 2, 2° e 3° comma, prevede che sono fatte salve le norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale e che deve essere altresì garantito il rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle parti⁵⁴. Questi Regolamenti richiamano dunque due categorie di limiti, i.e. le norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale e i principi del contraddittorio e della parità delle parti.

Quanto alla prima categoria di limiti, si può senz'altro ritenere che tra le norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale vadano incluse le norme imperative della legge della sede, la cui violazione può comportare l'annullamento del lodo⁵⁵. Non è agevole individuare un criterio univoco per definire quali norme della legge della sede debbano essere considerate imperative, anche perché le varie leggi di arbitrato differiscono sul punto. In dottrina si è cercato pertanto di definire un criterio per identificare le norme derogabili facendo ricorso alle categorie delle *external* e *internal issues*⁵⁶ della *lex arbitri*. Con questa terminologia si vuole indicare da un lato che

⁵³ Cfr. Art. 5, del Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale del COA Napoli (versione del 2020), che prevede che «1. L'arbitrato amministrato dalla Camera è regolato dalle disposizioni del presente Regolamento, e nel silenzio dello stesso dalle regole che le parti, o, in difetto il Tribunale Arbitrale, abbiano designato. Sono fatte salve le norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale. 2. In ogni caso, è attuato il principio del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti».

⁵⁴ Cfr. Art. 2, 2° comma del Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale di Milano (versione del 2020), che prevede che «sono fatte salve le norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale».

⁵⁵ Ibidem. Non essendo possibile approfondire il tema in questa sede si rinvia a SARDU, *The Fate of the Award Annulled in the Country of Origin*, *Global Jurist*, 2016, Vol. 17, issue 2, reperibile *on line*; VAN DEN BERG, *The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration Insights* (Lew, Mistelis a cura di), 2007, p. 130; PETROCHILOS, *Enforcing Annulled Awards*, *International Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 887; PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, *ICC Arbitration Bulletin*, 1998, p. 14.

⁵⁶ BORN, *International Commercial Arbitration*², Alphen aan den Rijn, 2001, par. 1241; MISTELIS, *Reality Test*, cit., p. 104 (quest'autore fa riferimento ai concetti di *internal* e *external lex arbitri*. Per un approfondimento vedi SARDU, op. cit., 104 ss.

la *lex arbitri* regola sia gli aspetti del procedimento arbitrale che si svolgono innanzi al tribunale arbitrale (*c.d. internal issues*)⁵⁷, che quelli che si svolgono innanzi alle corti nazionali (*c.d. external issues*)⁵⁸, e dall'altro rimarcare che l'estensione dell'autonomia conferita alle parti in connessione a questi due "luoghi" di svolgimento della procedura è differente. In altri termini, il concetto di *external issues* indica tutte quelle disposizioni della *lex arbitri* che non possono essere derogate dalle parti, mentre quello di *internal issues* indica tutte quelle norme che possono essere derogate e che generalmente attengono allo svolgimento della procedura innanzi al tribunale arbitrale⁵⁹. Questa distinzione, pur fornendo un criterio utile, non si rivela sempre di facile applicazione in pratica, con la conseguenza che per identificare le norme imperative della legge della sede bisognerà analizzare le singole disposizioni delle leggi di arbitrato. La legge di arbitrato inglese provvede essa stessa a fornire il criterio per effettuare tale distinzione, contenendo una lista dettagliata di norme che non possono essere derogate. L'*Arbitration Act 1996* stabilisce infatti alla *Section 4* rubricata "Mandatory and non-mandatory provisions" che «The mandatory provisions of this Part are listed in Schedule 1 and have effect notwithstanding any agreement to the contrary»⁶⁰, e che dunque le restanti norme non contenute in questa lista possono invece essere derogate⁶¹. Tuttavia la legge di arbitrato inglese rappresenta un caso isolato, dato che le altre leggi non forniscono una guida così puntuale sulle norme inderogabili. Senza alcuna pretesa di esaustivi-

⁵⁷ MISTELIS, op. ult. cit., p. 164.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ BORN, op. cit., p. 1241.

⁶⁰ Cfr. *Section 4*, par. 1. La *Schedule 1* contiene un elenco dettagliato di norme, tra cui figurano la *Section 12* che disciplina il "power of court to extend agreed time limits", la *Section 24* che regola il "power of court to remove arbitrators", e la *Section 33* sul "general duty of tribunal".

⁶¹ La *Section 4*, par. 2 prevede che «The other provisions of this Part (the "non-mandatory provisions") allow the parties to make their own arrangements by agreement but provide rules which apply in the absence of such agreement». Tale norma chiarisce inoltre al par. 5 che «the choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter».

tà, con riferimento alla legge italiana di arbitrato si può osservare che le norme imperative in essa contenute attengono a svariati aspetti della procedura arbitrale, tra cui ad esempio il dovuto rispetto del principio del contraddittorio⁶², l'assenza di poteri cautelari⁶³ e il regime delle impugnazioni⁶⁴. In merito a quest'ultimo aspetto, si può altresì osservare come in alcune leggi nazionali di arbitrato, quali quella francese⁶⁵, anche le norme sulla competenza giurisdizionale delle corti della sede ad annullare il lodo possono essere derogate. I Regolamenti di arbitrato cercano di accomodare queste differenze tra le leggi nazionali di arbitrato, limitandosi a prevedere un'indicazione generica circa l'applicazione delle norme inderogabili. Essi rappresentano difatti dei "modelli standard" non elaborati con riferimento ad un'unica legge di arbitrato. Pertanto gli stessi potrebbero tendere a regolamentare taluni aspetti, anche controversi, adottando l'approccio più liberale tra quelli possibili, circostanza che consente loro di adattarsi sia alle leggi di arbitrato che favoriscono una forte autonomia dell'arbitrato, sia a quelle più restrittive che possono eventualmente limitarne lo scopo di applicazione con la previsione di norme imperative. Ciò può essere osservato in connessione a vari aspetti dell'arbitrato. Ci sono ad esempio alcuni Regolamenti di arbitrato che conferiscono agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari, mentre alcune leggi di arbitrato, come quella italiana, lo vietano espressamente, e questo contrasto è emerso in sede giurisdizionale. In un caso in cui la sede dell'arbitrato era in Italia e la procedura era amministrata dalle *ICC Arbitration Rules* del 1998, la Corte di Cassazione ha stabilito che qualora la sede dell'arbitrato sia in Italia la questione dei provvedimenti cautelari è governata a titolo

⁶² L'art. 816 bis del cod. proc. civ. impone al tribunale arbitrale «in ogni caso di attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa».

⁶³ L'art. 818 del cod. proc. civ. prevede che «gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge».

⁶⁴ L'art. 828 del cod. proc. civ. disciplina l'impugnazione per nullità del lodo e l'art. 829 disciplina i casi in cui essa è ammessa.

⁶⁵ L'art. 1522 del *code de procédure civile français* prevede che «par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation».

principale dalle norme imperative della legge della sede e soltanto in via sussidiaria dalle *ICC Arbitration Rules*⁶⁶, e che dunque l'art. 818 del cod. proc. civ. deve prevalere sull'art. 23(1) delle *ICC Arbitration Rules*. Altro esempio può essere rappresentato dalle norme sulle impugnazioni del lodo. Mentre alcuni Regolamenti di arbitrato consentono alle parti di rinunciare a qualsiasi mezzo di impugnazione del lodo⁶⁷, conformandosi dunque alle leggi di arbitrato più liberali⁶⁸, ciò non è consentito qualora la legge della sede sia ad esempio quella italiana⁶⁹.

Quanto alla seconda categoria di limiti, i Regolamenti di arbitrato richiamano i principi del contraddittorio e della parità delle parti⁷⁰. Come è stato correttamente rilevato in dottrina, si tratta di «“truly” international provisions of procedural public order, applicable regardless of the applicable law, of the place of arbitration or of the applicable rules»⁷¹, e la cui inosservanza implicherebbe non soltanto il rischio di annullamento del lodo nell'ordinamento giuridico della sede, ma anche il rifiuto dell'esecuzione in qualsiasi altro ordinamento giuridico⁷².

⁶⁶ Cassazione, 7 aprile 2009, n. 9909.

⁶⁷ Questo è il caso delle *ICC Arbitration Rules* che all'art. 35, 6° comma, prevedono che «Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made».

⁶⁸ Questo è ad esempio il caso del *code de procedure civile française* che all'art. 1522 prevede che «par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation», ma anche del *Swiss PILA* che all'art. 192 prevede che «if none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2)».

⁶⁹ Il cod. proc. civ. non consente alle parti di derogare all'art. 829 rinunciando dunque all'impugnazione del lodo per i motivi ivi previsti.

⁷⁰ Vedi *supra* note 53 e 54.

⁷¹ JARROSSON, op. cit., p. 70.

⁷² La violazione del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa costituisce motivo di diniego di riconoscimento e di esecuzione del lodo ai sensi della Convenzione di New York. Non essendo possibile in questa sede un'analisi ap-

5. I Regolamenti di arbitrato tendono a disciplinare tutti gli aspetti di un arbitrato⁷³. Si è parlato a tal proposito di una vera e propria “presunzione di completezza” dei Regolamenti di arbitrato⁷⁴. Ciò nonostante, può accadere che le parti, quantunque abbiano designato il Regolamento di un’istituzione arbitrale, decidano di derogare alla disciplina ivi prevista prevedendo delle norme *ad hoc* in connessione a diversi aspetti della procedura. Queste ultime possono riguardare ad esempio i criteri che disciplinano la nomina dei componenti del tribunale arbitrale, il numero di arbitri che deve comporre il collegio, uno specifico termine per il deposito del lodo, o l’individuazione di una *appointing authority* esterna per nominare il presidente del tribunale arbitrale. A parere di chi scrive, questa scelta deve essere esercitata con una certa cautela in quanto può avere l’effetto di stravolgere l’equilibrio e la razionalità interna dei Regolamenti di arbitrato, aggiungendo delle complicazioni allo svolgimento della procedura. Ciò detto, è opportuno interrogarsi sull’eventuale sussistenza di limiti all’autonomia delle parti di prevedere norme *ad hoc* in deroga a quelle previste nei Regolamenti di arbitrato, e su quali criteri debbano essere seguiti in caso di divergenza tra le stesse. In linea di massima il carattere suppletivo di molte norme contenute nei Regolamenti dovrebbe impedire a priori il verificarsi di contrasti, dal momento che esse si applicano soltanto qualora le parti non abbiano previsto diversamente⁷⁵. Tuttavia il problema può porsi, e per farvi fronte alcuni Regolamenti di arbitrato contengono delle “clausole di compatibilità”, subordinando

profondità del tema, si vedano *ex multis* JARROSSON, op. cit., p. 70; ID., *Réflexions introductives sur le principe du contradictoire dans l'arbitrage, Le principe du contradictoire en arbitrage*, Paris, 2016, p. 11 ss.; D. MATRAY, G. MATRAY, *Le principe du contradictoire: ses contours, Le principe du contradictoire en arbitrage*, Paris, 2016, p. 23 ss.; LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Paris, 2015, par. 292 ss.; CHAINAIS, *L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre*, *Rev. arb.*, 2010, p. 27ss.; KESSEDJIAN, *Principe de la contradiction et arbitrage*, *Rev. arb.*, 1995, p. 381 ss.

⁷³ JARROSSON, op. cit., p. 70.

⁷⁴ Ibid., p. 64.

⁷⁵ CARLEVARIS, *sub Art. 1- Scope of Application*, in *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary* (Draetta, Luzzatto a cura di), p. 52 ss.

l'autonomia delle parti al soddisfacimento di determinate condizioni. Questo è il caso ad esempio del Regolamento di arbitrato della CAM che all'art. 2,1° comma, prevede che «Il procedimento arbitrale è disciplinato dal Regolamento, dalle regole fissate di comune accordo dalle parti sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale in quanto compatibili con il Regolamento e da quelle fissate dal Tribunale Arbitrale». Questa norma sembra imporre un duplice limite all'autonomia delle parti. In primo luogo essa stabilisce un limite temporale, in quanto circoscrive la facoltà delle parti di prevedere norme differenti da quelle del Regolamento CAM consentendo che essa sia esercitata soltanto fino alla costituzione del tribunale arbitrale⁷⁶. La *ratio* di questa limitazione sta nel fatto che dopo la costituzione del tribunale arbitrale, le parti non possono modificare unilateralmente le regole che l'arbitro ha accettato all'atto del conferimento dell'incarico⁷⁷. In secondo luogo, essa stabilisce un limite di tipo contenutistico, consentendo alle parti di derogare alle norme del Regolamento soltanto attraverso la previsione di norme che siano "compatibili" con lo stesso. Ciò sembra rientrare nell'esigenza dell'istituzione arbitrale di dover garantire il c.d. "ordine pubblico istituzionale"⁷⁸ su cui torneremo a breve. Allo stesso modo anche le *ICC Arbitration Rules* impongono dei limiti all'autonomia delle parti prevedendo all'art. 19 che la stessa debba essere esercitata soltanto qualora ci sia un vuoto normativo nel Regolamento di arbitrato⁷⁹. Da tale norma può dedursi *a contrario* che qualora la fattispecie sia

⁷⁶ JARROSSON, op. cit., p.63; AZZALI, *Chamber of Arbitration of Milan (CAM)*, in *World Arbitration Reporter*² (Mistelis, Shore a cura di), 2018.

⁷⁷ JARROSSON, op. ult. cit., p. 63. La *ratio* di questa limitazione va ricercata nel fatto che dopo la costituzione del tribunale arbitrale qualsiasi modifica al Regolamento deve essere decisa non soltanto dalle parti ma convenuta anche dagli arbitri che hanno accettato il proprio incarico prendendo visione delle regole dell'istituzione, che non possono essere modificate dalle parti in maniera unilaterale.

⁷⁸ SALI, *Arbitrato amministrato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Aggiornamento*, Tomo I, Torino, 2007, p. 15.

⁷⁹ L'art. 19 delle *ICC Arbitration Rules* (versione del 2021) prevede che «The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration».

regolata dal Regolamento di arbitrato, le parti non hanno alcuna facoltà di prevedere delle norme *ad hoc* in deroga a quanto ivi previsto.

Tuttavia, a prescindere dalla diversa estensione dell'autonomia delle parti riconosciuta nei singoli Regolamenti di arbitrato, in un arbitrato amministrato l'autonomia delle parti deve rispettare il c.d. "ordine pubblico istituzionale"⁸⁰, ossia un insieme di norme che l'istituzione arbitrale considera inderogabili e che attengono principalmente alle funzioni degli organi dell'istituzione arbitrale e a meccanismi processuali reputati essenziali. Se ciò non avviene, ossia se le parti fanno un uso troppo accentuato della loro autonomia derogando considerevolmente all'impianto processuale stabilito nei Regolamenti, l'istituzione arbitrale può rifiutarsi di amministrare l'arbitrato. Questa facoltà dell'istituzione arbitrale e gli effetti derivanti dall'eventuale rifiuto della stessa di amministrare l'arbitrato sono disciplinati nel nostro codice di procedura civile che all'art. 832, 6° comma, prevede espressamente che «se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo». La *ratio* di tale norma va rinvenuta nel fatto che l'istituzione arbitrale svolge verso le parti un'attività contrattuale. Più precisamente, mediante il proprio Regolamento l'istituzione arbitrale fa un'offerta al pubblico, cui le parti aderiscono sottoscrivendo la convenzione arbitrale che richiama il Regolamento dell'istituzione stessa⁸¹. Il contratto si perfeziona nel momento in cui l'istituzione proponente riceve l'accettazione della sua proposta, e ciò avviene con il deposito della domanda di arbitrato. Se le condizioni inizialmente proposte dall'istituzione arbitrale vengono modificate in maniera sostanziale attraverso una deroga significativa alle disposizioni del Regolamento di arbitrato, allora l'originario proponente deve essere messo in condizione di vagliarle e di decidere se accettarle o rifiutarle. Il rifiuto di amministrare l'arbitrato appare dunque giustificato qualora le modifiche proposte siano tali da snaturare l'attività dell'istituzione⁸².

⁸⁰ SALI, op. ult. cit., p. 15.

⁸¹ SALI, op. ult. cit., p. 15.

⁸² Ibidem; *Sub. Art. 832*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* cit., p.

Non è agevole tracciare una definizione della nozione di “ordine pubblico istituzionale”, in quanto essa può variare a seconda dell’istituzione arbitrale considerata⁸³. L’ordine pubblico istituzionale è stato definito come un nucleo di disposizioni che l’istituzione arbitrale considera «non derogabili dalle parti, pena lo snaturamento del suo ruolo»⁸⁴, e in cui possono essere inclusi «il principio del contraddittorio[...], l’indipendenza e l’imparzialità degli arbitri [...], il controllo dei tempi del procedimento ed il sistema tariffario definito dall’istituzione»⁸⁵. Come è agevole constatare, alcune di queste norme ricalcano in effetti i principi dell’ordine pubblico processuale internazionale che vengono richiamati anche nelle leggi nazionali di arbitrato, quali i principi del contraddittorio e della parità delle parti⁸⁶. Altre norme dell’ordine pubblico istituzionale riguardano invece degli aspetti del funzionamento interno dell’istituzione arbitrale, e dunque sulla loro essenzialità non può che pronunciarsi l’istituzione stessa. Alcuni esempi possono essere rinvenuti nella prassi della *ICC International Court of Arbitration*. In un arbitrato avente sede in Italia, la *International Court of Arbitration* della ICC si è rifiutata di applicare le norme indicate dalle parti nella convenzione arbitrale in merito ai tempi per la costituzione del tribunale arbitrale, in quanto le stesse avrebbero comportato una deroga al meccanismo della conferma dell’arbitro da parte

374; DERAÏNS, SCHWARTZ, *A guide to the ICC Rules of Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2005, p. 224.

⁸³ SALI, op. ult. cit., p.15.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Il rispetto di tali principi è imposto ad esempio nel Regolamento Arbitrale CAM (versione del 2020), che all’art. 2, 3° comma prevede che: «In ogni caso, è attuato il principio del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti»; nelle *ICC Arbitration Rules* (versione del 2021), che all’art. 22, 4° comma, stabiliscono che «In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case»; nelle *LCIA Arbitration Rules* (versione del 2020) che all’14.1 prevedono che «Under the Arbitration Agreement, the Arbitral Tribunal’s general duties at all times during the arbitration shall include: (i) a duty to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent(s)...».

dell'istituzione imposto nelle *ICC Arbitration Rules*⁸⁷. Il Tribunale parigino di prima istanza ha ritenuto che la ICC fosse legittimata a rifiutarsi di amministrare l'arbitrato in quanto le parti intendevano derogare a delle norme che concernevano «essential aspect of the ICC Rules in the eyes of the ICC»⁸⁸. Di conseguenza, la Corte ha qualificato tale arbitrato come un arbitrato *ad hoc*. In un altro caso l'*International Court of Arbitration* della ICC si è rifiutata di amministrare un arbitrato in cui le parti, pur facendo riferimento alle *ICC Arbitration Rules*, avevano previsto delle norme atte a derogare al meccanismo di scrutinio del lodo ivi previsto⁸⁹. Questo rifiuto è stato motivato sulla base del fatto che la norma che prevede il controllo preventivo del lodo per opera del Segretariato è considerata essenziale per il funzionamento dell'istituzione arbitrale.

L'esistenza di queste norme di ordine pubblico istituzionale che attengono al funzionamento delle camere arbitrali, e che sono ritenute inderogabili da queste ultime, deve essere tenuta ben presente dalle parti nel momento in cui le stesse scelgono il Regolamento di arbitrato che intendono applicare. Difatti, attraverso queste norme, le istituzioni arbitrali definiscono il proprio grado di intervento nella gestione della procedura, limitando l'autonomia delle parti in connessione ad aspetti rilevanti dell'arbitrato.

⁸⁷ Il caso è citato in EMANUELE, MOLFA, *Institutional Arbitration: The Italian Perspective*, in *Litigation & Dispute Resolution*¹, reperibile online.

⁸⁸ Tribunale di Prima Istanza di Parigi, 22 gennaio 2010, *Revue de l'arbitrage*, 2010.571, nota di Jean-Baptiste Racine.

⁸⁹ Il caso è citato in JARROSSON, op. ult. cit., p. 67.

LA LEGGE APPLICABILE NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

GIOVANNI ZARRA

SOMMARIO: 1. I metodi per la determinazione della legge applicabile. – 1.1. *Segue* Scelta ad opera delle parti. – 1.2. Scelta ad opera del tribunale arbitrale. – 2. Il possibile riferimento a sistemi di diritto non statale. In particolare: la *lex mercatoria*. – 3. La differenza tra l'arbitrato e la c.d. *amiable composition*. – 4. Il problema dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

1. Nell'arbitrato commerciale internazionale, il sistema di diritto applicabile al merito delle controversie fa spesso da mera cornice normativa, essendo l'intera disciplina della questione devoluta ai termini dell'accordo dei contraenti. Questa circostanza non fa sì, tuttavia, che il tema non resti di primaria importanza nello studio della materia¹, giacché in tutte le circostanze in cui la manifestazione di autonomia contrattuale si manifesti contraria al diritto della sede dell'arbitrato, alla legge che è applicabile al merito della controversia o a quella del luogo dell'esecuzione, ciò può condurre ad un annullamento del lodo e/o alla mancata esecuzione dello stesso. Si rende dunque necessario, soprattutto allo scopo di comprendere la disciplina dei casi patologici, svolgere una disamina delle modalità con cui si può addivenire all'individuazione del diritto applicabile in un arbitrato commerciale internazionale, soffermandoci poi sulla possibilità di scelta di un diritto non statale (come ad es. la c.d. *lex mercatoria*) e sulla possibilità che agli arbitri sia richiesto di

¹ LEW, MISTELIS, KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aja, 2003, p. 411: «The determination of the applicable substantive law is a critical issue in international arbitration. It has a legal, practical and psychological influence on every arbitration. Nothing is more important in any international arbitration than knowing the legal or other standards to apply to measure the rights and obligations of the parties. This is an independent exercise in the dispute resolution process for resolving the dispute itself». Sul tema, in generale, v. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, *passim*.

agire come c.d. *amiable compositeurs*. Dedicheremo, infine, alcune riflessioni alle modalità con cui il concetto di imperatività proprio dei sistemi di diritto implicati in una controversia (che si esprime sia attraverso la clausola generale dell'ordine pubblico sia attraverso le norme di applicazione necessaria) influisce sulla legge applicabile al merito della controversia stessa.

1.1. Cominciando, quindi, ad esaminare i metodi per la determinazione della legge applicabile, va innanzitutto chiarito che la scelta è primariamente rimessa ad una manifestazione di volontà delle parti. Ove il tribunale non si attenesse all'indicazione delle parti esso certamente potrebbe essere tacciato di eccesso di potere con la conseguenza che il lodo potrebbe sia essere annullato presso lo stato della sede (secondo le disposizioni di legge di volta in volta applicabili) sia non essere eseguito secondo la Convenzione di New York del 1958 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali internazionali. Il riferimento va, in particolare, all'art. V, par. 1, lett. d) della Convenzione, il quale prevede come motivo di annullamento il fatto che «*la procedura d'arbitrato non è stata conforme alla convenzione delle parti* oppure, in mancanza d'una convenzione, alla legge del paese dove è avvenuto l'arbitrato» (corsivo aggiunto). A tal riguardo, deve ritenersi che il termine «procedura» utilizzato nella Convenzione di New York sia da intendersi in senso ampio, ossia come facente riferimento a qualsiasi discostamento immotivato da parte degli arbitri rispetto a quanto pattuito dai contendenti.

Non deve quindi sorprendere che un autorevole manuale in materia parli del principio di autonomia delle parti come di un cardine del diritto dell'arbitrato internazionale (e, più in generale, di tutti i sistemi di diritto internazionale privato), affermatosi su scala globale: «it is now recognised that party autonomy operates as a right in itself. The rule has a special transnational or universal character and has binding effect because it has been agreed to and adopted by the parties. Unquestionably, party autonomy is the most prominent and widely accepted international conflict of laws rule. These national conflict of laws systems recognise that contracting parties do express their view as to the law to govern their contractual relations, and the national laws have no reason to ignore and very limited

rights to interfere with the expressed will of the parties»². Numerosi sistemi di diritto nazionale e regolamenti arbitrali confermano la libertà di scelta della legge applicabile al merito della controversia; tra essi giova rammentare l'art. 822 cod. proc. civ., l'art. 28 della Legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, l'art. VII della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale sottoscritta nel 1961 a Ginevra, l'art. 21 del regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale (CCI) e l'art. 22, par. 3, del regolamento arbitrale della London Court of International Arbitration (LCIA). A tal riguardo, va rilevato che, mentre alcune disposizioni – ad es. l'art. VII della Convenzione europea – fanno riferimento al diritto applicabile («law to be applied»), la maggior parte contengono formulazioni più generiche e fanno riferimento a «law or rules of law», con ciò – secondo molti – legittimando anche il riferimento ad un sistema di diritto non statale.

La scelta del diritto applicabile può essere espressa o implicita. Se la scelta è espressa, essa solitamente si troverà all'interno del contratto in cui è contenuta la clausola arbitrale (raramente, invece, le parti pongono in essere una scelta espressa dopo l'inizio della controversia, sia per iscritto sia oralmente dinnanzi al tribunale arbitrale)³. Quando la scelta è esplicita, si ritiene che essa faccia riferimento soltanto al diritto sostanziale selezionato e non anche alle norme di conflitto di tale sistema di diritto, con il che si tende ad escludere che nell'arbitrato operi il meccanismo del rinvio⁴.

² LEW, MISTELIS, KROLL, op. cit., p. 413.

³ Nulla vieta che le parti optino per un c.d. *depeçage*, così rimettendo la disciplina di diverse clausole contrattuali a differenti sistemi di diritto applicabile.

⁴ Più in generale, sul tema, cfr. LEANDRO, *Qualche riflessione sul rinvio nell'arbitrato commerciale internazionale*, in AA.VV. *Liber Amicorum Angelo Davì*, vol. III, 2019, p. 1881 ss. L'A., a p. 1887, chiarisce che «[p]oiché l'esclusione del rinvio è concepita a protezione dell'effettività della scelta di legge, essa riflette l'ampiezza del ruolo svolto dalla volontà delle parti all'interno del fenomeno arbitrale». Lo stesso Leandro, tuttavia, correttamente riconosce che, sebbene questa circostanza sia da considerarsi assolutamente eccezionale, «le parti potrebbero estendere il richiamo della legge straniera anche alle norme di conflitto e individuare, così, la disciplina materiale attraverso tali norme piuttosto che rivolgersi di-

Si parla, invece, di scelta implicita laddove sussistano degli elementi che lascino dedurre che le parti non possano che aver optato per un certo sistema di diritto quale legge regolatrice del merito della controversia. Tali elementi possono riscontrarsi nella lingua usata dalle parti nella redazione del contratto, o nei riferimenti presenti nell'accordo ad un certo sistema di diritto, o nella scelta della sede dell'arbitrato. Si pensi, a tal riguardo, che nel Regno Unito per lungo tempo i giudici hanno ritenuto che la scelta di Londra come sede delle procedure presupponesse anche la scelta del diritto inglese per il merito della controversia. Similmente, in *Oldendorff v. Libera Corporation*⁵ – un caso riguardante un contratto *charter party* tra una società tedesca ed una giapponese e rimesso ad arbitrato con sede a Londra – il fatto che il contratto fosse redatto in inglese ed utilizzasse clausole *standard* tipiche del diritto inglese condusse la High Court di Londra – pur in assenza di una clausola espressa di legge applicabile – a considerare il diritto inglese come applicabile (anche in ragione di alcuni riferimenti al diritto inglese presenti nelle negoziazioni del contratto).

1.2. Quando, invece, le parti nulla abbiano disposto in merito al diritto applicabile, tale scelta rientrerà tra i poteri del tribunale proprio in virtù del fatto che gli arbitri hanno – in base alla volontà espressa dalle parti – il potere/dovere di addivenire ad una conclusione della controversia. A conferma di ciò può essere citato il noto caso *DST v. Rakoi*⁶, un arbitrato con sede in Svizzera in cui il contratto alla base della controversia era privo della scelta di legge. Nell'esercizio dei propri poteri, il Tribunale arbitrale decise di far governare la controversia dal diritto svizzero. In sede di esecuzione, poi, la parte convenuta sollevò l'argomento secondo il quale in as-

rettamente alle norme materiali della *lex causae*, o, più semplicemente, potrebbero indicare all'arbitro quale sistema conflittuale (nazionale o di altra derivazione) utilizzare per determinare le norme materiali» (p. 1888).

⁵ Queen's Bench Division (Commercial Court), *Egon Oldendorff v. Libera Corporation*, [1995] 2 Lloyd's Rep. 64.

⁶ UK Court of Appeal, sentenza del 24 March 1987, *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft GmbH and Others v. Ras al-Khaimah National Oil Company*, [1987] EWCA Civ J0324-2.

senza di scelta il diritto applicabile debba sempre essere quello che presenta il collegamento più stretto con la controversia. *Rakoil*, trattandosi di una controversia relativa alla ricerca di petrolio nell'Emirato di R'As al Khaimah, riteneva necessaria l'applicazione del diritto vigente in tale Paese al posto di quello svizzero e, pertanto, lamentava che il lodo fosse viziato. La Corte d'appello di Londra, tuttavia, dissentì: la scelta di una sede d'arbitrato neutrale (Ginevra) può esser vista come un chiaro indice della volontà di avere anche un diritto sostanziale applicabile terzo rispetto ad entrambe le parti. Per questo motivo, avendo – per via della propria *non scelta* – le parti delegato agli arbitri il potere di individuare il diritto sostanziale applicabile, il Tribunale legittimamente aveva ritenuto opportuno applicare il diritto elvetico.

Va precisato che gli arbitri possono determinare la legge applicabile sia in maniera diretta (c.d. *voie directe*), sia applicando le norme di conflitto che essi ritengono opportune (c.d. *voie indirecte*).

Con riguardo al primo metodo, esso si riscontra innanzitutto nel diritto francese, dove l'art. 1511 del Codice civile prevede che il tribunale, in assenza di scelta, possa applicare le norme di diritto che esso considera opportune. Similmente – ma di fatto indirizzando la scelta degli arbitri – l'art. 187 della legge svizzera di diritto internazionale privato prevede che gli arbitri applichino la legge con la quale (secondo il loro giudizio) il caso presenta il collegamento più stretto. Previsioni che prevedono la libertà totale di scelta degli arbitri si riscontrano altresì nell'art. 22, par. 3, del regolamento arbitrale della LCIA e nell'articolo 21 del regolamento CCI.

In merito al c.d. *voie indirecte*, invece, va precisato che talvolta gli arbitri fanno riferimento alle norme di conflitto della sede dell'arbitrato per determinare il diritto sostanziale applicabile. Questo metodo è tuttavia sconsigliato perché – per la competenza degli arbitri e per le caratteristiche dell'arbitrato – si ritiene preferibile che sia il tribunale a compiere una determinazione completa del sistema di diritto che esso ritiene applicabile. Questo si spiega anche in ragione del fatto che la posizione dell'arbitro è ragionevolmente differente da quella dei giudici interni, poiché – in assenza di un vero e proprio foro – i tribunali arbitrali non sono vincolati

da un certo sistema di norme di conflitto⁷. Ciononostante, è opportuno tener conto del fatto che l'art. 28, par. 2, della Legge Modello UNCITRAL, così come l'art. 46, par. 3, dell'*English Arbitration Act* del 1996 fanno riferimento all'applicazione – da parte degli arbitri – delle norme di conflitto che essi ritengono opportune per determinare la legge sostanziale del caso. In tale processo di identificazione delle norme di conflitto, gli arbitri hanno talvolta fatto riferimento alla legge di diritto internazionale privato della sede (sulla base della considerazione per cui è il diritto della sede a conferire agli arbitri il potere di giudicare)⁸, altre volte a quelle del sistema giuridico che presentava la più stretta connessione con il caso e altre ancora hanno determinato – sulla base della propria sensibilità – quello che ritenevano il miglior sistema di norme di conflitto per il caso⁹. Quel che è certo è che, posto il potere conferito agli arbitri, nessuno di questi criteri è di fatto sindacabile in sede di annullamento e/o di esecuzione del lodo dinnanzi alle corti nazionali¹⁰.

2. Avendo chiarito come si possa arrivare alla determinazione del diritto sostanziale applicabile nell'arbitrato internazionale è necessario ora soffermarsi sulle caratteristiche dei sistemi di diritto ai quali le parti o gli arbitri possono fare ricorso. Se è certo, infatti, che si possa far riferimento a sistemi di diritto interno (o a norme di diritto internazionale recepite dai diritti nazionali, come la Convenzione di Vienna del 1980 sulla Vendita Internazionale di Merci) meno scontato è che si possa far riferimento a sistemi di diritto non statale. Si pensi, infatti, all'art. 3 del regolamento 593/2008 (c.d. re-

⁷ DERAIS, *Public Policy and the Law Applicable to the Merits of the Dispute in International Arbitration, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, 1986 New York Volume 3* (a cura di Sanders), L'Aja, 1987, p. 274 ss.

⁸ ZARRA, *La lex arbitri e la lex loci arbitri: tra verità normative e incertezze dottrinali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2019, p. 533 ss.

⁹ LEW, MISTELIS, KROLL, op. cit., p.

¹⁰ Cfr. Cour de Cassation, sentenza del 9 ottobre 1984, *Société Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Société Norsolor*, reperibile all'indirizzo http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118.

golamento Roma I), il quale esclude la possibilità di far riferimento ad un diritto che non trovi la propria origine in un ordinamento giuridico nazionale¹¹. Si ritiene, in ogni caso, che nell'arbitrato tale possibilità non sia preclusa e che alle parti sia consentito far riferimento a sistemi di diritto non statale come la c.d. *lex mercatoria*. Quest'ultima merita qualche approfondimento in questa sede¹².

Dal punto di vista storico, il c.d. diritto dei mercanti si sviluppò nell'Europa medievale a partire dalle pratiche tra gli operatori del commercio le quali hanno man mano assunto natura consuetudinaria. Oggi si parla di nuovo diritto dei mercanti (nuova *lex mercatoria*) facendo riferimento, seppur in modo vago ed incerto, agli usi che si sono sviluppati nei commerci internazionali¹³. Tale orientamento è sorto in parallelo ad un noto movimento volto alla delocalizzazione dell'arbitrato internazionale¹⁴, già criticato in altra sede¹⁵, il cui scopo ultimo è quello di dimostrare l'autonomia dell'arbitrato da tutti i sistemi di diritto interno (incluso quello della sede) al di là di quello dove l'esecuzione del lodo è richiesta¹⁶.

Volendo far riferimento ad un'accreditata definizione della *lex mercatoria* redatta da Berthold Goldman, è possibile affermare che

¹¹ MANKOWSKI, *Article 3: Freedom of choice, Commentary to the Rome I Regulation* (a cura di Magnus, Mankowski), Colonia, 2017, p. 185 ss.

¹² Per un contributo recente sul tema si veda, *ex multis*, MICHAELS, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 447 ss.; per un'analisi generale, MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003, *passim*.

¹³ Molto spesso la *lex mercatoria* è equiparata *tout court* – e quindi di fatto essa è svuotata di contenuto proprio – ai Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali, su cui cfr. BONELL, *The UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts: Why? What? How?*, in *Tulane Law Review*, 1995, p. 1121 ss.

¹⁴ Cfr. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, in *Arbitration International*, 1988, p. 90, il quale spiega che il movimento volto alla creazione della *lex mercatoria* è diverso da quello che guarda all'arbitrato come un fenomeno a-nazionale, sebbene tra i due ci siano evidenti punti di contatto.

¹⁵ ZARRA, *La lex arbitri, cit., passim*.

¹⁶ Per un'analisi di queste teorie cfr. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrari annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2015, pp. 581-589.

«*lex mercatoria* would (...), irrespective of its origin and the nature of these sources, be the law proper to international economic commercial relations. One would encompass not only transnational customary law, whether it is codified or not (and in the latter case revealed and clarified by arbitral awards) but also law of an interstate, or indeed State, which relates to international trade. Thus, for example, the successive Hague (1954) and Vienna (1980) Conventions Establishing Uniform Laws for the International Sale of Goods would be part of *lex mercatoria*. This would also be the case with respect to national legislation whose specific and exclusive object is international trade. (...) The same applies to rules specific to international trade established by national case law, such as for example the French notions of the autonomy of parties, the general validity of international arbitration agreements, and the capacity of state and of public entities to bind themselves by such agreements»¹⁷.

Ole Lando ha affermato che, scegliendo la *lex mercatoria*, le parti «submit to the custom and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the states engaged in international trade or in those states connected with the dispute. Where such common rules are not ascertainable the arbitrator applies the rule or chooses the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so he considers the laws of several legal systems. This judicial process is partly an application of legal rules, partly a selective and creative process. The choice described here is the choice of *lex mercatoria* as the system of law to govern the contract». Il vantaggio del ricorso a questo sistema di norme starebbe nel fatto che «[b]y choosing the *lex mercatoria* the parties avoid the technicalities of national legal systems as well as rules which are unfit for international contracts. Thus they escape peculiar formalities, short periods of limitation, and some of the difficulties created by domestic laws which are unknown in other countries, for example, the common law rules an consideration and privity of contract. Furthermore, those involved

¹⁷ GOLDMAN, *The Applicable Law: General Principles of Law, Contemporary Problems in International Commercial Arbitration* (a cura di Lew), p. 113.

in the proceedings – parties, counsels and arbitrators – plead and argue on an equal footing; nobody has the advantage of having the case pleaded and decided by his own law and nobody has the disadvantage of seeing it governed by a foreign law»¹⁸.

In taluni casi i giudici nazionali hanno effettivamente fatto ricorso alla *lex mercatoria*. La Corte di cassazione italiana, nel noto caso *Topfer*¹⁹, ha applicato tale (presunto) sistema giuridico, inteso come complesso di regole di condotta, rilevabili allo stato diffuso, vigenti nella *societas mercantile*. In *Compañia Valenciana de Cementos Portland S.A. v. Primary Coal Inc.*²⁰ la *Cour de Cassation* francese ha riconosciuto la possibilità di applicare la *lex mercatoria* nell'arbitrato internazionale e ha attribuito agli arbitri un ampio margine di scelta in tal senso laddove le parti non abbiano espresso una preferenza per un sistema di diritto applicabile. La sede dell'arbitrato (gestito dalla CCI) era in Francia e l'arbitro unico aveva ritenuto di applicare la *lex mercatoria* alla disciplina sostanziale del rapporto. Su questa base la parte attrice (soccombente nel merito) chiese l'annullamento del lodo presso le corti della sede sulla base del fatto che l'arbitro non aveva applicato un sistema di diritto statale nonostante l'art. 13 – l'attuale art. 21 – del regolamento CCI prescrivesse di far riferimento ad un sistema domestico di leggi. Tuttavia, secondo la Suprema Corte francese, nel riferirsi agli usi del commercio internazionale sviluppati anche nella prassi delle giurisprudenze interne l'arbitro aveva comunque applicato un sistema di diritto e pertanto il lodo poteva considerarsi valido.

Numerose critiche possono comunque essere mosse rispetto

¹⁸ LANDO, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute, Essays on International Commercial Arbitration* (a cura di Sarcevic), Boston-London, 1991, pp. 143-144.

¹⁹ Corte di Cassazione, sentenza dell'8 febbraio 1982 n. 722, *Ditta Fratelli Damiano s.n.c. v. August Topfer & Co GMBH*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1982, p. 829.

²⁰ Cour de Cassation, sentenza del 22 ottobre 1991, *Société Compañia Valenciana De Cementos Portland V Société Primary Coal Inc.*, reperibile all'indirizzo <https://arbitrationlaw.com/library/cour-de-cassation-first-civil-chamber-22-october-1991-soci%C3%A9t%C3%A9-compa%C3%B1ia-valenciana-de>.

all'idea di *lex mercatoria*²¹. Come lo stesso Lando ha dovuto riconoscere, innanzitutto, «[i]t is not possible to provide an exhaustive list of all the elements of the “law merchant”» (corsivo aggiunto)²². Ciò dimostra l'assoluta incertezza rispetto al contenuto della *lex mercatoria* e questa circostanza, di per sé, dovrebbe portarci a diffidare da tale presunto sistema normativo, la cui applicazione – laddove non basata su principi propri di sistemi di diritto interno e non originante da una precisa scelta delle parti – potrebbe condurre ad un lodo non facilmente distinguibile da una decisione secondo equità e dunque passibile di annullamento e/o non esecuzione. In secondo luogo, ma primariamente dal punto di vista logico, non si può ignorare che tutti i sistemi normativi a cui fa riferimento la teoria della *lex mercatoria* (e che dovrebbero portarci a conferire autonomia a tale categoria giuridica) sono *di fatto* fonti del diritto già esistenti e applicabili facendo riferimento a normative interne (sia in quanto tali sia come modificate nel recepimento di trattati internazionali, come ad es. la già menzionata Convenzione di Vienna del 1980 sulla Vendita Internazionale di Merci, o di norme di diritto internazionale generale)²³ o a precise codificazioni redatte da enti privati (ad es. Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali) alle quali le parti possono liberamente decidere di rimettersi. Il riferimento a questa categoria fumosa ed inafferrabile pare, pertanto, inopportuno giacché foriero di incertezze che potrebbero avere ripercussioni sull'efficacia del lodo. Ciò va evitato poiché, come ben noto, il dovere ultimo degli arbitri è proprio quello di assicurare una decisione efficace ed eseguibile (si veda, sul punto, l'art. 42 del regolamento CCI).

²¹ Nel medesimo senso v. MANN, “*Lex facit arbitrum*”, *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (a cura di AA.VV.), L'Aja, 1967, p. 287; MUSTILL, *op. cit.*; LAGARDE, *Approches Critiques de la Lex Mercatoria, Le Droit des Relations Economiques Internationales, Etudes Offertes à Berthold Goldman* (a cura di AA.VV.), Parigi, 1982, p. 125; DELAUME, *The Proper Law of State Contracts and Lex Mercatoria, A Reappraisal*, in *ICSID Review – FILJ*, 1982, p. 79.

²² LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pp 747-768.

²³ MUSTILL, *op. cit.*, p. 92.

Non a caso, la *House of Lords* inglese ha, perentoriamente, affermato che «describing a contract as internationalized would amount to treating it as a floating contract unanchored from any system of law» ed ha per questo rifiutato di applicare questo sistema di norme²⁴.

3. Agli arbitri può essere richiesto anche di decidere una controversia *ex aequo et bono*, ossia sulla base del comune sentimento del giusto e dell'ingiusto. In tale caso essi agiscono come c.d. *amiable compositeurs*. Nell'arbitrato internazionale, laddove le parti si esprimano in favore del giudizio di equità, si ammettono sia l'equità *secundum legem* – ossia quella che sostanzialmente reinterpreta, secondo equità, il diritto esistente²⁵ – che l'equità *praeter legem* – consistente in un giudizio equitativo che va al di là del contenuto del diritto scritto senza tuttavia porsi in contrasto con esso. Non è consentito, in ogni caso, un giudizio di equità *contra legem*. La possibilità di decidere secondo equità è riconosciuta non solo da tutti i regolamenti arbitrali, ma anche dalle leggi nazionali che regolano la procedura arbitrale. Si pensi all'art. 822 del c.p.c., all'art. 28, par. 3, della Legge Modello UNCITRAL, all'art. 187, par. 2, della legge svizzera sul diritto internazionale privato e all'art. 1478 del codice civile francese.

È capitato che il giudizio equitativo conducesse all'applicazione della *lex mercatoria* e, a dire il vero, il ricorso a tale pseudo-sistema normativo potrebbe sovente, come già detto, condurre a lamentare che gli arbitri abbiano in realtà agito secondo equità e non secondo

²⁴ House of Lords, sentenza del 7 luglio 1983, *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co.*, 2 All EU (1983) 884.

²⁵ La Corte Internazionale di Giustizia ha sposato tale concetto nel caso *Continental Shelf* in *ICJ Rep.*, 1969, p. 48, in cui ha affermato: «when mention is made of a court dispensing justice or declaring the law, what is meant is that the decision finds its objective justification in considerations lying not outside but within the rules, and in this field it is precisely a rule of law that calls for the application of equitable principles. There is consequently no question in this case of any decision *ex aequo et bono*, such as would only be possible under the conditions prescribed by Article 38, paragraph 2, of the Court's Statute».

diritto. Nel caso CCI n. 3540²⁶, agli arbitri era stato richiesto di agire come *amiable compositeurs* e il Tribunale, nello stabilire a quale sistema di diritto rifarsi per il merito della controversia, stabilirono di applicare – compiendo un c.d. *voie directe* – la *lex mercatoria*. Ciò facendo, gli arbitri giustificarono la propria scelta affermando che secondo «the most recent and authoritative doctrine as well as the jurisprudence [...] in determining the substantive law, arbitrators may avoid the rules of conflict of the form, the more so if they have the power of *amiabiles compositeurs*».

L'idea sottostante rispetto alla scelta di lasciar decidere gli arbitri *ex aequo et bono* è quella di liberare le autorità giudicanti dalla rigidità del diritto positivo e consentirgli di operare secondo considerazioni di equità, giustizia e lealtà. C'è da dire che, per quanto riguarda lo specifico ambito dell'arbitrato in materia di investimenti (in cui la legge applicabile è sovente il diritto internazionale pubblico in virtù del coinvolgimento di uno Stato come convenuto), non sempre si è mantenuta la necessaria distinzione tra le decisioni secondo diritto e quelle secondo equità e ciò perché l'equità veniva spesso utilizzata per colmare le lacune del diritto internazionale e quindi per evitare una pronuncia di *non liquet*²⁷. Nell'arbitrato gestito dall'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), al quale facciamo qui riferimento vista la pubblicità delle decisioni che si emettono, vi sono stati due casi di decisione *ex aequo et bono*.

Nell'ambito dei contratti di investimenti tra Stati e imprese straniere, le decisioni *ex aequo et bono* possono avere un rilevante ruolo connesso alla lunga durata di questo tipo di accordi²⁸; ciò perché, nel periodo di vigenza del contratto, possono sempre venire in essere nuove circostanze (di carattere economico, politico, tecnologico) alle quali non si era inizialmente attribuita la debita atten-

²⁶ ICC Award No. 3540, lodo del 3 ottobre 1980, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1982, p. 124 ss.

²⁷ SOHN, *Arbitration of International Disputes ex aequo et bono*, *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (a cura di Sanders), 1967, pp. 330, 332.

²⁸ SCHREUER, *Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1996, p. 39.

zione e non sempre è agevole rinegoziare i termini dell'accordo. In questa situazione, quindi, una decisione giudiziale basata su generali parametri di giustizia può essere un ragionevole modo di superare i disaccordi intercorsi tra le parti nonché un buon modo per riprendere la cooperazione²⁹.

Passando all'analisi più approfondita dell'accordo delle parti necessario per far sì che il tribunale decida una controversia tra loro intercorrente secondo equità, può farsi riferimento alle c.d. *model clauses* dell'ICSID ove è stata espressamente prevista tale possibilità con la seguente formulazione: «[a]ny Arbitral Tribunal constituted pursuant to this agreement shall have the power to decide a dispute *ex aequo et bono*». Tale possibilità si riferisce ovviamente al caso in cui le parti abbiano da subito stabilito di dirimere *ex aequo et bono* eventuali future controversie; ciò è accaduto solo nel caso *Atlantic Triton v. Guinea*³⁰.

Nel caso *Benvenuti & Bonfant v. Congo*³¹, diversamente, le parti non si erano espresse sulla legge applicabile. Ad una prima proposta del Congo di lasciar decidere la questione *ex aequo et bono* vi fu un netto rifiuto della controparte. In seguito, le parti si accordarono chiedendo al tribunale di non rendere una decisione fino ad un certo termine, entro il quale esse avrebbero cercato di ottenere una transazione. In caso di fallimento di tali tentativi, il tribunale avrebbe dovuto decidere la controversia *ex aequo et bono*, circostanza poi verificatasi.

²⁹ BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, vol. 136, 1972, pp. 394-395.

³⁰ Nel caso *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, lodo del 21 Aprile 1986, vi è stato l'unico accordo di tale genere di fronte al quale un tribunale ICSID si è ritrovato. Questo recitava simmodo: «[i]n case of disagreement the parties accept to refer to the arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States and the disagreement shall be settled *ex aequo et bono* in accordance with the provision of Article 42(3) of the said Convention».

³¹ *Benvenuti & Bonfant Srl v. The Government of the People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, lodo del 15 Agosto 1980.

Il tribunale, in queste circostanze, viene a trovarsi in una situazione di grandissima discrezionalità, che può portarlo anche, secondo alcuni³², ad applicare norme di carattere legislativo³³ combinate o meno con considerazioni equitative. Anche nel già citato *Benvenuti & Bonfant v. Congo* il Tribunale, nella risoluzione della controversia, non si è basato solo sull'equità ma ha guardato anche alle *rules of law* opportune per il caso. Ad esempio, nel capo della sentenza riguardante i danni da risarcire, il tribunale ha fatto sovente riferimento all'equità, ma ha precisato che il principio di compensazione è altresì previsto dalla legge congolese³⁴. Questo sembra, certamente, un buon metodo per rendere giustificabile la decisione agli occhi delle parti.

Va infine riportato che, secondo autorevole dottrina³⁵, pur nei casi in cui i tribunali agiscono come *amiable compositeur*, non è dato riscontrare grosse discrepanze tra ciò che il tribunale ha statuito secondo equità e ciò che lo stesso tribunale avrebbe potuto decidere applicando un qualsivoglia sistema di diritto. Non si riportano ad oggi, almeno nel contesto ICSID, esempi in cui i tribunali abbiano disatteso norme di diritto positivo per basarsi su considerazioni equitative e in molti casi il richiamo all'equità appare addirittura superfluo.

Va infine rilevato che anche in tali lodi le valutazioni degli arbitri devono apparire oggettive e razionali e devono quindi essere espressamente motivate³⁶; del resto non ci sarebbe motivo per

³² SCHREUER, *op. cit.*, p. 44.

³³ Si veda tuttavia in senso contrario la decisione della Corte Permanente di Arbitrato nel lodo *Orinoco Steamship Company* del 25 Ottobre 1910, in cui è stata annullata una sentenza precedente (la *Umpire Barge*, del 22 Febbraio 1904 in cui il tribunale aveva applicato alcune norme venezuelane, nonostante le parti si fossero chiaramente espresse per la sola applicazione dell'equità.

³⁴ «This principle of compensation in case of nationalization is in accordance with the Congolese Constitution and constitutes one of the generally recognized principles of international law as well as equity. By reason of the above, the Government must therefore be ordered to pay B&B damages, the quantum of which will be determined *ex aequo et bono* by the tribunal» (para. 357).

³⁵ SCHREUER, *op. cit.*, pp. 49-50.

³⁶ Si vedano: SCHREUER, *op. cit.*, p. 51; SOHN, *op. cit.*, p. 331.

l'esclusione di tali decisioni dall'obbligo generale che ricade sul tribunale di motivare tutte le proprie decisioni (previsto, tra l'altro, dell'art. 48, par. 3, della Convenzione di Washington del 1965). Secondo Schreuer³⁷, tuttavia, tale obbligo opera in modo meno rigoroso nel nostro caso rispetto a quello in cui si debba decidere secondo diritto.

4. L'ordine pubblico è una clausola generale che si compone di quei principi che – in un dato momento storico – caratterizzano l'identità di un certo ordinamento. Esso si atteggia in maniera differente nei casi puramente domestici e nei casi che recano un elemento di estraneità. Nei primi ogni Stato è libero di determinare i limiti all'autonomia contrattuale derivanti da regole e principi che esso ritiene espressione del proprio ordine pubblico, mentre nei secondi le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti vanno bilanciate con la volontà degli ordinamenti stessi di aprirsi a valori e situazioni giuridiche di natura straniera, sia nell'intento di facilitare gli scambi internazionali per ragioni prettamente economiche, sia nel segno del rispetto della sovranità degli altri Stati (c.d. *international comity*), sia nell'intento di garantire l'armonia internazionale delle soluzioni e/o nella volontà di assoggettare, per quanto possibile, ogni situazione giuridica al sistema giuridico che le è proprio. Ai casi che si caratterizzano, dunque, come transnazionali, si applica una concezione ristretta di ordine pubblico – limitata ai soli principi fondamentali dell'ordinamento (che lo identificano in un dato momento storico) e ad esclusione di quelli tecnici (i quali sono espressione di scelte del legislatore ma non identificano l'ordinamento dal punto di vista assiologico) – e, allo scopo di distinguere la diversa concezione di ordine pubblico (estesa o ristretta), si fa rispettivamente riferimento agli appellativi di ordine pubblico «interno» e «internazionale»³⁸. Nell'arbitrato internazionale, come immaginabile, rileva

³⁷ SCHREUER, *op. cit.*, p. 51.

³⁸ Sul punto cfr. diffusamente PERLINGIERI, ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 48 ss., da cui sono tratte le considerazioni svolte nel testo.

solo la seconda nozione testé individuata, alla quale vanno anche accompagnate, per i fini di cui al presente scritto, le c.d. norme di applicazione necessaria, da intendersi come quelle «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento» (art. 9, regolamento Roma I).

La questione del rapporto tra ordine pubblico e legge applicabile al merito della procedura arbitrale è stata oggetto di numerose trattazioni e richiederebbe spazio ben più ampio di quello che è possibile dedicarle in questa sede. Il problema si sostanzia nel cercare una risposta alla domanda se può un tribunale arbitrale distaccarsi dalla scelta della legge applicabile operata dalle parti in favore di principi di ordine pubblico o di norme di applicazione necessaria di uno Stato diverso.

È vero che preminenza deve sempre essere accordata alla scelta delle parti, ma vero è pure che considerazioni di ordine pubblico - «in ragione dell'obbligatorietà per l'arbitro di predisporre un lodo potenzialmente riconoscibile ed eseguibile - si riflettono ab initio sull'attività ermeneutica dell'interprete, il quale costruirà la regola del caso controverso, alla luce dei principi racchiusi nella clausola generale di ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria»³⁹. La dottrina è oramai quasi unanime nel ritenere che l'arbitrato internazionale non possa prescindere da un c.d. «mandatory rules method» secondo il quale «arbitrators should apply a stand-alone balancing test that considers, based on the nature of the rule and the connection to the parties' transaction, the strength of a particular state's interest in having its mandatory rules enforced»⁴⁰.

³⁹ SBORDONE, *Il diritto applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale, L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale, Atti del 10° Convegno Internazionale* (a cura della Società italiana degli studiosi di diritto civile), Napoli, 2016, p. 176.

⁴⁰ GREENAWALT, *Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method?*, in *The American Review of International Arbitration*, 2007, p. 103.

Ma qual è l'ordinamento al quale l'arbitro deve fare riferimento? In prima battuta, sembra ovvio che non possano essere tralasciate le norme di ordine pubblico del sistema di diritto che le parti hanno scelto di applicare al proprio rapporto. Sembra infatti irragionevole che si possa selezionare una legge applicabile escludendo le disposizioni della stessa che non sono gradite alle parti. Appare evidente che, in un caso del genere, si correrebbe il rischio che il lodo sia annullato o non eseguito. In secondo luogo, rilievo dovrà sicuramente essere attribuito alle norme dell'ordinamento giuridico che sarebbe stato applicabile in assenza di scelta, ove tutti gli elementi della controversia siano connessi a tale sistema giuridico. Ciò per evitare che – in una situazione puramente domestica – le parti possano frodare il diritto interno attraverso la scelta di una legge straniera. In terzo luogo, gli arbitri dovrebbero tenere in debito conto le norme di ordine pubblico del diritto della sede dell'arbitrato. È evidente che, ove ciò non avvenisse, essi rischierebbero l'annullamento del lodo presso lo Stato della sede. Infine, è necessario – per garantire l'esecuzione del lodo – che si tenga conto della legge dei luoghi dove è verosimile che l'esecuzione stessa sarà richiesta, nonché degli Stati nei quali l'obbligazione dovrà essere eseguita⁴¹.

Ne discende che, nell'arbitrato internazionale, fatta salva la preminenza, quantomeno ideologica, delle norme dello stato della sede (il cui mancato rispetto può portare all'annullamento del lodo, le norme di ordine pubblico di tutti questi sistemi possono considerarsi su un piano di assoluta uguaglianza⁴². Dipenderà quindi dall'arbitro, assumendo un approccio pragmatico e guidato dall'analisi delle peculiarità del caso concreto, comprendere a quali disposizioni di legge dare applicazione. Da questo punto di vista, sembra opportuno che i soggetti giudicanti svolgano il proprio compito partendo da un'analisi della funzione della norma della

⁴¹ Si vedano le più ampie riflessioni in ZARRA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Il giusto processo civile*, 2019, p. 561 ss.

⁴² VOSER, *Mandatory Rules of law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*, in *The American Review of International Arbitration*, 1997, p. 338.

quale si reclama l'applicazione (ossia, in altre parole, degli interessi statali sottesi alla disposizione) per poi procedere ad analizzare la rilevanza in concreto di tale norma nel caso di specie. Ove si ravveda che proprio in quel caso, applicando il sistema di diritto scelto dalle parti o individuato dagli arbitri, si andrebbero a ledere interessi fondamentali dello Stato che ha promulgato tale norma (e che quindi ciò rischi seriamente di pregiudicare l'efficacia del lodo) l'arbitro dovrà disapplicare la legge scelta delle parti e dare preminenza alle norme di ordine pubblico.

Resta però da comprendere se un tribunale arbitrale possa sua sponte procedere all'individuazione delle norme di ordine pubblico applicabili o debba valutare il ricorso alle stesse solo nel caso in cui sia stata una delle parti a sollevare la questione. In altre parole, può il principio *iura novit curia* applicarsi nell'arbitrato internazionale con riguardo a tutti i sistemi di legge rilevanti per la controversia, senza che gli arbitri incorrano nel divieto di *ultra petita* e violino il principio del giusto processo? La questione è molto dibattuta, ma sembra che la soluzione maggioritaria evincibile da un'analisi della prassi è che nel caso in cui un tribunale arbitrale decida di basare una propria decisione su un argomento di carattere giuridico non sollevato dalle parti senza poi dare a queste ultime la possibilità di presentare le proprie deduzioni, il lodo sarà contrario al principio del giusto processo⁴³. Di conseguenza, le parti devono essere invitate a presentare deduzioni solo se «the arbitral tribunal considers basing its decision on a provision or legal consideration, which has not been discussed during the proceedings and which the parties could not have suspected relevant» e se quindi si possa dire che vi sia stato un effetto sorpresa⁴⁴.

Un approccio soddisfacente sembra essere quello espresso nel caso *Magyar v. Ungheria* ove il Tribunale ha affermato che: «When

⁴³ Per più ampie considerazioni v. ZARRA, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 565.

⁴⁴ Tribunale federale svizzero, sentenza del 15 aprile 2015, caso 4A_554/2014, traduzione inglese reperibile all'indirizzo <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/15%20avril%202015%204A%20554%202014.pdf>.

applying the law, whether municipal or international, the Tribunal is not bound by the arguments and sources invoked by the parties. The principle of *iura novit arbiter* allows the tribunal to form its own opinion of the meaning of the law, provided that it does not surprise the parties with a legal theory that was not subject to debate and that the parties could not anticipate»⁴⁵. Viene dunque posta in evidenza la necessità di bilanciare tra il diritto delle parti al contraddittorio ed il diritto del tribunale di ricorrere al principio *iura novit curia*. È sì un diritto del tribunale ricorrere ad argomenti giuridici nuovi rispetto alle memorie delle parti, ma d'altra parte è sempre necessario far sì che le parti possano esprimersi in merito a tali argomenti, onde evitare che il lodo possa poi non essere riconosciuto come efficace.

In conclusione, sembra opportuno che – visto il ruolo pubblico che sempre più viene riconosciuto ai tribunali arbitrali – essi tengano in debito conto le esigenze degli ordinamenti con i quali la controversia è connessa e quindi applichino – ove in concreto ciò si riveli necessario – le norme di ordine pubblico di tali Paesi. D'altro canto, ove la richiesta di procedere in tal senso non provenga direttamente dalle parti, si richiede sempre che ad esse sia data la possibilità di esprimersi sull'applicabilità di disposizioni di ordine pubblico straniere.

⁴⁵ *Magyar Farming Company Ltd, KintyreKft and IniciaZrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, lodo del 13 novembre 2019, para. 27.

IL RUOLO DELLE CORTI STATALI NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

ALBERTO MALATESTA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. I vari provvedimenti di sostegno e assistenza all'arbitrato visti in una dimensione internazionale. – 3. La valutazione della validità della convenzione arbitrale e il possibile conflitto tra arbitri e giudici statali. – 4. Il controllo sul lodo nella fase dell'annullamento e in quella del riconoscimento e dell'esecuzione. – 5. *Segue*: ... con particolare riferimento all'ordine pubblico.

1. Il ruolo delle corti statali nell'ambito di un procedimento arbitrale può a prima vista sembrare marginale perché l'arbitrato è come noto un mezzo di soluzione delle controversie alternativo rispetto ai tribunali statali e si pone dunque proprio l'obiettivo di sottrarsi, per volontà delle parti, alla sfera della giurisdizione statale.

In realtà, gli organi statali sono sempre sullo sfondo di un procedimento arbitrale, pronti ad intervenire in più ambiti, e determinano a volte in modo decisivo, a seconda dei poteri che esercitano entro i quadri normativi in cui essi operano, il successo o meno dello strumento arbitrale.

In particolare, l'arbitrato commerciale internazionale trova non solo la propria legittimazione, ma anche la garanzia della propria effettività negli ordinamenti statali, poiché esso è efficace nella misura in cui gli ordinamenti statali (e gli eventuali vincoli internazionali da essi assunti) lo riconoscono e negli spazi in cui essi gli permettono di operare¹, spazi che sul piano comparato appaiono sempre più ampi negli ultimi decenni, ma che comunque sono sempre spazi "concessi" dall'autorità sovrana dei vari Stati.

¹ V. in questi termini la ricostruzione del fenomeno arbitrale internazionale nell'ambito della c.d. *lex mercatoria* di CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1984, p. 81 ss.

Quanto sopra è evidente nel momento in cui una misura coercitiva (del lodo o di qualche misura adottata dagli arbitri nel corso del procedimento) è necessaria, ma anche nel momento della individuazione della legge applicabile, in relazione ai quali gli arbitri in principio possono (o meglio: ad essi è riconosciuto dalle varie legislazioni di diritto internazionale privato applicabili un potere di) applicare norme di conflitto e/o metodi internazionalprivatistici differenti da quelli previsti per i giudici statali².

Visto in una prospettiva internazionale, i giudici di una pluralità di Stati sono legittimati a vario titolo ad intervenire nella gestione di alcuni aspetti dell'arbitrato, *in primis* il giudice della sede dell'arbitrato e quello (o quelli) dell'esecuzione, ma anche, come si vedrà, i giudici avanti ai quali una parte vuole radicare una causa ordinaria, sul presupposto di una asserita invalidità per qualche motivo della convenzione arbitrale.

La misura e l'efficacia di questo intervento statale dipendono molto dalla concezione per così dire filosofica dell'arbitrato³, e dal conseguente atteggiamento più o meno liberale adottato dalle legislazioni nazionali.

Nelle pagine che seguono, il fenomeno dell'intervento delle corti statali sarà esaminato prevalentemente dal punto di vista dell'ordinamento italiano, pur con qualche spunto di carattere comparato a scopo di riflessione. La legislazione italiana, come noto, seppur riformata in tempi relativamente recenti (2006), non è

² Si veda su quest'ultimo aspetto MALATESTA, FRANZINA, *Il diritto applicabile al merito della controversia*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*², Milano, 2017, specie p. 1016 ss.

³ Basta ricordare in proposito per sommi capi l'opposizione tra la concezione territoriale o localizzatrice dell'arbitrato internazionale, secondo cui il lodo è localizzato in un determinato ordinamento giuridico nazionale, la *lex arbitri*, che ne valuta la validità in base ai propri canoni (v. per tutti l'impostazione di POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, specie p. 83 ss.) e quella transnazionale, in base alla quale il lodo è espressione di una autonoma decisione di giustizia internazionale, che si può "affrancare" in quanto tale dalle valutazioni dell'ordinamento di un determinato Stato: v. GAILLARD, *Aspects philosophiques de droit de l'arbitrage international*, Leiden, 2008, specie p. 34 ss. e p. 60 ss.

tra le più liberali. A differenza delle legislazioni considerate più avanzate, essa non è in linea con la Legge modello UNCITRAL del 1985 (emendata nel 2016 in alcuni punti), che costituisce, volenti o nolenti, il testo di riferimento in materia⁴, e dunque essa interviene (o interferisce, a seconda dei punti di vista e delle situazioni) in vicende del procedimento arbitrale più frequentemente di altre normative; ciò rende poco attraente l'Italia come sede di arbitrati internazionali, in particolare di quelli più complessi.

Procedendo ad un'analisi più specifica, l'intervento delle corti statali può essere di vario tipo e natura. Secondo uno schema consolidato si può distinguere tra i) gli "ausili" giudiziari di assistenza e sostegno, in particolare nella fase di costituzione e di funzionamento del tribunale arbitrale (il cd. *juge d'appui*, nella efficace terminologia della dottrina francese) (par. 2) e ii) il controllo in senso stretto sulla convenzione arbitrale (par. 3) e sul lodo finale (parr. 4-5)⁵.

2. Tra i provvedimenti di sostegno o assistenza, seguendo l'ordine dello svolgimento del procedimento, i primi che rilevano sono quelli relativi alla *nomina, sostituzione e ricusazione degli arbitri* in caso ve ne sia bisogno.

Essi sono di regola chiesti al giudice della sede, che dispone di giurisdizione in materia, ed assunti dallo stesso in base alle proprie regole processuali⁶. Negli arbitrati amministrati questo tipo di in-

⁴ Per un elenco aggiornato delle legislazioni conformi alla *Model Law*, ad oggi 80, v. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as adopted in 2016 - Status, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

⁵ Cfr. per questa classica bipartizione FERNANDEZ ROZAS, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, in *Recueil des Cours*, 2001, vol. 290, p. 12 ss., p. 127 ss. e p. 177 ss. V. anche il titolo del convegno dell'AIA (Associazione italiana dell'arbitrato) tenutosi a Roma il 3 dicembre 2012, dedicato appunto a "L'ausilio giudiziario tra sostegno, controllo e interferenza", le cui relazioni sono state pubblicate in *Riv. arb.*, 2013, p. 329 ss.

⁶ Per l'ordinamento italiano v. gli artt. 809-810, art. 811 e art. 815 c.p.c. Cfr. anche l'art. 832 par. 4 c.p.c. ove si afferma che il regolamento arbitrale può pre-

tervento è più raro perché di regola vi provvedono le istituzioni arbitrali in base ai propri regolamenti arbitrali, con risparmio di tempi e costi per le parti. In termini generali, la scelta di un arbitrato amministrato tiene più lontano il giudice statale rispetto ad un arbitrato *ad hoc*, perché le parti, nel rinviare al regolamento arbitrale dell'istituzione, contemplanò e disciplinano indirettamente una serie di situazioni (tra cui appunto quelle in esame), così da evitare, in caso esse dovessero insorgere, il ricorso ad un tribunale.

Ciò non significa che le istituzioni arbitrali (al pari delle parti in un procedimento *ad hoc*) siano provviste di poteri assolutamente discrezionali nella relativa decisione; anzi, le stesse sono soggette agli eventuali limiti costituiti dalle norme inderogabili della legge che governa l'arbitrato (di regola appunto la *lex arbitri*) e sono responsabili del loro rispetto verso le parti⁷. Tale responsabilità può essere invocata qualora le parti ritengano che una violazione sia stata commessa in materia. Sotto questo profilo, un controllo giudiziario, per quanto indiretto, sussiste sempre, a seconda della configurazione dell'ordinamento in gioco, vuoi sotto forma di ricorso contro la decisione dell'istituzione, vuoi nel momento dell'impugnazione del lodo o dell'*exequatur* dello stesso.

Un altro tipico provvedimento di sostegno è l'*adozione di provvedimenti cautelari* da parte di giudici statali. Come noto, in principio nel caso di arbitrati con sede in Italia, agli arbitri è precluso di esercitare questo potere, alla luce della persistente chiusura dell'artt. 818 c.p.c., che fa solo "salva diversa disposizione di legge"⁸.

Di recente alcune ipotesi interpretative cercano di scardinare, almeno in parte, questo divieto, penalizzante per un adeguato sviluppo dell'arbitrato internazionale in Italia, e aprono a una prospettiva più favorevole, nel senso di ammettere questa facoltà almeno

vedere ulteriori casi di sostituzione e ricusazione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge.

⁷ V. POUURET, BESSON, *op. cit.*, p. 338 ss. per la questione della nomina e p. 359 ss. per la ricusazione.

⁸ Il principale riferimento è al caso dell'arbitrato societario: v. l'art. 35 par. 5 del d.lgs. 5/2003 che conferisce all'arbitro il potere di sospendere le delibere assembleari impugnate.

con riferimento all'arbitrato amministrato, là dove questo potere sia ammesso in capo agli arbitri dai regolamenti, o almeno dove questi ultimi contemplino la figura dell'arbitrato di urgenza o *emergency arbitration* a cui la possibilità di adottare misure urgenti anche *ante causam* è attribuita quasi per definizione⁹.

Alcuni recenti sviluppi nel mondo delle istituzioni arbitrali vanno nella medesima direzione: l'art. 26 del nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in vigore dal 1° gennaio 2019, dopo avere confermato che il tribunale arbitrale può assumere tutti i provvedimenti urgenti, cautelari e provvisori anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati dalle norme inderogabili applicabili al procedimento (par. 1), aggiunge ora che lo stesso, su domanda di parte e salvo diverso accordo delle parti, può adottare misure provvisorie con efficacia vincolante per le parti sul piano negoziale (par. 2). Il mancato rispetto di una simile misura ad opera di una parte sembra dunque dar luogo ad un inadempimento contrattuale con tutte le conseguenze che ne derivano, circostanza che, almeno in qualche misura, sembra in grado di eludere di fatto gli effetti del divieto legislativo.

Quale che sia la bontà di queste proposte e novità, lo spazio per un potere cautelare degli arbitri, ammesso che vi sia, in Italia è sempre piuttosto modesto. Né sembra del resto tuttora possibile dichiarare l'esecutività in Italia di un provvedimento cautelare concesso da arbitri stranieri ai sensi dell'art. 839 c.p.c. (nonché delle pertinenti disposizioni della convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri che, come noto, costituisce il parametro di riferimento per la disciplina interna della materia), non presentando lo stesso un carattere sostanziale, idoneo ad incidere sui diritti e gli obblighi delle parti – requisito necessario ai fini della riconoscibilità ed eseguibilità – ma al contrario essendo provvisto di una mera natura provvisoria e instabile, generalmente considerata insufficiente a questi fini¹⁰.

⁹ Per una discussione in argomento v. BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 336 ss.

¹⁰ V. ampiamente CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, p. 537 ss.

Ne segue che la tutela cautelare delle pretese oggetto di arbitrato non può che realizzarsi mediante l'intervento e l'aiuto del giudice di uno Stato, di regola di quello della sede dell'arbitrato.

Per finire, un ruolo importante i giudici statali lo possono assumere a titolo di *assistenza giudiziaria all'arbitrato*, in specie nel momento dell'assunzione delle prove.

Occorre infatti ricordare che gli arbitri non dispongono di un potere di *imperium* o coercitivo nei confronti delle parti né tantomeno dei terzi rispetto al procedimento ed è pertanto necessaria in certi casi, in mancanza di collaborazione volontaria, un'assistenza da parte delle corti statali per l'assunzione delle prove (ad esempio quando i testimoni non si presentano spontaneamente o gli ordini di produzione documentale del tribunale arbitrale non sono rispettati). È vero che, almeno nei confronti delle parti, gli arbitri hanno dei mezzi per indurre a una certa collaborazione (si pensi alle c.d. *adverse inferences* che gli arbitri possono ricavare in caso di mancato rispetto dei loro ordini)¹¹, ma in certe situazioni e in ogni caso quando si tratta di terzi non interessati al procedimento il problema resta.

Anche in questo settore l'ordinamento italiano non è molto sviluppato e avanzato. Esso prevede unicamente, in tema di prove testimoniali, la facoltà degli arbitri di chiedere al Presidente del tribunale della sede dell'arbitrato di ordinare la comparizione avanti a loro dei testimoni che rifiutano di comparire (v. art 816-ter, terzo comma c.p.c.). Si tratta come si vede di una misura limitata a uno specifico profilo (l'acquisizione della prova testimoniale), e non di un principio di carattere generale in materia di collaborazione giudiziaria, come stabilito in altri ordinamenti, ad esempio in quello svizzero¹². Ne segue che in certi casi, ad esempio in relazione

¹¹ V. in tema GREENBERG, LAUTENSCHLAHER, *Adverse Inferences in International Arbitral Practice*, in KROLL, MISTELIS, PERALES VISCASILLAS, ROGERS (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law. Synergy, Convergence and Evolution. Liber Amicorum Eric Bergstein*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 179 ss.

¹² V. GIOVANNINI, *L'ausilio istruttorio: l'assunzione della prova*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 348 con riguardo all'art. 184 par. 2 della legge di diritto internazionale privato svizzera (LDIP) e alla differenza con l'ordinamento italiano.

all'assunzione delle prove documentali che siano nella disponibilità di terzi, l'ordinamento italiano non prevede alcuna forma di assistenza giudiziaria ai tribunali arbitrali.

3. Sempre in fase di svolgimento del procedimento, o anche in un momento anteriore all'inizio dello stesso, si può verificare una situazione in cui una parte chiede di operare un controllo sulla validità della convenzione arbitrale, circostanza che spesso determina conflitti di giurisdizione tra arbitri e giudici statali e procedimenti paralleli di non facile soluzione.

Tale controllo può investire la validità della convenzione, sia formale sia sostanziale, il suo ambito oggettivo e soprattutto soggettivo (frequente nella prassi è il problema di stabilire se essa vincola soggetti terzi non firmatari, come capita in materia di assicurazione e trasporto). A volte, questa verifica prende la forma di eccezione di invalidità della convenzione davanti all'arbitrato, in altri casi essa è richiesta direttamente avanti ai giudici nazionali, della sede ma anche di altri Stati¹³, sotto forma di azione autonoma di accertamento o più spesso di eccezione proposta da parte di un convenuto che nega la *potestàs iudicandi* del giudice statale in virtù dell' (asserito) deferimento della controversia ad arbitri.

In questi casi il primo problema è stabilire a chi spetta operare il controllo, se al giudice o al tribunale arbitrale. In principio, l'art II par. 3 della citata convenzione di New York del 1958 obbliga gli Stati a riconoscere ai tribunali arbitrali il potere di decidere sulla propria giurisdizione (principio noto come *kompetenz/kompetenz*), potere che include le decisioni circa la validità di convenzione, ma esso non esclude che le corti nazionali possano stabilire che la stessa sia "nulla, inoperativa o inapplicabile"¹⁴.

¹³ V. ad esempio la nota saga *West Tankers*, che ha dato luogo tra l'altro alla notissima sentenza della Corte di giustizia UE, 10 febbraio 2009, in causa C-183/07, in *Raccolta*, p. I-663.

¹⁴ Cfr. anche l'art. 16 della citata Legge modello UNCITRAL. Sulla *kompetenz/kompetenz* v., con ampi spunti comparatistici, BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., 2014, Alphen aan den Rijn, vol. I, p. 1047 ss.

La convenzione di New York non stabilisce quindi chi ha priorità nella decisione sulla validità della clausola arbitrale e non prevede un meccanismo di coordinamento simile alle norme sulla litispendenza¹⁵. È dunque possibile, e talvolta capita, che ambedue gli organi se ne occupino.

Il conflitto o concorrenza tra un procedimento giudiziario nel foro e un arbitrato estero è noto alle legislazioni e alle giurisprudenze nazionali che disciplinano la questione in vario modo. In particolare, alcuni diritti nazionali molto “*pro-arbitration*” hanno sviluppato il c.d. effetto negativo della *kompetenz/kompetenz*, vale a dire l’esclusione delle autorità statali dalle decisioni circa la giurisdizione degli arbitri, in particolare appunto da quelle relative alla validità delle convenzioni arbitrali, almeno sino al momento in cui un lodo statuisca sul punto¹⁶.

In questa logica, in chiara deroga ai criteri temporali utilizzati in materia di litispendenza, in particolare in Francia e in Svizzera (i cui ordinamenti pur sono espressione di differenti concezioni e visioni dell’arbitrato internazionale), questo compito è riservato in principio al tribunale arbitrale, anche se la questione è già pendente di fronte a una corte statale, sotto riserva di un successivo controllo statale in sede di impugnazione o di riconoscimento ed esecuzione del lodo¹⁷.

¹⁵ Anche ammettendo che tra una procedura arbitrale e una procedura giudiziaria si crei una situazione di litispendenza, circostanza non ovvia malgrado l’identità di funzioni di arbitro e giudice (v. le considerazioni di MAYER, *Litispendance, connexité et chose jugée dans l’arbitrage international*, in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l’arbitrage*, Paris, 2004, p. 189 ss.), l’opportunità di una classica regola sulla litispendenza, basata sulla prevalenza del giudice adito per primo, è molto discutibile. Oltre alle evidenti tattiche dilatorie cui il meccanismo darebbe luogo – tattiche che proprio sistemi, come quello francese, ispirati all’effetto negativo della *kompetenz/kompetenz* cercano di evitare (v. *infra* nel testo e nota 17) – si consideri che la costituzione di un collegio arbitrale richiede di regola più tempo dell’introduzione di un procedimento statale, il che renderebbe iniqua una soluzione basata sul principio temporale.

¹⁶ In argomento v. di recente GAILLARD, *Actualité de l’effet négatif de la compétence-compétence*, in *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris-Madrid, 2018, p. 679 ss., ove riferimenti allo sviluppo del principio in numerosi ordinamenti oltre che nei ben noti svizzero e francese, di cui nella nota successiva.

¹⁷ Cfr. in Francia l’art. 1448 par. 1 c.p.c. come riformato nel 2011, secondo cui il tribunale statale dovrà declinare la propria giurisdizione e rinviare

Nell'ordinamento italiano, la questione appare lontana dall'essere risolta in modo certo e soddisfacente. È vero che esiste l'art. 819-ter c.p.c., che, nel quadro di un rapporto tra arbitri e giudici ispirato al principio delle c.d. vie parallele, in base al quale la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti ai giudici (come invece era in passato), stabilisce tra l'altro, nel suo terzo comma, che in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia delle convenzioni arbitrali, con l'effetto di introdurre in una certa misura una sorta di effetto negativo della *kompetenz/kompetenz* anche da noi¹⁸. Tuttavia, è assai dubbio che questa norma si applichi anche alle convenzioni per arbitrato estero. In dottrina prevale l'orientamento negativo, sulla base della considerazione che essa sarebbe implicitamente limitata ai soli arbitrati italiani, al pari di tutte le disposizioni del codice di procedura civile dedicate al procedimento arbitrale, il cui presupposto di applicazione è la sede dell'arbitrato in Italia¹⁹.

Al vuoto normativo supplisce pertanto la giurisprudenza, la quale, in applicazione dell'art. II par. 3 della convenzione di New York, ha delineato un sistema in base al quale il giudice investito di un'eccezione di compromesso per arbitrato estero opera un con-

all'arbitrato salvo che questo non sia ancora costituito e previa, in questo caso, solo una sommaria verifica dell'esistenza *prima facie* di una convenzione arbitrale. Lo stesso approccio, nella prospettiva dell'arbitro, è seguito in Svizzera: l'art. 186 par. 1-bis della legge di diritto internazionale privato svizzera, introdotto nel 2007 proprio per contrastare un orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione analogica dei principi in materia di litispendenza (caso Fomento), stabilisce che il tribunale arbitrale decide sulla propria giurisdizione anche quando analoga questione pende avanti a un tribunale statale, salvo che seri motivi richiedano una sospensione. Le due citate normative nazionali sono in linea con le indicazioni dell'art. 8 par. 2 della Legge modello UNCITRAL.

¹⁸ Su questa norma e le varie ipotesi di rapporto tra giudizio arbitrale e giudizio statale che si possono configurare al riguardo v. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di CHIARLONI, Bologna, 2014 p. 574 ss.

¹⁹ V. ATERRITANO, *Arbitrato estero*, in *Digesto it., Disc. priv.*, Torino, 2007, p. 78 ss. e ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 750.

trollo sommario della validità della clausola (della sua “nullità, inoperatività, inapplicabilità”), indipendentemente dalla giurisdizione ed “in via preliminare” rispetto alla stessa²⁰. Ciò si inserisce nell’ormai consolidato filone favorevole alla natura giurisdizionale dell’arbitrato, con tutte le conseguenze che esso comporta, tra cui merita di ricordare in particolare il rilievo dell’art. 4 par. 2 della legge 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato e la conseguente applicazione dello strumento della declinatoria di giurisdizione nel “rinviare” all’arbitrato, con l’avvertenza che tale accertamento derogatorio, con riguardo alla validità della clausola, è privo di efficacia di cosa giudicata verso gli arbitri e i giudici stranieri²¹.

Si salvaguarda in questo modo la possibilità di una eventuale riassunzione della causa, ipotesi prevista dallo stesso art. 4 par. 3 della citata legge di diritto internazionale privato, e si evitano possibili conflitti negativi, qualora gli arbitri stranieri, nell’esercizio della propria *kompetenz/kompetenz* non condividessero la valutazione operata dai giudici italiani. Per altro verso, non è invece affatto detto che gli arbitri stranieri non proseguano il giudizio nel merito, in disaccordo con l’accertamento positivo dei giudici italiani, in conformità ad eventuali diversi atteggiamenti della *lex arbitri*, o di norme materiali direttamente applicabili negli ordinamenti, come quello francese, ispirati a concezioni transnazionali del fenomeno arbitrale²². Sotto questo profilo, i conflitti tra corti arbitrali e statali,

²⁰ Cassazione, (sez. un. civ.), 25 ottobre 2013 n. 24153, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 663 ss., specie par. 7.4.

²¹ V. sempre la Cassazione citata nella nota precedente che osserva che al contrario, ove il giudice ritenga la propria giurisdizione, la decisione sulla validità del patto avrà efficacia di giudicato. La corte prosegue dicendo che “Per quanto sotto il profilo sistematico-cronologico i due momenti decisionali siano unificati in un unico apparato argomentativo, sotto il profilo ontologico (e quindi anche degli effetti), essi conservano la loro differenza”: v. *loc. cit.*, p. 673.

²² Per quanto sia un sistema tutt’affatto diverso, viene spontaneo un paragone con gli accordi di scelta del foro nel sistema integrato europeo dove invece gli accertamenti di un giudice di uno Stato si impongono anche negli altri Stati, assumendo una sorta di efficacia di giudicato “europeo”: cfr. la celebre sentenza *Gothaer*, Corte di giustizia UE, 12 novembre 2012, in causa C-456/11, su cui v. MA-

o per alcuni le interferenze di queste ultime sul processo arbitrale, sono in una certa misura inevitabili.

4. È difficile immaginare che gli Stati rinuncino a qualsiasi tipo di controllo sull'attività giurisdizionale degli arbitri, anche internazionali, che, al di là delle qualificazioni operate dai diritti interni, consiste sempre in una forma di giustizia privata.

Il controllo delle autorità giudiziarie può avvenire, in misura più o meno intensa, da parte – di regola – del giudice della sede dell'arbitrato in caso di annullamento del lodo (impugnazione per nullità in diritto italiano), o da parte del giudice dell'*exequatur*, in sede di riconoscimento ed esecuzione, quando si cerca di attuare il lodo in un Paese diverso da quello della sede.

Le due forme di controllo presentano alcuni elementi comuni, e in particolare in ambedue i casi esse mettono in atto verifiche limitate. Il principio fondamentale dell'arbitrato moderno, generalmente condiviso nelle varie legislazioni, è infatti l'esclusione di ogni controllo nel merito, in fatto o in diritto, del lodo: la presenza di questi vizi in principio non inficia la validità e la vincolatività tra le parti di un lodo, la cui stabilità è dunque garantita²³.

Se si prende a modello lo schema della Legge modello UNCITRAL, si osserva che i motivi di impugnazione e quelli di diniego del riconoscimento coincidono (cfr. artt. 34 e 36) e consistono come noto nel fatto che la parte che fa istanza provi: a) l'invalidità della convenzione arbitrale; b) che essa non ha avuto notizia della nomina di un arbitro o del procedimento o non ha avuto comunque la possibilità di presentare le sue difese; c) che la controversia non è contemplata nella convenzione o il lodo eccede i limiti della stessa; d) che la costituzione del collegio arbitrale o il procedimento arbitrale non sono conformi alla volontà delle parti o alla legge applicabile, o nella circostanza che la corte stabilisca che: a) la contro-

LATESTA, *Gli accordi di scelta del foro*, in MALATESTA (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I*, Milano, 2016, p. 75 ss.

²³ V. di recente con sguardo comparato CORDERO MOSS, *The effects of the award for the controlling court*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 257 ss., specie p. 262 ss.

versia non era arbitrabile o che b) il lodo è contrario all'ordine pubblico dello Stato.

Si può facilmente notare che questa disciplina riflette quella stabilita dal celeberrimo art. V della convenzione di New York del 1958 per i motivi che possono portare al rifiuto del riconoscimento dei lodi. Lo scopo di questo allineamento da parte della Legge modello è infatti di evitare il più possibile che l'annullamento di un lodo nel Paese della sede, in base a motivi previsti dalla legge di quest'ultimo, possa costituire un ostacolo alla circolazione internazionale dei lodi, alla luce dell'art. V par. 1 lett. della stessa convenzione di New York, che appunto prevede che la sospensione o l'annullamento da parte di un'autorità del Paese in cui un lodo è stato reso può bloccare il riconoscimento e l'esecuzione dello stesso²⁴.

Questi motivi rappresentano i limiti internazionalmente condivisi della tolleranza degli Stati verso la giustizia privata, della loro delega a un sistema privato di soluzione delle controversie, che come detto non è una delega in bianco.

Il panorama delle legislazioni internazionali conferma una tendenziale omogeneità sul punto. Con riguardo alla legislazione italiana tuttavia, la riforma del 2006, pur conferendo maggiore stabilità al lodo rispetto al passato²⁵, si discosta ancora per certi versi dalle raccomandazioni UNCITRAL, in particolare nella disciplina delle impugnazioni.

Da un lato, essa conserva un seppur eccezionale controllo sugli errori di diritto, e quindi un riesame degli stessi, in presenza di una volontà delle parti e di ipotesi particolari previste dalla legge (v. art. 829, commi 3 e 4 c.p.c); dall'altro, l'elencazione dei motivi di impugnazione, pur ispirata a un lodevole intento razionalizzatore, appare a volte farraginosa e soprattutto tuttora piuttosto ampia. In

²⁴ Cfr. POUDRET, BESSON, *op. cit.* p. 719 ss. e p. 845. Il tema, come è evidente, è collegato alla questione della circolazione dei lodi annullati nel Paese di origine su cui nella stessa opera v. p. 845 ss.

²⁵ In questo senso concordi MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrato dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 10 ss. e SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 829.

particolare, l'art. 829, comma 1 c.p.c. enumera ben dodici motivi di impugnazione, che seppur grosso modo coincidenti con quelli dell'art. V della convenzione di New York e dell'art. 34 della legge UNCITRAL appaiono, con specifico riferimento ai vizi delle regole di procedura concordate dalle parti o rilevanti ai sensi della legge applicabile (c.d. *errores in procedendo*), di portata maggiore²⁶.

5. *Segue*: In questo contesto generale, l'aspetto forse più interessante e di maggiore attualità riguarda il controllo relativo all'ordine pubblico dello Stato in cui il lodo è reso ed impugnato o, in caso di circolazione dello stesso, dello Stato richiesto dell'esecuzione.

Come noto, la c.d. eccezione di ordine pubblico, frequentemente invocata nella prassi, ma a dire il vero raramente riconosciuta dai giudici, è un istituto internazionalprivatistico riguardante i conflitti di leggi e, per quel che rileva qui, l'attuazione nel foro di sentenze straniere, che si è sviluppato, con analoghe funzioni, anche nel diritto dell'arbitrato commerciale internazionale.

A mio avviso, malgrado l'identità di scopi che il principio spiega, va preliminarmente precisato che l'ordine pubblico dovrebbe spiegare un impatto maggiore nel quadro di un'azione di annullamento, mentre ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione i suoi effetti dovrebbero essere più ridotti; un conto, infatti, mi pare che sia il controllo consentito dall'ordinamento di origine del lodo (che pur abbia fatto applicazione di una legge straniera), un conto quello esercitato con riguardo agli effetti che derivano nel foro da una decisione arbitrale straniera²⁷. Va tuttavia riconosciuto che si ravvisa

²⁶ Secondo l'analisi comparata di POUURET, BESSON, *op. cit.*, p. 721 tali sono il n. 5 e i numeri da 8 a 12 dell'art. 829 comma 1.

²⁷ Come è evidente, si assume come postulato che il concetto di ordine pubblico si riferisca ai principi e ai valori fondamentali propri di ciascuno ordinamento coinvolto (dello Stato dell'annullamento o dell'esecuzione). A prescindere dalle visioni del fenomeno arbitrale (transnazionale piuttosto che territoriale: v. *supra* nota 3), mi sembra infatti che, trattandosi di un compito attribuito ad autorità statali, queste ultime non possano che essere tenute all'applicazione di concetti nazionali e a tutelare interessi statali.

una innegabile convergenza teorica e pratica della nozione nelle due fasi, la quale giustifica il trattamento unitario che anche in questa sede si presenta.

Ad ogni modo, l'ordine pubblico che rileva a questi fini è come noto, secondo una terminologia ormai classica, il c.d. ordine pubblico internazionale, vale a dire l'insieme dei principi e dei valori fondamentali di un determinato ordinamento nazionale che costituiscono il filtro attraverso cui valori esterni, come un lodo straniero, devono essere esaminati per poter spiegare effetti nel foro, e che sono applicabili pertanto nel contesto dei rapporti internazionali²⁸. Nella misura in cui un lodo produca concretamente effetti o risultati gravemente contrari a questi principi – e non si limiti quindi a pur stridenti astratti enunciati, ad esempio nella motivazione, esso può essere annullato e/o non riconosciuto nel foro.

Questa definizione rivela il carattere restrittivo e assai limitato (appunto di eccezione si tratta) dell'ordine pubblico, e ciò induce, tra l'altro, ad escludere che in principio nella nozione rientrino anche le norme di applicazione necessaria, per cui un lodo che non abbia applicato o abbia applicato male norme di questo tipo non è di per sé annullabile o irriconoscibile, ma lo è solo nella misura in cui ciò pregiudica i valori fondamentali protetti da queste regole, in linea con la portata più ristretta della nozione di ordine pubblico²⁹.

Proprio con particolare riferimento ai delicati settori in cui rilevano norme di applicazione necessaria, come il diritto della concorrenza, è tuttavia acceso il dibattito circa la misura o l'ampiezza del controllo consentito ai giudici in sede di verifica dell'ordine pubblico.

La questione appare centrale per definire il controllo statale sugli arbitrati internazionali poiché è evidente che se questo controllo

²⁸ Si distingue solitamente questa nozione dall'ordine pubblico meramente interno, di fatto coincidente con le norme imperative del foro, che rileva per il solo arbitrato puramente domestico. Non tutte le norme imperative infatti sono espressione di principi di ordine pubblico internazionale, i quali costituiscono un nucleo più ristretto, talmente "forte" che nemmeno in caso di rapporti internazionali – dunque in parte estranei al foro – possono venire meno.

²⁹ In questo senso RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil des Cours*, 2005, vol. 315, p. 340 s.

diviene troppo ampio, si rischia di eludere il carattere restrittivo ed eccezionale dell'ordine pubblico e di reintrodurre per questa via un controllo sul merito, che in principio invece, come detto, è escluso.

Tralasciando posizioni intermedie, in dottrina e in giurisprudenza si sono affermate due tesi opposte, una c.d. massimalistica, l'altra c.d. minimalistica³⁰. In estrema sintesi, la prima postula un'interpretazione estensiva dell'ordine pubblico. I giudici statali avrebbero sempre il potere di riesaminare le questioni decise dagli arbitri, almeno sotto il profilo degli elementi di diritto, ma spesso anche di fatto e probatori, anche se al solo fine di verificare il rispetto da parte degli arbitri dei principi di ordine pubblico, intesi in senso lato come comprensivi anche delle norme di applicazione necessaria. Ciò, si badi, anche se la questione sia stata considerata e valutata da questi ultimi nel lodo.

La seconda, invece, esprime maggiore "deferenza" verso l'attività arbitrale ed assume che le corti statali si devono attenere alle valutazioni dei tribunali arbitrali, anche se relative all'applicazione di *lois de police*, e limitarsi a verificare se le questioni siano state considerate in sede arbitrale. In tal caso, esse possono intervenire solo in via eccezionale annullando il lodo o rifiutandone il riconoscimento in caso di grave e manifesta erroneità della decisione rispetto ai principi fondamentali del foro.

Le posizioni minimalistiche sono più in linea con il tradizionale modo di operare dell'ordine pubblico e tuttavia, rispetto al passato, la teoria massimalistica sembra affermarsi nella prassi con maggiore fortuna e consensi. Essa è stata applicata anche – anzi, forse soprattutto – in casi ove, pur non rilevando norme di applicazione necessaria in senso stretto, sono in gioco valori di *public policy* particolarmente importanti come la repressione di illegalità gravi (si pensi ad esempio, alla corruzione nelle relazioni oggetto di esame da par-

³⁰ V. anche per riferimenti alla giurisprudenza, in particolare olandese e francese, CORDERO MOSS, *op. cit.*, p. 263 ss., la quale ricorda la relazione del tema con l'ampliamento dell'arbitrabilità delle controversie anche a questioni che coinvolgono norme di applicazione necessaria.

te degli arbitri, mascherate da rapporti leciti)³¹. Sul piano teorico, la principale giustificazione della teoria massimalistica sta nell'affermazione che essa non darebbe luogo a un riesame nel merito in senso stretto, poiché la verifica non consisterebbe nel riesaminare le prove o l'applicazione delle norme di diritto compiuta dal tribunale arbitrale come si farebbe in un giudizio di appello vero e proprio, ma in una valutazione indipendente di questi aspetti allo scopo precipuo di stabilire la conformità del lodo all'ordine pubblico, compito che implica una tolleranza maggiore rispetto a un giudizio di appello³². Malgrado questa (sottile) distinzione, è tuttavia evidente che una sovrapposizione tra le valutazioni degli arbitri e quelle delle corti statali appare, almeno in una certa misura, inevitabile e il rischio di una sostanziale riapertura del procedimento è innegabile.

D'altra parte, la protezione di valori cruciali del foro non può che prevalere sull'esigenza di stabilità e definitività di un lodo. Occorre riconoscere che tali valori sarebbero pregiudicati se si dovesse sempre vincolare le corti statali alle determinazioni dei tribunali arbitrali. Per quanto limitato a circostanze eccezionali, sembra pertanto opportuno consentire un ampio potere di rivisitazione.

Questo scostamento dalle tradizionali modalità di operare dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato appare del resto giustificato dalle peculiarità del diritto dell'arbitrato commerciale internazionale, in particolare a mio avviso nel contesto di procedure di annullamento dei lodi, ove le esigenze di autonomia delle parti nella soluzione delle loro controversie non possono non tenere conto dei principi fondamentali degli ordinamenti coinvolti nell'esercizio di questa giustizia privata.

³¹ Cfr. in quest'area la copiosa giurisprudenza della Corte di Appello di Parigi degli anni più recenti, a partire dal 2014, citata da CORDERO MOSS, *op. cit.*, p. 264 nota 15.

³² V. sempre CORDERO MOSS, *op. cit.*, p. 264 e p. 272.

LE INTERAZIONI TRA ARBITRATO E MEDIAZIONE

CHIARA TONDINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le interazioni tra arbitrato e mediazione: dinamiche e potenzialità. 3. *Segue*: Le interazioni tra arbitrato e mediazione: dinamiche e potenzialità. Le peculiarità di ciascun istituto. – 4. *Segue*: Le interazioni tra arbitrato e mediazione: dinamiche e potenzialità. Le loro similarità. – 5. *Segue*: Le interazioni tra arbitrato e mediazione: dinamiche e potenzialità. Le possibili modalità di interazione. – 6. *Segue*: Le interazioni tra arbitrato e mediazione: dinamiche e potenzialità. Mediazione e arbitrato esperiti in fasi distinte del processo di risoluzione di una medesima controversia. – 7. *Segue*: Le interazioni tra arbitrato e mediazione: dinamiche e potenzialità. La mediazione in corso di arbitrato: la cosiddetta «*mediation window*». – 8. Gli aspetti giuridici in ambito internazionale. – 9. *Segue*: Gli aspetti giuridici in ambito internazionale. Il consent award. – 10. *Segue*: Gli aspetti giuridici in ambito internazionale. La United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, o Singapore convention on mediation. – 11. Le tipicità del contesto giuridico italiano. – 12. Considerazioni conclusive.

1. Arbitrato e mediazione convivono ormai da molto tempo nel panorama degli strumenti per la risoluzione delle controversie, ma la loro storia rivela un raro utilizzo in modo combinato nel processo di risoluzione di un medesimo conflitto.

Piuttosto, sono stati tradizionalmente percepiti dagli addetti ai lavori come due strumenti alternativi, paralleli e quasi “concorrenti” tra loro, espressione di due diversi approcci e ideologie, quando non addirittura di una diversa idea di giustizia.

In tempi più recenti si sta invece registrando l’esigenza e, seppure in fase iniziale, lo sviluppo, dei cosiddetti *hybrid processes*, ovvero l’uso combinato dei diversi strumenti di risoluzione delle controversie, principalmente arbitrato e mediazione, ma talvolta anche negoziazione e consultazione tra le parti, allo scopo di sfruttare prerogative e potenzialità di ciascuno di essi per il raggiungimento della migliore e più appropriata soluzione della controversia.

Il presente contributo ha lo scopo di offrire una panoramica sui vantaggi, in termini di qualità del risultato raggiunto, dell'uso combinato di arbitrato e mediazione nel processo di risoluzione di una medesima controversia.

In seguito, si analizzeranno le principali modalità con le quali tale sinergia si attegga, oltre ai riflessi e alle motivazioni giuridiche per le quali nel panorama corrente, sia interno che internazionale, si fa ricorso in modo integrato ai due strumenti.

Si faranno poi alcune considerazioni conclusive.

Sebbene sia da menzionare un crescente interesse verso gli *hybrid processes* anche nelle controversie *investor-state* o *inter-state*¹, al fine di consentire una trattazione esaustiva il presente documento si concentra sulle controversie commerciali.

2. Prima di cominciare la trattazione dei temi citati al punto precedente, giova ricordare le caratteristiche peculiari di ciascuno dei due istituti ed i punti in comune che ne rendono vantaggiosa l'interazione.

3. Il concetto di mediazione è estremamente ampio. Con tale termine viene indicata una procedura guidata da un soggetto terzo ed imparziale, che può però essere condotta secondo molteplici differenti approcci, dei quali quelli facilitativo, valutativo e trasformativo, maggiormente utilizzati e citati in letteratura, costituiscono solo i principali.

Ciò detto, possono essere sicuramente riportate le peculiarità dell'istituto che ne costituiscono i punti di forza nonché la ragione dell'uso combinato con l'arbitrato, quando ciò avviene.

I due pilastri sono senz'altro la flessibilità della procedura e la

¹ Sul punto si vedano, tra l'altro: WELSH, KUPFER SCHNEIDER, *The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration*, www.law.psu.edu; SHIRLOW, *The Rising Interest in the Mediation of Investment Treaty Disputes, and Scope of Increasing Interaction between Mediation and Arbitration*, -mediation-and-arbitration/; CLAXTON, *Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?*, Kobe University Social Science Research Paper Series, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3320087.

focalizzazione sugli interessi delle parti, che conducono a un approccio orientato al futuro e alla conservazione della relazione, a fronte di un processo basato sulle posizioni giuridiche, che per sua natura è incentrato sull'analisi della condotta passata e suscettibile di condurre a un risultato divisivo.

Molti studiosi e tecnici del diritto individuano tra i vantaggi della mediazione anche l'economicità rispetto all'arbitrato o al giudizio davanti al giudice.

Seppure ciò sia incontestabile in termini assoluti, ad avviso di chi scrive il costo dei due differenti strumenti è difficilmente confrontabile, proprio perché diversi in termini di scopo e risultati.

Inoltre, inserire la comparazione dei costi tra gli elementi del processo decisionale per la scelta del mezzo di risoluzione di una medesima controversia presuppone la concezione di arbitrato e mediazione come due istituti alternativi e non combinabili.

Qualora, invece, il potenziale utilizzo dei due strumenti venga considerato nell'ottica del raggiungimento della più efficace soluzione per le parti, senza escludere l'impiego di entrambi nel percorso di risoluzione del conflitto, è chiaro che la valutazione dei costi debba essere fatta nel suo complesso, e non in modo alternativo.

I punti di forza dell'arbitrato sono senz'altro da individuarsi nella centralità del diritto e, in ambito internazionale, nelle maggiori garanzie offerte dall'attuale quadro giuridico in termini di esecutività dell'esito rispetto alla mediazione.

4. Tra i più rilevanti punti in comune dei due istituti devono invece essere menzionati la neutralità dei professionisti chiamati a gestire il processo, i poteri delle parti nell'iter di nomina e la riservatezza, quest'ultima prezioso elemento di protezione della reputation nelle controversie commerciali.

5. Una ricerca condotta nel 2019 dalla *Singapore International*

Dispute Resolution Academy (SIDRA)² sulle dinamiche decisionali delle imprese per la scelta dei mezzi di risoluzione delle controversie internazionali, ha mostrato il crescente inserimento nei contratti commerciali di *hybrid clauses* contenenti varie tipologie di combinazione tra arbitrato e mediazione.

Il principale vantaggio che gli utilizzatori trovano negli *hybrid processes* è proprio la possibilità di tentare tutte le possibili vie per preservare la relazione commerciale con, in questo caso sì, un efficientamento di costi e procedura.

In altri termini, l'uso combinato dei due strumenti consente di unire i vantaggi dell'autonomia delle parti e flessibilità propri della mediazione con quello della certezza dell'esito propria dell'arbitrato.

Quanto alle modalità di interazione, queste si possono suddividere in due principali categorie: a) l'esperimento delle due procedure in fasi distinte del processo di risoluzione della controversia; b) il loro svolgimento in modo integrato.

6. Il meccanismo più usato e risalente di mediazione e arbitrato esperiti in fasi distinte di un medesimo processo di risoluzione delle controversie è il cosiddetto MED-ARB, ovvero la mediazione seguita dall'arbitrato.

La ragione risiede intuitivamente nell'utilità di un'esplorazione preliminare degli interessi delle parti allo scopo di trovare un accordo mantenendo il controllo sul processo e sull'esito della controversia, con i vantaggi descritti in precedenza. Solo in caso di esito negativo della mediazione, per tutti o solo alcuni degli aspetti del conflitto, le parti faranno ricorso all'arbitrato.

Alcuni studiosi³ citano anche il meccanismo in base al quale le parti decidono *ex ante* su quali aspetti della controversia tentare la

² *International Dispute Resolution Survey: Currents of Change. 2019 Preliminary Report.* https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/documents/SIDRA2019_IDR_Survey_Preliminary_Report.pdf.

³ ALEXANDER, *International comparative mediation : legal perspectives, volume 4, United Kingdom*, 2009, p. 10.

mediazione e quali altri devolvere esclusivamente alla decisione del tribunale arbitrale.

Se tale scelta può avere una sua ragion d'essere strategica nella fase di negoziazione del contratto, rischia di tradursi in una limitazione della ricerca dalla migliore soluzione delle parti in fase di conflitto, considerato che l'essenza del processo mediativo risiede proprio nella mancanza di preclusioni in termini di possibili contenuti dell'accordo, fatto salvo, ovviamente, il rispetto delle norme applicabili.

La questione a lungo dibattuta riguardo il MED-ARB ha però riguardato la possibilità che entrambe le procedure siano gestite da uno stesso professionista il quale, appunto, assuma le vesti sia di mediatore che di arbitro.

Le principali perplessità inerenti tale ipotesi sono le seguenti, peraltro connesse tra loro: a) il rischio che nel processo di esame delle prove acquisite ai sensi delle regole che governano la procedura arbitrale il mediatore/arbitro venga influenzato dalle informazioni apprese in mediazione; b) la diminuzione dell'efficacia del processo di mediazione a causa dell'inibizione delle parti nel rivelare informazioni a colui o colei che, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, avrà il compito di emettere il lodo.

Di contro, i vantaggi attribuiti alla procedura MED-ARB con il ruolo di mediatore e arbitro svolto dallo stesso soggetto consistono nell'ottimizzazione di tempi e costi⁴.

Lo svolgimento del ruolo di mediatore e arbitro da parte dello stesso soggetto è stato storicamente accettato e utilizzato nei paesi dell'Estremo Oriente, ove è presente una cultura della mediazione caratterizzata da un approccio spiccatamente valutativo, che mantiene la centralità del diritto e del ruolo del mediatore, lasciando minore spazio all'autonomia delle parti⁵.

Uno strumento inizialmente pensato per ovviare ai sopra citati

⁴ DENDORFER LACK, «The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision v Reality», *Schieds VZ – German Arbitration Journal* (Munich: CH Beck Verlag).

⁵ A titolo esemplificativo, si veda: *Law on Civill Procedure of PRC*, art. 35 «when handling civil cases, courts of law should, based on consent of the litigants, mediate the cases on the merits of the cases themselves».

punti deboli dello svolgimento delle due procedure da parte dello stesso professionista è stato il cosiddetto meccanismo dell'ARB-MED.

In tale processo viene svolto preliminarmente l'arbitrato il cui lodo, emesso prima dell'inizio della mediazione, viene comunicato alle parti solo qualora queste non raggiungano un accordo.

Nel corso degli anni, però, sia la dottrina che la prassi si sono orientate verso una generalizzata preferenza per la separazione del ruolo di mediatore e arbitro, riconoscendo comunque il diritto delle parti di autodeterminarsi e decidere consapevolmente quando lasciare entrambi i ruoli in capo allo stesso soggetto.

Conseguentemente, i regolamenti delle maggiori istituzioni arbitrali e di mediazione, nonché i principali strumenti di *soft law* in materia, disciplinano l'interazione tra arbitrato e mediazione prevedendo espressamente che il ruolo di mediatore venga svolto da un soggetto terzo rispetto al tribunale arbitrale, salvo diverso ed espresso accordo delle parti, attraverso meccanismi di *opt-out* variamente concepiti.

In tal senso si vedano l'art. 12 della *UNCITRAL Model Law on Conciliation* del 2002⁶, l'art. 10 delle *ICC Mediation Rules*⁷, l'art. 9 delle *AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*⁸ e l'art. 9 delle *Rules on Efficient Conduct of Proceedings on International Arbitration (PragueRules)*.

⁶ UNCITRAL Model Law on Conciliation del 2002, art. 12 «Unless otherwise agreed by the parties, the conciliator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the conciliation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship», https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf.

⁷ ICC Mediation Rules, art 10, comma 3: «Unless all of the parties agree otherwise in writing, a Mediator shall not act nor shall have acted in any judicial, arbitral or similar proceedings relating to the dispute which is or was the subject of the Proceedings under the Rules, whether as a judge, an arbitrator, an expert or a representative or advisor of a party», https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/#Article_10.

⁸ AAA «Commercial arbitration rules and mediation procedures»R-9. Mediation: «In all cases where a claim or counter claim exceeds \$75,000, upon the AAA's administration of the arbitration or at any time while the arbitration is pending, the parties shall mediate their dispute pursuant to the applicable provisions of the AAA's Commercial Mediation Procedures, or as otherwise agreed by

In quest'ultimo strumento, in particolare, il meccanismo di *opt-out* si presenta specificatamente articolato e flessibile: infatti, la nomina quale mediatore di un membro del tribunale arbitrale è possibile solo con il consenso scritto di tutte le parti e, qualora la mediazione si concluda con mancato accordo, l'arbitro che ha svolto il ruolo di mediatore potrà continuare a far parte del tribunale arbitrale solo a seguito di nuovo consenso scritto di tutte le parti. Diversamente, dovrà essere sostituito⁹.

Giova sottolineare che le *Prague Rules*, rilasciate nella loro versione finale nel 2018, sono anche lo strumento più recente tra quelli citati. Si può pertanto pensare che la formulazione dell'art. 9 sia anche espressione di un'evoluzione della concezione del ruolo delle parti nel processo di risoluzione della controversia, che acquistano una sempre maggiore centralità.

7. La *mediation window*, ovvero l'impiego della mediazione in corso di arbitrato è uno dei meccanismi attraverso i quali la sinergia

the parties. Absent an agreement of the parties to the contrary, the mediation shall take place concurrently with the arbitration and shall not serve to delay the arbitration proceedings. However, any party to an arbitration may unilaterally opt out of this rule upon notification to the AAA and the other parties to the arbitration. The parties shall confirm the completion of any mediation or any decision to opt out of this rule to the AAA. Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case», https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web_FINAL_2.pdf

⁹ Rules on Efficient Conduct of Proceedings on International Arbitration (Prague Rules), art. 9, Assistance in Amicable Settlement.

«9.1. Unless one of the parties objects, the arbitral tribunal may assist the parties in reaching an amicable settlement of the dispute at any stage of the arbitration. 9.2. Upon the prior written consent of all parties, any member of the arbitral tribunal may also act as a mediator to assist in the amicable settlement of the case. 9.3. If the mediation does not result in a settlement within an agreed period of time, the member of the arbitral tribunal who has acted as mediator: a. may continue to act as an arbitrator in the arbitration proceedings after obtaining written consent from all parties at the end of the mediation; or b. shall terminate his/her mandate in accordance with the applicable arbitration rules if such written consent is not obtained»<https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>.

tra i due strumenti può spiegare al meglio la sua efficacia, ed il suo utilizzo è crescente.

Ciò perché l'equilibrio e l'esatta consapevolezza degli interessi delle parti può cambiare ed evolversi nel corso della procedura arbitrale, sia per cause interne che esterne alla stessa.

A mero titolo esemplificativo, tra le cause esterne è possibile citare la modifica della situazione economica di almeno una delle parti, la modifica delle condizioni del mercato di riferimento o della legislazione di settore, che possono influire sulle prospettive di sviluppo e di business.

La principale delle cause interne alla procedura arbitrale è invece da individuarsi nell'evoluzione della fase istruttoria, che rende più chiaro il quadro degli interessi e delle informazioni in possesso delle parti, diminuendo l'incertezza sul possibile esito della controversia.

La *mediation window* è altresì di particolare utilità nelle controversie in materia di proprietà intellettuale. In questo ambito, infatti, la tutela del segreto industriale è spesso vitale per la stessa sopravvivenza dell'impresa, ed è difficile, quando non impossibile, provarne la violazione senza rivelarlo (cosiddetto principio del «*lose the secret or lose the case*»).

In tali casi, spesso il rischio reale di perdita del segreto industriale non è calcolabile o non è completamente chiaro prima dell'inizio della procedura arbitrale, e dell'articolazione dei mezzi istruttori.

Conseguentemente, una mediazione tentata prima dell'arbitrato non avrebbe la stessa utilità dello stesso processo avviato nel corso della procedura arbitrale, in quanto in tale fase le parti non sono ancora in possesso di tutte le informazioni che consentano loro di valutare adeguatamente i rispettivi interessi.

La modalità più comune di attuazione della *mediation window* prevede la sospensione della procedura arbitrale per tutta la durata della mediazione, ma vi sono anche casi nei quali le due procedure vengono portate avanti in parallelo. Ne è un esempio il meccanismo previsto dal sopra citato art. 9 delle *AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*.

La scelta di una delle parti di proporre la mediazione in corso di arbitrato è considerata estremamente delicata da un punto di vista strategico, in quanto vi è in taluni il timore che venga percepita dal-

la controparte come un segno di debolezza della propria posizione giudiziale.

La disciplina di tale possibilità da parte del regolamento dell'istituzione adita facilita in parte il compito, così come la previsione del potere del tribunale arbitrale di proporre la mediazione.

8. Fin qui i vantaggi di un uso sinergico di arbitrato e mediazione da un punto di vista del merito della controversia.

Adesso passiamo ad analizzare le ragioni ed il quadro giuridico nell'ambito del quale tale sinergia viene attuata.

Per quanto riguarda l'ambito internazionale, è necessario partire dall'assunto che la mediazione è sempre stata ed è tuttora di gran lunga meno utilizzata dell'arbitrato, e vari studi e ricerche dimostrano che la ragione principale è costituita dalla mancanza di uno strumento giuridico che conferisca esecutività agli accordi raggiunti in mediazione¹⁰.

Tale dato può risultare sorprendente in quanto, pur non essendo disponibili dati statistici sul punto, ciò che è certo è che i casi in cui l'accordo di mediazione non viene spontaneamente rispettato sono estremamente rari. È però altrettanto evidente che l'esigenza di conferire certezza alla tutela dei diritti delle parti in caso di raggiungimento dell'accordo è fortemente sentita.

Ciò è da ascrivere alla necessità di proteggere l'investimento economico che una procedura di mediazione internazionale com-

¹⁰ L'iniziativa «Global Pound Conference Series 2016-2017», che raccoglie i risultati di un sondaggio svolto a livello internazionale tra gli stakeholder della giustizia tramite una serie di conferenze organizzate in 28 città in 24 diversi Paesi del mondo tra il 2016 ed il 2017, ha mostrato la mancanza di esecutività degli accordi raggiunti in mediazione internazionale come una criticità concretamente percepita dagli utilizzatori di servizi di ADR. Infatti, in risposta alla domanda «quali tra i seguenti strumenti ha maggiori potenzialità di migliorare la risoluzione delle controversie internazionali?» il 51% dei partecipanti ha scelto la risposta «leggi o convenzioni che conferiscano esecutività agli accordi, inclusi quelli raggiunti in mediazione». Tutte le informazioni sul progetto sono disponibili nel sito <https://www.globalpound.org/>.

Si veda anche *International Dispute Resolution Survey: Currents of Change. 2019 Preliminary Report*. https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/documents/SIDRA2019_IDR_Survey_Preliminary_Report.pdf.

porta, e che ha influenzato per lungo tempo l'interazione tra mediazione e arbitrato.

9. Lo strumento fino ad oggi principalmente utilizzato per conferire esecutività all'accordo è il cosiddetto *consent award*, o *award on agreed terms*. Il *consent award* consiste nella riproduzione dell'accordo raggiunto dalle parti in una decisione arbitrale, allo scopo di avvalersi dell'applicabilità della Convenzione di New York sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri del 1958¹¹.

La dottrina dominante ritiene infatti applicabile la Convenzione al *consent award* nonostante questo non vi sia espressamente disciplinato.

Ma anche volendo considerarne pacifica l'applicabilità, corre l'obbligo di precisare che questo non è uno strumento esente da rischi e incertezze.

Infatti, anche qualora lo Stato nel quale l'accordo dovrà essere riconosciuto ed eseguito fosse parte della Convenzione di New York e sia la clausola compromissoria e il regolamento dell'istituzione arbitrale adita prevedessero la possibilità di ricorrere a tale strumento, resterebbe comunque il potere del Tribunale Arbitrale di rivedere il contenuto dell'accordo e, se del caso, di rifiutarsi di trasferirlo all'interno del lodo.

Inoltre, particolari accorgimenti devono essere utilizzati dalle parti nella stessa redazione dell'accordo, in quanto vi sono previsioni di tipo precipuamente contrattuale che per loro natura non possono formare il contenuto di un lodo arbitrale. A titolo meramente esemplificativo, si citano l'inserimento di una condizione sospensiva o di una clausola di risoluzione delle controversie¹².

Un meccanismo appositamente creato per l'utilizzo del *consent award* è l'ARB-MED-ARB Singapore Protocol¹³. Si tratta di una

¹¹ Il testo della convenzione è disponibile nel sito <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>.

¹² WIWEN-NILSSON, *Commercial Dispute Settlement: Congress to Celebrate the 40th Annual Session of UNCITRAL* (Vienna, 2007), www.uncitral.org

¹³ Si veda un estratto della model-clause: «The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to re-

procedura svolta in sinergia dal Singapore International Arbitration Center (SIAC) e dal Singapore International Mediation Centre (SIMC), che prevede l'apertura di una procedura arbitrale presso il SIAC con accordo delle parti di tentare fin da subito la mediazione presso il SIMC. In caso di esito positivo, il contenuto dell'accordo verrà riprodotto all'interno del lodo arbitrale; diversamente, la procedura proseguirà con l'arbitrato.

10. La mancanza di esecutività degli accordi raggiunti in mediazione è stata a tal punto percepita dalla comunità giuridica internazionale come un elemento di debolezza che nel 2015, su proposta degli Stati Uniti, la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), ha iniziato i lavori per la creazione di uno strumento capace di conferire esecutività agli accordi raggiunti in mediazione internazionale.

I lavori, condotti dal Working Group II di UNCITRAL (Arbitration and Conciliation - Dispute Settlement) si sono conclusi il 25 giugno 2018 con l'approvazione della *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* o *Singapore Convention on Mediation*¹⁴.

Lo strumento è stato redatto prendendo le mosse dalla già citata convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento dei lodi arbitrali stranieri, con gli adattamenti dovuti alla diversa natura e funzione della mediazione rispetto all'arbitrato.

In parallelo, e nello stesso senso, è stata aggiornata la UNCITRAL Model Law on Conciliation (2002) ora UNCITRAL Model

solve the Dispute through mediation at the Singapore International Mediation Centre ("SIMC"), in accordance with the SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol for the time being in force. Any settlement reached in the course of the mediation shall be referred to the arbitral tribunal appointed by SIAC and may be made a consent award on agreed terms», <http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>.

¹⁴ Il testo della convenzione è disponibile nel sito https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf; il testo della UNCITRAL Model Law on Conciliation è disponibile nel sito https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018).

Merita rilevare in questa sede che la stessa *Singapore Convention on Mediation* legittima l'utilizzo dello strumento del *consent award*, escludendo, all'art. 1 2° comma lettera b), la propria applicabilità agli «Accordi di transazione che sono stati registrati e che possono essere fatti valere come sentenza arbitrale»¹⁵.

Dal 7 agosto 2019, data di prima apertura per le firme, alla data di redazione del presente documento 53 Stati hanno sottoscritto la convenzione, che è entrata in vigore il 12 settembre 2020, sei mesi dopo il deposito del terzo strumento di ratifica¹⁶.

Sarà possibile considerare l'effettiva utilità della convenzione una volta che sarà stata ratificata da un numero di stati sufficiente a consentirne l'applicazione con apprezzabile uniformità; ma, ciò det-

¹⁵ Art. 1. Ambito di applicazione «1. La presente Convenzione si applica ad un accordo derivante dalla mediazione e concluso per iscritto dalle parti per risolvere una controversia commerciale ("accordo transattivo") che, al momento della sua conclusione, è internazionale in quanto:(a) almeno due parti dell'accordo di insediamento hanno sede in diversi Stati; o (b) Lo Stato in cui le parti dell'accordo di transazione hanno sede legale è diverso da: (i) lo Stato in cui viene eseguita una parte sostanziale degli obblighi previsti dall'accordo transattivo; o (ii) Lo Stato con cui l'oggetto dell'accordo di transazione è strettamente connesso. 2. La presente Convenzione non si applica agli accordi di transazione: (a) conclusi per risolvere una controversia derivante da transazioni effettuate da una delle parti (un consumatore) per scopi personali, familiari o domestici; (b) In relazione al diritto di famiglia, eredità o di lavoro. 3. La presente Convenzione non si applica a: (a) Accordi di transazione: (i) che sono stati approvati da un tribunale o conclusi nel corso di un procedimento dinanzi a un tribunale; e (ii) che sono esecutivi come una sentenza nello Stato di quel tribunale; (b) Accordi di transazione che sono stati registrati e che possono essere fatti valere come sentenza arbitrale».

¹⁶ Art. 14. Entrata in vigore «1. La presente Convenzione entrerà in vigore sei mesi dopo il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. 2. Quando uno Stato ratifica, accetta, approva o aderisce alla presente Convenzione dopo il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. La presente Convenzione entrerà in vigore nei confronti di quello Stato sei mesi dopo la data del deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. La Convenzione entrerà in vigore per un'unità territoriale alla quale la presente Convenzione è stata estesa, ai sensi dell'articolo 13, sei mesi dopo la notifica della dichiarazione di cui a tale articolo.»

to, il principale vantaggio che viene riconosciuto dagli addetti ai lavori alla *Singapore Convention on Mediation* risiede nella legittimazione dell'istituto della mediazione, grazie alla creazione di un quadro giuridico di riferimento capace di conferire l'uniformità e affidabilità necessarie a incentivarne l'utilizzo.

A conferma di ciò, i possibili ulteriori passi, dei quali si è già rappresentata la necessità nel corso delle sessioni UNCITRAL successive all'approvazione della convenzione, vanno nella direzione di implementare gli strumenti giuridici volti a dare solidità e coerenza alla mediazione internazionale, quali la creazione di codici di condotta, linee guida e *best practices* capaci di creare coerenza e trasparenza nell'utilizzo dell'istituto.

Per completezza, merita precisare che l'interpretazione prevalente considera applicabile la *Singapore Convention on Mediation* esclusivamente alle controversie internazionali commerciali. È però crescente il numero di autori che considerano applicabile la convenzione anche alle controversie *investor-state*.¹⁷

11. Nel contesto giuridico interno, l'entrata in vigore del decreto legislativo 28/2010 ha costituito indubbiamente il punto di svolta ai fini dell'inclusione dello strumento tra quelli di impiego comune nella gestione delle controversie civili e commerciali.

Dall'altro lato, però, l'utilizzo coercitivo della mediazione e la sua introduzione nell'ordinamento italiano principalmente come strumento di deflazione del contenzioso pendente presso i tribunali, ne hanno in parte messo in ombra le potenzialità.

Ma a oltre 10 anni dalla sua entrata in vigore, gli operatori del diritto italiani hanno acquisito la consapevolezza necessaria per fare dello strumento un uso critico e proattivo.

Questa possibilità è offerta in maniera perfetta dall'utilizzo della

¹⁷ Si veda sul punto: MANUKYAN, *Singapore Convention Series: A Call For A Broad Interpretation Of The Singapore Mediation Convention In The Context Of Investor-State Disputes*, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/10/singapore-convention-series-a-call-for-a-broad-interpretation-of-the-singapore-mediation-convention-in-the-context-of-investor-state-disputes/>.

mediazione in modo combinato con l'arbitrato, soprattutto in considerazione del fatto che nel giudizio arbitrale non opera la condizione di procedibilità prevista per le materie di cui all'art. 5 comma *1bis* d.lgs. 28/2010.

Ciò è ormai considerato pacifico in dottrina, ed è desunto dal combinato disposto dei commi *1bis*¹⁸ e 5 dell'art. 5¹⁹ d.lgs. 28/2010.

¹⁸ Art. 5 1° comma bis d.lgs. 28/2010. «*1-bis*. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. A decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni del presente comma. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.»

¹⁹ Art. 5 1° comma *bis* d.lgs. 28/2010 «Fermo quanto previsto dal comma 1-*bis* e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni

Specificatamente, il 1° comma *bis* del d.lgs. 28/2010 prevede che l'esperimento del procedimento di mediazione sia «condizione di procedibilità della domanda giudiziale», senza fare cenno alla procedura arbitrale. Diversamente, il 5° comma del medesimo articolo dispone che qualora in presenza di una clausola di mediazione o conciliazione il tentativo non risulti esperimento, il potere di inviare le parti in mediazione spetti sia al giudice che all'arbitro.

Di più, nello schema di decreto²⁰ approvato dal Consiglio dei Ministri nell'ottobre 2009 l'art. 5 prevedeva un 7° comma all'art. 5 dal seguente tenore: «le disposizioni che precedono si applicano anche ai procedimenti davanti agli arbitri, in quanto compatibili». Comma scomparso nella versione definitiva del decreto.

La *ratio* di tale scelta può probabilmente ricondursi all'intento deflattivo del contenzioso presso i tribunali che è stato alla base del decreto legislativo 28/2010, che faceva venire meno la necessità di applicare tale disposizione all'arbitrato in quanto esso stesso strumento deflattivo del contenzioso ordinario.

Conseguentemente, l'esperimento obbligatorio della mediazione prima dell'arbitrato può aversi solo in presenza di una clausola *multi-step*, che presume una scelta consapevole e ragionata delle parti.

Riguardo al suo contenuto, l'art. 5, 5° comma d.lgs. 28/2010 prevede che il mancato esperimento del tentativo di mediazione in caso di clausola *multi-step* possa essere eccepito solo dalla parte che vi abbia interesse entro la prima difesa. Ciò in coerenza con la volontarietà della procedura arbitrale, tanto è vero che in caso di mediazione obbligatoria ex comma *1bis* il mancato esperimento del tentativo di mediazione può essere rilevato anche d'ufficio dal giudice.

I tempi e modalità di gestione della mediazione in caso di clausola sono sempre disciplinati dal 5° comma .

Ma cosa accade nel caso in cui una parte voglia tentare la

caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto»

²⁰ Schema di decreto legislativo recante norme in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (Atto n. 150).

mediazione in corso di arbitrato senza che ciò sia previsto nella corrispondente clausola di risoluzione delle controversie? Ciò è certamente possibile, ma poiché, però, i termini di svolgimento della procedura di mediazione previsti dal d.lgs. 28/2010²¹ sono suscettibili di impattare sensibilmente su quelli dell'arbitrato, è quantomeno necessario verificare gli spazi di modifica di tali termini nella convenzione arbitrale e, in caso di arbitrato amministrato, nel regolamento dell'istituzione adita. A titolo esemplificativo, si vedano i regolamenti della Camera arbitrale dell'ordine degli avvocati di Napoli²², della Camera arbitrale di Milano²³ e della Camera arbitrale di Firenze²⁴.

²¹ Art. 6 d.lgs. 28/2010. «Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi. 2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale.»

²² Art. 31 regolamento COA - Termine per la decisione «1. Gli arbitri pronunciano il lodo nel termine di centottanta giorni dall'accettazione della nomina. 2. Il termine può essere prorogato prima della sua scadenza per un periodo non superiore a centoventi giorni: a. da tutte le parti mediante dichiarazioni scritte indirizzate agli arbitri; b. dalla Camera su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri, sentite le altre parti. 3. Il termine è prorogato di centoventi giorni nei casi seguenti e per non più di una volta nell'ambito di ciascuno di essi: a. se devono essere assunti mezzi di prova;

b. se è disposta consulenza tecnica d'ufficio; c. se è pronunciato lodo non definitivo o lodo parziale; d. se è modificata la composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico. 4. In ogni caso, dopo la ripresa del procedimento sospeso, il termine residuo per la pronuncia del lodo, se inferiore, è esteso a quarantacinque giorni».

²³ Art. 36 Regolamento CAM – Termine per il deposito del lodo definitivo «1. Il Tribunale Arbitrale deve depositare presso la Segreteria Generale il lodo definitivo entro sei mesi dalla sua costituzione salvo diverso accordo delle parti nella convenzione arbitrale. 2. In ogni caso, il termine per il deposito del lodo può essere prorogato, anche d'ufficio, dalla Segreteria Generale, salvo che la stessa ritenga di investire il Consiglio Arbitrale. 3. Il termine è sospeso dalla Segreteria Generale nei casi espressamente previsti dal Regolamento o in presenza di altro giustificato motivo».

²⁴ Art. 44 Regolamento Camera Arbitrale di Firenze – TERMINE PER IL DEPOSITO DEL LODO DEFINITIVO. «Il Tribunale Arbitrale deve depositare presso la Segreteria il lodo definitivo entro centottanta giorni dalla sua costitu-

I regolamenti delle istituzioni sopra citate prevedono anche la possibilità che sia il tribunale arbitrale a disporre l'invito in mediazione²⁵, disciplinandone in alcuni casi anche gli effetti sui termini della procedura²⁶.

Se la mediazione non riesce, si avrà la prosecuzione dell'arbitrato nei modi e termini previsti dal regolamento dell'istituzione adita.

Se la mediazione, invece, si conclude con esito positivo, e qualora la stessa sia stata condotta ai sensi del d.lgs. 28/2010 con accordo sottoscritto dagli avvocati ai sensi dell'art. 12 del medesimo decreto²⁷, lo

zione, ponendo fine al procedimento. Il termine previsto dal comma 1 può essere prorogato per giustificati motivi dal Consiglio Arbitrale o, quando vi sia il consenso scritto delle parti, dalla Segreteria. Il termine previsto dal comma 1 è sospeso dal Consiglio Arbitrale, oltre che nei casi espressamente previsti dal Regolamento, in presenza di altro giustificato motivo. Il termine di cui al comma 1 è sospeso dalla Segreteria nel caso di mancato pagamento delle spese del procedimento».

²⁵ Art. 22 Regolamento COA - Poteri del Tribunale Arbitrale

«1. In qualunque momento del procedimento, il Tribunale Arbitrale può tentare di comporre la controversia tra le parti, anche invitando le stesse a svolgere il tentativo di conciliazione presso l'Organismo di Mediazione dell'Ordine degli Avvocati di Napoli.»

Art. 25, 3° comma Regolamento Camera arbitrale di Milano «3. In qualunque momento, il Tribunale Arbitrale può tentare di comporre la controversia tra le parti, anche invitando le stesse a svolgere il procedimento di mediazione presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale.»

²⁶ Art. 32 Camera Arbitrale di Firenze: «1. Anche su sollecitazione delle parti o dei loro difensori, in qualunque momento del procedimento, il Tribunale Arbitrale può tentare di comporre la controversia, secondo le disposizioni del codice di procedura civile. Il provvedimento con cui il Tribunale Arbitrale dispone l'esperimento del tentativo di conciliazione sospende i termini per l'emissione del lodo fino alla conclusione del tentativo stesso, per un termine non superiore a quello previsto dalla legge».

²⁷ Art. 12 D.lgs. 28/2010 Efficacia esecutiva ed esecuzione «1. Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precepto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura

stesso costituirà titolo immediatamente esecutivo, consentendo un'economia in termini di tempi e attività da esperire persino maggiore rispetto a quelli necessari ottenere l'esecutività del lodo arbitrale²⁸.

Per quanto riguarda la sorte della procedura arbitrale, questa potrà essere abbandonata con le modalità previste dal regolamento dell'istituzione adita²⁹.

civile. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal Presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale»

²⁸ Art. 825 cod. proc. civ. «La parte che intende far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione d'arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato [810, 816]. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione la sentenza avente il medesimo contenuto.

Del deposito e del provvedimento del tribunale è data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti nell'articolo 133, secondo comma. Contro il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza».

²⁹ Art. 29 Regolamento COA - Transazione e rinuncia agli atti «1. Le parti e i loro difensori comunicano alla Segreteria la rinuncia agli atti a seguito di transazione o di altro motivo, così esonerando il Tribunale Arbitrale dall'obbligo di pronunciare il lodo. In tal caso, la liquidazione delle spese del procedimento è disposta dal Segretario tenuto conto del lavoro svolto dagli arbitri.»

Art. 32 Regolamento Camera Arbitrale di Milano – Rinuncia agli atti

«1. Le parti o i loro difensori comunicano alla Segreteria Generale la rinuncia agli atti per transazione o per altro motivo, così esonerando il Tribunale Arbitrale dall'obbligo di pronunciare il lodo. 2. L'estinzione del procedimento è dichiarata dal Consiglio Arbitrale, ovvero dalla Segreteria Generale se il procedimento si conclude prima della costituzione del Tribunale Arbitrale».

Art. 40 Regolamento Camera Arbitrale di Firenze– Transazione ed esonero dal lodo

«Le parti o i loro difensori comunicano congiuntamente alla Segreteria la rinuncia agli atti a seguito di transazione o di altro motivo, esonerando il Tribunale

12. Certamente l'entrata in vigore della *Singapore Convention on Mediation* è destinata in ogni caso a mutare le dinamiche delle interazioni tra arbitrato e mediazione. Ma, come già accennato ai punti precedenti, non sarà possibile comprendere l'esatta portata di tale cambiamento nel breve periodo.

D'altro canto, il *consent award* è un meccanismo che deve essere utilizzato con estrema perizia e cautela.

Pertanto, resta da capire se nel frattempo siano individuabili altri strumenti di tutela delle parti che vogliano ricorrere alla mediazione internazionale, in interazione o meno con l'arbitrato, non per ottenere l'esecutività dell'accordo, ma per i vantaggi che questa offre in termini di qualità della risoluzione del conflitto.

Sicuramente un valido mezzo di tutela dei diritti delle parti è rappresentato dalla scelta dell'istituzione e del mediatore, in modo da garantire il più alto livello di qualità possibile dell'accordo.

In particolare, più il mediatore sarà preparato ed esperto nel guidare le parti nella fase esplorativa degli interessi, più l'eventuale accordo raggiunto sarà qualitativamente elevato in termini di raggiungimento del risultato *win-win*, più le parti saranno logicamente incentivate ad adempierlo spontaneamente.

Un ulteriore *plus* è certamente rappresentato dall'approfondita conoscenza della materia oggetto della controversia, così come della giurisprudenza dei tribunali dei potenziali paesi nei quali l'accordo dovrà essere eseguito.

Ciò non è da intendersi come il potere del mediatore di fare consulenza giuridica, ma come una maggiore capacità di guidare le parti nella fase di esplorazione degli interessi, capace di conferire una particolare solidità all'eventuale accordo.

In questo senso, un valido supporto nella scelta del mediatore in ambito internazionale è rappresentato dalla certificazione delle

Arbitrale, se già costituito, dall'obbligo di pronunciare il lodo. Nel caso la rinuncia agli atti provenga solo da alcune delle parti, la stessa deve avvenire mediante atto sottoscritto e notificato alle altre parti, e non ha efficacia, ai fini dell'esonero dall'obbligo di pronunciare il lodo, se non è accettata dalle altre parti. Nel caso in cui il Tribunale Arbitrale non sia ancora costituito, in presenza di detta ipotesi, la Segreteria dichiara la chiusura del procedimento arbitrale».

competenze, che costituisce allo stesso tempo stesso anche una garanzia di trasparenza.

A titolo esemplificativo, si citano gli standard elaborati dall'*International Mediation Institute (IMI)*³⁰ istituzione *no-profit* con sede all'Aja che non offre servizi di risoluzione delle controversie, ma elabora standard qualitativi e svolge studi e ricerche in tema di mediazione internazionale.

Alcune istituzioni di mediazione internazionale, quali ad esempio la *Florence International Mediation Chamber (FIMC)*, hanno adottato il possesso di una certificazione di competenza quale requisito obbligatorio per l'iscrizione nell'elenco dei mediatori³¹, proprio al fine di soddisfare tale esigenza.

Ad oggi, la necessità di incoraggiare non solo l'alta preparazione, ma anche la specializzazione dei mediatori è avvertita anche nel contesto interno³².

Diversamente da quanto avviene in ambito internazionale, però, la già presente regolamentazione nell'ordinamento giuridico italiano sia della procedura che dei requisiti di mediatori e istituzioni, rivela quale punto debole un'eccessiva «proceduralizzazione» della mediazione e rigidità dei requisiti, che rischiano di limitare quella creatività dello strumento che ne costituisce uno dei maggiori punti di forza.

Ciò che è importante, però, al di là dell'effettiva portata e dei tempi di realizzazione, è la crescente presenza di azioni e misure volte a restituire mediazione e arbitrato alle loro funzioni più proprie, in modo che vengano utilizzate, sia autonomamente che in sinergia tra di loro, in ragione delle loro reali potenzialità e possibili benefici in termini di qualità della risoluzione dei conflitti, piuttosto che per il raggiungimento di effetti giuridici ad oggi non ancora efficacemente assicurati dal quadro interno e internazionale.

³⁰ Tutte le informazioni sull'istituzione sono reperibili nel sito <https://www.imimmediation.org/>.

³¹ Vedi l'art. 3 del regolamento dell'istituzione disponibile nel sito <http://www.fimcmmediation.com/rules/>.

³² In tal senso la relazione conclusiva dei lavori della commissione Unioncamere sulle ADR, reperibile nel sito www.unioncamere.gov.it, e un'indagine condotta nell'ambito del progetto europeo Fomento, i cui output sono disponibili nel sito www.fomentonet.eu.

ARBITRATO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI: UNA PROSPETTIVA ITALIANA

ATTILA TANZI, GIAN MARIA FARNELLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Trattati bilaterali e multilaterali di investimento. – 3. L'arbitrato internazionale per la soluzione controversie sul trattamento di investimenti stranieri. – 4. La prospettiva italiana. – 5. *Segue*: relativamente alla tutela degli investitori italiani. – 6. *Segue*: relativamente allo Stato italiano come convenuto. – 7. I crescenti limiti alla arbitrabilità di controversie intra-europee. – 8. Considerazioni conclusive.

1. L'arbitrato internazionale relativo alle controversie in materia di trattamento degli investimenti stranieri da parte dei Paesi ospiti dell'investimento presenta significative particolarità. Sotto il profilo sostanziale, si rileva in particolare il carattere composito, pubblico e privato, degli interessi tutelati dalle diverse declinazioni del diritto applicabile caso per caso tra imprese investitrici e Stati convenuti. Sotto il profilo procedurale, esso si conforma al principio della «eguaglianza delle armi» tra le parti nonostante la diversa natura dei soggetti coinvolti¹.

La tensione insita nella duplicità degli interessi in gioco si è riflessa nella contrapposizione tra due diverse concezioni dell'arbitrato in questione. Da un lato, vi è chi lo configura come una de-

* Il contributo riflette la visione comune dei due autori. Ciononostante, le sezioni 1, 2, 3 e 8 sono attribuibili ad Attila Tanzi; le rimanenti sezioni 4, 5, 6 e 7 sono attribuibili a Gian Maria Farnelli.

¹ Sul principio dell'«eguaglianza delle armi» nel procedimento degli investimenti, si vedano tra gli altri SOLTYSIŃSKI, *The Dispute about the Legitimacy of Investment Arbitration: is the Principle of Equality of Parties an Outdated Concept?*, in *A revolution in the international rule of law: essays in honor of Don Wallace, Jr*, a cura di Sabahi *et al.*, Huntington (New York), 2014, p. 315; WAELDE, *“Equality of Arms” in Investment Arbitration: Procedural Challenges, in Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, a cura di Yannaca-Small, New York, 2010, p. 161.

clinazione dell'arbitrato commerciale internazionale, eventualmente con alcuni elementi ibridi legati agli aspetti pubblicistici delle controversie trattate²; dall'altro è stata sostenuta la tesi per cui si tratterebbe di una forma di contenzioso amministrativo internazionale, pertanto retto da principi di diritto pubblico³. L'orientamento oggi prevalente è nel senso di collocare l'arbitrato internazionale degli investimenti nell'ambito del contenzioso internazionale retto dal diritto internazionale pubblico⁴. Si tratta di un orientamento condivisibile nella misura in cui il fondamento giurisdizionale dei tribunali arbitrali in parola si rinviene in un trattato internazionale, che è anche la fonte del diritto applicabile alla controversia⁵, piuttosto che in un contratto. L'inquadramento nell'ambito del diritto internazionale pubblico dell'arbitrato in esame, piuttosto che costituire una interpretazione evolutiva della logica del meccanismo di soluzione delle controversie in questione, conferma la sua *ratio* primigena, salve modulazioni processuali proprie⁶, come già osservato da

² CARVER, *The Strengths and Weaknesses of International Arbitration Involving a State as a Party: Practical Implications*, *Arbitration International*, vol. 1, 1985, p. 179; DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, pp. 6 e 31-32; citati in DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, Cambridge, 2014, pp. 24 e 50.

³ In questo senso, si veda per tutti SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010.

⁴ Sul punto, si vedano tra gli altri DE BRABANDERE, *op. cit.*; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012 (2a ed.), p. 12; KRIEBAUM, *The Nature of Investment Disciplines*, in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, a cura di Douglas, Pauwelyn e Viñuales, Oxford, 2014, p. 45, in particolare pp. 46 ss.

⁵ Sul punto si vedano anche ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *Recueil des cours*, vol. 344, 2009, p. 193, in particolare p. 259 ss.; BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008 (2a ed.); LEBEN, *La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *Recueil des cours*, vol. 302, 2003, p. 197; SPIERMANN, *Applicable Law*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di Muchlinski, Ortino e Schreuer, Oxford, 2008, p. 89.

⁶ Su tali specificità processuali, si veda, tra gli altri WALDE, *Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State:*

uno dei padri della Convenzione istitutiva del Centro internazionale per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, ICSID), Aron Broches⁷, secondo cui «[t]he parallel if any lays with the International Court of Justice rather than with commercial arbitration»⁸.

Il presente contributo intende fornire una sintetica panoramica sull'arbitrato internazionale degli investimenti rispetto alla quale verranno successivamente segnalati specifici aspetti di interesse secondo una prospettiva italiana, tanto dal punto di vista degli investitori italiani all'estero come attori, quanto del Governo italiano come convenuto. A tal fine, verrà inizialmente illustrato il quadro normativo nel quale si rileva la fonte della competenza giurisdizionale e del diritto applicabile. Si tratta della cosiddetta «rete» degli accordi bilaterali di investimento (*Bilateral Investment Treaties*, «BIT»)⁹, degli accordi di libero scambio che contengono delle sezioni dedicate alla soluzione delle controversie di investimento e di trattati multilaterali *sui generis* come l'*Energy Charter Treaty* (ECT). Si procederà quindi a presentare i meccanismi arbitrali di soluzione delle controversie propriamente detti nelle loro caratteristiche essenziali.

Si rivolgerà successivamente l'attenzione alla politica di tutela

Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Proactively, the Equality of Arms, Arbitration international, vol. 26, 2010, p. 3.

⁷ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Washington, 18 marzo 1965; in vigore dal 14 ottobre 1966, su cui si veda SCHREUER, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, edizione digitale, maggio 2013.

⁸ *Consultative Meeting of Legal Experts, Fifth Session 19 February 1964*, in *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention* (1968), vol. II-1, a cura di ICSID, p. 423, disponibile all'indirizzo www.icsid.worldbank.org.

⁹ Si veda sul punto JACOB, *Investments, Bilateral Treaties*, in *Max Planck Encyclopedias*, cit., giugno 2014; SCHREUER, *Investment, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedias*, cit., giugno 2013; *Bilateral Investment Treaties*, a cura di Dolzer e Stevens, L'Aja, 1995.

degli investitori italiani all'estero perseguita dal Governo italiano su base di reciprocità negli ultimi cinquant'anni. Si illustrerà, in particolare, come l'Italia abbia svolto una parte significativa della propria politica estera a tutela degli investitori nazionali all'estero attraverso la promozione del sistema internazionale di tutela degli investimenti e partecipando alla diffusione dell'uso di mezzi di soluzione delle controversie tra investitori e Stato. Successivamente, si affronteranno due aspetti evolutivi nell'ambito del diritto dell'UE che incidono in modo significativo sia sulla tutela giuridica degli investitori italiani all'estero sia sulla possibilità che il Governo italiano sia soggetto passivo dell'azione arbitrale. In primo luogo, si darà conto del trasferimento alla Commissione dell'UE della competenza degli Stati Membri a negoziare trattati internazionali in materia di protezione degli investimenti, e delle relative conseguenze sulla estinzione dei preesistenti trattati in materia conclusi dagli Stati membri. In secondo luogo, si illustrerà l'inammissibilità di contenziosi arbitrali tra investitori europei e Stati esteri membri dell'UE, posizione già espressa dalla Commissione europea¹⁰ e pronunciata dalla CGE nel procedimento pregiudiziale nella nota causa *Achmea*¹¹.

Infine, si forniranno alcune considerazioni conclusive di *policy* in tema di utilità, rischi e prospettive dell'arbitrato degli investimenti.

2. La tutela internazionale degli investimenti si è sviluppata in tre fasi sotto il profilo pattizio. Inizialmente, sino a poco dopo la prima metà del XX Secolo, lo strumento utilizzato per la tutela convenzionale degli investimenti era costituito dal «trattato di amicizia, commercio e navigazione» (*Treaty of Friendship, Commerce and Navigation*, «FCN»). Pur essendo prevalentemente orientati alla regolamentazione delle relazioni commerciali tra le Parti, tali trattati dedicavano di regola alcune specifiche disposizioni alla pro-

¹⁰ *Infra*, Sezione 7.

¹¹ Sent. 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik / Achmea BV*.

tezione degli investimenti stranieri¹². Si trattava di strumenti che erano improntati ad una ottica puramente interstatale con riguardo ai mezzi di soluzione delle controversie. Pertanto, la loro attivazione a tutela dei diritti economici degli investitori all'estero per presunta violazione del trattato era rimessa alla disponibilità dello Stato di nazionalità di agire in protezione diplomatica.

A partire dal fine degli anni '50 del Novecento iniziò a diffondersi un diverso strumento di natura bilaterale: i BIT di prima generazione¹³. Questi ultimi, a differenza dei FCN, erano dedicati esclusivamente alla disciplina della protezione degli investitori stranieri, codificando le poche norme consuetudinarie esistenti in materia, riconducibili al principio di non discriminazione e al trattamento nazionale¹⁴.

La categoria convenzionale in questione ha subito una evoluzione significativa all'inizio degli anni '90, con la fine della Guerra Fredda e la conseguente esigenza dei Paesi dell'ex Blocco sovietico e in via di sviluppo di attirare capitali necessari alla conversione da un modello di economia pianificata a uno di economia di mercato. Ai fini del presente scritto, i cosiddetti «BIT di seconda generazione» si segnalano per la presenza di clausole arbitrali che consento-

¹² Si veda sul punto PAULUS, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, in *Max Planck Encyclopedia*, cit., marzo 2011. Un esempio di FCN è il Trattato di amicizia, navigazione e commercio del 1948 tra Italia e Stati Uniti, sulla base del quale gli Stati Uniti convennero l'Italia di fronte alla Corte internazionale di giustizia nella causa *El.Si (Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, *I.C.J. Reports*, 1989, p. 15).

¹³ I primi BIT sono il *Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes)* (Bonn, 25 novembre 1959; in vigore dal 28 aprile 1962) tra Germania e Pakistan, e il *Traité entre la Confédération Suisse et la République Tunisienne relatif à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux* (Bern, 2 dicembre 1961, in vigore dal 19 gennaio 1964 al 8 luglio 2014) tra Svizzera e Tunisia.

¹⁴ Sul trattamento nazionale, si veda SARZO, *The National Treatment Obligation*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, a cura di Gattini, Tanzi, Fontanelli, Leiden-Boston, 2018, p. 378. Sull'evoluzione storica degli standard di trattamento e la loro trasformazioni in consuetudini, si veda MCLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, 2017 (2° ed.), pp. 283 ss.

no all'investitore straniero di citare direttamente lo Stato d'investimento in giudizio arbitrale¹⁵.

Sebbene in un contesto di generalizzata volontà riformatrice, e alcuni casi di estinzione, i BIT restano, ad oggi, la forma convenzionale maggiormente utilizzata in materia di tutela degli investimenti stranieri a livello globale. Stando ai dati della Conferenza delle Nazioni Unite su commercio e sviluppo (*United Nations Conference on Trade and Development*, «UNCTAD»), alla fine del 2019 risultano in vigore oltre 2300 BIT¹⁶. Manca un invece trattato internazionale di portata universale per la tutela degli investimenti stranieri, dopo il fallimento di vari tentativi in tal senso¹⁷.

A questi si aggiungono circa 300 trattati di libero scambio (*Free Trade Agreements*, «FTA»), specialmente a livello regionale, contenenti disposizioni relative alla tutela degli investimenti con relativa clausola arbitrale del tipo sopra indicato. Tra questi, vale ricordare il NAFTA¹⁸, concluso nel 1992 tra Stati Uniti, Canada e Messico,

¹⁵ Va menzionata a fini di completezza, sebbene di rilevanza limitata, la possibilità anche per lo Stato di investimento di citare l'investitore. Si veda LABORDE, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, 2010, p. 97.

¹⁶ I dati (aggiornati al 31 dicembre 2019) sono disponibili sul sito di *Investment Policy Hub – International Investment Agreement Navigator* (<https://investmentpolicy.unctad.org>).

¹⁷ *Principles of International Investment Law*, a cura di Dolzer e Schreuer, Oxford, 2008, p. 26. Si veda in generale anche SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, 2009. Pur mancando accordi universali, si segnalano due accordi regionali dedicati solo alla tutela degli investimenti: il *Comprehensive Investment Agreement* («ACIA») firmato dagli Stati del Sud-Est Asiatico parti dell'*Association of South East Asian Nations* («ASEAN»); e il Protocollo di Colonia sugli investimenti allegato all'accordo sul *Mercado Común del Sur* («MERCOSUR») in America Latina.

¹⁸ *North American Free Trade Agreement*, New York, 17 dicembre 1992; in vigore dal 1 gennaio 1994. La Convenzione ICSID prevede che un investitore privato di nazionalità di uno Stato parte della Convenzione possa attivare unilateralmente nei riguardi dello Stato straniero nel quale è stato fatto l'investimento controverso le procedure di conciliazione e di arbitrato, previste dalla Convenzione e amministrare dall'ICSID. Per poter usufruire di tale modello, tuttavia, anche lo Stato d'investimento deve necessariamente essere contraente della Conven-

sostituito nel 2018 dall'*United States-Mexico-Canada Agreement* («USMCA»)¹⁹, i cui rispettivi Capitoli 11 e 14 sono dedicati alla tutela degli investimenti. Simile nella forma e nei contenuti è il *Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement* («DR-CAFTA»)²⁰, concluso nel 2004 tra gli Stati Uniti, Repubblica Dominicana ed altri Paesi centro-americani (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua), il cui Capitolo X è dedicato alla tutela degli investimenti. Ai fini di questo scritto, è inoltre di particolare importanza l'*Energy Charter Treaty* («ECT»)²¹, finalizzato a sviluppare la cooperazione nel settore dell'energetico tra gli Stati dell'Europa occidentale e quelli nati dalla dissoluzione dell'Unione Sovietica, la cui parte terza è dedicata alla promozione degli investimenti nel settore energetico, rispetto a cui l'Italia ha recentemente esercitato recesso²².

Simili ai trattati appena citati, ma caratterizzati da un'ottica tipicamente bilaterale, sono i cosiddetti «mega-regionals», accordi tra

zione ICSID. Nel 1978, l'amministrazione del Centro creò le *Additional Facility Rules*, grazie alle quali si rende possibile l'accesso all'ICSID anche qualora l'*Home State* o l'*Host State* non siano parte della Convenzione di Washington. Tali regole giocano un ruolo fondamentale negli arbitrati NAFTA, atteso che né il Messico, né il Canada sono parti della Convenzione ICSID.

¹⁹ *Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*, Washington, 30 novembre 2018; non ancora in vigore (<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>). Per una panoramica delle novità in tema di investimenti, si veda PETERSON, *NAFTA parties unveil text of new agreement; Canada opts out of investor-state arbitration entirely, and U.S. and Mexico agree a more limited version of such dispute settlement*, in *Investment Arbitration Reporter*, 1 ottobre 2018, reperibile sul sito <https://www.iareporter.com>.

²⁰ *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, Washington, 5 agosto 2004; in vigore dall'1 marzo 2006.

²¹ *Energy Charter Treaty*, Lisbona, 17 dicembre 1994; in vigore dal 16 aprile 1998. Sul punto DOLZER, SCHREUER (a cura di), *op. cit.*, pp. 27-30; si veda anche TANZI, *International Law and Foreign Investment in Hydroelectric Industry: A Multidimensional Analysis*, in *Foreign Investment in the Energy Sector. Balancing Private and Public Interests*, a cura di De Brabandere e Gazzini, Leiden, 2014, p. 61.

²² Sul punto, *infra*, Sezione 4.

due grandi regioni produttive, la cui disciplina si rivolge tanto all'intercambio commerciale internazionali, quanto alla tutela degli investimenti. Tale tipo di strumento è stato recentemente impiegato dall'Unione Europea nei rapporti in materia il con il Canada²³, Singapore²⁴, gli Stati Uniti²⁵ e il Vietnam²⁶. Questi trattati non si discostano dai BIT sotto il profilo della tutela sostanziale degli investimenti stranieri. Essi propongono piuttosto di innovare il sistema di soluzione delle controversie mediante la costituzione di un meccanismo permanente, l'*Investment Court System* («ICS»), di cui si dirà meglio nella prossima sezione.

3. Come indicato nella sezione precedente, la forma storicamente più risalente di tutela internazionale delle persone fisiche e giuridiche che avessero effettuato un investimento in uno Stato diverso da quello di nazionalità è quella della cosiddetta «protezione diplomatica»²⁷.

²³ *Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada* («CETA»), Bruxelles, 30 ottobre 2016; non ancora in vigore (applicazione temporanea dal 21 settembre 2017).

²⁴ *EU-Singapore Investment Protection Agreement*, Bruxelles, 19 ottobre 2018; non ancora in vigore.

²⁵ La *Transatlantic Trade and Investment Partnership* («TTIP») non è ancora stato firmato dalle Parti. Per una panoramica dei suoi contenuti, si veda il sito <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/questions-and-answers/>.

²⁶ *EU-Vietnam Investment Protection Agreement*, Bruxelles, 17 ottobre 2018; non ancora in vigore.

²⁷ Si vedano, tra gli altri, AMERASINGHE, *Diplomatic protection*, Oxford-New York, 2008; La *protezione diplomatica: sviluppi e prospettive: Messina, 13-14 giugno 2008*, a cura di Panella, Torino, 2009; MOLA, *Trattamento dello straniero e protezione diplomatica: linee evolutive del diritto consuetudinario e del diritto pattizio*, in *Giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia: casi scelti*, a cura di Cantoni, Torino, 2014, p. 253; PERRINI, *La protezione diplomatica delle società*, Napoli, 2013; PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, 2012, p. 156; ID., *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89, 2006, p. 68. Recente dottrina ha evidenziato un ritorno dell'istituto della prote-

Tale istituto, usato anche nel diverso ambito della tutela dei diritti umani²⁸, prevede che lo Stato di nazionalità di un individuo i cui diritti siano stati violati da uno Stato straniero possa agire a supporto della posizione del proprio cittadino facendo valere la violazione di un diritto dello Stato stesso in tema di trattamento degli stranieri²⁹. Perché lo Stato possa agire è necessario che il diritto di cui lamenta la violazione sia imputabile ad un soggetto dotato della sua nazionalità e che questi abbia previamente esaurito tutti i mezzi di ricorso interni adeguati ed efficaci, ossia a lui accessibili e in grado di garantirgli la *restitutio in integrum* o il risarcimento del danno subito³⁰.

Dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, l'esercizio della protezione diplomatica è una facoltà discrezionale dello Stato

zione diplomatica nel contenzioso degli investimenti (POLANCO, *The return of the home state to investor-state disputes: bringing back diplomatic protection?*, Cambridge-New York, 2019; WONG, *From Redundancy to Resurgency: Revisiting the Local Remedies Rule in International Investment Arbitration*, *Singapore Law Review*, vol. 35, 2015, p. 114).

²⁸ Si veda sul punto PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91, 2008, p. 669. Si consideri in questo senso la causa *LaGrand* davanti alla CIG, scaturita dall'esercizio della protezione diplomatica da parte della Germania nei riguardi del Governo statunitense per la violazione da parte di quest'ultimo del diritto di cittadini tedeschi all'assistenza consolare prevista dalla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari.

²⁹ Un esempio di utilizzo di tale strumento a tutela dei diritti di un investitore è la causa *ElSi* (*supra*, nota 12), in cui il Governo degli Stati Uniti agì in giudizio contro l'Italia a sostegno delle pretese di società americane in conseguenza di un atto di requisizione del Sindaco di Palermo.

³⁰ Sulla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, si vedano tra gli altri DEMIRKOL, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration*, Cambridge, 2018, pp. 75-113; DOLZER, *Local Remedies in International Treaties: a Stocktaking*, in *Practising virtue: inside international arbitration*, a cura di Caron *et al.*, Oxford, 2015, p. 280; GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967; MOLLENGARDEN, *The Utility of Futility: Local Remedies Rules in International Investment Law*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 58, 2019, p. 403; PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

di nazionalità³¹. Tale discrezionalità trova fondamento giuridico nella considerazione secondo cui il diritto al trattamento dei propri nazionali secondo standard giuridici internazionali appartiene allo Stato, non alla persona fisica o giuridica che lamenti una violazione. Inoltre, essa trova giustificazione politica nella considerazione secondo cui è prerogativa esclusiva dello Stato operare valutazioni di opportunità circa le ricadute sulle relazioni diplomatiche con lo Stato estero interessato da una azione diplomatica contenziosa. Si tenga conto che la discrezionalità che il diritto internazionale attribuisce allo Stato non esclude che questi possa invece avere un obbligo di agire a tutela dei propri nazionali in protezione diplomatica sotto il profilo costituzionale interno³².

Proprio l'esigenza di tutelare i propri investitori all'estero evitando rischi di politicizzazione di controversie a livello interstatale ha motivato l'evoluzione sopra accennata nel senso di conferire direttamente agli investitori stranieri il diritto di azione in sede arbitrale internazionale contro lo Stato di investimento. I trattati internazionali in materia raramente prevedono il previo esaurimento dei ricorsi interni tra i requisiti di ammissibilità della azione arbitrale. Onde evitare procedimenti paralleli³³, i BIT codificano solitamente il principio *electa una via*³⁴, secondo cui il ricorso ad arbitrato

³¹ Sugli aspetti problematici di tale discrezionalità, tanto sotto il profilo interno, che internazionale, TANZI, *Introduzione al diritto internazionale*, Padova, 2019 (6° ed.), pp. 308 ss.

³² Vedi, in particolare, DENZA, *Nationality and Diplomatic Protection*, *Netherlands International Law Review*, vol. 65, 2018, p. 463, in particolare pp. 467-468.

³³ Sul problema della litispendenza e dei procedimenti paralleli, si vedano tra gli altri JANIG, REINISCH, *General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents*, in *General principles and the coherence of international law*, a cura di Andenaes et al., Leiden-Boston, 2019, p. 247; MCLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *op. cit.*, p. 95 ss.; SCHREUER, *Multiple Proceedings*, in *ibidem*, p. 152; ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Torino, 2016.

³⁴ Su tale principio, noto anche come «fork on the road», si vedano ECHANDI, *Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Recent Developments in Investment Rule-making*, in YANNACAS- SMALL (a cura di), *op. cit.*, p. 3, in particolare parr. 1.103-1.108; LIM, HO e PAPA-RINSKIS, *International investment law and arbitration: commentary, awards, and*

dell'investitore sulla base di un accordo internazionale in materia equivale a una rinuncia a far valere la medesima pretesa davanti ai tribunali nazionali. Ai fini del presente studio, si ritiene utile segnalare che autorevole dottrina si è espressa nel senso di escludere che la mera presenza di una clausola *electa una via* pregiudichi la possibilità per l'investitore di attivare, contestualmente o successivamente ad un procedimento arbitrale in materia di investimenti, un procedimento interno o arbitrale commerciale per violazioni di un contratto concluso con lo Stato³⁵. Prendendo spunto dai precedenti in materia³⁶, tale dottrina ha indicato come la clausola *electa una via*

other materials, Cambridge-New York, 2018, pp. 100 ss.; LÓPEZ ORTIZ, UGALDE-REVILLA, CHINN, *The Role of National Courts in ICSID Arbitration*, in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, a cura di Baltag, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 329, in particolare p. 341 ss.; MCLACHLAN, SHORE e WEINIGER, *op. cit.*, pp. 112 ss.; SCHREUER, *Travelling the BIT Route: of waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2004, p. 231; WEHLAND, *Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules*, in BALTAG (a cura di), *op. cit.*, p. 227, in particolare p. 242. Un esempio di clausola di questo tipo è l'art. 9 del BIT tra Italia e Paraguay (*Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica del Paraguay sulla promozione e protezione degli investimenti* (Roma, 15 luglio 1999; in vigore dal 30 giugno 2013), secondo cui «[q]ualora tali controversie [in materia di investimenti] non possano essere risolte amichevolmente entro sei mesi dalla data della richiesta di composizione [amichevole] inviata per iscritto, l'investitore interessato potrà, a sua scelta, sottoporle: (a) al Tribunale della Parte Contraente competente per territorio; (b) ad un Tribunale Arbitrale ad hoc, in conformità con il Regolamento arbitrale dalla Commissione delle Nazioni Unite sui diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), e la Parte Contraente che riceve l'investimento si impegna ad accettare il rinvio a detto arbitrato; (c) al Centro Internazionale per la composizione delle controversie (ICSID) relative agli investimenti per l'applicazione delle procedure arbitrali di cui alla Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 sulla composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati, qualora o non appena le Parti Contraenti vi abbiano aderito. [...] L'opzione per una di queste procedure sarà definitiva ed irreversibile».

³⁵ SCHREUER, *Travelling the BIT Route*, *cit.*, pp. 239-249; ECHANDI, *op. cit.*, par. 1.106.

³⁶ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoilv. The Republic of Estonia* (ICSID Case No. ARB/99/2), lodo del 25 giugno 2001, par. 331-333;

impedirebbe l'instaurarsi di procedimenti paralleli solo in caso di perfetta identità tra le parti e il petitum della domanda oggetto del procedimento arbitrale degli investimenti e le parti e l'oggetto della domanda oggetto del procedimento interno o arbitrale commerciale³⁷. Nonostante tale conclusione risulti formalmente corretta in base alla distinzione tra «contract claim» e «treaty claim»³⁸, non si può non rilevare come la possibilità di procedimenti multipli su medesimi fatti possa comportare il rischio di un irragionevole «doppio recupero» (*double recovery*) dei danni subiti da parte dell'investitore³⁹, a discapito della potenziale funzione di giustizia distributiva esercitata dall'arbitrato degli investimenti⁴⁰.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic (UNCITRAL), lodo del 3 settembre 2001, par. 162-163; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), lodo del 12 aprile 2002, par. 71; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3), decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2004, par. 97-98; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8), lodo del 12 maggio 2005, par. 80; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), lodo del 14 luglio 2006, par. 90.

³⁷ SCHREUER, *Travelling the BIT Route*, cit., p. 248.

³⁸ Tale questione è esterna all'ambito della presente trattazione. Per approfondimenti, si vedano SINCLAIR, *Bridging the Contract/Treaty Divide*, in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, a cura di Binder et al., Oxford, 2009, p. 92; SIWY, *Contract Claims and Treaty Claims*, in Baltag (a cura di), *op. cit.*, p. 209; TANZI, *Remarks on Breaches of State Contracts for the Purposes of Jurisdiction and Admissibility in International Investment Arbitration*, in *Diloghi con Ugo Villani*, a cura di Triggiani et al., Bari, 2017, p. 919.

³⁹ Sul punto si veda SABAHI, DUGGAL, BIRCH, *Principles Limiting the Amount of Compensation*, in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, a cura di Beharry, Leiden-Boston, 2018, p. 323, pp. 343-345.

⁴⁰ Per alcune riflessioni sugli aspetti di giustizia distributiva del diritto e dell'arbitrato in materia di investimenti, si vedano GARCIA, CIKO, *Theories of Justice and International Economic Law*, in *Research Handbook on Global Justice and International Economic Law*, a cura di Linarelli, Cheltenham, 2013, p. 54; KNISS, *Must We Protect Foreign Investors?*, *Moral Philosophy and Politics*, vol. 5, 2018, p. 205; RATNER, *International Investment Law Through the Lens of Global Justice*, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, 2017, p. 747; ID., *Global Investment Rules as a Site for Moral Inquiry*, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 27, 2019, p. 107.

Tale rischio non riguarda il solo rapporto tra arbitrato degli investimenti e procedimenti interni o arbitrato commerciale, ma può riguardare anche il rapporto tra arbitrato degli investimenti e procedimenti internazionali in materia di diritti umani. A titolo esemplificativo, si ricordi come nel caso *Yukos* i medesimi comportamenti siano stati oggetto prima di un procedimento di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, conclusosi con la condanna della Russia al pagamento di un risarcimento di quasi 2 miliardi di dollari⁴¹, e successivamente siano stati oggetto di tre procedimenti arbitrali in materia di investimenti, conclusisi a favore dell'investitore con un risarcimento complessivo di circa 50 miliardi di dollari⁴².

Tali rischi non diminuiscono la preferenza quasi unanime della società internazionale per la possibilità dell'investitore di adire un tribunale internazionale per agire direttamente contro lo Stato di investimento, evitando il ricorso alla protezione diplomatica. Tale formula arbitrale in materia di investimenti venne promossa dalla Banca Mondiale con la Convenzione di Washington che istituì un Centro di gestione delle controversie in materia (ICSID). Quest'ultimo fornisce supporto regolamentare, amministrativo e logistico a tribunali arbitrali *ad hoc* rispetto a controversie tra investitori stranieri di nazionalità di uno Stato parte della Convenzione e Stati di investimento, anch'essi parte della medesima Convenzione.

Il sistema ICSID ha avuto un crescente successo nel corso degli anni grazie al rinvio che ad esso fanno un numero considerevole di clausole arbitrali contenute in trattati internazionali sia bilaterali che multilaterali⁴³. Dei circa 1000 procedimenti arbitrali in materia

⁴¹ *Caso di OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, ricorso n. 14902/04, sentenza del 20 settembre 2011 e sentenza sul risarcimento del 31 luglio 2014.

⁴² *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (UNCITRAL), lodo del 18 luglio 2014, par. 1827; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (UNCITRAL), lodo del 18 luglio 2014, par. 1827; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (UNCITRAL), lodo del 18 luglio 2014, par. 1827.

⁴³ Si tenga conto che quasi 2200 BIT sui 3000 cui si è fatto riferimento contengono una clausola giurisdizionale con riferimento ad arbitrato. Avendo particolare riguardo ai trattati multilaterali contenenti una clausola ICSID, si segnalano l'ECT (sul punto TURNER, *Investment Protection Through Arbitration: The Di-*

resi pubblici alla fine del 2019⁴⁴ quasi 650 risultano disciplinati ed amministrati in ambito ICSID. Tale successo deriva da più fattori, tra cui la flessibilità delle regole di procedura messe a disposizione dal Centro⁴⁵; la trasparenza del sistema, che consente la partecipazione nel procedimento di rappresentanti della società civile attraverso la figura processuale di *common law* dell'*amicus curiae*⁴⁶; la possibilità di avere una revisione di legalità del lodo del tribunale attraverso la procedura di annullamento di cui all'art. 52 della Convenzione ICSID, sebbene diversa dall'appello⁴⁷; e l'efficacia diretta del lodo *ex art. 54* della Convenzione ICSID⁴⁸.

La seconda istituzione di maggior successo che si occupa di amministrazione di arbitrati degli investimenti è la Corte permanente di arbitrato dell'Aja (CPA), la quale ha amministrato ad oggi oltre 160 procedimenti arbitrali in materia⁴⁹. La CPA amministra controversie degli investimenti tanto sulla base delle regole arbitrali della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*)⁵⁰, quanto sulla base delle proprie *Regole facolta-*

spute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty, International Arbitration Law Review, vol. 1, 1998, pp. 166 ss.),

⁴⁴ Secondo i dati UNCTAD, al 31 dicembre 2019 le controversie in tema di investimenti sono 1023, di cui 674 già concluse, 343 ancora in corso e 6 in uno stato del procedimento non noto (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>).

⁴⁵ Le regole di procedura ICSID sono disponibili all'indirizzo <https://icsid.worldbank.org>.

⁴⁶ Sul punto e sul processo di riforma in corso, si vedano *Transparency in international investment arbitration: a guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, a cura di Euler *et al.*, Cambridge, 2015; FARNELLI, *Amicus curiae nell'arbitrato degli investimenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. XII (*L'arbitrato degli investimenti internazionali*), a cura di Mantucci, in corso di pubblicazione.

⁴⁷ Per un commento alla disposizione, si veda *The ICSID Convention: A Commentary*, a cura di Schreuer *et al.*, Cambridge, 2009 (2^a ed.), p. 890.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1115.

⁴⁹ *Supra*, nota 44.

⁵⁰ Si veda, in generale, ZUMBANSEN, PANESI, *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, in *Max Planck Encyclopedia*, cit., giugno 2007.

*tive per la soluzione arbitrale delle controversie tra due parti di cui una sola sia uno Stato (Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One Is a State)*⁵¹.

La CPA può amministrare controversie in tema di investimenti ove previsto dalla clausola compromissoria nel BIT o contratto di riferimento relativamente ai fatti controversi. A differenza di un lodo emanato da un tribunale amministrato dall'ICSID, un lodo emanato da un tribunale amministrato dalla CPA verrà sottoposto ad una procedura di riconoscimento o *exequatur* per divenire esecutivo, al pari di una sentenza straniera. Tale procedura sarà ovviamente semplificata a norma dell'art. V della Convenzione di New York sul riconoscimento dei lodi stranieri⁵² se lo Stato di nazionalità dell'investitore e lo Stato di investimento sono parti di tale Convenzione. Va ricordato che la mancata diretta esecutività del lodo emanato da un tribunale amministrato dalla CPA comporta che, nel caso di mancato adempimento volontario dello Stato soccombente, si potrà procedere all'esecuzione forzata sui beni ditalo Stato nell'ambito della giurisdizione di altri Stati solo laddove lo

⁵¹ *Basic Documents. Conventions, Rules, Model Clauses and Guidelines*, a cura della Corte permanente di arbitrato, L'Aja, 1998, pp. 69 ss.

⁵² *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 10 giugno 1958; in vigore dal 7 giugno 1959. L'art. V prevede che il riconoscimento possa essere rifiutato in un novero di casi limitato, tra cui si può ricordare la mancanza di capacità giuridica di una delle parti della convenzione arbitrale; la mancata notifica dell'avvio del procedimento arbitrale da parte del ricorrente; e la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato di esecuzione dell'oggetto della controversia. Per un'analisi più dettagliata della procedura di *exequatur* e dell'art. V della Convenzione di New York, si vedano, tra gli altri, BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008, in particolare pp. 225 ss.; CARBONE, *Il riconoscimento degli effetti dei lodi arbitrali nella convenzione di New York del 1958: risultati e prospettive*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 47, 2011, p. 879; PAULSSON (M.), *The 1958 New York Convention in action*, Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 157 ss. Per una panoramica della prassi giurisprudenziale nazionale di vari Paesi, tra cui l'Italia, in applicazione della Convenzione di New York, si veda *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York Convention by National Courts*, a cura di Bermann, Cham, 2017.

Stato soccombente abbia rinunciato alla propria immunità dall'esecuzione⁵³.

L'ICSID e la CPA non sono le uniche istituzioni attive nell'amministrazione dell'arbitrato degli investimenti. Altre istituzioni internazionali e nazionali che si sono accreditate nel corso del tempo come valide sedi per l'amministrazione di tale forma arbitrale sono la Camera di commercio internazionale di Parigi (*International Chamber of Commerce*, ICC), la Camera di commercio di Stoccolma (*Stockholm Chamber of Commerce*, SCC), la Corte arbitrale internazionale di Londra (*London Court of International Arbitration*, LCIA) e il Centro arbitrale internazionale di Singapore (*Singapore International Arbitration Centre*, SIAC)⁵⁴.

La molteplicità di strumenti di soluzione delle controversie esperibili dall'investitore costituisce tanto un pregio quanto un difetto dell'attuale sistema di soluzione delle controversie in materia di investimenti. A quest'ultimo proposito, con riguardo ad azioni di risarcimento, si prospetta la realizzazione del rischio di *double recovery*, cui si è fatto già riferimento⁵⁵ in assenza di un obbligo per gli arbitri di declinare la propria giurisdizione rispetto a controversie già attivate sui medesimi fatti controversi.

Va segnalato che il sistema dell'arbitrato degli investimenti *ad*

⁵³ Al fine di evitare tale problematica, secondo i modelli predisposti dalla CPA, viene suggerita la seguente formula redazionale da aggiungere alla clausola arbitrale prevista nel contratto: «[t]his agreement to arbitrate constitutes a waiver of any right to sovereign immunity from execution to which a party might otherwise be entitled with respect to the enforcement of any award rendered by an arbitral tribunal constituted pursuant to this agreement». Sull'immunità degli Stati stranieri, si veda ATTERITANO, *Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 2011, p. 1127.

⁵⁴ Si vedano anche il Centro per l'arbitrato internazionale di Honk Kong (*Honk Kong International Arbitration Centre*, HKIAC), la Commissione cinese per l'arbitrato internazionale commerciale ed economico (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*, CIETAC), e tra le analoghe istituzioni di recente costituzione, a conferma della espansione del fenomeno in questione, il Centro per l'arbitrato internazionale di Tashkent (*Tashkent International Arbitration Centre*, TIAC).

⁵⁵ *Supra*, note 39 e 40.

hoc, eventualmente amministrato da una istituzione del tipo indicato, è oggi sottoposto ad una forte tensione. Le critiche di presunta carenza di legittimità del sistema, che hanno dato origine a più percorsi di riforma⁵⁶, hanno fornito giustificazione a un gruppo crescente di Stati per cercare un meccanismo alternativo, maggiormente sottoposto al proprio controllo e che preveda un appello di merito, e non solo di legittimità quale la procedura di annullamento attualmente prevista nel quadro ICSID. Sono da interpretare in questo senso le proposte contenute nei nuovi *mega-regionals* europei di un ICS, composto da una tribunale di prima istanza e una corte d'appello, i cui membri, non qualificati come «giudici», sono nominati dagli Stati parte del trattato tra i propri cittadini e i cittadini di Stati terzi, e che deciderà la controversia in *panel* composti da tre membri nominati caso per caso dal Presidente dell'ICS⁵⁷.

⁵⁶ Si pensi in questo senso al percorso di emendamento della Convenzione ICSID nel senso di garantire una maggiore trasparenza e partecipazione della società civile al procedimento degli investimenti (<https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/About/about.aspx>) o ai lavori del *Working Group III* dell'UNCITRAL proprio su riforma del sistema di soluzione delle controversie tra investitore e Stato (https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).

⁵⁷ Per una panoramica dell'ICS e del dibattito sull'argomento, si vedano AMBROSE, NAISH, *An Investment Court system or an Appeals mechanism? The EU's 2017 consultation on multilateral reform of ISDS*, *Arbitration Blog*, 15 febbraio 2017 (<http://arbitrationblog.practicallaw.com/an-investment-court-system-or-an-appeals-mechanism-the-eus-2017-consultation-on-multilateral-reform-of-isds/>); BERNARDINI, *The European Union's Investment Court System. A Critical Analysis*, *ASA Bulletin*, vol. 35, 2017, p. 812; LENK, *An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada*, *European Papers*, vol 1, 2016, p. 665; SARDINHA, *The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement*, *ICSID Review*, vol. 32, 2017, p. 625; ID., *Party-Appointed Arbitrators No More : The EU-Led Investment Tribunal System as an (Imperfect?) Response to Certain Legitimacy Concerns in Investor-State Arbitration*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17, 2018, p. 117.

4. Lo Stato italiano ha fatto ampio uso della tutela degli investimenti garantita dal sistema appena descritto. L'Italia ha, a tutt'oggi, in vigore oltre 50 BIT con Paesi dell'Africa⁵⁸, dell'America centrale e latina⁵⁹, dell'Asia⁶⁰ e del Mar Mediterra-

⁵⁸ Il BIT Angola-Italia, siglato il 10 luglio 1997, è in vigore dal 21 maggio 2007; il BIT Cameroon-Italia, siglato il 29 giugno 1999, è in vigore dal 1 aprile 2004; il BIT Ciad-Italia, siglato il 10 giugno 1969, è in vigore dal 10 giugno 1969; il BIT Congo-Italia, siglato il 17 marzo 1994, è in vigore dal 10 gennaio 2003; il BIT Eritrea-Italia, siglato il 26 aprile 1999, è in vigore dal 14 luglio 2003; il BIT Etiopia-Italia, siglato il 23 dicembre 1994, è in vigore dall'8 maggio 1997; il BIT Gabon-Italia, siglato il 30 giugno 1999, è in vigore dal 7 luglio 2006; il BIT Guinea-Italia, siglato il 20 febbraio 1964, è in vigore dal 20 febbraio 1964; il BIT Italia-Malawi, siglato il 28 agosto 2003, è in vigore dal 21 marzo 2012; il BIT Italia-Mauritania, siglato il 5 aprile 2003, è in vigore dal 9 dicembre 2019; il BIT Italia-Mozambico, siglato il 14 dicembre 1998, è in vigore dal 17 novembre 2003; il BIT Italia-Namibia, siglato il 9 luglio 2004, è in vigore dal 30 maggio 2006; il BIT Italia-Nigeria, siglato il 30 settembre 2000, è in vigore dal 28 agosto 2005; il BIT Italia-Senegal, siglato il 13 ottobre 2000, è in vigore dal 16 dicembre 2008; il BIT Italia-Tanzania, siglato il 21 agosto 2001, è in vigore dal 25 aprile 2003; il BIT Italia-Zambia, siglato il 30 aprile 2003, è in vigore dal 2 dicembre 2014.

⁵⁹ Il BIT Argentina-Italia, siglato il 22 maggio 1990, è in vigore dal 14 ottobre 1993; il BIT Barbados-Italia, siglato il 25 ottobre 1995, è in vigore dal 21 luglio 1997; il BIT Cile-Italia, siglato l'8 marzo 1993, è in vigore dall'8 febbraio 1995; il BIT Cuba-Italia, siglato il 7 maggio 1993, è in vigore dal 28 agosto 1995; il BIT Giamaica-Italia, siglato il 29 settembre 1993, è in vigore dal 9 novembre 1995; il BIT Guatemala-Italia, siglato l'8 settembre 2003, è in vigore dal 3 marzo 2008; il BIT Italia-Messico, siglato il 24 novembre 1999, è in vigore dal 5 dicembre 2002; il BIT Italia-Nicaragua, siglato il 20 aprile 2004, è in vigore dal 22 maggio 2006; il BIT Italia-Panama, siglato il 6 febbraio 2009, è in vigore dal 12 ottobre 2010; il BIT Italia-Paraguay, siglato il 15 luglio 1999, è in vigore dal 30 giugno 2013; il BIT Italia-Perù, siglato il 5 maggio 1994, è in vigore dal 18 ottobre 1995; il BIT Italia-Repubblica dominicana, siglato il 12 giugno 2006, è in vigore dal 25 novembre 2008; il BIT Italia-Uruguay, siglato il 21 febbraio 1990, è in vigore dal 2 marzo 1998.

⁶⁰ Il BIT Arabia Saudita-Italia, siglato il 10 settembre 1996, è in vigore dal 22 maggio 1998; il BIT Bahrain-Italia, siglato il 29 ottobre 2006, entrato in vigore il 28 giugno 2009; il BIT Bangladesh-Italia, siglato il 20 marzo 1990, è in vigore dal 20 settembre 1994; il BIT Cina-Italia, siglato il 28 gennaio 1985, è in vigore dal 28 agosto 1987; il BIT Emirati Arabi Uniti-Italia, siglato il 22 gennaio 1995, è in vi-

neo⁶¹. A questi si aggiungono ulteriori accordi bilaterali con disposizioni in materia di investimenti, nonché gli accordi conclusi dall'Unione Europea nell'ambito del programma di accordi di cooperazione (*European Partnership Agreements*, EPA)⁶².

gore dal 29 aprile 1997; il BIT Filippine-Italia, siglato il 17 giugno 1988, è in vigore dal 4 novembre 1993; il BIT Italia-Hong Kong, siglato il 28 novembre 1995, è in vigore dal 2 febbraio 1998; il BIT Italia-Iran, siglato il 10 marzo 1999, è in vigore dall'8 agosto 2003; il BIT Italia-Kuwait, siglato il 17 dicembre 1987, è in vigore dal 21 maggio 1990; il BIT Italia-Malesia, siglato il 4 gennaio 1988, è in vigore dal 25 ottobre 1990; il BIT Italia-Mongolia, siglato il 15 gennaio 1993, è in vigore dall'1 settembre 1995; il BIT Italia-Oman, siglato il 23 giugno 1993, è in vigore dal 23 gennaio 1997; il BIT Italia-Pakistan, siglato il 19 luglio 1997, è in vigore dal 22 giugno 2001; il BIT Italia-Qatar, siglato il 22 marzo 2000, è in vigore dall'1 agosto 2004; il BIT Italia-Repubblica di Corea, siglato il 10 gennaio 1989, è in vigore dal 26 giugno 1992; il BIT Italia-Sri Lanka, siglato il 25 marzo 1987, è in vigore dal 20 marzo 1990; il BIT Italia-Viet Nam, siglato il 18 maggio 1990, è in vigore dal 6 maggio 1994; il BIT Italia-Yemen, siglato il 25 novembre 2004, è in vigore dal 3 maggio 2008.

⁶¹ Il BIT Albania-Italia, siglato il 12 settembre 1991, è in vigore dal 29 gennaio 1996; il BIT Algeria-Italia, siglato il 18 maggio 1991, è in vigore dal 26 novembre 1993; il BIT Egitto-Italia, siglato il 2 marzo 1989, è in vigore dal 1 maggio 1994; il BIT Italia-Libano, siglato il 7 novembre 1997, è in vigore dal 9 febbraio 2000; il BIT Italia-Libia, siglato il 13 dicembre 2000, è in vigore dal 20 ottobre 2004; il BIT Italia-Marocco, siglato il 18 luglio 1990, è in vigore dal 7 aprile 2000; il BIT Italia-Tunisia, siglato il 17 ottobre 1985, è in vigore dal 24 giugno 1989; il BIT Italia-Turchia, siglato il 22 marzo 1995, è in vigore dal 2 marzo 2004. Altri BIT con i Paesi mediterranei si sono estinti dopo 15 anni senza rinnovo (BIT Bosnia Erzegovina-Italia, siglato il 19 maggio 2000, entrato in vigore il 10 febbraio 2005, terminato il 10 febbraio 2020; BIT Croazia-Italia, siglato il 5 novembre 1996, entrato in vigore il 12 giugno 1998, terminato il 12 giugno 2013; BIT Italia-Repubblica Araba di Siria, siglato il 20 febbraio 2002, entrato in vigore il 13 novembre 2003, terminato il 13 novembre 2018). Il BIT Italia-Slovenia (siglato l'8 marzo 2000, entrato in vigore l'11 agosto 2003), è stato terminato per mutuo consenso l'1 settembre 2008.

⁶² Secondo i dati UNCTAD, aggiornati al 31 dicembre 2019, l'Italia ha in vigore 55 accordi internazionali con disposizioni in materia di investimenti (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/103/italy>). Per una panoramica sul programma EPA, si veda il sito https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/economic-partnerships/index_en.htm.

Una rapida analisi comparativa dei BIT conclusi dall'Italia dimostra la preferenza italiana per una definizione ampia di investimento, tale da ricomprendere operazioni economiche che riguardino tanto beni materiali, mobili e immobili, quanto beni immateriali. Vengono invece di regola escluse dalla nozione di investimento le operazioni finanziarie su titoli di Stato⁶³.

La nozione di investimento contenuta nei BIT italiani comprende generalmente la partecipazione in appalti pubblici e l'edificazione di opere infrastrutturali, in ossequio a una politica estera che incentiva l'esportazione di tali settori produttivi considerati trainanti per l'economia nazionale. Inoltre, in una ottica di rispetto e promozione del principio di legalità, questi BIT prevedono che sia considerato investimento protetto ai fini del trattato solo quello che rispetti la legislazione nazionale dello Stato di investimento, ad esclusione quindi di qualsiasi attività economica compiuta tramite corruzione o altra attività illecita⁶⁴.

Nell'ambito della clausola giurisdizionale rientrano tipicamente tutte le controversie relative all'investimento, includendo quindi anche eventuali illeciti contrattuali che possano qualificarsi come

⁶³ Una eccezione a questa prassi convenzionale italiana è rappresentata dal BIT Argentina-Italia, che include le operazioni finanziarie in titoli di Stato nella nozione di investimento rilevante ai fini del BIT. Sulla base di tale trattato, una pluralità di investitori italiani hanno iniziato due procedimenti arbitrali amministrati dall'ICSID contro lo Stato argentino per il mancato pagamento dei buoni del tesoro emessi da quest'ultimo: *Abaclat and others (formerly Giovanna A. Becara and others) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5), concluso per accordo delle parti; *Ambiente Ufficio S.p.A. and others (formerly Giordano Alpi and others) v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/08/9), estintosi dopo la decisione sulla giurisdizione a favore dell'investitore. Sul complesso tema della tutela degli investimenti in titoli di Stato, si vedano tra gli altri LI, *Sovereign Bond Disputes before Investment Treaty Tribunals: Safeguarding the Exercise of Collective Action Clauses with a Single-limb Voting Mechanism*, in *International investment law and the global financial architecture*, a cura di Tams et al., Cheltenham, 2017, p. 135; TANZI, *Sull'insolvenza degli Stati nel diritto internazionale*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, 2012, p. 66.

⁶⁴ Sulla rilevanza di questo fenomeno e della condotta dell'investitore in genere, si veda TANZI, *The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith*, in GATTINI, TANZI, FONTANELLI, *op. cit.*, p. 193.

violazioni del trattato⁶⁵. Tali clausole giurisdizionali dimostrano una preferenza per una soluzione delle controversie alternativamente di diritto interno, di fronte alle corti nazionali, o di fronte ad un tribunale internazionale degli investimenti. Tale preferenza è confermata dall'art. X (3) del Modello italiano di accordo bilaterale a tutela degli investimenti del 2003, che prevede la medesima alternativa tra giudice interno e arbitrato internazionale amministrato dall'ICSID o secondo le regole UNCITRAL.

Sempre al fine di fornire una panoramica della prassi convenzionale italiana in tema di tutela degli investimenti, giova ricordare che l'Italia è stata parte per lungo tempo dell'ECT. Il Governo italiano ha deciso di recedere dal trattato con comunicazione del 31 dicembre 2014 in coincidenza con i primi casi di arbitrato degli investimenti presentati contro l'Italia⁶⁶. A norma dell'art. 47(2) ECT, il recesso italiano è divenuto efficace in data 1 gennaio 2016, ossia dodici mesi dopo la comunicazione⁶⁷. Ciononostante, in virtù di una cosiddetta «clausola tramonto» (*sunset clause*)⁶⁸ contenuta all'art. 47(3) ECT, l'Italia potrà essere convenuta per ulteriori 20 anni dalla data dell'avvenuto recesso per controversie relative a investimenti che siano stati effettuati prima della data del recesso italiano⁶⁹. Allo stesso modo, gli investitori italiani potranno convenire

⁶⁵ Sul tema delle cosiddette «clausole ombrello», si veda TANZI, *Remarks on Breaches of State Contracts*, cit.; TANZI e GAZZINI, *Handle with care: Umbrella clauses and MFN treatment in investment arbitration*, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 14, 2013, p. 978.

⁶⁶ Vedi *infra*, sezione 6.

⁶⁷ Ulteriori informazioni sono disponibili all'indirizzo <https://www.energycharter.org/>.

⁶⁸ Sulle cosiddette «clausole tramonto», si veda, tra gli altri, TITI, *Most-Favoured-Nation Treatment, Survival Clauses and Reform of International Investment Law*, *Journal of International Arbitration*, vol. 33, 2016, p. 425, in particolare pp. 434 ss.

⁶⁹ È questo il tema della cosiddetta «data critica» (*critical date*) dell'investimento. Si veda sul punto LIM, HO e PAPANINSKIS, *op. cit.*, pp. 235 ss. In questo senso, giova notare che 4 controversie contro l'Italia sono state depositate dopo il recesso dall'ECT, ossia *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italy* (ICSID Case No. ARB/16/5), *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rock-*

di fronte a tribunali arbitrali degli investimenti altri Stati parte dell'ECT per controversie relative ad investimenti effettuati prima del 2016 fino a tutto il 2035.

5. Si registrano numerosi casi in cui investitori italiani all'estero hanno fatto ricorso all'arbitrato per la soluzione di controversie con vari Stati ospiti dei propri investimenti, ottenendo prevalentemente esito favorevole nel merito alle proprie pretese⁷⁰. Tra i settori economici rispetto ai quali gli investitori italiani si sono maggiormente avvalsi della tutela arbitrale si segnalano, in particolare, i lavori pubblici, la gestione di infrastrutture e di altri servizi pubblici⁷¹, e, in epoca recente, il settore delle energie rinnovabili⁷².

hopper Mediterranean Ltd v. Italy (ICSID Case No. ARB/17/14) e *Sun Reserve Luxco Holdings SRL v. Italy* (SCC Case No. 132/2016). Per commenti sul recesso italiano, si vedano BALTAG, *What's New with the Energy Charter Treaty?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 13 giugno 2015 (http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/13/whats-new-with-the-energy-charter-treaty/?doing_wp_cron=1596636171.1618061065673828125000); MORRA, PAROLA, *Any consequences stemming from Italy's withdrawal from the Energy Charter Treaty?*, *ISPI Online*, 15 maggio 2015 (<https://www.ispionline.it/it/energy-watch/any-consequences-stemming-italys-withdrawal-energy-charter-treaty-13323>).

⁷⁰ Secondo dati pubblicamente disponibili, investitori italiani hanno avviato 38 procedure arbitrali in materia di investimenti. Di queste, 8 sono pendenti al momento di pubblicazione del presente scritto, 5 sono stati interrotti (*discontinued*) e 6 si sono conclusi con accordo delle parti (*settled*). Delle restanti 19 controversie, 4 si sono concluse nella fase delle obiezioni preliminari per mancanza di giurisdizione del tribunale. Le 15 controversie giunte in fase di merito si sono concluse in 8 casi a favore dell'investitore, in 6 a favore dello Stato convenuto e in 1 a favore di nessuna delle parti (*decided in favour of neither party (liability found but no damages awarded)*) (dati UNCTAD aggiornati al 31 dicembre 2019 (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/>)).

⁷¹ Si pensi ai casi *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4); *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (I)* (ICSID Case No. ARB/07/17); *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7) e *Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/15/28).

⁷² Si veda il caso *Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I*

Tra le cause degne di menzione, si ricordano *Impregilo c. Argentina*⁷³, relativo ai danni arrecati all'investimento della società italiana in Argentina per il tramite delle misure di emergenza adottate durante la crisi finanziaria del 2001, conclusosi a favore dell'investitore; *L.E.S.I. c. Algeria*⁷⁴, relativo al recesso unilaterale da parte di ente pubblico algerino da un contratto relativo alla costruzione di una diga, conclusosi a favore del convenuto; *Salini c. Marocco*⁷⁵, relativo al mancato pagamento per la costruzione di un tratto autostradale, causa conclusasi con un accordo tra l'investitore e lo Stato convenuto, dopo il respingimento delle eccezioni alla propria giurisdizione sollevate dal Marocco; e *Siag c. Egitto*⁷⁶, relativo a una serie di comportamenti tenuti dallo Stato convenuto limitativi del diritto di proprietà e di impresa del ricorrente, tra cui l'adozione di un decreto ministeriale di cancellazione di una concessione e di sequestro delle proprietà, anche in questo caso conclusasi a favore del ricorrente ritenendo che i comportamenti del Governo egiziano cumulativamente considerati costituissero una illegittima forma di espropriazione⁷⁷.

6. A partire dal 2014, il Governo italiano è stato ripetutamente convenuto relativamente a controversie in materia di investimenti⁷⁸. Si segnalano, in particolare, i numerosi procedimenti arbitrali relativi a

S.P.A and GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain (SCC Case No. 2015/150).

⁷³ *Impregilo* (*supra*, nota 71).

⁷⁴ *Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/03/8).

⁷⁵ *Salini* (*supra*, nota 71).

⁷⁶ *Waguib Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/15).

⁷⁷ *Waguib Elie George Siag*, cit., lodo del 1 giugno 2009, par. 443.

⁷⁸ La Repubblica italiana è stata convenuta in 11 controversie in materia di investimenti. Di queste, 6 procedimenti sono ancora in corso, 2 si sono conclusi a favore dell'investitore e 3 si sono conclusi a favore dell'Italia (dati UNCTAD aggiornati al 31 dicembre 2019 (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/>)).

controversie sorte dal trattamento di investimenti stranieri nel settore delle energie rinnovabili, attivati sulla base della clausola arbitrale contenuta all'art. 26 dell'ECT. La gran parte di tali procedimenti, di cui quasi la metà è ancora in corso, sono scaturiti dall'adozione del cosiddetto «Decreto Spalma incentivi»⁷⁹ e alle relative modifiche agli incentivi fiscali alla produzione di energia solare ed eolica.

È stato sostenuto che questa pluralità di cause arbitrali promosse contro il Governo italiano, originata nel 2014 con la causa *Blusun*⁸⁰, abbia motivato la scelta del Governo italiano di recedere dall'ECT⁸¹, presuntamente al fine di evitare ulteriori contenziosi arbitrali in materia che potessero gravare sui conti pubblici dello Stato.

Va peraltro rilevato come, nelle sette cause in tema di investimenti in energie rinnovabili ad oggi terminati, l'Italia ha ottenuto quattro vittorie – rispettivamente in *Belenergia*⁸², *Blusun*⁸³, *Eskosol*⁸⁴ e *Sun Reserve*⁸⁵. In questi quattro casi, i relativi tribunali arbitrali hanno concluso che l'Italia non abbia violato i propri obblighi internazionali di tutela delle aspettative degli investitori stranieri attraverso la modifica della propria legislazione poiché, in assenza di

⁷⁹ Decreto-legge n. 91 del 24 giugno 2014, “Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea” (GU Serie Generale n.144 del 24-06-2014). Per un'analisi del contenzioso contro l'Italia generato dalla riforma in parola, si vedano FACCIO, *The Italian Energy Reform as a Source of International Investment Disputes*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 460.

⁸⁰ *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy* (ICSID Case No. ABR/14/03).

⁸¹ DE LUCA, *Renewable energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom*, *Transnational Dispute Management*, vol 12(3), 2015.

⁸² *Belenergia S.A. v. Italy* (ICSID Case No. ARB/15/40), lodo, 28 agosto 2019.

⁸³ *Blusun*, cit., lodo, 27 dicembre 2016. La richiesta di annullamento presentata dall'investitore nel maggio 2017 è stata recentemente rigettata (*Blusun*, cit., decisione sull'annullamento, 13 aprile 2020).

⁸⁴ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), lodo, 4 settembre 2020.

⁸⁵ *Sun Reserve*, cit., lodo, 25 marzo 2020.

una «clausola di stabilizzazione»⁸⁶, tali aspettative non potevano qualificarsi come legittime⁸⁷.

Nei rimanenti tre casi – *CEF*⁸⁸, *ESPF*⁸⁹ e *Greentech*⁹⁰ – i tribunali hanno complessivamente riconosciuto un risarcimento di circa 36 milioni di euro agli investitori⁹¹ per la violazione dello standard del trattamento giusto ed equo, codificato all'art. 10(1) ECT. Considerando che gli investimenti dichiarati nei tre casi ammontavano a svariate centinaia di milioni di euro⁹², il *quantum* del risarcimento risulta significativamente ridotto rispetto alla partecipazione dell'investitore all'economia nazionale e, pertanto, al beneficio ottenuto dal tessuto economico dello Stato.

7. A partire dai primi anni '90 del secolo scorso e in particolare nel periodo dell'allargamento dell'Unione Europea, tra i Paesi membri dell'Unione e tra di essi e Paesi associati di prossimo in-

⁸⁶ Su questo strumento, si veda GJUZI, *Stabilization Clauses in International Investment Law A Sustainable Development Approach*, Cham, 2018, in particolare 37-54.

⁸⁷ *Blusun*, cit. parr. 371-373; *Belenergia*, cit., parr. 572-580; *Eskosol*, cit., parr. 423-452; *Sun Reserve*, cit., parr. 702 ss. Per un'analisi complessiva della giurisprudenza in tema di investimenti nelle energie rinnovabili contro l'Italia, si veda FACCIO, *The assessment of the FET standard between legitimate expectations and economic impact in the Italian solar energy investment case law*, *Questions of International Law*, vol. 71, 2020, p. 3.

⁸⁸ *CEF Energia BV v Italian Republic* (SCC Case No. 158/2015), lodo, 16 gennaio 2019.

⁸⁹ *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/16/5), lodo, 14 settembre 2020.

⁹⁰ *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic* (SCC Case No. V 2015/095), lodo, 23 dicembre 2018.

⁹¹ I tribunali *CEF*, *ESPF* e *Greentech* hanno riconosciuto risarcimenti rispettivamente di 9,6 milioni, 16 milioni e 11,9 milioni di euro (*CEF*, cit., par. 268; *ESPF*, cit., par. 951(c); *Greentech*, cit., par. 542).

⁹² I lodi *CEF* e *Greentech* non forniscono una quantificazione precisa del valore degli investimenti operati dai due investitori (*CEF*, cit., parr. 151-162; *Greentech*, cit., parr. 131-142). Di converso, il lodo *ESPF* specifica chiaramente il valore dell'investimento, ammontante a circa 400 milioni di euro (*ESPF*, cit., parr. 138, 142 e 147).

gresso si è creato un fitto reticolato di BIT, fino ad arrivare ad oltre 200 trattati. Tali BIT erano caratterizzati dalle già citate «clausole tramonto» che riconoscevano agli investitori la facoltà di attivare l'arbitrato contro lo Stato di investimento per un cospicuo periodo di tempo, normalmente di 10 o 20 anni, successivo alla estinzione del trattato, con riferimento investimenti iniziati prima della sua estinzione.

La prassi convenzionale in materia di tutela degli investimenti dei Paesi membri dell'UE ha sempre incontrato una certa ostilità da parte delle istituzioni europee. Sin dal 2004 la Commissione Europea ha promosso procedure di infrazione davanti alla Corte di giustizia europea nei confronti di alcuni Stati membri per presunta incompatibilità fra i trattati in questione, anche quando conclusi con Paesi extra-europei, e la normativa europea relativa alla libera circolazione dei capitali e al divieto di aiuti di Stato. I primi procedimenti, risalenti al maggio 2004⁹³, si sono conclusi prevalentemente a favore della Commissione⁹⁴.

Nel 2006, la Commissione espresse la posizione contraria al mantenimento in vigore di BIT tra Paesi membri dell'UE durante la sessione annuale del Comitato di economia e finanza (*Economic and*

⁹³ Le procedure di infrazione vennero iniziate il 7 maggio 2004 nei confronti di Austria (procedura n. 20042054), Danimarca (procedura n. 20042053), Finlandia (procedura n. 20042055) e Svezia (procedura n. 20042056). Si veda il comunicato stampa *Free movement of capital: infringement procedures against Denmark, Austria, Finland and Sweden concerning Bilateral Investment Treaties with non-EU countries*, EU Doc. IP/04/618, 10 maggio 2004 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_618).

⁹⁴ La Corte non accolse la posizione della Commissione solo con riguardo alla Danimarca, che aveva tempestivamente terminato il BIT con l'Indonesia oggetto di contestazione. Si veda VIS-DUNBAR, *European Court of Justice rules that certain Swedish and Austrian BITs are incompatible with the EC Treaty*, *Investment Treaty News*, 4 marzo 2009, reperibile nel sito <https://iisd.org>; PETERSON, *Will ECJ look at intra-EU bilateral investment treaties next?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 6 marzo 2009 reperibile nel sito <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>. Più in particolare sulle questioni giuridiche, si veda WEHLAND, *Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, p. 297.

Financial Committee)⁹⁵. Tale contrarietà venne reiterata nel 2007, chiarendo che essa si fondava sul rischio di diversità di trattamento tra investitori dei vari Paesi membri⁹⁶. Queste prime prese di posizione delle istituzioni europee non sortirono grandi effetti, come dimostra il fatto che la maggior parte degli Stati europei si dimostrò indisponibile a estinguere i propri BIT, anche infra-europei, con l'eccezione di Irlanda e Italia⁹⁷. A seguito di tale inazione, la Commissione iniziò nel 2015 nuove procedure di infrazione nei confronti di cinque Stati membri, ossia Austria, Olanda, Romania, Slovacchia e Svezia, per mancata estinzione dei BIT infra-europei⁹⁸.

Nel mentre, con l'entrata in vigore nel 2009 del *Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione Europea* (TFUE)⁹⁹, l'Unione Europea aveva acquistato una competenza esclusiva circa la conclusione degli accordi a tutela degli investimenti diretti con Paesi extra-europei¹⁰⁰. Ciò ha portato alla nascita di un regime transitorio in

⁹⁵ 2006 EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, EU Doc. ECFIN/CEFCPE(2006)REP/56882, 16 novembre 2006, par. 16 (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%205044%202007%20INIT>).

⁹⁶ 2007 EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, EU Doc. ECFIN/CEFCPE(2007)REP/55240, 23 novembre 2007, par. 14-15 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5123-2008-INIT/en/pdf>).

⁹⁷ VIS-DUNBAR, *EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties*, *Investment Treaty News*, 10 febbraio 2009 (<https://www.iisd.org/itn/es/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>).

⁹⁸ *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*, 18 giugno 2015 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5198).

⁹⁹ Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, Lisbona, 13 dicembre 2007; in vigore dal 1 dicembre 2009.

¹⁰⁰ *Ibidem*, artt. 206 e 207. Su questo aspetto e sull'innovativa politica europea in materia, si vedano anche LENTNER, *A Uniform European Investment Polici?: The Unwritten EU Model BIT*, *Journal of Law and Administrative Science*, vol. 2, 2014, p. 156; REINISCH, *Putting the Pieces Together ... an EU Model bit?*, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, 2014, p. 679; TITÌ, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Invest-*

cui la Commissione ha autorizzato il provvisorio mantenimento del vigore dei BIT conclusi dagli Stati membri con tali Paesi¹⁰¹. Forte di questa nuova competenza in tema di tutela degli investimenti, la Commissione ha rafforzato la propria posizione contraria ai BIT tra Paesi europei, e ha contestualmente iniziato a partecipare in qualità di *amicus curiae* a procedimenti arbitrali infra-europei sostenendo la carenza di giurisdizione del tribunale arbitrale in questione in virtù della rilevanza ai fini dell'arbitrato del diritto UE, la cui interpretazione e applicazione è di competenza esclusiva della Corte di giustizia dell'Unione europea («CGUE») ex art. 344 TFUE¹⁰².

Questa posizione, generalmente respinta dai tribunali arbitrali sulla base del fondamento internazionale del proprio mandato e giurisdizione, ha trovato supporto in seno alle istituzioni unionali ed è stata fatta propria dalla CGUE nella nota causa *Achmea*¹⁰³ nel senso di escludere la compatibilità dell'arbitrato «infra-europeo» con il diritto europeo.

ment Agreements, *European Journal of International Law*, vol. 26, 2015, p. 639; PAPANINSKIS, *International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi*, in *ibidem*, p. 663. La Commissione ha iniziato nel maggio 2020 nuove procedure di infrazione per il medesimo motivo contro Finlandia e Regno Unito (BOHMER, *European Commission initiates infringement proceedings against the United Kingdom and Finland over failure to terminate intra-EU BITs*, *Investment Arbitration Reporter*, 14 maggio 2020, reperibile nel sito <https://www.iareporter.com>.

¹⁰¹ Si veda LAVRANOS, *In Defence of Member States' BITs Gold Standard: Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs. A Member State's Perspective*, *Transnational Dispute Management*, vol. 10, 2013, edizione telematica.

¹⁰² Sulla partecipazione della Commissione europea nell'arbitrato degli investimenti, si vedano tra gli altri GERLICH, *More Than a Friend? The European Commission's Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitration*, in *International Economic Law: Contemporary Issues*, a cura di Adinolfi et al., Cham, 2017, p. 253; GONZÁLEZ-BUENO e LOZANO, *More Than a Friend of the Court: The Evolving Role of the European Commission in Investor-State Arbitration*, *Kluwer Arbitration Blog*, 26 gennaio 2015, disponibile all'indirizzo arbitrationblog.kluwerarbitration.com; LEIKIN e MAGNARELLI, *The Future of Intra-EU ECT Claims in the Face of EC Opposition: Boom or Bust?*, *ibidem*, 15 settembre 2017.

¹⁰³ *Achmea BV*, cit.

La sentenza *Achmea* ha impresso una forte accelerazione alla chiusura del regime transitorio relativo alla disciplina degli investimenti intra ed extra europei esistente dal 2009¹⁰⁴. Ulteriori tappe sono state la Dichiarazione congiunta del 24 ottobre 2019¹⁰⁵ e l'Accordo del 5 maggio 2020¹⁰⁶, con cui 23 Stati membri dell'UE hanno deciso di terminare tutti i BIT infra-europei, escludendo l'applicabilità delle clausole tramonto e pertanto impedendo l'insorgere di nuove controversie «infra-europee» tra ciascuno di loro ed investitori di nazionalità di uno o più degli altri 22 Paesi.

¹⁰⁴ Sui riflessi della decisione *Achmea* si vedano, tra gli altri, HESS, *The fate of investment dispute resolution after the Achmea decision of the European Court of Justice*, MPILux Working Paper 3 (2018) (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972); HINDENLANG, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law: The CJEU's Judgment in Achmea Put in Perspective*, *European Law Review*, vol. 44, 2019, p. 383; POHL, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, p. 767; RAO, *The Withdrawal of a European State from the ECT in Light of the Achmea Case*, *European investment law and arbitration review*, 2018, p. 154; SOLOCH, *CJEU Judgment in Case C-284/16 Achmea: Single Decision and Its Multi-Faceted Fallout*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18, 2019, p. 3.

¹⁰⁵ CHARLOTIN, *Revealed: previously-unseen draft text of EU termination treaty reveals how intra-EU BITs – and sunset clauses – are to be terminated; treaty also creates EU law-focused facilitation process designed to settle pending BIT claims*, *Investment Arbitration Reporter*, 4 novembre 2019 (<https://www.iareporter.com/articles/revealed-previously-unseen-draft-text-of-eu-termination-treaty-reveals-how-intra-eu-bits-and-sunset-clauses-are-to-be-terminated-treaty-also-creates-eu-law-focused-facilitation-p/>); LAVRANOS, *The EU Plurilateral Draft Termination Agreement for All Intra-EU BITs: An End of the Post-Achmea Saga and the Beginning of a New One*, *Kluwer Arbitration Blog*, 1 dicembre 2019, reperibile nel sito <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>.

¹⁰⁶ *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the Member states of the European Union*, Bruxelles, 5 maggio 2020; non ancora in vigore. Per un commento, si veda BOHMER, *Breaking: EU Member States sign a plurilateral treaty to terminate intra-EU BITs*, *Investment Arbitration Reporter*, 6 maggio 2020 (<https://www.iareporter.com/articles/breaking-eu-member-states-sign-plurilateral-treaty-to-terminate-intra-eu-bits/>).

8. Si può sostenere che, sebbene il sistema arbitrale internazionale in materia di investimenti non sia esente da critiche, tanto da affrontare al momento in cui si scrive un articolato dibattito sulle prospettive di una riforma¹⁰⁷, esso sia stato complessivamente benefico per il sistema economico italiano e la sua internazionalizzazione. Da un lato, esso ha offerto tutela giuridica oggettiva agli investitori italiani all'estero, laddove le loro pretese fossero adeguatamente fondate in fatto e diritto. Tale oggettività si fonda sulla terzietà dell'organo arbitrale rispetto al foro giudiziale dello Stato di investimento. Dall'altro, l'adesione ad un sistema internazionale di accertamento arbitrale del rispetto di standard di trattamento degli investimenti stranieri ha rappresentato e rappresenta un importante elemento strutturale di attrattività degli investimenti esteri.

A livello governativo, l'attuale quadro giuridico internazionale in materia ha permesso di offrire la tutela di cui si è detto alle imprese nazionali impegnate all'estero evitando un duplice ordine di problemi. Sul fronte internazionale, la politicizzazione a livello inter-statale delle controversie in questione; sul fronte interno, possibili criticità, anche di legittimità costituzionale, derivanti da una selezione discrezionale tra imprese nazionali circa l'esercizio della protezione diplomatica nei riguardi dello Stato di investimento, secondo criteri non codificabili di opportunità¹⁰⁸.

Il fatto che il Governo italiano sia stato convenuto ripetutamente in tempi recenti davanti a fori arbitrali internazionali in relazione all'esercizio della propria potestà legislativa e regolamentare in settori legati a servizi pubblici essenziali, come la produzione e distribuzione della energia, ha suscitato sorpresa e disappunto nei settori istituzionali coinvolti. Va peraltro sottolineato come la giurisprudenza arbitrale in questione, i cui esiti sono stati sopra riportati¹⁰⁹, non abbia compreso irragionevolmente la potestà regolamentare dello Stato a tutela di interessi pubblicistici rispetto alle aspettative privatistiche di stabilità del sistema legislativo-regolamentare nazionale, la cui portata è stata riconosciuta in termini contenuti.

¹⁰⁷ *Supra*, nota 56.

¹⁰⁸ *Supra* note 31 e 32.

¹⁰⁹ *Supra*, note 87-92.

A livello sistemico, il punto ci riporta alla rappresentazione bifronte dello Stato rispetto alle regole internazionali in generale¹¹⁰. Infatti, gli organi politico-amministrativi che partecipano alla rete di convenzioni internazionali che ne costituiscono fonte, particolarmente attenti alle opportunità e diritti da essi scaturenti, sono diversi dagli organi preposti all'adempimento degli obblighi corrispettivi e alla difesa in sede arbitrale per presunta violazione degli stessi. D'altro canto, non vi possono essere diritti senza obblighi. Tale pur elementare considerazione costituisce requisito essenziale, spesso trascurato, per una azione consapevole di politica convenzionale eventualmente mirata al cambiamento del sistema arbitrale tra investitore e Stato.

Dalla sintetica illustrazione condotta nelle pagine precedenti sono emersi due elementi che possono incidere, nel breve, medio e lungo termine, sullo spettro delle possibilità di ricorso ad arbitrato internazionale nei riguardi di Stati stranieri per presunta violazione dei diritti economici dei nostri investitori all'estero derivanti da trattati internazionali in materia. Si tratta del recesso italiano dalla ECT e dalla prassi di adeguamento degli Stati Membri dell'UE, e quindi dell'Italia, al divieto promosso dagli organi unionali di accordi infra-europei in materia di tutela degli investimenti.

Con riferimento al primo, è stato sopra ricordato come sia stato sostenuto che la scelta del Governo italiano di recedere dall'ECT nel 2014 avrebbe rappresentato una reazione all'attivazione dei primi arbitrati contro il Governo italiano al fine di evitarne di futuri¹¹¹. In tal caso, la scelta in questione sarebbe scaturita da una erra-

¹¹⁰ TANZI, *Introduzione*, cit., pp. 237 ss.; ID., *A Concise Introduction to International Law*, Torino-L'Aja, 2019, pp. 31-36 e 85 ss.

¹¹¹ *Supra*, nota 81. Secondo altra indicazione, raccolta per le vie brevi dall'autore del presente paragrafo, la scelta in questione sarebbe scaturita da una selezione non ponderata in fase di «spending review» di accordi internazionali fonte di spesa, dovuta al pagamento di quote annuali per la partecipazione all'ECT pari a 450 mila euro a partire dal 2016 (Legge 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 300 del 29 dicembre 2014 - Suppl. Ordinario n. 99*, art. 1 comma 318 e Allegato 8). I Rapporti del Comitato interministeriale per la revisione della spesa pubblica, istituito con Decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52 (*Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pub-*

ta valutazione, sulla base di un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, ai sensi dell'articolo 47(2) ECT, il recesso dispiega effetti giuridici un anno successivo alla notifica. Durante questo periodo, il Trattato si applica integralmente (comprese le disposizioni in materia di soluzione delle controversie), anche riguardo ad investimenti effettuati successivamente alla notifica di recesso. In termini più significativi, la medesima disposizione contiene una cosiddetta *sunset clause*, in base alla quale la ECT continua ad applicarsi integralmente – comprese le disposizioni in materia di soluzione delle controversie – per ulteriori 20 anni riguardo ad investimenti effettuati precedentemente la data in cui il recesso prende effetto. In sostanza, quindi, per 21 anni, il recesso operato non eviterebbe il rischio di procedure arbitrali contro l'Italia, promosse in base all'articolo 26 ECT, rispetto ad investimenti effettuati fino ad un anno dalla notifica di recesso, compresa l'ipotesi di misure illecite adottate nell'arco dei 21 anni in questione. Va da sé che, di converso, gli investitori italiani, i cui investimenti in uno degli Stati Parti siano stati effettuati fino ad un anno successivo alla notificazione di recesso, restano protetti dalla disciplina materiale e dalla tutela arbitrale disposte dall'ECT per il medesimo periodo.

In secondo luogo, non va trascurato come l'Italia abbia concluso nel corso del tempo BIT con numerosi altri Stati parte della ECT la cui disciplina è quantomeno analoga a quella dell'ECT, soprattutto in tema di mezzi di soluzione delle controversie¹¹². Gli investitori di questi Paesi potrebbero dunque avvalersi di tali trattati bilaterali per istituire procedimenti arbitrali contro l'Italia in relazione ad investimenti effettuati in qualsiasi settore, compreso, quindi, il settore energetico. Riguardo ad investitori di questi Stati, pertanto, gli effetti del recesso dalla ECT potrebbero essere assai limitati o inesistenti, a seconda della convergenza tra le norme sostanziali e

blica, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 106 del 8 maggio 2012; convertito dalla Legge 6 luglio 2012, n. 94, in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 16 del 6 luglio 2012) sono disponibili sul sito della Camera dei deputati (https://temi.camera.it/leg17/post/la_spending_review_e_il_rapporto_cottarelli).

¹¹² Si possono ricordare in questo senso i BIT conclusi dall'Italia con Albania, Mongolia e Turchia di cui si è dato conto *supra*, note 60 e 61.

procedurali contenute nella ECT, da un lato, e quelle di ogni singolo BIT, dall'altro. Resta per l'investitore italiano l'esperibilità del medesimo strumento arbitrale relativamente agli investimenti nei Paesi contraenti dei BIT in questione.

Il secondo elemento che può incidere sulla esperibilità, o meno, del rimedio arbitrale per investitori italiani contro lo Stato di investimento, e sulle prospettive di citazione del Governo italiano nello stesso contesto, è l'Accordo del 5 maggio 2020, sopra menzionato¹¹³, in cui 23 Stati Membri dell'UE hanno portato a conclusione il processo avviato dalla Commissione nel senso della illegalità, in base al diritto dell'UE, di arbitrati di investimento tra investitori europei e Stati Membri.

Fino alla conclusione di tale Accordo, i limiti a livello pratico di tale ammissibilità sono stati incerti. Come indicato, non tutti gli Stati Membri procedevano alla estinzione dei BIT infra-europei e, spesso, questo avveniva in termini che permettevano la operatività di una *sunset clause*, che prolungava la vigenza del Trattato e quindi della disposizione sulla soluzione delle controversie per un periodo ulteriore di 10 o 20 anni, a seconda del singolo Trattato per gli investimenti effettuati prima della estinzione del trattato stesso. Inoltre, quando lo Stato Membro convenuto eccepiva la carenza di giurisdizione in base al diritto europeo, di regola il tribunale arbitrale in questione respingeva tale eccezione in considerazione del fondamento del proprio mandato che risiedeva nel diritto internazionale – il BIT o trattato multilaterale di riferimento – piuttosto che nel diritto europeo¹¹⁴. La finalità principale dell'Accordo in questione è proprio quella di escludere il funzionamento di tali *sunset clauses*. Tuttavia, a fini pratici, non si dovrà trascurare il fatto che attualmente tale Accordo esclude dalla propria sfera di applicazione la ECT. Inoltre, si vorrà tenere conto che Austria, Finlandia, Irlanda e Svezia hanno rifiutato di partecipare all'Accordo in questione. Ciò con l'evidente intento di permettere agli

¹¹³ *Supra*, nota 106.

¹¹⁴ Vedi ad esempio la posizione espressa dal tribunale in *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/13/30), decisione sulla giurisdizione, 6 giugno 2016, par. 74.

investitori di propria nazionalità di ricorrere all'arbitrato in esame per investimenti effettuati nel resto dell'UE, ma anche di non sottrarsi a simili procedimenti arbitrali promossi da investitori europei sul proprio territorio, incentivandone l'attrattività. Non mancheranno verosimilmente procedure d'infrazione davanti alla CGUE nei riguardi dei Paesi in questione che potranno concludersi con l'ingiunzione di estinguere i trattati con i partners europei a fondamento della soluzione arbitrale delle controversie di investimento. Ma per gli investitori stranieri, nel nostro caso italiani, in quei Paesi, il problema si porrà se e dopo che gli Stati in questione daranno esecuzione alle deliberazioni in questione. Di converso, per il Governo italiano resta l'incerta possibilità di citazione da parte di investitori di questi Paesi con la prospettiva di subire procedure di infrazione da parte della Commissione nel caso di adempimento di obblighi pecuniari derivanti da eventuali lodi di condanna.

Resta da osservare come, quand'anche indisponibile per l'investitore straniero la strada dell'arbitrato direttamente avverso lo Stato di investimento sulla base di trattato internazionale, significativa parte degli investimenti all'estero siano disciplinati da accordi e contratti con enti pubblici dello Stato di investimento contenenti una clausola arbitrale, che apre la strada ad arbitrato internazionale di tipo commerciale, il cui diritto applicabile è di regola di natura interna. Dal punto di vista dell'investitore italiano si può sostenere che tale tutela possa anche essere più favorevole, a seconda del diritto applicabile. In un'ottica statale, ci si può domandare se simili forme di arbitrato, il cui convenuto non è il Governo centrale ma una articolazione dello stesso o un ente pubblico economico con personalità giuridica autonoma rispetto a quella dello Stato, forniscano le medesime tutele per gli interessi pubblicistici di cui gode lo Stato negli arbitrati di investimento retti da trattato internazionale, rappresentate da criteri di trasparenza che consentono la partecipazione della società civile al contenzione internazionale in materia di investimenti¹¹⁵.

¹¹⁵ Sulla crescente prassi convenzionale e giurisprudenziale in materia di trasparenza nell'arbitrato in materia di investimenti, si veda DELI, *Transparency in the Arbitral Procedure*, in *General Principles of Law and International Investment*

In conclusione, il sistema di soluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e Stato di investimento appare ancora oggi uno strumento giuridico fondamentale per la internazionalizzazione delle economie, istituzioni e società che vi partecipano. Uno strumento certamente perfettibile, ma meritevole di essere conservato, non perdendo di vista le motivazioni sottostanti la sua creazione il recente affinamento del bilanciamento tra interessi pubblici e privati in questione. Si confida che i settori politico-amministrativi, professionali ed accademici italiani continueranno a fornire nel quadro dell'UE un capace contributo in tal senso.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art.	Articolo
BIT	Trattati bilaterali di investimento (<i>Bilateral Investment Treaties</i>)
Camera Arbitrale del COA Napoli	Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli
CAM	Camera Arbitrale di Milano
CEDU	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
CGUE	Corte di giustizia dell'Unione Europea
CIETAC	<i>China International Economic and Trade Arbitration Commission</i>
Cod. civ.	Codice civile
Convenzione di New York	Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere
CPA	Corte permanente di arbitrato dell'Aja
Cod. proc. civ.	Codice di procedura civile
DR-CAFTA	<i>Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement</i>
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i>
EPA	<i>European Partnership Agreements</i>

FCN	Trattato di amicizia, commercio e navigazione (<i>Treaty of Friendship, Commerce and Navigation</i>)
FIMC	<i>Florence International Mediation Chamber</i>
FTA	Trattati di libero scambio (<i>Free Trade Agreements</i>)
IBA	<i>International Bar Association</i>
ICC	Camera di commercio internazionale di Parigi (<i>International Chamber of Commerce</i>)
ICDR	<i>International Center for Dispute Resolution</i>
ICS	<i>Investment Court System</i>
ICSID	Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (<i>International Centre for the Settlement of Investment Disputes</i>)
IMI	<i>International Mediation Institute</i>
LCIA	Corte arbitrale internazionale di Londra (<i>London Court of International Arbitration</i>)
NAFTA	Accordo Nordamericano per il Libero Scambio (<i>North American Free Trade Agreement</i>)
SCC	Camera di commercio di Stoccolma (<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>)
SIAC	Centro arbitrale internazionale di Singapore (<i>Singapore International Arbitration Centre</i>)
SIDRA	<i>Singapore International Dispute Resolution Academy</i>
SIMC	<i>Singapore International Mediation Centre</i>
Singapore Convention on Mediation	<i>United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation</i>
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
TIAC	<i>Tashkent International Centre of Arbitration</i>

UE	Unione Europea
UNCITRAL	Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)
UNCTAD	Conferenza delle Nazioni Unite su commercio e sviluppo (<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>)
USMCA	Accordo Stati Uniti – Messico – Canada (<i>United States-Mexico-Canada Agreement</i>)

ELENCO DEGLI AUTORI

BENEDETTA COPPO si è laureata in giurisprudenza presso l'Università Statale di Milano, dal 2001 lavora presso la Camera Arbitrale di Milano, dove ha ricoperto il ruolo di responsabile del servizio di arbitrato fino al 2013. Dal 2014 è referente dell'ufficio CAM di Roma. Quale componente della Segreteria Generale ha coordinato i lavori di revisione del regolamento arbitrale della Camera succedutisi dal 2010 a oggi. Amministra arbitrati nazionali e internazionali in italiano e inglese, partecipa alla creazione di eventi e percorsi formativi, interviene in qualità di relatrice a conferenze in materia di arbitrato in Italia e all'estero; predispone contributi di approfondimento scientifico relativi alla giustizia alternativa, all'arbitrato amministrato e all'attività della Camera Arbitrale.

GIAN MARIA FARNELLI è ricercatore presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna (2019 – in corso). Già *visiting scholar* presso il *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* di Heidelberg (2012). È stato membro del Collegio di difesa italiano nella causa M/V Norstar (ITLOS Case No. 25), e assistente di ricerca in controversie interstatali e degli investimenti. È assistente editoriale della rivista *Questions of International Law* (2014 – in corso) e membro del Comitato di redazione dell'*Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana* (SIOI). Ha pubblicato in lingua italiana e inglese in tema di diritto del mare, diritto degli investimenti, diritto del processo internazionale, diritto dell'ambiente, diritto dell'immunità e terrorismo internazionale.

ALBERTO MALATESTA è professore ordinario di Diritto internazionale presso la Scuola di Diritto dell'Università Carlo Cattaneo – LIUC di Castellanza, ove insegna diritto internazionale privato. È avvocato in Milano. Ha operato come arbitro e presidente di collegio in numerosi arbitrati commerciali internazionali secondo le regole ICC di Parigi, della CAM di Milano, le regole UNCITRAL e in alcuni arbitrati ad hoc. Ha rappresentato il governo italiano presso la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato nell'ambito di alcuni negoziati internazionali per la conclusione di trattati internazionali

sull'unificazione del diritto privato. Ha tenuto numerose conferenze in tema di diritto internazionale privato e diritto dell'arbitrato presso università, enti ed istituzioni in Europa e in America del Sud. È autore di numerose pubblicazioni nel campo del diritto internazionale privato, del diritto dell'Unione europea e dell'arbitrato commerciale internazionale.

DANIELE MANTUCCI è professore ordinario di Diritto privato nell'Università Politecnica delle Marche, è Direttore del Trattato di Diritto dell'arbitrato e autore di numerose pubblicazioni scientifiche, specialmente in tema di obbligazioni e contratti. E' direttore della Collana Persona, mercato, istituzioni, delle Edizioni Scientifiche Italiane. E' direttore del curriculum di Diritto dell'Economia nel Dottorato di Ricerca Management and Law dell'UNIVPM. E' stato arbitro in importanti procedimenti, componente del Collegio di Garanzia del Coni, componente della Camera Nazionale di Conciliazione e di Arbitrato dello Sport, Presidente della Camera Arbitrale Leone Levi e Presidente della Corte internazionale dell'Adriatico e dello Ionio.

FRANCESCA RAGNO è professore associato di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, dove è titolare degli insegnamenti di Diritto Internazionale, Governance degli Stati di Crisi Internazionali e Diritto Internazionale Privato e Processuale, nonché Global Professor di International Arbitration presso la New York University (Law-Abroad program in Paris). Laureatasi in Giurisprudenza con lode presso l'Università di Bologna e conseguito il dottorato di ricerca presso l'Università di Verona, ha ricoperto il ruolo di Ricercatore Universitario di Diritto Internazionale nella predetta Università dal 2011 al 2019. Nel corso della sua carriera ha svolto attività di ricerca e di insegnamento in diverse Università estere, quali l'Università di Amburgo, di Heidelberg, NYU e l'Università di Pittsburgh (in qualità di Fulbright Distinguished Chair 2018). Da anni partecipa a gruppi di ricerca transnazionali, tiene relazioni a convegni di rilevanza internazionale e pubblica, in Italia e all'estero, in collane, volumi e riviste di prestigio.

ALESSANDRA SARDU è segretario generale della Camera Arbitrale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli ed esercita la professione di avvocato. E' professore a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza

dell'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Ha conseguito un dottorato di ricerca in International Studies con specializzazione in International Law presso il Graduate Institute of International and Development Studies di Ginevra. Ha conseguito un LL.M. in International Dispute Settlement presso l'Université de Genève e un master in Studi Diplomatici presso la SIOI Campania. Si è laureata in Giurisprudenza con lode presso l'Università degli studi Suor Orsola Benincasa e ha trascorso un periodo di studi presso l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. E' stata ricercatrice e case manager presso la Camera Arbitrale della Camera di Commercio di Napoli, e ha svolto un internship presso la International Court of Arbitration della ICC. E' membro del Research Center of European Private Law. E' componente dell'Editorial Board dell'European Journal of Privacy Law & Technologies. E' autrice di una monografia e di pubblicazioni in materia di diritto internazionale pubblico e privato.

ATTILA TANZI è professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università di Bologna, *Associate Member* presso 3VB Chambers, Londra. Già *visiting professor* presso Queen Mary University of London (2014-2016), Université Paris II, Panthéon Assas (2018), Università di Vienna (2018-2019); *external scientific fellow* presso il Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (2019-2020). Fornisce pareri a Governi e organizzazioni internazionali su questioni di diritto internazionale. Membro del collegio di difesa o arbitro in vari contenziosi internazionali, sia interstatuali che di investimenti. Membro della CPA, della lista di arbitri specializzati nella soluzione di controversie ambientali della CPA, Conciliatore della Corte di conciliazione e arbitrato dell'OSCE. *Chairman* dell'*Implementation Committee* della Convenzione UNECE sulla protezione e uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e i laghi internazionali del 1992. Ha pubblicato in inglese, spagnolo, francese e italiano su vari temi di diritto internazionale, tra cui la responsabilità degli Stati, il diritto degli investimenti stranieri, il diritto dell'ambiente, il diritto del mare, il diritto delle organizzazioni internazionali e le immunità giurisdizionali.

CHIARA TONDINI è responsabile della Segreteria della Florence International Mediation Chamber (FIMC), il servizio di mediazione internazionale della Camera di Commercio di Firenze. E' abilitata all'esercizio della professione di avvocato in Italia e mediatore accreditato ai sensi del D.lgs. 28/2010. E'

iscritta nell'elenco dei mediatori della Camera di Commercio di Firenze. Nel corso degli anni, ha acquisito una vasta conoscenza, sul piano interno e internazionale, della mediazione e degli altri strumenti di ADR, da un punto di vista normativo, sostanziale e della gestione delle istituzioni di amministrazione delle procedure. Ha una consolidata esperienza nella redazione di regolamenti di mediazione, codici di condotta, meccanismi di nomina dei mediatori, criteri di gestione e fissazione dei costi, che ha eseguito anche per conto di altre istituzioni. Interviene a conferenze organizzate da organismi italiani ed esteri sui temi della mediazione, prevenzione e risoluzione alternativa delle controversie. Rappresenta la Florence International Mediation Chamber (FIMC) alle sessioni del Working Group II di UNCITRAL (Arbitration and Conciliation/ Dispute Settlement). Ricopre il ruolo di Segretario della Camera Arbitrale di Firenze. E' membro di ARBIT – Italian Forum for Arbitration and ADR e della International Law Association – Italian Branch.

GIOVANNI ZARRA è professore aggregato di Diritto internazionale e Diritto internazionale privato e processuale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II dove si è laureato con lode nel 2012. Nel 2014 ha conseguito un LLM presso la Queen Mary University of London (*with distinction* e premio come “*Best student for the academic year*”) e nel 2016 ha conseguito il titolo di dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II (tutors: M. Iovane e L.A. Mistelis) con dignità di pubblicazione della tesi su “*Parallel Proceedings in Investment Arbitration*”. Ha frequentato la Arbitration Academy di Parigi ed è stato *visiting scholar* presso il Max Planck Institut di Amburgo. È autore di 2 monografie e numerose pubblicazioni minori in tema di arbitrato internazionale e diritto internazionale pubblico e privato. È presidente e fondatore di *AIA-ArBIT below-40*, l'associazione italiana di arbitrato *under 40*, membro dell'*ISDS Academic Forum* promosso dalle Università di Ginevra ed Oslo a supporto del *Working Group n. 3* dell'*Uncitral* ed è spesso chiamato dal Ministero degli Esteri a prestare consulenze in materia di investimenti internazionali. Ha lavorato presso prestigiose *law-firms* internazionali, tra cui Chiomenti ed Hogan Lovells.

Finito di stampare nel mese di aprile 2021
presso la *Grafica Elettronica* – Napoli