

**Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto Internazionale**

***Analisi del concetto dell'arbitrabilità
nel diritto internazionale***

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Fulvio Maria Palombino

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Marco Gestri

CANDIDATO

Alberto Rando

Matr.144423

Anno Accademico 2020-2021

INDICE

INTRODUZIONE	1
 Capitolo I: Il concetto di arbitrabilità: analisi dei regimi nazionali e New York Convention 1958.....	5
1. L'arbitrato come strumento di soluzione delle controversie	5
1.1 Presentazione dell'arbitrato	5
1.2 Il profilo dell'arbitrato commerciale internazionale	10
1.3 Perché viene scelto l'arbitrato commerciale	16
1.4 I principi su cui si basa la Convenzione di New York 1958.....	18
1.5 La convenzione di arbitrato	22
1.6 Esecuzione e Riconoscimento del lodo.....	26
2. Nozione e motivi di arbitrabilità nel diritto dell'arbitrato internazionale.....	30
2.1 Nozione.....	30
2.2 Motivi.....	35
2.3 Il concetto nei vari diritti nazionali in Europa	42
2.4 Tendenze comuni tra i vari Paesi Europei	45
2.5 Il concetto negli Stati Uniti	50
 CAPITOLO II: La legge applicabile all'arbitrabilità e il rapporto con l'ordine pubblico.....	55
1. Ordine Pubblico e arbitrabilità: un rapporto così stretto?	55
1.1 Il concetto di ordine pubblico	55
1.2 La rilevanza dell'ordine pubblico nella questione di arbitrabilità	59
2. La posizione del Professor Brekoulakis: l'inarbitrabilità come limite inerente all'arbitrato	64
2.1 Ridefinizione della teoria dell'inarbitrabilità delle controversie	64
2.2 Spunti ulteriori in tema di arbitrato, consenso, inarbitrabilità: il caso della proprietà intellettuale.....	68
2.3 La validità della convenzione d'arbitrato e l'inarbitrabilità.	71
2.4 I risvolti pratici della teoria	74

3. La legge applicabile all'arbitrabilità.....	78
3.1 Determinare la legge che governa la questione dell'arbitrabilità.....	78
3.2 L'arbitrabilità davanti ad una corte nazionale in una fase precedente alla pronuncia degli arbitri..	83
3.3 Annullamento del lodo e controllo dell'arbitrabilità davanti ad una corte nazionale	88
3.4 La questione dell'arbitrabilità della controversia davanti al tribunale arbitrale.....	92

Capitolo III: L'approccio del diritto interno alla questione dell'arbitrabilità negli arbitrati internazionale.....98

1 La Giurisprudenza Italiana.....	98
1.1 Fonti e tratti generali dell'arbitrato internazionale in Italia	98
1.2 La giurisprudenza italiana concernente l'arbitrabilità come profilo della validità e/o inefficacia della convenzione di arbitrato.....	105
1.3 La giurisprudenza italiana concernente l'arbitrabilità come profilo per il rifiuto dell'esecuzione dei lodi esteri.....	111
2. Giurisprudenza di altri Paesi Europei: cenni	115
2.1 Francia.....	115
2.2 Germania.....	119
3. Stati Uniti.....	122
3.1 Il concetto di arbitrabilità nel diritto degli Stati Uniti: particolarità	122
3.2 Evoluzione della giurisprudenza: verso una concezione più estesa dell'arbitrabilità.....	126
3.3 Mitsubishi Motor v. Soler Chrysler: una sentenza decisiva.....	131
3.4 Alcuni casi sull'esecuzione dei lodi stranieri negli Usa	135
CONCLUSIONE	139

BIBLIOGRAFIA.....	143
--------------------------	------------

ABBREVIZIONI USATE.....	159
--------------------------------	------------

RINGRAZIAMENTI	161
-----------------------------	------------

INTRODUZIONE

Il presente elaborato è dedicato ad un'analisi del concetto di arbitrabilità, nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale, per arbitrabilità intendendosi la possibilità giuridica di sottoporre ad arbitrato una certa controversia tenendo conto delle peculiarità dei sistemi di diritto interno di volta in volta rilevanti.

Nei tre capitoli in cui è strutturata, la tesi si pone l'obiettivo di fornire un'analisi comparativa, della questione dell'arbitrabilità negli arbitrati commerciali internazionali, illustrando le caratteristiche principali dell'istituto e prendendo in considerazione alcuni aspetti non del tutto chiariti, che rendono questo concetto ancora meritevole di trattazione da parte di molti studiosi di diritto internazionale e non solo.

All'interno dell'elaborato il riferimento all'approccio nei confronti del concetto di arbitrabilità da parte delle corti nazionali di vari Paesi, appartenenti a sistemi giuridici differenti, è una costante. Ciononostante, sono stati esaminati più da vicino alcuni ordinamenti giuridici interni, prevalentemente quelli dei Paesi europei e quello degli Stati Uniti, prendendo in esame il loro approccio a questo concetto, sia nel diritto positivo che nella giurisprudenza

Nel primo capitolo di questa tesi, saranno prese in considerazione le caratteristiche principali dell'arbitrato commerciale, identificabile come mezzo di risoluzione delle controversie tra privati alternativo alla giurisdizione ordinaria delle corti statali. Attraverso l'illustrazione delle origini e dell'evoluzione dell'istituto si cercherà di comprendere la sua natura ed il suo utilizzo nell'ambito del commercio internazionale, per poi passare ad un'analisi dei suoi profili essenziali e dei vari tipi di arbitrati possibili.

Saranno dunque spiegati i motivi che rendono tale strumento un'alternativa utile per gli operatori del commercio internazionale rispetto al ricorso alla giustizia delle corti statali.

Nell'ambito del capitolo sarà anche trattata la Convenzione di New York del 1958, un trattato internazionale che disciplina il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri, la cui diffusione è ragionevolmente stata la principale ragione del successo dell'arbitrato commerciale internazionale.

Il resto del capitolo sarà poi dedicato alla nozione di arbitrabilità nell'arbitrato commerciale internazionale.

Come evidenziato nella tesi, la nozione in questione può essere considerata in due forme diverse: l'arbitrabilità soggettiva, *ratione personae* o l'arbitrabilità oggettiva, *ratione materiae*.

Dopo aver esposto, in maniera sintetica, le due forme di arbitrabilità, si concentrerà l'attenzione sulla nozione oggettiva o *ratione materiae*, mostrando quelli che sono, per gli esperti del settore, i motivi che giustificano il ricorso a questo concetto nella procedura arbitrale.

Indagando i motivi che spingono i legislatori nazionali a porre limiti rispetto a quali controversie possano essere devolute alla risoluzione arbitrale, costante riferimento sarà fatto alle disposizioni della Convenzione di New York e alle idee degli studiosi che ha analizzato il concetto da un punto di vista internazionalistico. Si cercherà, così facendo, di prendere in considerazioni più punti di vista anche se diversi tra loro sul concetto di arbitrabilità, per avere una visione il più possibile esaustiva sull'argomento.

Una volta delineati gli aspetti generali della questione dell'arbitrabilità, sarà affrontato l'approccio che le varie legislazioni nazionali hanno verso questo concetto, siccome esse sono chiamate a rapportarsi con arbitrati provenienti da altri ordinamenti giuridici.

L'esame del concetto dell'arbitrabilità sarà iniziato con un cenno al diritto dell'Unione Europea e del suo approccio nei confronti dell'arbitrato, per poi passare ad alcuni ordinamenti nazionali di Paesi membri dell'Unione e anche alla legislazione della Svizzera.

Con riguardo ai sistemi giuridici di Italia, Francia, Germania e Confederazione Elvetica, l'elaborato analizzerà le norme del diritto interno che potessero fornire un chiarimento rispetto alla nozione di arbitrabilità. Partendo dalle nozioni dei vari ordinamenti europei sono stati osservati alcuni punti comuni tra i vari sistemi europei considerati, senza tralasciare le particolarità di ciascuno di essi.

Conclusa la rassegna dei sistemi europei una breve analisi sarà dedicata anche agli Stati Uniti.

Il sistema statunitense presenta elementi unici e particolari nel momento in cui viene valutata la questione dell'arbitrabilità.

Nel secondo capitolo, poi, sarà discussa la questione del rapporto dell'arbitrabilità con la nozione di ordine pubblico. Ciò imporrà, brevemente, di identificare cosa si intenda per "ordine pubblico", vale a dire darne una definizione utile al contesto di un arbitrato in materia di commercio internazionale. La difficoltà nel fornire una definizione utile al settore di cui si discute in questa tesi è dovuta al fatto che gli ordinamenti giuridici devono interagire con atti, come i lodi arbitrali, che provengono da diversi Paesi.

Particolare attenzione sarà devoluta alla teoria sviluppata nella ricerca del Professor Stavros Brekoulakis che ha presentato, attraverso i suoi scritti, una concezione dell'arbitrabilità della controversia che differisce dalla maggioranza della dottrina ed anche dalla prassi di molte corti nazionali di Paesi contraenti la Convenzione di New York.

La teoria portata avanti dal Professore della Queen Mary prende in considerazione la questione di arbitrabilità soffermandosi maggiormente sulla natura giurisdizionale dell'arbitrato piuttosto che sulla validità della convenzione di arbitrato, ossia la sua natura contrattuale

Per chiarire meglio cosa significa l'approccio sostenuto dal Professor Brekoulakis, si farà ricorso a vari esempi, in particolare in questa tesi sono riportati prevalentemente quelle situazioni che hanno ad oggetto controversie sorte in materia di brevetti o marchi registrati, materie su cui l'arbitrabilità è spesso dibattuta, in quanto esiste un interesse pubblico al riguardo.

La parte successiva del capitolo sarà dedicata all'analisi della legge applicabile per determinare la questione dell'arbitrabilità.

Questa scelta dipende da vari fattori e la prassi, riscontrabile in vari Paesi del mondo, così come la dottrina hanno dato varie risposte, non sempre concordanti tra loro. Nell'elaborato prenderemo in considerazione i vari momenti della procedura arbitrale in cui può sorgere la questione dell'arbitrabilità, cercando di comprendere quale sia la legge più adatta a fornire una disciplina al concetto in questione in ciascuna di tali fasi.

Il terzo capitolo esaminerà in maniera più approfondita i diritti interni di alcuni Paesi europei, membri dell'Unione Europea, e degli Stati Uniti, prendendo in considerazione sia la loro legislazione che la loro giurisprudenza riguardo all'arbitrabilità. Facendo questa ricerca nei vari ordinamenti, si cercherà di mostrare le caratteristiche proprie dell'approccio delle varie corti nazionali rispetto alla questione dell'arbitrabilità della controversia, in riferimento agli arbitrati commerciali internazionali.

Il primo ordinamento giuridico ad essere preso in considerazione sarà quello italiano, di cui vengono illustrate le fonti interne che forniscono la disciplina nel momento in cui i giudici delle corti nazionali entrano in contatto con la questione dell'arbitrabilità in controversie devolute ad arbitrato commerciale tra soggetti di ordinamenti diversi da quello in vigore in Italia.

L'analisi dell'approccio delle corti italiane rispetto alla questione dell'arbitrabilità, quando essa concerne l'arbitrato commerciale internazionale, verrà affrontato dalla tesi distinguendo in due diversi momenti: la valutazione del concetto quando la corte deve scegliere se devolvere o meno la controversia ad arbitrato ed il riconoscimento e l'esecuzione del lodo estero nell'ordinamento italiano.

Sarà fatto riferimento ad alcune sentenze della Corte di Cassazione, nelle quali i giudici italiani di legittimità hanno affrontato la questione dell'arbitrabilità delle controversie, sia nella fase di valutazione della convenzione che in quella di esecuzione del lodo. Le pronunce valutate sono state emesse in anni e contesti differenti, ma tutte avevano in comune il fatto che affrontavano il tema dell'arbitrabilità e valutazioni riguardo all'arbitrato nel commercio internazionale.

L'analisi su come si comportano i diritti interni rispetto al concetto in questione continuerà prendendo in considerazione gli ordinamenti giuridici di Francia e Germania. Entrambi sistemi di diritto di questi Paesi europei sono stati considerati in base al loro approccio riguardo all'arbitrabilità

riferita a controversie sorte in relazioni di commercio internazionale, mettendo in risalto le particolarità del diritto interno di ciascuno dei due sistemi.

Infine, particolare attenzione sarà dedicata al diritto interno, e soprattutto della *case-law*, in materia di arbitrato che vige negli Stati Uniti, scelta motivata dal fatto che in questo ordinamento si ha un approccio al concetto di arbitrabilità, differente da quello di altri paesi.

L'esame dedicato al diritto statunitense sarà infine concentrato sull'evoluzione della giurisprudenza delle corti nazionali riguardo alla questione dell'arbitrabilità delle controversie in determinati settori del diritto in cui è necessario prendere in considerazione anche valutazioni di interesse pubblico, oltre che gli interessi privati delle parti.

Capitolo I: Il concetto di arbitrabilità: analisi dei regimi nazionali e New York Convention 1958

1. L'arbitrato come strumento di soluzione delle controversie

1.1 Presentazione dell'arbitrato

Con il termine “arbitrato” si intende un fenomeno giuridico che può essere ricondotto al *genus* dei “mezzi di risoluzione stragiudiziale” delle controversie facendo riferimento, con tale espressione, agli strumenti alternativi alla cognizione ordinaria a disposizione di due o più soggetti che contendano per una lite¹. Il terzo o i terzi ai quali è richiesto di effettuare tale compito non sono giudici togati, ovvero non esercitano la loro funzione all'interno dell'apparato giudiziario, bensì svolgono la loro attività da privati. Questo non esclude l'eventualità che possano essere scelti anche magistrati, i quali però non agirebbero nell'esercizio delle proprie funzioni, ma per l'appunto come soggetti privati².

Se sia possibile affidare a questi la risoluzione di controversie, quali siano le modalità di conferimento dell'incarico, quali siano i suoi contenuti e quali gli effetti di tale attività sono questioni risolte in molti ordinamenti europei, e nel resto, del mondo mediante discipline apposite. Nei sistemi di risoluzione stragiudiziale si intersecano due fattori: l'autonomia negoziale ed il processo codificato. Da una parte, troviamo la facoltà degli individui di poter disporre dei propri diritti come meglio credono, anche attraverso modalità di risoluzione delle controversie alternative al ricorso giurisdizionale, dall'altra parte l'esigenza, imprescindibile nel mondo moderno, di dare certezza al diritto e prevedibilità all'esito di un procedimento di risoluzione.

Tra i mezzi di risoluzione stragiudiziale il più “celebre” è l'arbitrato, il quale, nella maggior parte dei casi, comporta una decisione definitiva e vincolante, chiamata lodo; questo diviene esecutivo dopo essere stato portato innanzi ad una corte nazionale ed è, dunque, uno strumento alternativo ad una sentenza emessa da un magistrato. Il mezzo di risoluzione stragiudiziale conferisce, quindi, alle parti

¹ G. Alpa: *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*. di Alpa G., Vigoriti V., Capitolo Secondo, p. 18, Milano UTET Giuridica 2013

² G. Alpa: op. cit., p. 19

una sostanziale autonomia ed anche un controllo sul procedimento che sarà seguito per risolvere le loro controversie.

All'interno degli ordinamenti nazionali, l'istituto dell'arbitrato è codificato in leggi specifiche o in disposizioni più generali sulla giurisdizione. La disciplina, inoltre, viene integrata dalle pronunce della giurisprudenza delle corti nonché dalla prassi dei tribunali arbitrali.

In ambito internazionale esistono vari tipi di arbitrato, tra i più importanti individuiamo: quello tra Stati, tra Stato ospite dell'investimento ed investitore straniero ed infine l'arbitrato tra privati. Il primo di questi tipi di arbitrati internazionali, ovvero quello tra Stati, è un sistema di risoluzione delle controversie che sorgono tra soggetti sovrani, alternativo ad altri mezzi di risoluzione – quali il ricorso a Corti internazionali o soluzioni diplomatiche ovvero procedure di risoluzione non giuridiche, ma politici.

Diversamente dall'arbitrato tra Stati, nell'arbitrato tra uno Stato ospite dell'investimento ed un investitore straniero è, invece, rilevante la differente natura delle parti: da un lato vi è un soggetto con personalità di diritto internazionale e dall'altro un soggetto privato. Oltre alla natura, anche le facoltà di cui le parti dispongono sono diverso ordine di grandezza, come anche gli interessi in gioco: invero lo Stato ospite persegue interessi di natura pubblica, mentre l'investitore straniero, di norma, mira a trarre profitto dal proprio investimento, in sintesi possiede un interesse di natura commerciale. Va da sé che la controversia che sorge tra un investitore straniero ed uno Stato ospite di investimento presenti profili di maggiore complessità rispetto ad una insorta tra soggetti “simili” per natura, facoltà ed interessi. In relazione all'arbitrato tra i privati si è fatto riferimento, tradizionalmente, ai concetti di arbitrato “interno” o “nazionale” e arbitrato “estero o straniero”, ovvero, a procedimenti collegati all'uno o all'altro sistema giuridico statale, limitandosi a cogliere il carattere “nazionale” dell'istituto e non intuendo, originariamente, la peculiarità e la portata del fenomeno.

L'istituto dell'arbitrato commerciale internazionale si è affermato soprattutto per l'esigenza degli operatori del commercio internazionale di poter ricorrere ad un mezzo di soluzione delle controversie capace di porsi a piano internazionale, ovvero un livello distinto e autonomo dai vari sistemi giuridici nazionali. Occorre rammentare che le controversie aventi ad oggetto le operazioni del commercio internazionale presentano elementi transnazionali che pongono - diversamente dai rapporti che si esauriscono nell'ambito di un unico ordinamento nazionale - problematiche tali da rendere l'arbitrato uno strumento preferibile rispetto alla giustizia ordinaria³.

L'arbitrato commerciale internazionale rappresenta il mezzo tipico di risoluzione delle controversie sorte dal commercio internazionale *business to business*, alternativo alla giustizia ordinaria, ovvero quella statale, diventando il mezzo più usato per la soluzione delle dispute nella maggior parte delle transazioni

³ M. R. Mauro: “*Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche*” di Mauro M.R.; Capitolo Sesto, nota 130 di p. 388; Napoli Edizioni Scientifiche Italiane 2019.

commerciali internazionali⁴. Peculiare di tale strumento è la possibilità per le parti, di poter scegliere, oltre agli arbitri ed alcune regole che andranno a disciplinare il caso, anche il luogo in cui dovrà svolgersi l'arbitrato e la lingua della procedura. Queste caratteristiche dell'arbitrato commerciale internazionale si palesano di particolare rilevanza, alla luce del fatto che ciascuna parte spesso non intende essere assoggettata alla giurisdizione del sistema giudiziario della controparte, temendo potenziali svantaggi che potrebbero nascere, nei propri confronti, qualora fosse adito il tribunale nazionale dell'altra parte. L'arbitrato è pertanto percepito come un foro più neutrale. Inoltre, la flessibilità di poter adattare il processo di risoluzione delle controversie alle esigenze delle parti e la possibilità di selezionare arbitri esperti nella materia oggetto della controversia, rendono l'arbitrato particolarmente attraente, soprattutto in certi settori dove le conoscenze tecniche sono necessarie per riuscire a risolvere una controversia.

Per comprendere meglio la natura dell'arbitrato internazionale è necessario prima esaminare il contesto in cui si evolve e in cui viene adoperato con maggior frequenza: il diritto del commercio internazionale. Tale settore, parte del più generale diritto internazionale dell'economia, consiste nell'insieme di regole che disciplinano quelle operazioni di commercio le quali, in ragione del loro collegamento a più Stati o del loro ruolo nelle relazioni internazionali, presentano carattere internazionale. Bisogna ricordare che nel diritto del commercio internazionale vigono principi e regole comuni con il diritto internazionale privato, consistente nell'insieme di regole con cui ciascuno Stato regola i rapporti tra privati che presentano carattere di estraneità rispetto all'ordinamento statale, disciplinandone sia la giurisdizione che il diritto applicabile. Tuttavia, nel commercio internazionale il ricorso al giudice interno ha carattere occasionale, diversamente da quanto accade per le controversie disciplinate dal diritto internazionale privato⁵.

Le principali motivazioni che conducono alla scelta dell'arbitrato, come mezzo principe della risoluzione delle controversie, possono essere ricondotte alla necessità di giungere ad una pronuncia in tempi rapidi e di evitare di paralizzare le attività economiche. Ciò nonostante, il ricorso al giudice interno non è del tutto assente, anzi, è spesso indispensabile, soprattutto in fase di *exequatur* del lodo arbitrale straniero, qualora una delle parti opponga resistenza.

È utile tentare di riassumere brevemente i passaggi storico-politici che hanno dato vita all'attuale sistema di interazione mondiale, al fine di rendersi conto della peculiarità di tale sistema di risoluzione delle controversie e della sua rilevanza all'interno del diritto del commercio internazionale. L'istituto del ricorso ad un arbitro – seppur non identificabile con l'accezione attuale dell'istituto – è

⁴ M. Moses: *"The principles and the practice of international commercial arbitration"* Cap. Primo, p.1.; Cambridge 2017,

⁵ F. Marrella: *Manuale di diritto del commercio internazionale: contratti internazionali, imprese globali ed arbitrato.*, Capitolo Secondo p. 18 ; Padova, Cedam 2017

stato usato sin dall'epoca romana⁶, ma solo durante il Medioevo assurge a rilevante mezzo di risoluzione delle controversie tra privati, specialmente grazie allo sviluppo della cosiddetta "*lex mercatoria*". Quando si parla di *lex mercatoria*, si fa riferimento ad una fonte a-statutale del diritto, nata dalla prassi dei commercianti nel Basso Medioevo, ovvero un diritto speciale, reso tale sia a causa alla sua origine, in quanto diritto di un ceto sociale determinato, sia a causa dei propri principi sui quali le sue norme si ispiravano. Tali principi tendevano a facilitare il traffico di beni mobili e con esso la circolazione della ricchezza; la specialità, inoltre, si coglieva anche riguardo al mezzo del quale il sistema trovava applicazione, cioè attraverso l'arbitrato ed i tribunali mercantili.

Il meccanismo di soluzione delle liti, aventi ad oggetto casi che necessitavano di tempi rapidi e conoscenze tecniche, con il tempo si trovò capace di essere standardizzato in una prassi comune, che si trasformò poi in regole obbligatorie. Questi caratteri di autonomia e autosufficienza rispetto agli ordinamenti erano anche rafforzati dal fatto che "l'arbitrato", quasi sempre, si svolgeva secondo equità a differenza di ciò che accadeva nei processi svolti secondo il Diritto Comune (*ius commune*), caratterizzati inoltre da tempi più lunghi e principi inadatti alla pratica commerciale. Col tempo la frammentazione politica tipica del Medioevo venne meno e si affermarono sul continente Europeo i primi Stati nazionali. Questi nuovi soggetti incorporarono ognuno le regole che per secoli avevano disciplinato il commercio internazionale, codificando a partire dal XVII secolo il proprio diritto commerciale nazionale. La nazionalizzazione dello *ius mercatorum* riportò le differenze, tipiche degli ordinamenti locali, all'interno del diritto commerciale, che per secoli era stato un sistema autonomo di regole e principi validi al di là dei confini. Nella seconda metà del XIX secolo, le innovazioni tecnologiche apportate dalla Prima e dalla Seconda Rivoluzione Industriale spinsero la produzione a raggiungere livelli mai visti prima, dando vita, così, alla produzione di massa. I traffici internazionali in questo periodo necessitavano di tempi molto più brevi rispetto ai secoli precedenti, venendosi, così, a creare quella rete di relazioni tra Stati che può essere definita la "Prima globalizzazione"⁷. Alla luce di questo nuovo contesto, in assenza di un'uniformità di regole comuni e condivise, si tentò attraverso convenzioni internazionali di stabilire un diritto uniforme, sia sul piano del diritto internazionale privato sia sul piano di un sistema di risoluzione dei conflitti il più possibile condiviso.

Nei primi decenni del XX secolo, gli Stati Europei focalizzarono la loro agenda diplomatica sul diritto cambiario; di particolare rilevanza furono le due Convenzioni di Ginevra: la prima approvata e firmata il 7 giugno 1930 in materia di *cambiali e vaglia cambiario* e la seconda, conclusa il 19 marzo 1931, in materia di *assegno bancario* (cheques). Sebbene fossero evidenti le differenze, dovute alla statalizzazione del diritto commerciale dei secoli precedenti, il 24 settembre del 1923 venne concluso un "*Protocollo relativo alle*

⁶ P. G Vito: *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*. di Alpa G., Vigoriti. Capitolo Primo, p. 4

⁷ F. Marrella: op. cit., p. 19

clausole di arbitrato”. Sebbene questo documento non sia stato sufficiente a risolvere il problema del conflitto tra leggi, tuttavia è stato un fondamentale passo per la realizzazione della Convenzione di New York del 1958, in materia di riconoscimento ed esecuzione delle convenzioni arbitrali e dei lodi stranieri⁸.

Le difficoltà nel creare un regole comuni e riconosciute nell’ambito del commercio internazionale non erano solo frutto della statalizzazione del diritto commerciale, ma nascevano soprattutto dal clima di nazionalismo e protezionismo che caratterizzava i decenni tra i due conflitti mondiali. Il dirigismo economico prevalse sul liberismo, conseguenza dei regimi autoritari imperanti in Europa e non solo, con un notevole contributo della Crisi del 1929 e delle sue ripercussioni nel decennio successivo. Questa stagione politica è stata caratterizzata da dazi protezionistici, svalutazioni competitive di valuta, nonché da nazionalizzazioni ed espropriazioni nei confronti degli investitori esteri. Non è da escludere che tale situazione favorì l’instaurarsi di relazioni conflittuali tra Stati, i quali nel 1939, diedero vita al Secondo Conflitto Mondiale⁹.

Conclusa la tragica esperienza della Seconda Guerra mondiale, gli Stati vincitori decisero di instaurare un’organizzazione internazionale di nuovo conio e di carattere globale, ossia l’ONU, l’Organizzazione delle Nazioni Unite, nata con la Conferenza di San Francisco del giugno 1945. Prima di questa organizzazione, però, con gli Accordi di Bretton Woods del luglio 1944, Regno Unito e Stati Uniti posero le basi per un Ordine Economico Internazionale.

Da queste premesse, è sorta, dunque, una “Seconda globalizzazione”, ossia il fenomeno che ha caratterizzato la seconda metà del XX secolo e continua a rappresentare gran parte della nostra realtà. In questi anni, ovvero dalla fine della seconda Guerra Mondiale ad oggi, si è delineato un complesso sistema attori e fonti del commercio internazionale; purtroppo la presenza di numerose lacune del diritto internazionale uniforme del commercio e l’assenza un organismo mondiale deputato a conoscere delle controversie nascenti da quei rapporti, hanno indotto gli Stati a dare impulso all’arbitrato commerciale internazionale lasciando agli operatori economici spazi di autonomia sempre più vasti¹⁰.

⁸ *Ibidem*

⁹ M.R. Mauro: op. cit., Capitolo Secondo, pp. 50 ss

¹⁰ F. Marrella: *Manuale di diritto del commercio internazionale*; Capitolo Primo, p. 17

1.2 Il profilo dell'arbitrato commerciale internazionale

Dopo aver, seppur brevemente, fornito alcune linee storiche per inquadrare il fenomeno, occorre descrivere, se pur sommariamente, le caratteristiche proprie dell'arbitrato internazionale, tracciandone i tratti principali.

In primo luogo, deve venir preso in considerazione il consenso delle parti. L'arbitrato, infatti, si fonda sull'accordo concluso tra soggetti diversi, fornendo così la base consensuale per il poter degli arbitri di decidere la controversia¹¹. Non solo nasce, ma il potere dell'arbitro o degli arbitri trova i propri limiti nel consenso delle parti, poiché, salvo poche eccezioni, un arbitro può decidere solo sulle questioni che si trovano nell'ambito dell'accordo stipulato dalle parti.

Ulteriore conseguenza di tale principio è che gli arbitri sono, non solo, tenuti ad applicare norme e procedure nel risolvere le questioni, ma devono anche tenere conto di quanto abbiano concordato, riguardo alla procedura, le parti. Queste, di norma, esprimono il proprio consenso in maniera ampia, scelgono quindi di sottoporre qualsiasi controversia futura a risoluzione tramite arbitrato, in un accordo scritto, anche se contenuto in più documenti. Tale accordo si sostanzia in una clausola nel contratto commerciale tra le parti, ovvero la clausola compromissoria¹². Se le parti non hanno posto questa clausola nel loro contratto, è possibile, tuttavia, che esse possano comunque stipulare un accordo di arbitrato dopo la nascita della controversia, il cosiddetto compromesso, anche noto come *accordo di presentazione*¹³.

Gli arbitri, come descritto sopra, sono privati cittadini e, qualora appartenessero alla magistratura, nel momento fossero chiamati a svolgere il detto ruolo agirebbero come non appartenenti alcuna autorità giudiziaria. Gli arbitri, inoltre, poiché sono scelti dalle parti ed avendo interesse ad essere impiegati anche in futuro, tendono a prestare molta attenzione oltre che a svolgere il mandato con correttezza, lealtà e ragionevolezza.

Per assumere la qualità di arbitro non occorre essere avvocati o esperti di diritto, anzi, in alcuni settori, dato che occorrono specifiche conoscenze tecniche, sono scelti in questo ruolo architetti, ingegneri o professionisti competenti nel settore, i quali apportano alla procedura il proprio *expertise*. Nel caso in cui, invece, alla luce della natura particolarmente complessa della controversia o della scelta delle parti o del regolamento dell'istituzione, occorranza non uno, ma tre arbitri per formare il tribunale, ciascuna parte nomina il proprio arbitro e il terzo, che sarà il Presidente del tribunale arbitrale, verrà nominato concordemente dagli

¹¹ A.Frignani: *L'arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica* in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol.Trentaresimo; Capitolo Primo, p. 2, Padova Cedam,2004

¹² S. Specchia: *L'arbitrato internazionale*, Capitolo primo p. 2, Torino, Giappiccheli 2013

¹³ M. Moses: *The principles and practice of international commercial arbitration*; Capitolo Primo, p. 2

altri arbitri. Di norma gli arbitri internazionali dovrebbero essere tutti e tre indipendenti e imparziali¹⁴, sebbene possano essere scelti dalle parti coinvolte nella controversia.

Come sopra accennato le parti scelgono di ricorrere all'arbitrato soprattutto perché esso si conclude con l'emissione di un lodo: una pronuncia definitiva e vincolante che, di solito, non può essere impugnata davanti ad un tribunale di livello superiore.

Non tutte le decisioni arbitrali sono classificabili come lodi, ma soltanto quelle che decidono in via definitiva le questioni trattate nell'ambito della controversia.

Sono, quindi, considerabili lodi: le sentenze arbitrali che pongono fine a tutte le questioni oggetto di controversia, le sentenze arbitrali parziali - quelle che si pronunciano solo su una questione e non su tutta la controversia, a volte accomunate alle sentenze preliminari - , le sentenze arbitrali sui costi ed infine quelle aventi ad oggetto l'accordo tra le parti. Tutti questi tipi sentenze arbitrali decidono in via definitiva quanto rimesso agli arbitri¹⁵.

Eccezione al principio di definitività del lodo (nel diritto anglosassone: *finality*) è la possibilità di appello riconosciuta in alcune giurisdizioni; tuttavia, per la maggiore parte di esse, la parte ha facoltà di contestare un lodo solo in presenza di determinati vizi del lodo e/o del processo cui vi ha condotto. Sebbene ciascuna delle parti della controversia possa tentare di annullare il lodo in una corte del Paese in cui si è svolto l'arbitrato (sede dell'arbitrato), tuttavia, nella maggior parte delle leggi nazionali che regolano l'arbitrato, i motivi che permettono di annullare il lodo sono piuttosto limitati¹⁶.

Tra i motivi di annullamento riconosciuto come ammissibili, a titolo esemplificativo, vi sono: un difetto grave della procedura di arbitrato e l'eccesso di potere degli arbitri che abbiano deciso su di una questione che non era rimessa a loro. La parte soccombente, dopo che il tribunale arbitrale ha reso un lodo, può volontariamente conformarsi a quanto disposto dagli arbitri. Qualora la parte soccombente non si adeguasse al lodo arbitrale, la parte vittoriosa cercherà di ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo ad opera di una corte del cui territorio la parte soccombente possiede beni. La parte soccombente ha facoltà di impugnare la pronuncia degli arbitri avanti la corte nazionale che esegue il lodo, ma solo per motivi limitati¹⁷.

Il lodo, in sostanza, non è impugnabile nel merito, ciò significa che, anche nel caso in cui gli arbitri avessero commesso errori di diritto o di fatto, questi errori non potrebbero essere motivo valido per negare ottenimento dell'esecuzione: il lodo viene eseguito, nonostante esistano degli errori. Una

¹⁴ D. Lew-L. Mistelis -S. Kroll: *Comparative international commercial arbitration*, Capitolo Undicesimo, p.255, L'Aja Wolters Kluwer 2003

¹⁵ *Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York*, traduttori Potestà e Biasiolo, *Capitolo Primo*, p. 18 ; 2013 International Council for Commercial Arbitration.

¹⁶ Benedettelli-Consolo-Radicati di Brozolo: " *ARBITRATO* " AA.VV, a cura dello Studio Bonelli Erede; *Capitolo Sedicesimo* p.416, IPSOA, Milano Wolters Kluwer 2020, collana ITINERA

¹⁷ Cfr Articolo V paragrafo 1 Convenzione di New York 1958

volta che la decisione arbitrale resa a favore di una parte sia stata riconosciuta dalla giurisdizione di uno Stato e poi eseguita dalle corti dello stesso, si considera, in genere, che tale pronuncia abbia lo stesso effetto di una sentenza emessa da una corte nazionale con valore esecutivo pari ad un giudizio reso in quella giurisdizione¹⁸.

L'arbitrato internazionale è un fenomeno giuridico, come tale trova la sua disciplina in un quadro normativo composto da fonti articolate su vari livelli¹⁹.

Alla base di tale struttura giuridica si trova la convenzione di arbitrato, che consiste in un accordo scritto tra le parti, con il quale si rimette la risoluzione di alcune controversie alla giurisdizione degli arbitri, contenuto in una clausola arbitrale o in un compromesso. Qualora la convenzione di arbitrato non fosse valida, non potrebbe esistere alcuna base giuridica per l'arbitrato stesso.

La convenzione di arbitrato ha una portata limitata, ovvero vale solo *inter-partes*, poiché si applica, creando effetti vincolanti, esclusivamente alle parti che hanno deciso di ricorrere all'arbitrato tramite accordo. Occorre evidenziare che nell'accezione di "parti" non sono compresi solamente i firmatari della convenzione di arbitrato, ma anche altri soggetti che possono, in presenza di certe condizioni, esercitare diritti e adempiere a doveri nascenti da tale accordo.

Sempre all'interno del quadro normativo internazionale si trovano le "regole" di arbitrato che trovano applicazione nei confronti di tutti coloro che abbiano scelto di servirsene, mediante accordo nel momento in cui hanno rimesso la controversia ad arbitrato. Tali regole di arbitrato definite *ex- ante*, assumono valore vincolante allorché le parti abbiano deciso di utilizzarle; nel caso in cui le parti non abbiano raggiunto un accordo specifico su come regolare la procedura, esse rivestono carattere supplementare, funzionano di default. A dimostrazione del carattere integrativo di tali norme vi è la previsione, all'interno delle regole di arbitrato, di una disposizione che recita: "*unless otherwise agreed in writing by the parties.*" ("salvo non diversamente concordato per iscritto dalle parti"). Ne deriva che se le parti hanno concordato diversamente da quanto disposto dalle regole di arbitrato riguardo una questione particolare, il loro accordo sostituirà le disposizioni contenute in esse, salvo il caso in cui l'istituzione arbitrale o l'arbitro scelto non consideri tale regola di arbitrato come obbligatoria, dunque non derogabile²⁰.

Al di sopra delle regole dell'arbitrato si trova il diritto nazionale in cui sono ricomprese sia la *lex loci arbitri* e cioè il diritto applicabile alla procedura d'arbitrato valido nella sede dove esso si svolge, sia il diritto sostanziale che le parti hanno scelto per regolare il proprio accordo. Spesso si tratta di leggi nazionali diverse tra loro, due differenti ordinamenti nazionali. Quale diritto procedurale molti Paesi hanno adottato la

¹⁸ E. Gaillard -J. Savage: *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, Parte Quarta , Capitolo quarto, p. 779, L'Aja, Kluwer law International 1999

¹⁹ M. Moses: op. cit., p. 6

²⁰ *Ibidem*

legge modello UNCITRAL²¹: tale strumento è stato creato in modo da non entrare in conflitto con le regole di arbitrato. Infatti, se le parti hanno scelto regole di arbitrato che contengono disposizioni e procedure diverse da quelle della Legge Modello, normalmente prevalgono le prime sulla seconda, in tal modo assume rilievo la scelta delle parti sulle regole di arbitrato e quindi il diritto applicabile alla procedura arbitrale.

Il diritto sostanziale è, invece, il diritto nazionale che le parti hanno scelto per disciplinare le loro relazioni legali, esso verrà utilizzato dall'arbitro o dagli arbitri, per interpretare il contratto, per determinare il merito della controversia e per decidere ogni questione sostanziale. Nel caso in cui le parti non abbiano scelto, il tribunale arbitrale dovrà scegliere quale diritto sostanziale applicare.

Ad un livello superiore rispetto al diritto nazionale si trova la “*practice*”, ovvero la prassi dell'arbitrato internazionale, che viene utilizzata, tendenzialmente, in tutti gli arbitrati internazionali²². La prassi include varie pratiche sviluppate tramite l'uso dell'arbitrato in ambito internazionale: alcune di queste sono state codificate, prendendo il nome di regole aggiuntive o linee guida. Gli arbitri e le parti possono concordare che le loro procedure arbitrali seguiranno alcune di queste pratiche internazionali oppure, più semplicemente, possono adoperarle come linee guida. Gli arbitri internazionali sono un gruppo ristretto di persone, esperti nel dirimere controversie, questo fatto insieme alle pratiche internazionali sviluppate nei vari settori, incoraggiano un sistema relativamente coerente di procedure arbitrali.

Infine, al vertice del quadro normativo si trovano i trattati internazionali; per la maggior parte degli arbitrati internazionali sarà rilevante la Convenzione di New York del 1958, ma non bisogna dimenticare, in ambito europeo, la Convenzione di Ginevra del 1961. Tali strumenti forniscono un tentativo da parte degli Stati di avere un insieme di disposizioni comuni sulla disciplina dell'arbitrato, favorendo un sistema di riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri, rivolto alle corti nazionali.

Dunque, il quadro normativo dell'arbitrato è composto da varie fonti che possano comportare effetti diversi; comprende accordi privati, regole concordate, pratiche internazionali, diritti nazionali e trattati internazionali. Nonostante le parti abbiano una sostanziale autonomia sul processo di arbitrato, l'integrazione ed il rafforzamento di tale processo da parte delle leggi nazionali e dei trattati e consuetudini internazionali sono d'ausilio affinché funzioni in maniera equa ed efficace; tale quadro normativo infonde fiducia alle parti, che potranno disporre di un ragionevole mezzo di ricorso

²¹ United Nation Commission on Trade Law, (Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto Commerciale). Il suo compito è di favorire la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto del commercio internazionale.

²² Lew-Mistelis-Kroll: op. cit., Capitolo secondo, p.29

alternativo alle corti nazionali, qualora ci fossero problemi all'interno delle loro transazioni commerciali internazionali²³.

Le parti hanno la possibilità di scegliere se l'arbitrato sarà amministrato da un'istituzione arbitrale internazionale²⁴ o sarà *ad hoc*, il che significa che nessuna istituzione sarà coinvolta.

Le istituzioni che si occupano di amministrare gli arbitrati possono specializzarsi nel risolvere le controversie in un determinato settore del commercio oppure indistintamente di tutti i tipi di controversie commerciali transnazionali.

La più celebre tra le istituzioni è la *International Chamber of Commerce* (ICC), che ha all'attivo venticinquemila casi e i suoi lodi sono riconosciuti in 142 Paesi e territori²⁵, ma nel tempo hanno preso campo anche altre organizzazioni. Degna di nota è la *London Court of International Arbitration* (LCIA) che a partire dagli anni 80 del Novecento ha assunto rilievo mondiale via via maggiore²⁶, oppure sul versante statunitense notevole impatto ha avuto, e continua ad avere, *International Center of Dispute Resolution* (ICDR²⁷), una divisione interna della *American Arbitration Association* (AAA).

In Europa va sicuramente menzionato l'Arbitration Institute della Camera di Commercio di Stoccolma (SCC)²⁸, che si è specializzato soprattutto per le controversie in materia di investimento, divenendo esperta negli arbitrati tra Stato ospite ed investitore straniero. Italia, la Camera Arbitrale di Milano (CAM)²⁹ è la principale istituzione in materia.

Tutte le istituzioni elencate non si occupano solo di arbitrato, ma svolgono anche altre procedure di risoluzione delle controversie, come la mediazione o i vari meccanismi meglio noti come *Alternative Dispute Resolutions* (ADR).

Nel caso in cui le parti scelgano una procedura arbitrale amministrata, l'arbitrato sarà istituzionale e dunque, le regole che si applicano a tale procedura saranno quelle dell'istituto arbitrale, oppure, nel caso in cui si scelga l'arbitrato *ad hoc*, si applicheranno altre regole, scelte dalle parti.

La scelta di uno piuttosto che dell'altro tipo di arbitrato offre alle parti sia vantaggi che svantaggi. L'aver individuato un arbitrato istituzionale comporta, per le parti, il vantaggio che l'intero svolgimento della procedura resti sotto il controllo dell'ente, il quale svolge importanti funzioni amministrative.

Le regole delle istituzioni permettono che gli arbitri siano nominati in modo tempestivo, oltre garantire che l'arbitrato proceda in modo ragionevole ed infine, particolare non di poco conto, che le parti provvedano al pagamento, in anticipo, sia gli onorari degli arbitri sia le spese di gestione del procedimento.

²³ P. Bernardini: *L'arbitrato internazionale*, Capitolo Primo p.15 ; Milano Giuffrè 1994

²⁴ Lew-Mistelis-Kroll: op. cit., Capitolo terzo, pp.37ss

²⁵ <https://iccwbo.org/>

²⁶ <https://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>

²⁷ https://www.icdr.org/about_icdr

²⁸ <https://sccinstitute.com/about-the-scc/>

²⁹ <https://www.camera-arbitrale.it/en/arbitration/index.php?id=5>

Dal punto di vista degli arbitri si ha il vantaggio, in questo tipo di arbitrato, di non avere bisogno di trattare con le parti riguardo ai propri onorari. Altro punto di forza di questo modello di arbitrato consiste nel sapere che le regole di arbitrato istituzionale sono collaudate nel tempo e, di solito, risultano abbastanza efficaci per affrontare la maggior parte delle controversie che vengono rimesse dalle parti ai tribunali delle istituzioni arbitrali. Ulteriore vantaggio dell'arbitrato istituzionale è che un lodo reso sotto gli auspici di un'istituzione conosciuta può avere una credibilità maggiore all'interno della comunità internazionale e nelle corti nazionali; ciò potrebbe convincere la parte che soccombe a non contestare un lodo emesso dopo un arbitrato amministrato.

Contrariamente a quanto sopra, con un arbitrato *ad hoc*, non occorre un'istituzione che amministri tutta la procedura, con il conseguente vantaggio che le parti non debbano sostenere commissioni e spese nei confronti di un ente esterno.

Le parti hanno anche maggiori possibilità di adattare alle concrete esigenze la procedura, potendo così prestare molta più attenzione alle particolarità della controversia tra loro sorta. Inoltre, le parti insieme con gli arbitri possono redigere le proprie regole di arbitrato oppure possono scegliere di adoperare le Regole di arbitrato UNCITRAL, che sono frequentemente utilizzate negli arbitrati *ad hoc*.

Gli arbitrati di questo tipo sono talvolta particolarmente efficaci nel caso in cui una delle parti sia uno Stato ed in cui potrebbe essere necessaria, vista la differenza degli interessi e dei poteri tra le parti in disputa, una maggiore flessibilità nel procedimento. Si può decidere, ad esempio, che nessuna delle parti rivesta il ruolo di convenuto, perché entrambe le parti hanno rivendicazioni l'una contro l'altra. In questo caso ciascuna parte avrà semplicemente l'onere della prova riguardo alle affermazioni che solleva contro l'altra parte, senza ulteriori adempimenti istruttori.

Tuttavia, un procedimento *ad hoc* può risultare svantaggioso nel caso in cui una delle parti, volontariamente, agisca per ostacolare il processo. In tale situazione, senza un'istituzione che amministri la procedura, le parti potrebbero dover richiedere l'assistenza di una corte nazionale per portare avanti l'arbitrato³⁰.

³⁰M. Moses: op. cit., p. 10; G.B. Born: *International Commercial Arbitration - vol.I*, capitol primo p.171, L'Aja Wolters Kluwer 2014

1.3 Perché viene scelto l'arbitrato commerciale

Uno studio dell'università inglese Queen Mary³¹ ha rilevato che le ragioni che spingono le parti a scegliere l'arbitrato internazionale sono più di una, tuttavia al primo posto come motivo più significativo pare sia la facilità con cui vengono eseguiti i lodi, grazie alla Convenzione di New York del 1958, di cui fanno parte 166 Paesi³².

In secondo luogo, quale motivo rilevante nella decisione, vi è la neutralità del foro, ossia la possibilità di evitare un intervento della giurisdizione nazionale dell'altra parte; seguono altri vantaggi quali la flessibilità della procedura di arbitrato internazionale, che ricopre il terzo posto, mentre al quarto si colloca la possibilità di scegliere gli arbitri, profilo rilevante specialmente in materie dove è necessaria una conoscenza tecnica approfondita.

È giusto menzionare, in quinta posizione, tra i motivi per cui si sceglie l'arbitrato, la confidenzialità, che si traduce nella capacità di mantenere riservati i procedimenti e il conseguente lodo. Molte aziende, infatti, desiderano procedure riservate volendo evitare la divulgazione delle informazioni sull'azienda e sulle sue operazioni commerciali, e non desiderando che l'esito potenzialmente negativo della controversia diventi pubblico.

E' apprezzato inoltre il fatto che nell'arbitrato ci sia una “*discovery*” minore.

Questa attività, infatti si svolge in fase preprocessuale ed è tipica degli ordinamenti di common law; le parti si scambiano prima informazioni, ed anche eventuali prove, che presenteranno successivamente nel dibattimento³³. Sebbene in passato, nel pensare comune, l'arbitrato apparisse meno costoso rispetto ad un contenzioso davanti alle corti nazionali, lo studio della Queen Mary ha permesso di appurare che le parti coinvolte negli arbitrati internazionali non ritengano sussistere che tale risparmio in termine di costi.³⁴

Un altro vantaggio, considerato rilevante nella scelta, è quello dei tempi più rapidi rispetto ad un contenzioso davanti a corti nazionali, nonostante la prassi abbia dimostrato che le parti hanno sempre di più incorporato all'interno del processo arbitrale molte tattiche tipiche del contenzioso dinnanzi alle giurisdizioni ordinarie: tale condotta ha dilatato i tempi e incrementato, ulteriormente, i costi della procedura di arbitrato.

Le caratteristiche che da un certo punto di vista possono essere percepite come vantaggi dell'arbitrato, sotto un'altra prospettiva possono invece essere ritenute negative.

³¹ Tale studio è stato illustrato dall'Avvocato Arossa il 29 settembre 2020, all'interno di una lezione sull'arbitrato per gli studenti di Giurisprudenza del profilo internazionale alla Luiss.

³² Per vedere i Paesi contraenti https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status

³³ L'illustrazione di tale istituto è tratta dalla definizione data nel: www.americanbar.org

³⁴ G.B. Born: op.cit., p. 89, Wolters Kluwer 2014; sull'argomento anche Rogers: *Transparency in International Commercial Arbitration*, in Kan. L. Rev. vol.54 pp. 1301, 1304 (2006); Pislevik: *Precedent and development of law: Is it time for greater transparency in International Commercial Arbitration?* In Arb. In'tl 2018, Vol.34(2), pp.241-260

Una fattispecie di questa ambivalenza potrebbe essere riscontrata, ad esempio, nella mancanza di un diritto di appello. Se da una parte l'assenza di tale diritto può essere vista come un vantaggio in termini tempistiche, dato che la conclusione della controversia risulta più celere, dall'altra parte allorché un arbitro ha preso una decisione manifestamente errata in diritto o in fatto, si palesa l'evidente conseguenza negativa di non disporre una possibilità di annullare il lodo. È comprensibile che questo aspetto procuri una certa frustrazione per quella parte che ha perso la causa, nonostante sia palese l'esistenza di scorrettezze formali ed anche sostanziali che hanno inficiato il lodo.

Un ulteriore svantaggio riscontrabile in questo sistema, causato proprio dalla particolare natura giurisdizionale dell'arbitrato, è il fatto che gli arbitri, salvo rari casi, non hanno veri e propri poteri coercitivi, ovvero non dispongono della capacità di imporre sanzioni alla parte che non ottempera ad una delle richieste di un tribunale arbitrale³⁵.

All'opposto, una corte nazionale è dotata di autorità maggiore: è possibile, perciò, che essa possa imporre sanzioni qualora una parte non si conformi ad un ordine della corte stessa. Mentre, al contrario, nell'arbitrato, normalmente, non risulta agevole avere tale autorità, sebbene gli arbitri possano trarre conclusioni sfavorevoli quando una delle parti non si attenga alle disposizioni emesse dallo stesso.

L'analisi degli elementi posti a sostegno della scelta ha permesso, allo studio inglese, di concludere che i vantaggi a ricorrere a questo mezzo di risoluzione siano molteplici e comunque considerati superiori agli svantaggi, tali da poter veicolare la volontà delle parti a scegliere l'arbitrato come mezzo di risoluzione delle proprie controversie internazionali.

Qualora il caso coinvolga più di due parti³⁶, spesso accade che un tribunale arbitrale non disponga degli strumenti giuridici necessari per convocare tutte le parti interessate, anche se queste potrebbero avere un vantaggio nella risoluzione della controversia. Il motivo di tale indisponibilità dei mezzi sorge dal fatto che il potere del tribunale arbitrale trova la sua principale base giuridica nel consenso delle parti, per il quale se anche una sola delle parti non ha accettato di ricorrere all'arbitrato per la risoluzione della controversia, solitamente, essa non può essere chiamata ad unirsi alla procedura da parte del tribunale arbitrale.

Dalle caratteristiche sopra illustrate emerge che lo scopo dell'arbitrato internazionale sia quello di permettere a persone provenienti da culture e paesi tra loro diversi di risolvere le loro

³⁵ G.B. Born: *International Commercial Arbitration* - vol.II, Capitolo Quindicesimo p.2315

³⁶ A.J. Van der Berg: *The New York Arbitration Convention of 1958* Parte seconda, capitolo primo pp. 161 ss, L'Aja Kluwer law international 1981

controversie, attraverso modalità che permettano a tutte le parti in causa di avere la percezione che il sistema privato di risoluzione delle controversie sia al servizio di un comune senso di giustizia³⁷.

1.4 I principi su cui si basa la Convenzione di New York 1958

La “*Convenzione delle Nazioni Unite sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*”, meglio conosciuta come Convenzione di New York 1958³⁸, rappresenta nel campo del diritto del commercio internazionale uno strumento multilaterale di notevole importanza. Questa Convenzione può essere vista come il tassello centrale del mosaico di trattati internazionali e legislazioni nazionali che garantiscono il riconoscimento e l'applicazione dei lodi arbitrali e delle convenzioni arbitrali³⁹.

Prima della creazione di un trattato unico, le disposizioni riguardo all'arbitrato internazionale erano contenute in due strumenti distinti, ovvero il già citato “*Protocollo di Ginevra sulle clausole arbitrali*” del 1923 e la “*Convenzione di Ginevra sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri*” del 1927.

Bisogna rammentare che già nel 1953 la Camera di Commercio Internazionale (ICC) aveva redatto una bozza di Convenzione per regolare l'esecuzione dei lodi” internazionali”. Successivamente il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni unite (ECOSOC) stabiliva che la futura Convenzione si dovesse applicare ai lodi” stranieri”⁴⁰.

A lavori ultimati la Convenzione venne definita: “*Un'innovazione molto audace*”⁴¹ : alla luce della sua applicazione, a distanza di più di sessant'anni, e considerato quanti Stati ne siano entrati a far parte, pare che mai profezia fu più appropriata. Ad oggi fanno parte di questa convenzione: 166 tra Stati e territori: pochi trattati internazionali nella storia hanno avuto un numero così alto di adesioni.

La Convenzione è uno strumento fondamentale per l'arbitrato commerciale internazionale, divenuto il mezzo preferito per la risoluzione delle controversie e più efficace a livello internazionale, anche grazie al contributo che la stessa ha apportato.

La portata positiva dello strumento è la consacrazione della primazia dell'autonomia negoziale delle parti⁴², che si manifesta nel consentire alle parti di sottrarre le proprie controversie alla giurisdizione delle corti nazionali; inoltre avendo la possibilità di scegliere la sede consente ai ricorrenti di sottoporre la risoluzione della controversia al sistema che preferiscono.

³⁷ M. Moses: op. cit., p. 19

³⁸ Resa esecutiva in Italia con legge 19 gennaio 1968, n. 62 (G.U. n. 46 del 21 febbraio 1968)

³⁹ P.Sanders: in *Premessa alla Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York*

⁴⁰ A.J -Van den Berg :*The New York Arbitration Convention of 1958*, Introduzione p.7

⁴¹ Parole pronunciate dal Professor Matteucci, delegato italiano alla Conferenza; U.N Doc.E/Conf.26/S.R13.3 (1958)

⁴² Benedettelli-Consolo Radicati di Brozolo: “*L'arbitrato internazionale*” in “*ARBITRATO*” AA.VV, a cura dello Studio Bonelli Erede; *Capitolo Sedicesimo* p. 372 IPSOA, Wolters Kluwer 2020, collana ITINERA

La Convenzione crea un sistema di norme che consentono di istituire una cooperazione tra i giudici nazionali nel riconoscere ed eseguire sia i lodi arbitrale che le convenzioni di arbitrato. Essi hanno a disposizione uno strumento di diritto internazionale largamente riconosciuto nelle giurisdizioni di molti Paesi.

Esaminando la prassi applicativa della Convenzione di New York 1958 si può notare che il successo di tale trattato è stato anche determinato dalla tendenza delle corti nazionali ad interpretare, in maniera il più possibile uniforme allo spirito della Convenzione, le disposizioni del proprio diritto interno. Va ricordato comunque che l'intero sistema si regge sull'interpretazione da parte dei giudici delle corti nazionali per il che l'efficacia della stessa si basa sull'applicazione delle disposizioni della Convenzione da parte dei giudici stessi.

Nel corso dei decenni ci sono state alcune incomprensioni della Convenzione in relazione ad alcune decisioni assunte da parte delle corti nazionali, che si sono rivelate non conformi allo spirito del trattato. Nonostante questi esempi di incoerenza nella prassi applicativa, si accompagnano numerose decisioni in cui i giudici nazionali hanno interpretato in modo corretto la Convenzione, permettendo ad essa di diventare un fruttuoso strumento per l'ordinamento internazionale.

Inoltre, il fatto che le corti nazionali tentassero di interpretare correttamente la Convenzione, ha permesso che un continuo esame della legislazione interna, intuendone i limiti e le potenzialità in un contesto di continuo cambiamento in ambito di diritto commerciale internazionale⁴³.

Sebbene la Convenzione di New York 1958 sia di notevole importanza per la disciplina dell'arbitrato, in essa non sono disciplinati tutti gli aspetti della procedura arbitrale, ma solamente il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi e delle convenzioni di arbitrato; molti profili rimangono in gran parte lasciati alla disciplina alle singole legislazioni nazionali.

La Convenzione è un trattato internazionale, come tale è parte del diritto internazionale: ciò comporta che i giudici delle corti nazionali chiamati ad applicarla debbono interpretarla secondo le regole proprie del diritto internazionale⁴⁴.

Tali regole interpretative sono codificate negli articoli 31 e 32 della *Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati*⁴⁵, applicati in sequenza. Prima si applica l'articolo 31 e qualora non si giungesse ad un significato chiaro, attraverso la norma di interpretazione generale, si ricorre alle norme supplementari al riguardo, applicando l'articolo 32 della stessa Convenzione.

In conformità del disposto del primo dei due articoli citati, le disposizioni dei trattati internazionali vanno interpretate, in generale, secondo il senso comune alla luce del suo oggetto e del

⁴³ D. Di Pietro: *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*, in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis S. ;Capitolo Quinto, p. 98, L'Aja Wolters Kluwer 2003

⁴⁴ A.J. Van den Berg : op. cit., p. 3

⁴⁵ Conclusa a Vienna il 23 maggio del 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980; Cfr U.N. Treaties Series, vol.1155, p.331

suo scopo e qualora il testo risultasse ambiguo, in base alle disposizioni del secondo degli articoli sopra citati della Convenzione di Vienna, si potrebbe far ricorso ai documenti redatti nei lavori preparatori e quindi ricostruire le circostanze nelle quali il trattato è stato concluso⁴⁶. Tali norme devono condurre ad una univoca interpretazione della Convenzione di New York in tutti i Paesi che ne fanno parte, con la conseguenza che i giudici delle corti degli Stati Contraenti non potranno adoperare il proprio diritto nazionale per interpretare le disposizioni della Convenzione. Tuttavia, spesso accade che gli Stati recepiscono i trattati internazionali con una normativa interna di attuazione e così è avvenuto anche per la Convenzione in esame.

La normativa di recepimento, in questo caso, può divenire rilevante per l'interpretazione delle disposizioni contenute nei trattati ed a volte è anche possibile che possa modificare le Convenzioni internazionali, non fa eccezione quella di New York del 1958. Nel momento in cui si parla di interpretare la Convenzione alla luce del suo oggetto e del suo scopo - come recita l'articolo 31 della Convenzione di Vienna - la prassi ha condotto a ritenere quale fine quello di favorire il commercio internazionale e la risoluzione delle controversie attraverso l'arbitrato.

Va infine ricordato che il Giudice, quando si trovi di fronte ad una norma con varie interpretazioni, debba scegliere quella che favorisce il riconoscimento e l'esecuzione del lodo o della convenzione di arbitrato⁴⁷. Da tali considerazioni è possibile concludere che la Convenzione di New York sia ispirata al principio del *favor arbitrati*⁴⁸.

Prova del principio, portato avanti dalla Convenzione, di facilitare l'esecuzione dei lodi arbitrali, è l'articolo VII paragrafo 1: questo articolo regola il rapporto tra la Convenzione di New York e le varie leggi nazionali e tra la suddetta Convenzione ed altri trattati internazionali, vincolanti nello Stato in cui è richiesta l'esecuzione del lodo.

In tale norma è contenuto un importante principio conosciuto con il nome di “*more favourable right-provision*” (mfr)⁴⁹ ovvero l'applicazione del trattamento più favorevole. Secondo quest'ultimo, qualora una legge nazionale o un trattato internazionale contengano disposizioni che permettano di applicare criteri meno rigidi per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, questi saranno considerati più favorevoli della Convenzione di New York e verranno applicati.

Il “trattamento più favorevole” si differenzia notevolmente dalle classiche regole di diritto internazionale che disciplinano il conflitto tra i trattati ovvero quello del *lex posterior* (la legge successiva abroga la precedente) ed il principio di specialità (*lex specialis derogat generali*). Nel testo non si fa

⁴⁶ J.M Sorel: *A proposito dell'interpretazione dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969 e sulla sua applicazione giurisprudenziale* “ in Ration pratica, fascicolo n. 1 giugno 2004, il Mulino,

⁴⁷ N.Kaplan : *Introduzione alla Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York*

⁴⁸ N.Kaplan.: *Ibidem*

⁴⁹ A.J Van den Berg: op. cit., pp. 81ss

riferimento alle convenzioni di arbitrato con riguardo al principio in esame, tuttavia è riconosciuto da tempo che l'articolo VII paragrafo 1 si applichi anche ad esse.

Oltre alla storia delle origini della Convenzione ed al suo intento di favorire in riconoscimento e l'esecuzione anche delle convenzioni di arbitrato, l'UNCITRAL del luglio 2006 ha adottato una raccomandazione in cui si indicava di applicare questo articolo in favore del diritto delle parti di avvalersi anche della legge o dei trattati internazionali più favorevole, per la domanda di validità della convenzione di arbitrato⁵⁰.

Ad una prima lettura superficiale, parrebbe che le "Riserve", speciali condizioni concesse dalla Convenzione, possano inficiare lo spirito che guida la Convenzione di New York, poiché permettono regimi diversi a seconda dei Paesi che le abbiano o non poste, ma se si osserva la realtà si può notare che non sono ostacoli, ma bensì accorgimenti.

Attraverso questo strumento si è preferito favorire un numero più alto di adesioni tra gli Stati permettendo alle parti contraenti di aderire alla Convenzione senza rinunciare a quelli che consideravano come attributi necessari della propria sovranità. Il successo della Convenzione pare aver premiato questa scelta. Al momento della conclusione, i Redattori optarono per una scelta più tradizionale, dando la possibilità di aderire in condizioni di reciprocità.

All'articolo I al paragrafo 3 Primo Periodo, che nel disciplinare la "reciprocità" recita: "Al momento della firma o della ratifica della presente Convenzione, dell'adesione alla stessa o della notificazione di estensione, di cui all'articolo X, ogni Stato potrà, sulla base della reciprocità, dichiarare che applicherà la Convenzione unicamente al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze rese sul territorio di un altro Stato contraente"⁵¹.

La riserva in questione è stata posta da circa due terzi degli Stati contraenti, in quanto un giudice di uno di questi Paesi applicherà la Convenzione solo nei confronti di lodi emesi in un altro Paese contraente. Se il lodo è non- nazionale⁵², il giudice dovrà applicare la Convenzione solo nel caso in cui tale lodo presenta un collegamento con l'ordinamento giuridico di uno stato contraente.

Tuttavia, questa riserva ha sempre meno impatto all'interno del sistema di relazioni creato dalla convenzione da che oggi il numero di Stati che hanno aderito ad essa è molto ampio e dunque, risulta raro che possa essere emesso il lodo in uno Stato che non sia contraente.

Nel medesimo articolo, ma nel Secondo Periodo, che così si esprime "Esso potrà anche dichiarare che applicherà la Convenzione soltanto alle controversie derivanti da rapporti giuridici,

⁵⁰ Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York: capitolo primo, p. 28

⁵¹ Testo tradotto della Convenzione di New York del 1958. www.arbitration-icca.org

⁵² Cfr. nel Primo Capitolo, paragrafo 2.3 del presente elaborato

contrattuali o non contrattuali, considerati commerciali dalla sua legge nazionale.”. In questa disposizione si può notare la “riserva commerciale”, che è collegata al concetto di arbitrabilità ed è stata inserita poiché i Paesi di diritto civile, che distinguono tra transazioni commerciali e non commerciali, senza tale distinzione non avrebbero aderito alla Convenzione⁵³.

La Convenzione non fornisce, nel suo testo, una definizione di cosa voglia intendere con il termine *commerciale*, rimettendo la definizione al diritto interno di ogni Stato Parte. Il *modus operandi* scelto dai compilatori non è solo proprio della Convenzione di New York, poiché già era stato seguito in un precedente trattato, antenato della Convenzione, ovvero l’articolo I del Protocollo di Ginevra sulle clausole arbitrali del 1923: “*Ogni Stato Contraente si riserva il diritto di limitare l’obbligazione menzionata riguardo i contratti che sono considerato commerciali secondo il proprio diritto*”. La scelta è stata anche dettata dal fatto che durante i negoziati della Convenzione di New York, alcuni Stati si espressero chiaramente su questo punto, dichiarando che la loro accettazione del testo era condizionata alla possibilità di limitare le disposizioni generali sul riconoscimento e sull’esecuzione delle convenzioni di arbitrato solamente a quegli accordi legati a rapporti legali di natura commerciale.

Tuttavia, certe corti nazionali di alcuni Paesi che hanno accettato la riserva in questione, sembrano orientate a interpretarla in modo restrittivo, ovvero a estendere la nozione di “commerciale” anche in quei settori che il diritto nazionale non riterrebbe. La causa di questa tendenza è probabilmente dovuta al fatto che mentre un approccio cauto nei confronti delle decisioni straniere di natura giudiziale, comprendendo anche i lodi, è considerato una necessità politica da parte di molti Stati, nella pratica l’applicazione di questa attenzione politica viene meno quando appare chiaro alla magistratura che il lodo straniero non entra in contrasto con i principi fondamentali della giurisdizione.

Conseguenza di tale prassi è che alcune corti nazionali, tenuto conto della natura transnazionale della relazione contrattuale e della controversia che nasce da essa, decidono che il lodo debba comunque venire riconosciuto, nonostante si tratti di una settore non riconosciuto come commerciale dalle leggi nazionali⁵⁴.

1.5 La convenzione di arbitrato

Un principio rilevante inerente all’esecuzione ed al riconoscimento della convenzione di arbitrato è il principio della *Kompetenz-kompetenz*⁵⁵ secondo cui gli arbitri avrebbero il diritto di poter decidere sulla

⁵³ D. Di Pietro: op. cit, p. 88; si veda in particolare anche Pryles “*Reservations Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservations*”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, (Cameron May, 2008) di E.Gaillard -D. Di Pietro

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ G.B Born: op. cit. -Vol I, Capitolo settimo pp.1052ss; E. Gaillard-J. Savage: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, para. 662, 677.

propria competenza nel risolvere una controversia, attraverso la valutazione delle eccezioni sollevate riguardo alla loro incompetenza, e se ritenuto sussisterne i requisiti dichiararsi incompetenti. Tale principio risulta essenziale per permettere agli arbitri di svolgere al meglio il proprio mandato; al contrario se fosse necessario, ogni volta che viene contestata l'esistenza o la validità della convenzione di arbitrato, fare ricorso ai giudici nazionali vi sarebbero dannose ripercussioni sulla speditezza del procedimento arbitrale.

Nelle disposizioni della Convenzione di New York non viene indicata in maniera diretta l'affermazione di questo principio, ma seguendo un'interpretazione in linea con il *favor arbitrati*, il testo pare fornire un'indicazione a favore dell'applicazione.

Nonostante tale linea di pensiero sia condivisa da corti nazionali, tra cui quelle statunitensi, non è però pacifico a livello globale che il tribunale arbitrale possa essere competente in via prioritaria nel giudicare riguardo alla propria competenza. Infatti, anche la diversa lettura a mezzo della quale si giunge a negare l'applicazione, non è espressamente preclusa dalle disposizioni della Convenzione di New York 1958; proprio alla luce di quest'altra interpretazione i giudici delle corti nazionali potrebbero, senza problemi, effettuare un esame pieno e approfondito sulla convenzione di arbitrato e pronunciarsi sulla validità anche in una fase iniziale della controversia⁵⁶.

Un altro principio di notevole importanza nella disciplina dell'arbitrato internazionale largamente riconosciuto dalla prassi scaturente anche dalla Convenzione in esame, è il principio dell'autonomia della clausola compromissoria nei confronti del contratto, anche noto come *principio della separabilità della clausola*⁵⁷.

Una prima conseguenza dell'applicazione di tale concetto consiste nella non ripercussione, sulla convenzione di arbitrato, delle invalidità che colpiscono il contratto principale, quindi, anche nel caso in cui questo possa essere invalido, la convenzione di arbitrato potrebbe, comunque, essere perfettamente valida.

Altra conseguenza di tale principio è il fatto che la legge regolatrice del contratto stipulato tra le parti può essere diversa da quella che disciplina la convenzione di arbitrato⁵⁸. Questo sistema di separabilità è posto a salvaguardia dell'autonomia delle parti, poiché consente di rimettere ad arbitrato una controversia, indipendentemente dal contratto.

La Convenzione di New York 1958 pone un obbligo in capo al Paese parte contraente, esprimendosi così nell'articolo II paragrafo 1: "*Ciascuno Stato contraente riconoscerà un accordo scritto mediante la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune delle controversie*

⁵⁶ Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York: Capitolo secondo p. 42

⁵⁷ I.Bantekas: *An introduction to international arbitration*, Cambridge 2015 capitolo Primo p.27

⁵⁸ Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York: Capitolo secondo p. 43

*che siano sorte o possano sorgere tra loro circa un determinato rapporto giuridico, contrattuale o non contrattuale, riguardante una materia suscettibile di essere regolata mediante arbitrato*⁵⁹ “.

In questa disposizione è evidente, attraverso il termine usato “riconoscere”, che la validità della convenzione di arbitrato si presume esistere, ed è un obbligo per lo Stato contraente riconoscere l'autonomia delle parti e, dunque, il loro diritto a rimettere ad arbitrato una controversia, indipendentemente dal fatto che essa sia nata o no da un rapporto contrattuale, a condizione che possa essere suscettibile di essere risolta attraverso l'arbitrato.

Va anche osservato che, nel Primo e nel Secondo paragrafo dell'articolo I, la Convenzione richiede che l'accordo di arbitrato debba essere stipulato in forma scritta per essere valido; tuttavia in base al principio del trattamento più favorevole – di cui al paragrafo precedente 2.1- è possibile che venga riconosciuta valida una convenzione di arbitrato espressa non in forma scritta⁶⁰.

Nel medesimo articolo II il paragrafo 3 prevede:” Il tribunale di uno Stato contraente, cui sia sottoposta una controversia su una questione, per la quale le parti hanno stipulato una convenzione secondo il presente articolo, rinvierà le parti all'arbitrato, a domanda di una di esse, sempreché non riscontri che detta convenzione sia caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione”.

Effetto di questa disposizione è quello di sottrarre il merito del caso alla giurisdizione delle corti per rimmetterlo invece ad un tribunale arbitrale. Tale disposizione è anche definita “eccezione di arbitrato”. Occorre rammentare che per prassi dominante l'articolo in questione impedisce alla corte di rimettere le parti ad arbitrato *proprio motu*, ma solamente se tale eccezione è sollevata da una delle parti⁶¹. Questa disposizione assicura, dunque, alle convenzioni di arbitrato che rispettano i requisiti di validità stabiliti, il diritto ad essere eseguite da parte delle corti nazionali degli Stati contraenti della Convenzione.

Nonostante il grande favore riconosciuto dalla Convenzione di New York all'autonomia delle parti nello scegliere di rimettere ad arbitrato una controversia, lo stesso paragrafo sopra citato lascia alle corti nazionali il potere di negare che i procedimenti arbitrali possano essere da loro riconosciuti ed eseguiti, quando la convenzione di arbitrato sia viziata da circostanze fattuali o legali.

Le parole usate dalla Convenzione e segnatamente i termini: “caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione”, hanno condotto gli studiosi ad analizzarle chiedendosi se le tre circostanze evidenziate nella disposizione capaci di inficiare la validità della convenzione, possano avere una rilevanza sull'arbitrabilità della controversia. Infatti nel testo della Convenzione non viene chiarito il significato di questi termini, tuttavia la prassi applicativa e vari studiosi hanno tentato di fornire alcune interpretazioni riguardo al loro significato.

⁵⁹ Testo tradotto della Convenzione di New York del 1958. www.arbitration-icca.org

⁶⁰ E. Gaillard -J. Savage: op. cit., pp. 373- 376

⁶¹ A.J. Van den Berg: op. cit., p. 168

Per “caducata” (*null and void*) si intende una convenzione che è colpita da un vizio, il quale la inficia *ab initio*, come ad esempio in caso di frode, dolo, violenza, illegalità o errore.

Quando la Convenzione parla di “inoperante” si riferisce ad una convenzione di arbitrato che è stata, per un certo periodo dalla sua formazione, valida, ma non lo è più rimasta. L’eccezione di convenzione inoperante potrebbe essere sollevata quando vi è stata una rinuncia, una revoca, rescissione o risoluzione della convenzione di arbitrato. Sempre all’interno di questa eccezione ricade anche il caso in cui la controversia sorta tra le stesse parti sia già stata decisa da una corte nazionale o da un tribunale arbitrale, dunque è possibile sollevare l’eccezione secondo il principio della *res iudicata* o quello del *ne bis in idem*⁶².

Infine, con le parole “non suscettibile di applicazione” si indicano i casi in cui la procedura arbitrale non possa procedere a causa di impedimenti di natura fisica o giuridica. Il primo genere di impedimento, quello fisico, è raro che possa accadere, poiché si sostanzia in fattispecie quali la morte dell’arbitro nominato nella convenzione o il rifiuto dell’arbitro di accettare la nomina qualora le parti abbiano espressamente escluso la sostituzione. Molto più frequentemente, invece, sorgono problemi legati al significato da conferire ai termini contenuti nella clausola compromissoria, causati dalle formulazioni poco chiare. La clausola inficiata da impedimenti di natura giuridica è definita “patologica” anche se, a ragion di logica, sarebbe più corretto classificarla come convenzione caducata, infatti, spesso è questa eccezione che viene sollevata davanti ad un giudice nazionale per contestare la validità dell’arbitrato⁶³.

Tuttavia, non bisogna dimenticare il valore che ha il principio del *favor arbitrati*, il quale trova applicazione anche in caso di dubbio sulla validità della convenzione di arbitrato; dunque i termini dell’articolo II (3) spesso vengono interpretati in maniera da non ostacolare il ricorso alla procedura.

Infine, se si ritiene applicabile anche alla convenzione di arbitrato il principio del trattamento più favorevole, sarà anche possibile interpretare le convenzioni di arbitrato secondo la legge o il trattato internazionale che dispone criteri meno rigidi per la validità.

⁶² A.J. Van den Berg: op. cit., p. 158

⁶³ Guida dell’ICCA all’interpretazione della Convenzione di New York : Capitolo Secondo, p. 56

1.6 Esecuzione e Riconoscimento del lodo

Riguardo, invece, al lodo straniero emesso da un tribunale arbitrale, secondo la Convenzione di New York, esso potrà essere riconosciuto ed eseguito da parte della corte di uno Stato diverso rispetto a quello in cui è stato emesso⁶⁴.

Per lodo “straniero” si intende non solo quello emesso da un tribunale arbitrale con sede in un altro Stato, ma anche quello non considerato come nazionale dal Paese in cui viene richiesto il riconoscimento e l’esecuzione.

La Convenzione non specifica cosa significhi questo termine dando, ancora una volta, spazio all’interpretazione e alla prassi applicativa⁶⁵. Altrettanto controversa è la natura dei lodi cosiddetti “a-nazionali”. Vale a dire quei lodi emessi alla conclusione di procedure arbitrali completamente slegate da qualunque legge nazionale sull’arbitrato. Parte della dottrina⁶⁶ che si occupa di diritto internazionale è contraria ad applicare anche per questa categoria di lodi la Convenzione di New York, tuttavia è maggioritaria la parte che è favorevole anche a tale inclusione, sebbene sia raro che accada una simile situazione.

Dunque la categoria di lodi a cui è possibile applicare le disposizioni dalla Convenzione è ampliata anche a lodi non esattamente “stranieri”, fornendo alle parti la facoltà di usufruirne più spesso.

L’articolo III della Convenzione sopra citata pone in capo ai giudici delle corti degli Stati Contraenti, tenuti a conformarsi alle disposizioni contenute nella stessa, il dovere di riconoscere ed eseguire i lodi seguendo le norme procedurali vigenti all’interno del territorio del Paese dove è richiesta questa operazione.

Una novità della Convenzione, rispetto ai trattati precedenti in materia è stata la scomparsa del doppio *exequatur*, che consisteva nel requisito - richiesto dal Paese in cui si chiedeva l’esecuzione di un lodo - di aver già questo conseguito l’esecutività nel Paese sede dell’arbitrato. Tale condizione è stata superata da quando è in vigore la Convenzione di New York⁶⁷.

L’articolo IV della medesima elenca quali documenti occorre che la parte produca al fine di ottenere un riconoscimento e l’esecuzione del lodo arbitrale. I documenti elencati sono, *in primis*, la domanda di riconoscimento ed esecuzione del lodo, accompagnata dall’originale della sentenza o una copia dell’originale certificata e conforme, seguita dalla convenzione di arbitrato originale o una sua copia conforme ed infine una traduzione, se necessario, dei documenti elencati nella lingua del Paese dove è richiesto il riconoscimento e l’esecuzione⁶⁸.

⁶⁴ Art I par.1 della Convenzione di New York 1958, testo reperito presso: www.arbitration-icca.org

⁶⁵ A.J. Van den Berg A. J: op. cit., pp. 22-28

⁶⁶ Tra cui Van den Berg: op. cit., p.40

⁶⁷ P. Sanders: *Premessa alla Guida dell’ICCA all’interpretazione della Convenzione di New York*

⁶⁸ *Guida dell’ICCA all’interpretazione : Capitolo Terzo*, p. 76

La richiesta di riconoscimento ed esecuzione del lodo potrebbe essere rifiutata quando venissero riconosciuti motivi di diniego; tuttavia, anche in questa eventuale fase della procedura possono trovare campo alcuni principi generali in linea con il *favor arbitrati*.

Il primo principio rilevante si sostanzia nell'esclusione dell'esame nel merito⁶⁹, ovvero negare al giudice nazionale la facoltà di sostituire con la propria decisione quello che il tribunale arbitrale ha statuito nel merito della controversia, anche nel caso in cui sia stato commesso, dall'arbitro, un errore in fatto e in diritto.

Non esiste, dunque, un vero e proprio diritto di appello sancito dalla Convenzione, anzi la prassi applicativa della medesima è piuttosto rigorosa nell'elencare e nell'interpretare i motivi di diniego. L'indicazione dei motivi tassativi di diniego e dare ad essi un'interpretazione restrittiva risultano essere ulteriori principi generali applicabili nella fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo che non possono che essere la conseguenza del sopra citato principio del *favor arbitrati* che influenza l'intera Convenzione.

Un altro principio rilevante all'interno di questa fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo straniero consiste nel fatto che l'onere della prova grava sulla parte che riscontra essere sussistenti i motivi di diniego elencati nell'articolo V, i quali restano tassativi e, tendenzialmente, interpretati in maniera restrittiva⁷⁰.

I motivi di diniego sollevabili esclusivamente dalle parti sono cinque, elencati dalla lettera *a* alla lettera *e* del primo paragrafo del sopra citato articolo V, e consistono in gravi vizi procedurali. Interessante esempio è la *lettera c*, la quale individua come motivo di rifiuto, sollevabile dalla parte resistente, il fatto che il lodo emesso verta su una controversia non contemplata dalla convenzione di arbitrato oppure il fatto che il lodo si pronunci su alcuni aspetti che si trovano al di fuori del campo di applicazione della convenzione di arbitrato.

Questa disposizione discende dal principio secondo il quale il tribunale arbitrale ha competenza solamente riguardo a quelle questioni che le parti hanno scelto di rimettere ad arbitrato, quindi, al fine di delineare la competenza dell'arbitrato è necessario esaminare attentamente il dettato dell'accordo tra le parti e le domande da esse rivolte al tribunale. Generalmente le clausole compromissorie, redatte dalle istituzioni arbitrali internazionali, seguono modelli standard tali da attribuire ampia competenza ai tribunali arbitrali, al fine di permettere di risolvere non unicamente le controversie derivanti dal contratto, ma anche quelle che hanno anche solo un legame con esso.

⁶⁹A.J Van den Berg: op. cit., p. 269

⁷⁰Lew- Mistelis-Kroll: op. cit., p.673

L'ultima parte della disposizione che regola questo motivo di diniego consente, infatti, ai giudici delle corti nazionali di autorizzare "parzialmente" l'esecuzione della sentenza arbitrale, nel caso in cui essa si sostanzi in una violazione "parziale" dei limiti nel cui ambito si trova la competenza del tribunale arbitrale. L'esecuzione parziale è possibile a condizione che quella parte del lodo che rientra nella competenza del tribunale arbitrale possa essere disgiunta, ovvero separata, dalle altre questioni che al contrario non rientrano nella competenza del suddetto tribunale⁷¹. In questa disposizione è centrale il riferimento all'autonomia delle parti, le quali hanno la facoltà di scegliere di rimettere ad arbitrato solamente alcuni aspetti delle controversie sorte, evitando che il sindacato del tribunale arbitrale possa divenire troppo invasivo e creare difficoltà alle parti.

Tuttavia, qualora la materia oggetto della controversia non sia considerata arbitrabile, alla luce del diritto nazionale del Paese ove è fatta domanda di riconoscimento e di esecuzione del lodo, non occorre che sia la parte che si oppone alla pronuncia degli arbitri ad allegare tale motivo né è necessario che debba provarlo.

Infatti, a differenza di quanto dettato nel primo paragrafo, in relazione a questo motivo di diniego, la disciplina contenuta nell'articolo V paragrafo 2 lettera a) espressamente dispone: " *Il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo arbitrale può anche essere negato se l'autorità competente nel Paese dove il riconoscimento e l'esecuzione è richiesta riscontra che: (a) La materia oggetto di controversia non è in grado di essere risolta tramite arbitrato, secondo il diritto di quel Paese.* " ⁷².

In questa circostanza risulta chiaro che la disposizione preveda che sia la corte del Paese in cui è richiesta l'esecuzione del lodo arbitrale di sua iniziativa, a rifiutarsi, se lo ritenesse opportuno, di riconoscerlo, senza che le parti debbano intervenire, allegando e provando che la controversia - rimessa alla risoluzione di uno o più arbitri - non rientri tra quelle sorte in determinate aree che il diritto nazionale ritiene non arbitrabili. È facoltà, quindi, della corte stessa sollevare l'eccezione di inarbitrabilità, operando una rilevazione *ex-officio*, giungendo così a negare riconoscimento ed esecuzione al lodo inficiato dal motivo di cui sopra. Bisogna sempre considerare che l'attuale tendenza seguita da molti Paesi, parti contraenti della Convenzione, consiste nel limitare le categorie di controversie esclusivamente riservate alla giurisdizione dei giudici nazionali, ne deriva che lo spazio lasciato all'inarbitrabilità sia fortemente ridotto.

Tale orientamento risulta motivato da vari fattori, tra i quali sicuramente bisogna includere la volontà di limitare i costi della giustizia, la crescita di una maggiore sensibilità da parte dei giudici delle corti nazionali nei riguardi dell'accordo delle parti di ricorrere ad una procedura di arbitrato ed anche il favore da parte dei legislatori nazionali nei confronti dell'arbitrato internazionale, consapevoli del fatto che questo consente la stabilità dei traffici commerciali.

⁷¹ A.J Van den Berg: op. cit. pp. 311-321

⁷² Testo tradotto della Convenzione di New York del 1958. www.arbitration-icca.org

La questione sull'arbitrabilità della controversia, in questa fase, va valutata secondo la legge del Paese in cui viene richiesto il riconoscimento e l'esecuzione del lodo. Il motivo di diniego dell'esecuzione e del riconoscimento del lodo, la questione sulla possibilità che una controversia possa essere o meno risolta tramite arbitrato deve, comunque, riguardare la parte essenziale della domanda di riconoscimento ed esecuzione, non una domanda accessoria all'interno della controversia⁷³.

Anche in questa fase del procedimento arbitrale, è evidente come il principio del *favor arbitrati* riverberi il proprio effetto, impedendo che minime questioni di arbitrabilità possano portare ad un rifiuto di riconoscimento ed esecuzione del lodo straniero da parte di una corte nazionale.

Oltre alla disposizione sull'arbitrabilità, il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo arbitrale può anche essere negato per i motivi individuati dall'articolo V secondo paragrafo lettera b) che recita: " *b) il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sarebbe contrario all'ordine pubblico del Paese stesso*".

In questa disposizione la Convenzione lascia al giudice del Paese ove presentata la domanda la facoltà di negare il riconoscimento e l'esecuzione del lodo, se risultasse contrario all'ordine pubblico⁷⁴ del Paese stesso. Anche questo motivo di diniego, come il precedente riferito all'arbitrabilità contenuto nella *lettera a* del medesimo paragrafo, può essere sollevato dal giudice, per il che l'onere della prova non ricade sulla parte che resiste. A proposito di questo sesto motivo elencato dalla Convenzione, va notato che intercorre un dibattito tra i commentatori: da una parte vi sono coloro che ritengono che l'esame dei giudici nazionali debba essere totale quando si tratta di difendere l'ordine pubblico- in questa occasione il sindacato delle corti riguarderà non solo l'applicazione della legge nazionale, ma anche la valutazione dei fatti e persino come il tribunale arbitrale ha qualificato quei fatti nella sua sentenza arbitrale- ; dall'altra parte ci sono, invece, quei commentatori che ritengono, in accordo con il principio del non intervento nel merito della controversia, che neppure in questo caso - quando ci sia in gioco un interesse pubblico - sia possibile che i giudici nazionale tentino di sostituirsi con le proprie decisioni a quanto è già stato deciso, nel merito, dal tribunale arbitrale nel lodo, salvo non si tratti di una violazione così manifesta e concreta dell'ordine pubblico da non potersi in alcun modo eseguire o riconoscere la sentenza arbitrale⁷⁵.

Tuttavia, è prassi comune in molti Paesi contraenti della Convenzione che le corti nazionali tendano, anche in questo caso, a seguire un'interpretazione della disposizione in esame in linea con il

⁷³ Guida del'ICCA all'interpretazione: Capitolo Terzo pp. 113-114

⁷⁴ Sull'ordine pubblico ed arbitrabilità si ritornerà nel Capitolo Secondo del presente elaborato

⁷⁵ D. Di Pietro. *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*, in :*Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L. e Brekoulakis S. ; Capitolo Quinto, pag. 97; Mayer: "La sentence contraire à l'ordre public au fond" in Rev. Arb n. 4) 1994, pp. 630-31.; Hanotiau & Caprasse, "Public Policy in International Commercial Arbitration" in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* di Gaillard & Di Pietro (eds), Londra, Cameron May 2008

favor arbitrati. Seguendo questo principio le corti nazionali, infatti, applicano restrittivamente le disposizioni del diritto interno concernenti un richiamo generale all'ordine pubblico che porterebbe maggiori ostacoli all'esecuzione dei lodi del procedimento. Invero, in molte giurisdizioni si preferisce dare ascolto alla seconda linea di pensiero, quella che afferma che anche qualora fosse in gioco un interesse legato all'ordine pubblico, sarebbe da evitare un esame da parte delle corti nazionali nel merito del lodo emesso da un tribunale arbitrale e di cui è richiesto il riconoscimento e l'esecuzione in un Paese diverso da quello in cui è stato emesso; il tutto a condizione che la violazione dell'ordine pubblico non sia di gravità tale da risultare impossibile riconoscere o eseguire la sentenza arbitrale.

2. Nozione e motivi di arbitrabilità nel diritto dell'arbitrato internazionale.

2.1 Nozione

Nel momento in cui le parti scelgono di risolvere le proprie controversie attraverso il ricorso all'arbitrato rinunciano ad esercitare il proprio diritto che una corte nazionale decida riguardo alla causa⁷⁶; le parti decidono, con una clausola o con un compromesso, di non adire ad una corte nazionale.

Nella convenzione di arbitrato le parti hanno la facoltà di determinare le regole che disciplineranno la procedura, la sede dell'arbitrato, la lingua dell'arbitrato, la legge che governa l'arbitrato e, frequentemente anche gli arbitri, che vengono, di solito, scelti in ragione della particolare competenza nella materia in cui verte la disputa. Inoltre, la convenzione di arbitrato genera anche degli obblighi nei confronti delle parti, poiché le stesse si sono obbligate, con la convenzione d'arbitrato, a sottoporre le controversie a risoluzione tramite arbitrato, così attribuendo al tribunale arbitrale la giurisdizione sulle controversie che rientrano l'ambito di applicazione della convenzione.

Le parti, dunque, creano il proprio sistema privato di giustizia, anche perché attraverso il loro accordo si conferisce agli arbitri un mandato ovvero il potere di decidere la controversia e, sempre le parti nella loro convenzione, definiscono l'ambito di tale potere⁷⁷.

Nell'arbitrato è possibile riconoscere due aspetti tra loro diversi: l'aspetto contrattuale e l'aspetto giurisdizionale⁷⁸. Il primo aspetto è radicato nell'essenza stessa del meccanismo arbitrale, poiché è la volontà delle parti che crea il tribunale arbitrale come foro alternativo di risoluzione delle controversie, mentre

⁷⁶ Nella nostra Costituzione: articolo 24, comma 1.: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*

⁷⁷ M. Moses: op. cit., p. 20

⁷⁸ Cfr. pagina 1 del presente elaborato

l'aspetto giurisdizionale è una conseguenza necessaria del meccanismo stesso. Infatti, essendo l'arbitrato un metodo alternativo di risoluzione delle controversie deve fornire alle parti che decidono di servirsene un sistema di risoluzione efficace ed efficiente, tale da svolgere una funzione sostitutiva alla giustizia ordinaria⁷⁹.

Il sistema di relazioni internazionali, nato a seguito della Convenzione di New York del 1958 e della Convenzione di Ginevra del 1961, ha sancito la primazia dell'autonomia negoziale delle parti, che dispongono di ampio spazio decisionale sul procedimento da applicare al processo arbitrale e quali controversie rimettere ad esso.

Tuttavia, questa autonomia non è illimitata.

Al momento della scelta del testo finale della Convenzione di New York 1958 venne effettuato dai redattori un bilanciamento tra il potenziamento degli obbiettivi dell'arbitrato internazionale e i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico degli Stati contraenti. Il motivo per quest'opera di mediazione era quello di coinvolgere il più alto numero di Paesi e, sebbene alcune disposizioni sembrino contrarie allo spirito fondante della Convenzione, il sistema si è, poi, rivelato sostanzialmente efficace ed efficiente⁸⁰.

Alcuni limiti posti all'autonomia negoziale delle parti - quando esse scelgono l'arbitrato - sono legati direttamente o indirettamente al concetto di arbitrabilità, una questione che merita un'analisi approfondita e rigorosa.

L'arbitrabilità della controversia è uno degli argomenti in cui possono entrare in conflitto la natura contrattuale e quella giurisdizionale dell'arbitrato commerciale internazionale.

Il concetto in questione fa riferimento all'interrogativo che ogni sistema giuridico nazionale e internazionale che si occupa di arbitrato si pone, ovvero quali tipi di argomenti possono o non possono essere rimessi all'arbitrato e se esistono alcune categorie di controversie esenti dai procedimenti di arbitrato⁸¹. Se da una parte il principio dell'autonomia negoziale propende per il diritto delle parti di ricorrere all'arbitrato per risolvere ogni tipo di controversia tra loro sorta, dall'altra le disposizioni contenute negli ordinamenti nazionali impongono restrizioni e limiti, escludendo alcune materie dalla possibilità di venire risolte attraverso l'arbitrato, ma riservandole alla giurisdizione delle corti interne. In alcune interpretazioni il concetto di arbitrabilità delle controversie viene inteso in un senso più

⁷⁹ Massima della Sentenza n°223 del 19/07/2013 della Corte costituzionale Italiana
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=223>

⁸⁰ D. Di Pietro: "General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e S. Brekoulakis; Capitolo Quinto pag.86; Kluwer Law International 2009"; sempre lo stesso A. : "Are the Principles of the New York Convention realised consistently?", in *Achieving Justice Through International Arbitration*, Report of the Society for Advanced Legal Studies (2004)

⁸¹ L.Mistelis: "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis S. ; Capitolo Primo, pag. 4

ampio, fino a farlo coincidere con la questione della giurisdizione, ovvero della competenza a dirimere le controversie, del tribunale arbitrale. Questa interpretazione viene seguita prevalentemente negli Stati Uniti, le cui corti, in più pronunce giurisprudenziali, hanno definito la loro visione riguardo a cosa significa arbitrabilità.

È necessario specificare che all'interno della nozione di arbitrabilità, quando si tratta di arbitrati internazionali, è possibile distinguere una forma soggettiva ed una forma oggettiva.

L'arbitrabilità soggettiva (*ratione personae*) riguarda la capacità delle parti di poter dirimere le proprie controversie scegliendo di risolverle tramite un sistema arbitrale, mentre l'arbitrabilità oggettiva (*ratione materiae*) è indipendente dallo status giuridico delle parti e dalla loro volontà, ma riguarda l'oggetto del contendere⁸².

La nozione di arbitrabilità *ratione personae* è rilevante soprattutto nelle controversie tra Stato o sue emanazioni con i privati oppure in controversie sorte all'interno di più ampie convenzioni societarie, in controversie con più parti coinvolte o più contratti con clausole compromissorie o con più azioni disponibili. Infatti, i limiti alla capacità di una parte ad entrare in una convenzione di arbitrato sono intesi come strumento di tutela per quei soggetti che si ritengono contrattualmente più deboli⁸³, mentre i limiti che impediscono ad uno Stato di esser parte in una convenzione di arbitrato si basano su considerazioni politiche. Altre volte, invece, per capacità della parte si fa riferimento al concetto di capacità giuridica, ovvero la possibilità di esercitare diritti e adempiere a doveri: una parte che stipuli un accordo che preveda una clausola arbitrale o un compromesso, nel caso in cui venisse appurato che la stessa è incapace, la convenzione di arbitrato sarebbe considerata invalida.

Analizzando le fonti internazionali, l'arbitrabilità soggettiva negli arbitrati commerciali è stata disciplinata all'interno della Convenzione di Ginevra del 1961, ovvero la *Convenzione Europea sull'Arbitrato commerciale internazionale*. Questo strumento, che oggi conta più di trenta Paesi parte, resta uno dei pochi trattati internazionali che disciplina non solo l'esecuzione dei lodi e delle convenzioni arbitrali, ma le sue disposizioni e i suoi principi riguardano anche aspetti procedurali e sostanziali dell'arbitrato internazionale commerciale, si tratta pertanto di un importante esempio di codificazione internazionale⁸⁴.

La Convenzione di Ginevra del 1961 al suo articolo II, rubricato: “*Capacità delle Persone morali di diritto pubblico di sottomettersi all'arbitrato*”, concedeva a questo genere di soggetti giuridici la capacità di concludere validamente le convenzioni di arbitrato ed, inoltre, permetteva allo Stato di dichiarare, nel momento della firma o della ratifica o dell'adesione alla Convenzione di cui sopra, a quali condizioni

⁸² G.B Born: op.cit., p. 944

⁸³ E. Gaillard -J.Savage : op. cit. , p. 313

⁸⁴ G.Zeiler - A. Siwy : *European Convention on International Commercial Arbitration. A commentary*; di Zeiler& Siwy, Prefaction pp. xvii-xviii, L'Aja Wolters Kluwer 2019

subordinava la propria scelta di concludere questo trattato internazionale. Il motivo di queste scelte va ritrovato nella sua genesi, infatti molti Stati contraenti della Convenzione di Ginevra del 1961 erano Paesi socialisti o Paesi nei quali lo Stato o le sue espansioni avevano un ruolo centrale nell'economia, alcuni ordinamenti presentavano particolari restrizioni o addirittura divieti alla capacità dello Stato di diventare parte di una procedura arbitrale.

Col tempo e con i cambiamenti socioeconomici, è stata esclusa la possibilità per gli Stati o organismi affini di rifiutarsi di partecipare ad una convenzione a cui avevano precedentemente aderito sulla base della propria legge nazionale⁸⁵. Tuttavia, non bisogna dimenticare che il commercio internazionale è caratterizzato da un gran numero di controversie tra Stato e privati, specie in materia di investimento; questo conduce a ritenere che molti Stati considerino, soprattutto quelli che hanno ratificato la Convenzione di Washington del 1965, risolvibili attraverso arbitrato controversie che li vedono parte in causa⁸⁶.

La nozione oggettiva di arbitrabilità, molto rilevante in caso di arbitrato commerciale internazionale tra privati, invece, è presente anche nella Convenzione di New York 1958, sia con riguardo alla convenzione di arbitrato sia con riguardo all'esecuzione del lodo.

La Convenzione affronta il concetto di arbitrabilità nel suo Articolo II ed nel suo Articolo V. Il primo riguarda le controversie suscettibili di essere rimesse ad arbitrato quando le parti hanno concluso una convenzione di arbitrato, mentre il secondo articolo tratta il concetto in relazione al riconoscimento e l'esecuzione del lodo straniero⁸⁷. Entrando più nel dettaglio, l'articolo II nel suo primo paragrafo, pone in capo agli Stati l'obbligazione generale di riconoscere le convenzioni di arbitrato, a condizione che esse rimettano alla risoluzione degli arbitri controversie che siano arbitrabili.

Diversamente dall'articolo V della stessa Convenzione, l'articolo II non individua la legge in base alla quale vada disciplinata la questione arbitrabilità, ovvero secondo quale legge si deve stabilire quali controversie restano nell'esclusiva giurisdizione delle corti.

La prevalente interpretazione della disposizione in esame prevede che una corte, per essere obbligata a rimettere ad arbitrato una controversia, deve avere davanti un determinato tipo di controversia, suscettibile di essere risolta anche attraverso la procedura di arbitrato. Qualora le convenzioni di arbitrato rimettano ad un tribunale arbitrale controversie sorte in materie non arbitrabili, la convenzione di arbitrato non sarà, generalmente, considerata valida e dunque non sarà idonea a conferire il potere giurisdizionale dell'arbitro o degli arbitri.

⁸⁵ A. Siwy-A. De la Berna: *Subjective Arbitrability in International Commercial Arbitration*, in *European Convention on International Commercial Arbitration. A commentary*; di Zeiler & Siwy, Capitolo Primo, pp. 6 -7

⁸⁶ E. Gaillard-J. Savage: op. cit. , p. 323

⁸⁷ Al paragrafo 2 del Capitolo Primo del presente elaborato

All'interno della dottrina che si occupa di diritto internazionale, sono state date varie interpretazioni alla nozione di "arbitrabilità" delle controversie, ma il concetto essenziale alla base di tutte può essere sintetizzato nell'affermare che esistono, nella disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale, delle limitazioni alla libertà delle parti di affidare all'arbitrato la risoluzione di alcuni tipi di controversie.

Tra le varie interpretazioni fornite, alcuni studiosi come il Professor Brekoulakis hanno ricondotto la nozione di "arbitrabilità" all'aspetto giurisdizionale dell'arbitrato, considerandolo dunque un aspetto preliminare rispetto alle singole controversie rimesse dalla convenzione di arbitrato alla risoluzione tramite arbitrato. Altri⁸⁸, come il Professor Youseff, hanno enfatizzato la natura contrattuale di arbitrabilità, definendola come espressione essenziale della libertà contrattuale delle parti, giacché definisce l'ambito del potere delle parti di rimettere ad arbitrato una controversia oppure traccia i confini del diritto di usare l'arbitrato come prima scelta. Inoltre, l'arbitrabilità traccia il confine tra un sistema di giustizia privato – l'arbitrato - e quello pubblico, ovvero il ricorso alle corti nazionali.

La maggior parte di queste limitazioni alla libertà contrattuale sono influenzate dal vecchio concetto che affidare ogni genere di risoluzione delle controversie ad un sistema giurisdizionale non controllato dallo Stato stesso sia contrario alla dignità della sovranità statale. Molte limitazioni sono espressioni di una ben radicata sfiducia nell'arbitrato in Paesi che, storicamente, considerano l'arbitrato uno strumento che favorisce le parti (soprattutto le multinazionali) provenienti dai paesi industrializzati⁸⁹.

Tale stato di cose, però, è cambiato negli ultimi anni, anche a causa della necessità di incrementare il commercio e gli scambi internazionali e, quindi, il bisogno di utilizzare uno strumento che permetta una neutralità del foro in caso di controversie tra soggetti collegati ad ordinamenti nazionali differenti. Ne consegue che il concetto di arbitrabilità è molto ampio ed in continua evoluzione, soprattutto all'interno delle relazioni commerciali internazionali

Ponendo un discorso in termini di non-arbitrabilità, è corretto affermare che gli ordinamenti giuridici riservano alla giurisdizione delle corti nazionali alcune categorie di controversie, ritenendo che esse non possano essere risolte attraverso l'arbitrato. Ma questo non significa che, in maniera automatica, non sarà concesso ad un tribunale arbitrale di decidere se una particolare questione possa essere risolta anche con l'arbitrato. Infatti, la scelta da parte dei legislatori nazionali di una riserva giurisdizionale su alcuni specifici

⁸⁸ K.Youseff : "The Death of inarbitrability", in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L. e Brekoulakis S. ; capitolo secondo p.47

⁸⁹ M.Sornarajah: *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, p. 110, l'Aja Kluwer law international, 2000;
J. Paulsson, "Third World Participation in International Investment Arbitration", in *ICSID Rev-FILJ* vol.3(1) (1987) p.19, che ritiene questa prospettiva corretta, ma in un contesto mondiale dei primi anni Cinquanta del XX secolo.

diritti non sempre riguarda tutte le controversie che potrebbero nascere in un rapporto giuridico in cui sono coinvolti questi diritti.

Un esempio rappresentativo riguarda i brevetti: in questo specifico campo, mentre la validità di un brevetto è materia di giurisdizione esclusiva delle corti del luogo in cui è registrato tale brevetto, l'utilizzazione commerciale del brevetto stesso può essere materia la cui risoluzione delle controversie può avvenire con un procedimento arbitrale⁹⁰.

2.2 Motivi

Da quanto detto fino ad ora, è evidente che l'arbitrato sia prevalentemente frutto dell'autonomia negoziale delle parti: per questa ragione si potrebbe pensare che, non avendo il tribunale arbitrale alcun legame con un Paese in particolare - soprattutto se le parti appartengono a due ordinamenti diversi - l'arbitro o gli arbitri debbano risolvere la controversia a loro rimessa, senza tener conto delle leggi nazionali.

Seguendo questo ragionamento non rilevarebbe il fatto che il lodo emesso possa, poi, essere annullato da una corte nazionale, perché la materia non era tra quelle considerate dal diritto interno arbitrabili.

Tale conclusione non risulta essere condivisibile, anzi appare maggiormente sostenibile che gli arbitri abbiano il dovere di rendere alle parti un lodo che sia eseguibile, almeno che le parti non abbiano rinunciato espressamente a questo dovere degli arbitri. Per questo risulta preferibile, sia per le parti che per la collettività, che un tribunale arbitrale, di sua iniziativa, se la controversia risulta inarbitrabile sulla base dei fatti rimessi dalle parti, declini la propria giurisdizione, dichiarando inarbitrabile la controversia⁹¹.

Il legislatore nazionale, dichiarando inarbitrabili certe categorie di controversie, ha inteso sottrarle dalla disponibilità dei privati. Nonostante sia una creazione della volontà delle parti, un tribunale arbitrale, per l'appunto, ha un dovere non solo verso le parti della controversia, ma anche verso la collettività dato che, comunque, il lodo ha effetti che riguardano o possono riguardare anche i terzi. A maggior ragione, il tribunale arbitrale rende un miglior servizio alle parti coinvolte nella controversia se si dimostra previdente a riconoscere l'esistenza di una questione legata all'arbitrabilità.

⁹⁰ Lew-Mistelis-Kroll: op. cit. p. 209

⁹¹ Nella giurisprudenza ICC: caso n. 1110, "Argentine engineer v. British company" in Arb Int.vol.3 282 (1987), le parole usate dall'arbitro Langergren rendono l'idea: "In this respect both parties affirmed the binding effect of their contractual undertakings and my competence to consider and decide their case in accordance with the terms of reference. However, in the presence of a contract in dispute of the nature set out hereafter, condemned by public policy decency and morality, I cannot in the interest of due administration of justice avoid examining the question of jurisdiction on my own motion.";

Il successo dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie si basa anche sul fatto che esso non venga usato per aggirare le politiche degli Stati in quelle aree che essi hanno voluto riservare alle proprie corti⁹².

Per rinvenire quale sia il fondamento logico che giustifichi la restrizione da parte degli ordinamenti nazionali dell'autonomia negoziale delle parti nei rapporti internazionali, sembrerebbe ragionevole associarlo al concetto di ordine pubblico vista la disposizione della Convenzione di New York che tratta la questione dell'arbitrabilità insieme alla difesa dell'ordine pubblico, ovvero l'articolo V paragrafo 2. Tuttavia, il concetto di ordine pubblico non è spesso, espresso in maniera molto chiara, inoltre, non tutti gli ordinamenti nazionali fanno riferimento ad esso.

Nonostante la norma associ i concetti di arbitrabilità ed ordine pubblico, grazie soprattutto al clima favorevole all'arbitrato che è sorto in questi anni, la prassi generale sembra orientata a ritenere che la *ratio* dell'arbitrabilità debba essere valutata su altri criteri⁹³. Se si guarda all'atteggiamento proprio di molti Paesi, resta poco controverso stabilire che il fondamento logico che giustifichi i limiti all'autonomia negoziale delle parti vada ritrovato nella stessa natura giuridica dell'arbitrato.

Come detto prima, l'arbitrato è un mezzo di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione ordinaria, creato per dirimere controversie specifiche, il cui lodo è, normalmente, vincolante solo *inter-partes*.

Attraverso il consenso delle parti, infatti, sono determinati limiti ai poteri giurisdizionali degli arbitri, così facendo sorge la questione dell'arbitrabilità in senso oggettivo, vale a dire la domanda se la materia del contendere può o potrebbe essere rimessa al tribunale arbitrale. Per queste ragioni legate alla natura consensuale dell'arbitrato, si ritiene che i tribunali arbitrali dovrebbero solamente trattare le controversie espressamente rimesse ad essi dalle parti in lite e dovrebbero astenersi dal proprio mandato, qualora le materie poste dinnanzi al loro giudizio siano manifestamente inarbitrabili. In effetti è funzionale all'efficacia ed efficienza del processo arbitrale che il mandato conferito agli arbitri sia limitato alle materie che rientrino nel novero di quelle arbitrabili, in altre parole, conviene che l'arbitrato sia in grado di fornire una soluzione valida e vincolante per le parti in lite sulla singola controversia.

A proposito del fondamento logico del concetto di arbitrabilità, si può concludere che non tutte le controversie che sorgono all'interno delle relazioni legali possono essere oggetto di risoluzione arbitrale, perché alcune tra queste necessitano di un intervento ad opera della giurisdizione nazionale. Gli arbitri, il cui

⁹² Lew-Mistelis -Kroll: op. cit. p. 220; L. Mistelis: op.cit. p. 7

⁹³ Sull'ordine pubblico e arbitrabilità si tratterà nel Capitolo II

mandato nasce dal consenso delle parti, non possiedono gli strumenti giuridici adeguati a risolvere in maniera effettiva ed efficace⁹⁴.

Occorre, però, evidenziare che il confine tra quali controversie siano arbitrabili e quali non arbitrabili è molto sottile, specialmente all'interno di un contesto internazionale.

È utile, in modo sintetico, differenziare la nozione di validità della convenzione di arbitrato dalla questione arbitrabilità della controversia. Infatti, la validità della convenzione di arbitrato pone possibili questioni di natura privata, le sue basi giuridiche sono i principi generalmente applicabili ai contratti, mentre invece la questione dell'arbitrabilità trova la propria radice in disposizioni legislative di natura obbligatoria e generale⁹⁵.

Tuttavia, è prevalente l'opinione che considera l'arbitrabilità una condizione per la validità della convenzione arbitrale, ed anche della giurisdizione del tribunale⁹⁶. Altri invece, ritengono che anche nel caso in cui ci fosse una convenzione di arbitrato perfettamente valida, potrebbe comunque sorgere all'interno della procedura arbitrale la questione sull'arbitrabilità della controversia⁹⁷. Dunque, secondo quest'altra teoria, la validità della convenzione di arbitrato è argomento che potrebbe far sorgere questioni di diritto internazionale privato, mentre non riguarderebbe la questione su quali limiti sono imposti dai vari ordinamenti, nazionali o anche da quello internazionale, al potere delle parti di scegliere come regolare la propria controversia.

Affrontando direttamente il tema arbitrabilità relativa alla convenzione di arbitrato, la Convenzione di New York del 1958 si esprime l'articolo II, nel suo Primo paragrafo, pone in capo agli Stati l'obbligazione generale di riconoscere le convenzioni di arbitrato, a condizione che esse rimettano alla risoluzione degli arbitri controversie che siano arbitrabili.

Diversamente dall'articolo V della stessa Convenzione, l'articolo II non dispone alla luce di quale legge vada considerata la questione arbitrabilità, ovvero secondo quale legge si deve stabilire quali controversie restano nell'esclusiva giurisdizione delle corti.

⁹⁴ K. Youseff: "The Death of inarbitrability" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis; Capitolo Terzo, p. 50; Mistelis: op.cit. p.9

⁹⁵ G.B. Born: op. cit., p. 948

⁹⁶ B. Hanotiau: "What Law Governs the Issue of Arbitrability?" in *Arbitration International*, Vol. 12, No. 4 LCIA, 1996, p.391, lo studioso usa le seguenti parole: "Arbitrability is indeed a condition of validity of the arbitration agreement and consequently, of the arbitrators' jurisdiction."; Böckstiegel: "Public Policy and Arbitrability", in P. Sanders (ed), ICCA Congress Series No.3 (Deventer: Kluwer Law & Taxation 1987) p. 180: "The final effect for the arbitration agreement and for the arbitration procedure is identical: the arbitration agreement is invalid and the arbitrators lack jurisdiction if either one of the two is missing"

⁹⁷ C.Pampoukis: "On Arbitrability: the Arbitrator as a Problem Solver" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis S.; Capitolo Settimo, p. 124 ; P. Mayer: "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", in *Rev.crit DIP* (1979) p. 1, 349, 537; P. de Vareilles de Sommières: *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé* (Parigi LGDJ 1997) passim.

La prevalente lettura della disposizione in esame è che una corte, per essere obbligata a rimettere ad arbitrato una controversia, deve aver davanti a sé un determinato tipo di disputa, che sia suscettibile di essere risolta attraverso la procedura di arbitrato⁹⁸. Tuttavia, va considerato che molto spesso i vizi di validità sono considerati rilevanti solamente quando risultano manifesti. Questo atteggiamento trova la sua base nel fatto che le limitazioni alla libertà contrattuale delle parti, nel rimettere ad arbitrato una controversia, hanno una natura eccezionale, specialmente in ambito del commercio internazionale. Mentre, al contrario, il principio generale consiste nell'affermare la massima autonomia negoziale di coloro che hanno redatto la convenzione di arbitrato ad utilizzare questi metodi alternativi al ricorso alle corti nazionali.

Su tale principio si basa la natura stessa dell'arbitrato, sancito tra l'altro non solo dalla Convenzione di New York, ma anche da altri strumenti di diritto internazionale e diritto interno. In un contesto internazionale è fondamentale capire quale sia la legge applicabile alla questione dell'arbitrabilità nelle controversie sorte all'interno dei rapporti giuridici delle parti⁹⁹. Infatti, diversamente dagli arbitrati che nascono e si svolgono all'interno di un singolo ordinamento nazionale, le controversie internazionali coinvolgono soggetti provenienti da vari Paesi e, di norma, legati a differenti ordinamenti giuridici nazionali.

Sebbene ultimamente sia riscontrabile un'estensione da parte dei vari ordinamenti nazionali dei settori di diritto le cui controversie sono risolvibili attraverso l'arbitrato, i vari sistemi giuridici possono ancora differire non poco gli uni dagli altri.

Alcune controversie che, secondo le leggi nazionali di un determinato Paese non sono considerate arbitrabili, possono essere rimesse, invece, secondo la legge di un altro anche alla risoluzione di un tribunale arbitrale, poiché gli interessi oggetto della controversia vengono ritenuti meno rilevanti per gli interessi dello Stato¹⁰⁰.

Nella maggior parte delle controversie internazionali, trattandosi di dispute nate da rapporti giuridici non esauribili in termini di effetti in un singolo ordinamento, possono o potrebbero essere oggetto di un arbitrato e di conseguenza l'inarbitrabilità potrebbe essere invocata, non essendoci un legame stretto con un solo Paese con un singolo ordinamento, in pochissimi casi. Inoltre, le situazioni in cui l'inarbitrabilità dovrebbe venir sollevata riguardano, prevalentemente, questioni rilevanti nelle controversie sorte all'interno degli ordinamenti nazionali, mentre più raramente sarà invocata nelle controversie commerciali tra parti appartenenti a Paesi diversi, essendo più difficile che possano essere lesi interessi considerati in egual modo da Stati diversi. Sotto questo punto di vista, l'arbitrabilità traccia anche una linea di demarcazione tra un

⁹⁸ A.J. Van den Berg: op.cit., p.152

⁹⁹ Lew-Mistelis- Kroll: op.cit., p. 189; Per una rassegna della giurisprudenza arbitrale cfr. F. Bortolotti, *"International Commercial Agency Agreements and ICC Arbitration"*, in ICC Bulletin 48 (2001) vol. 12(1) p.50 ss

¹⁰⁰ L. Mistelis: op. cit., Capitolo Primo, p. 6

giudizio emesso da un'autorità pubblica, che tiene in considerazione anche interessi non legati strettamente alle parti, ed un giudizio, invece, emesso da un sistema di giustizia privata.

Dunque, determinare quali controversie possano essere risolte attraverso un procedimento arbitrale e quali, invece, siano da risolvere, in via esclusiva, con un ricorso davanti alle corti nazionali, può essere una questione disciplinata secondo il diritto di un singolo Paese oppure secondo il diritto internazionale.

Il discorso in proposito porta a concludere che la legge che disciplina l'arbitrabilità di una controversia dipende da vari fattori, tra i quali, il momento del procedimento arbitrale in cui sorge la questione¹⁰¹.

La maggior parte degli ordinamenti nazionali non dispone quale sia la legge che disciplina la questione dell'arbitrabilità, ma regolano direttamente quali tipi di controversia possano essere risolte attraverso l'arbitrato e quali no¹⁰². Quasi tutte le legislazioni determinano quali tipi di controversie siano riservate al dominio esclusivo delle corti nazionali e quali altre siano, invece, suscettibili di essere risolte anche con una procedura arbitrale alternativa a quella ordinaria.

L'estensione delle materie arbitrabili varia da Stato a Stato, siccome in questo concetto giuridico si riflettono le prospettive politiche, sociali ed economiche del Paese e anche la sua attitudine generale verso l'uso dell'arbitrato come mezzo alternativo alla giurisdizione delle corti nazionali¹⁰³.

Si tratta di un'attività complicata, in cui si tenta di arrivare ad un equo bilanciamento di interessi, perché da un lato si trova l'interesse dello Stato, legato alla sua sovranità, di riservare in via esclusiva alla giurisdizione delle corti nazionali certe materie di grande rilevanza pubblica, mentre dall'altro c'è un interesse, anch'esso pubblico e di natura generale, di promuovere gli scambi ed il commercio attraverso un mezzo di risoluzione delle controversie che sia efficiente e rapido.

Nella prassi arbitrale internazionale, durante gli ultimi anni, alcune problematiche sorte da controversie tra soggetti legati a diversi ordinamenti nazionali sono state identificate come non arbitrabili solo in certe circostanze molto specifiche. Non bisogna dimenticare che esistono materie universalmente riconosciute come inarbitrabili, materie in cui le controversie sorte non possono essere rimesse ad arbitrato secondo quasi ogni diritto nazionale.

Le materie di cui si parla sopra sono il diritto di famiglia, i diritti propri della persona ed anche le violazioni della legge penale che comportano condanne che impongono restrizioni della libertà personale, questi settori del diritto sono ritenuti appannaggio esclusivo delle corti nazionali.

Tuttavia, esistono altre materie che sono di incerta collocazione, in cui il dibattito sull'opportunità di rimettere le controversie sorte a risoluzione arbitrale resta attuale. Alcune

¹⁰¹ G.B. Born: op. cit.- vol I, Capitolo Quarto, p.597

¹⁰² I. Bantekas: *An introduction to international arbitration*, Capitolo primo p.29, Cambridge 2015

¹⁰³ A.Redfern-M. Hunter: *Law and practice of international commercial arbitration*, Capitolo terzo p. 137, Londra Sweet& Maxwell 2001

controversie in determinate aree possono riguardare questioni sensibili per l'ordine pubblico¹⁰⁴ degli Stati, per questo motivo si ritiene che le controversie che sorgono debbano venir trattati e risolti solamente da corti nazionali, anche perché solo loro sono dotate di pubblica autorità e poteri coercitivi.

Un esempio lampante di un settore del diritto sensibile sono le controversie nate all'interno del diritto penale, che, di solito, resta appannaggio della giurisdizione delle corti nazionali, dato che in questo ambito è incontestabile che la potestà di punire l'attività criminose sia dovere esclusivo della Magistratura ordinaria di un singolo Paese. Storicamente la corruzione, che potrebbe colpire anche i tribunali arbitrali internazionali, è stata ritenuta come una questione non suscettibile di essere risolta tramite arbitrato. Però, nonostante esistano alcune pronunce che affermino che le questioni riguardo alla corruzione non rientrano tra le materie arbitrabili¹⁰⁵, recentemente qualche esponente della dottrina ed anche alcune corti nazionali hanno assunto una posizione diversa, consistente nell'affermare che la mera accusa di illegalità non dovrebbe escludere automaticamente la giurisdizione di un tribunale arbitrale a risolvere la controversia, inclusa la questione stessa di illegalità¹⁰⁶.

Vale la pena interrogarsi riguardo alla possibilità di riconoscere un concetto transnazionale di arbitrabilità, fornendo una serie di indicazioni che permettano agli operatori di diritto e non solo di avere una linea condivisa a livello internazionale.

Siccome il processo di arbitrato in ambito internazionale ha raggiunto un livello di uniformità ed accettazione notevolmente ampio, alcuni esperti hanno cominciato pensare che i tempi siano maturi per definire una procedura internazionalmente riconosciuta, finalizzata ad identificare le regole applicabili all'arbitrabilità. Infatti, il principio che sta alla base dell'arbitrabilità all'interno della disciplina dell'arbitrato internazionale, è la possibilità che i tribunali arbitrali possano essere autorizzati a decidere riguardo alla propria giurisdizione, salvo non esistano forti interessi nazionali che si oppongano. Bisogna poi considerare che la valutazione dell'arbitrabilità delle controversie in un contesto internazionale, può essere effettuata in base a leggi e principi diversi¹⁰⁷ a seconda della prospettiva nella quale la questione si pone¹⁰⁸. Negli ultimi decenni, a partire dagli anni Settanta del XX secolo, la prassi internazionale ha seguito una tendenza alla

¹⁰⁴ Riguardo alla relazione tra ordine pubblico ed arbitrabilità si parlerà nel Capitolo Secondo del presente elaborato

¹⁰⁵ E.Gaillard - J.Savage: op. cit. , p.355

¹⁰⁶ M.Moses : *The principles and the practice of international commercial arbitration* Capitolo Secondo, p. 35; Y.Banaiftemi: "The Impact of Corruption on "Gateway Issues" of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues" in Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration di D. Baizeau & R. H. Kreindler 2015, in Dossiers of the ICC Institute of World Business Law vol. 13 pp. 16, 17; vedi anche *Fiona Trust v. Yuri Privalov* [2007] EWCA 20 Civ., deciso il 17 ottobre 2007; *Interprods Limited v. De La Rue International Limited* [2014] EWHC 68 Comm., [1-8], decisa il 27 gennaio 2014. Vedi <https://www.trans-lex.org>

¹⁰⁷ Il tema della legge applicabile all'arbitrabilità sarà trattato nel Capitolo II del presente elaborato

¹⁰⁸ Benedettelli-Consolo Radicati di Brozolo: "ARBISTRATO" AA.VV, a cura dello Studio Bonelli Erede; Capitolo Sedicesimo p. 369, Milano IPSOA, Wolters Kluwer 2020, collana ITINERA

“liberalizzazione”, consistente in un’apertura da parte di molti sistemi giuridici verso quei settori del diritto, nel cui ambito possono sorgere controversie suscettibili di essere risolte attraverso l’arbitrato.

Permangono, comunque, Paesi più restii ad accettare un sistema privato di giustizia alternativo a quello regolato dallo Stato.

Sebbene non sia facile analizzare e comprendere i motivi che spingono le singole giurisdizioni nazionali a restringere il campo delle controversie arbitrabili, va considerato che la comune tendenza dei giudici nazionali è quella di ritenere risolvibili attraverso l’arbitrato tutte le controversie finché non sussistano ragioni di ordine pubblico od altre ragionevoli restrizioni all’autonomia privata.

Le parti, nel momento in cui stipulano una convenzione di arbitrato, cercheranno di concordare un luogo dove poter svolgere il proprio arbitrato prendendo in considerazione più potenziali sedi, visto che più ordinamenti nazionali sono appetibili per essere scelti, grazie al loro atteggiamento favorevole all’arbitrato.

La situazione attuale dimostra che esistono Paesi più propensi di altri verso l’utilizzo dell’arbitrato, ma tutto questo è normale nel contesto internazionale, vista la rilevanza che continuano ad avere i principi della sovranità ed indipendenza dei singoli Stati. In conseguenza di questo il cosiddetto “*forum shopping*”, continuerà ad essere usato frequentemente dagli operatori commerciali e non solo nella procedura arbitrale.

Tuttavia, non si può negare che si tratta di un fenomeno ben noto a chi si occupa di diritto internazionale, né tanto meno risulta essere necessariamente un fatto negativo: la competizione tra i vari ordinamenti giuridici potrebbe avere anche effetti positivi. Uno di questi è potrebbe essere creare un riavvicinamento della disciplina transnazionale sulle questioni di arbitrabilità¹⁰⁹, con conseguente aumento della prevedibilità ed efficacia del sistema di risoluzione arbitrale delle controversie.

Il commercio internazionale potrebbe giovare di questa situazione, visto che necessita sempre più di rapidità e certezza nella risoluzione delle dispute di sistemi alternativi alle giurisdizioni nazionali.

¹⁰⁹ *Ibidem*

2.3 Il concetto nei vari diritti nazionali in Europa

In Europa, dalla fine del Secondo conflitto mondiale, ha preso forma un fenomeno di integrazione economica via via sempre maggiore, il quale col tempo ha dato vita all'Unione Europea. Questa organizzazione internazionale ha creato all'interno di essa non solo un mercato unico, ma persino un'unione monetaria, ovvero una politica monetaria comune e una moneta unica per più Paesi.

La politica commerciale comune sviluppatasi in questi anni ha accresciuto le competenze in capo all'Unione Europea, che regola e amministra, ormai, non solo le regole per il funzionamento del mercato interno, ma dispone anche di un sistema di aggiudicazione e risoluzione delle controversie, ovvero la Corte di Giustizia Europea, nota anche come Corte di Lussemburgo. Il sistema giurisdizionale è sempre stato un fattore rilevante per la comprensione, ma anche per lo sviluppo, del diritto Europeo, esso ha influito sempre di più sulle legislazioni e sulle corti nazionali dei vari Paesi Membri. Nonostante le regole del mercato comune siano valide per tutti i Paesi membri, gli Stati parte dell'Unione Europea mantengono il proprio quadro legislativo nazionale con riguardo all'arbitrato commerciale.

Anche le corti nazionali, le quali restano vincolate all'applicazione delle regole europee rispetto al mercato interno, non lo sono con riguardo all'arbitrato commerciale internazionale¹¹⁰. Tale eccezione è conosciuta come "*arbitration exception*"¹¹¹, ed è stata presente sin dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, all'art.1 par.2 n°4, ripresa successivamente nei successivi Regolamenti Bruxelles I¹¹² e Ibis¹¹³. Inoltre, tutti i Paesi Membri dell'Unione sono anche parti contraenti di convenzioni internazionali che forniscono regole sul processo arbitrale, tra i quali la più volte ricordata, Convenzione di New York.

A proposito, la Convenzione di New York è aperta alla sottoscrizione di tutti i Membri ONU e anche gli Stati invitati, tuttavia l'Unione Europea è qualificata come "osservatore" presso l'ONU, questo porterebbe a pensare che non dispone dello *status* necessario per aderirvi¹¹⁴. Dunque, in materia di arbitrato, un'azione dell'Unione sarebbe non necessaria, in base al principio di sussidiarietà e proporzionalità¹¹⁵, che regola i rapporti tra l'Organizzazione internazionale in questione e i vari Paesi membri, ovvero impedisce un'azione dell'Unione laddove lo Stato sia in grado di agire o tale azione non sia proporzionale. Se è vero che la Convenzione di New York 1958 regola il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri, è anche vero che

¹¹⁰ F. Ferretti: "*EU Internal Market Law and the Law of International Commercial Arbitration: Have the EU Chickens Come Home to Roost?*" in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 22 (2020), pp. 133–155

¹¹¹ P. Bertoli: *Diritto Europeo dell'arbitrato internazionale*, Capitolo primo, Sez.I, p.6; Milano, Giuffrè 2015

¹¹² Articolo 1 para. 2 lettera d del Regolamento 44/2001; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0044&from=IT>

¹¹³ Articolo 1 para.2 lettera d Regolamento 1215/2012; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=it>

¹¹⁴ vedi articolo VIII della Convenzione di New York 1958

¹¹⁵ Articolo 5 del Trattato sull'Unione

essa non regola ogni aspetto del processo arbitrale. Va notato che non tutti gli Stati membri dell'Unione sono anche parti contraenti della Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961, la quale fornisce una disciplina più specifica in tema di arbitrato commerciale.

Discorso simile vale per la Model Law UNCITRAL, che non è stata adottata completamente da alcuni Paesi dell'Unione¹¹⁶.

Una ragione per cui non esiste, ad oggi, un regime comune a livello dell'Unione con riguardo all'arbitrato commerciale internazionale, potrebbe essere il fatto che l'arbitrato nelle materie di commercio internazionale può essere d'ostacolo all'Unione nell'armonizzazione delle legislazioni nazionali e nell'applicare regole sostanziali comuni nel mercato interno. Le maggiori criticità riguardano l'incapacità dei tribunali arbitrali di ottenere chiarimenti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione, infatti i tribunali arbitrali non sono in grado di ricorrere al "*preliminary ruling*", come la Corte di Giustizia ha più volte affermato¹¹⁷.

Oltre a questo problema, si aggiunge il fatto che l'arbitrato offre un sistema alternativo sia nella procedura che nell'aggiudicazione delle controversie, con possibili conflitti tra i giudizi emessi dalle corti nazionali e le pronunce dei tribunali arbitrali ed ultimo, ma non meno rilevante, che la circolazione dei lodi all'interno dei Paesi dell'Unione è limitata¹¹⁸.

Non essendoci, in questo momento, un sistema armonizzato a livello regionale europeo riguardo a tutti gli aspetti dell'arbitrato commerciale, i singoli Stati offrono un ampio quadro di regole, di formazione legislativa o giurisprudenziale, sulla questione dell'arbitrabilità.

In Italia il tema dell'arbitrabilità¹¹⁹ è oggi così definito nell'articolo 806 del Codice di Procedura Civile rubricato "Controversie arbitrabili", comma 1: "*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte che non abbiano per oggetto diritti disponibili, salvo espresso divieto di legge*"¹²⁰.

Questa norma processuale, letta in combinato disposto con articolo 1966 del codice civile, sembra sottrarre dalla disponibilità delle parti di transigere alcuni tipi di diritti, che per natura o per legge non sia possibile farne oggetto di un accordo.

Tuttavia, non esiste una vera e propria definizione positiva di "diritti disponibili" ed inoltre, in ambito processuale, non si può identificare il concetto *diritti disponibili* con la nozione comune di

¹¹⁶ F. Ferretti: op. cit., p. 135

¹¹⁷ Da ricordare tra gli altri i casi decisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: *Vaassen-Gobbles C-61/65* sentenza del 30 giugno 1966; *Nordsee C-102/81*, sentenza del 23 marzo 1982

¹¹⁸ F. Ferretti: op. cit., p. 154

¹¹⁹ S. La China: *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Capitolo secondo, pp. 20-28, Milano Giuffrè 1995

¹²⁰ L'articolo è stato modificato dal Dlg. n°40 del 2 febbraio 2006

disponibilità del diritto “, ovvero la tendenza di un diritto ad essere alienato o rinunciato¹²¹. Infatti, esistono alcuni diritti, specie in ambito societario, i quali, pur non essendo né rinunciabili né alienabili, quando vengono lesi, possono dar luogo a controversie la cui risoluzione si può svolgere pacificamente attraverso l'arbitrato¹²².

Questo concetto di “disponibilità” non pienamente determinato nel diritto italiano ha comportato un'estensione delle materie suscettibili di essere risolte attraverso arbitrato.

Ogni sistema nazionale resta per, molti aspetti, indipendente rispetto agli altri, tuttavia è possibile notare che esistono tendenze comuni in Europa a proposito di cosa possa essere risolto attraverso l'arbitrato e quali siano le materie siano più “sensibili” ai fini della questione sull'arbitrabilità¹²³.

Tradizionalmente i diritti nazionali tendevano a considerare il concetto di arbitrabilità in termini di ordine pubblico, come si può evincere dal diritto positivo contenuto nelle codificazioni di Paesi Europeo¹²⁴.

In Francia, l'articolo 2060 comma 1 del Code Civil recita così: “*On ne peut compromettre sur les questionset plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*”¹²⁵. Il legislatore dell'epoca francese ha voluto ribadire che quando è in gioco l'ordine pubblico, non è possibile che le parti possano risolvere la questione tramite arbitrato. Nonostante queste disposizioni rigorose, dagli inizi degli Anni Cinquanta del Novecento, le corti francesi hanno ignorato il testo dell'articolo 2060-1 del Code Civil, cancellando, attraverso la giurisprudenza, la restrittiva associazione tra arbitrabilità ed ordine pubblico, svuotando così facendo la sostanza dell'articolo e lasciandolo lettera morta. Non solo si sancì la distanza con il concetto di ordine pubblico, ma si collegò l'arbitrabilità ad un nuovo concetto giuridico di “ordine pubblico internazionale”¹²⁶.

Il legislatore francese nel 1981¹²⁷ decise di creare un sistema maggiormente aperto verso l'arbitrato internazionale, modificando il codice di procedura civile, inserendo gli articoli da 1492 a 1507¹²⁸. Successivamente a questa modifica legislativa, le corti francesi hanno sviluppato il principio dell'autonomia delle convenzioni di arbitrati internazionali dalle leggi nazionali, sancita nel celeberrimo caso *Dalico* del 20 dicembre 1993¹²⁹. In quel caso la Corte di cassazione francese stabilì che la validità e l'esistenza della convenzione di arbitrato andava valutato alla luce di “leggi applicazione necessaria del diritto francese” e

¹²¹ L. Salvaneschi: “*Le materie arbitrabili*” in “*ARBITRATO*” AA.VV, a cura dello Studio Bonelli Erede; Capitolo Secondo, pp. 12-19; Milano, IPSOA, Wolters Kluwer 2020, collana ITINERA

¹²² *Ibidem*.

¹²³ A. Kirry : “*Arbitrability: Current Trends in Europe*” in *Arbitration International* vol.12 n°4, 1995, p.373

¹²⁴ L.Mistelis: *Arbitrability:International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis; Capitolo Primo, Pagina 10

¹²⁵ Testo in francese, ripreso da www.legifrance.gouv.fr

¹²⁶ K.Youseff: “*The Death of inarbitrability*” in *Arbitrability:International and Comparative Perspective* di Mistelis L. e Brekoulakis S. ; Capitolo Terzo, p. 59

¹²⁷ Decreto n°81-500 del 12 maggio 1981

¹²⁸ P. Bernardini: “*L'arbitrato internazionale*” pp. 49 ss., Milano Giuffrè 1994

¹²⁹ G.B Born: op. cit., p. 147

”ordine pubblico internazionale”¹³⁰. Come è possibile notare, l’evoluzione della giurisprudenza francese ha ampliato prima che intervenissero le modifiche legislative e anche in seguito ad esse, lo spazio per l’arbitrabilità nelle controversie internazionali, limitando le controversie non risolubili attraverso l’arbitrato a questioni di diritti della persona e alla materia penale¹³¹.

Diversamente, nella Confederazione Elvetica, nel 1987 si è adottata la Legge Federale sul Diritto internazionale privato (LDIP), nella quale, al Capitolo 12, articolo 177, viene disposto che ogni controversia che riguarda i diritti patrimoniali può essere oggetto di arbitrato¹³². Solamente i diritti non economici ricadono oltre la libertà delle parti di rimettere ad arbitrato una controversia. Questa disposizione evidenzia la tendenza della Svizzera ad essere scelta come sede di arbitrato, e la volontà del legislatore elvetico di offrire in materia di arbitrato commerciale internazionale un ordinamento appetibile per gli operatori economici che necessitano di risolvere le proprie dispute attraverso la procedura arbitrale. La nozione di arbitrabilità nella legge svizzera non ha eguali nella moderna evoluzione dell’arbitrato, rifiutando l’inarbitrabilità della controversia solamente per ragioni collegate alla natura pubblica delle regole applicabili alla controversia rimessa ad arbitrato.

In Germania è il Codice di procedura civile (Zivilprozessordnung- ZPO) che disciplina in merito all’arbitrabilità della controversia alla *Sezione 1030- sottosezioni 1 -2- 3* - del Decimo libro, il quale parla di possibile inclusione in una convenzione di arbitrato: “*ogni rivendicazione che riguarda interessi economici*”, “*salve le disposizioni di legge* “. Il diritto processuale tedesco in materia di arbitrato internazionale è stato modificato, infatti ora basa sulla Legge Modello UNCITRAL, ma risente dell’influenza della nozione svizzera, ovvero segue un criterio economico e non giuridico. Inoltre, sempre nella Sezione 1030 si ricorda che anche materie che includono interessi non economici possono essere risolte attraverso il procedimento arbitrale, se possono essere oggetto di un accordo tra le parti¹³³.

2.4 Tendenze comuni tra i vari Paesi Europei

¹³⁰ A. Kirry : op. cit., p. 384

¹³¹ E. Gaillard-J. Savage: op. cit., p. 330

¹³² A. Kirry : op. cit., p. 382; Redfern -Hunter: op.cit. p. 784

¹³³ F. Roth: “*Arbitration and Company Law in Germany*” in European Company Law Vol 12 issue 3 2013 p. 151

Bisogna notare come sia le corti nazionali sia i tribunali arbitrali di molti Paesi Europei, col tempo, si sono allontanati da una visione di arbitrabilità legata al concetto di ordine pubblico. Infatti, questo concetto si è dimostrato troppo vago, causando serie difficoltà per i giudici e per gli arbitri che dovevano tracciarne i confini senza contare il fatto che, quando veniva interpretato in maniera eccessivamente estesa, risultava difficile trovare controversie arbitrabili, dato che è raro che una qualsiasi controversia non riguardi in una certa misura, una norma che abbia un'implicazione di interesse pubblico¹³⁴.

In generale è riscontrabile una tendenza all'estensione delle materie suscettibili di essere risolte tramite arbitrato all'interno dei sistemi europei, che ad oggi vanno oltre la risoluzione delle controversie meramente commerciali. Questa tendenza, però, ha creato problemi in quei settori dove sono presenti interessi diversi da quelli commerciali; alcune aree "sensibili" sono da più tempo fonte di dubbi riguardo all'arbitrabilità, altre invece, lo sono diventate a causa dell'estensione avvenuta nel corso degli anni.

Le classiche aree sensibili sono quei settori del diritto, spesso rilevanti nelle controversie commerciali, i quali suscitano problemi di arbitrabilità, poiché coinvolgono o diritti di terzi o la giurisdizione esclusiva di certi organi amministrativi, o entrambe le cose. Queste consistono essenzialmente nel diritto antitrust (concorrenza), diritti sulla proprietà industriale e commerciale e diritto fallimentare; in questi settori è da tempo riscontrata la tendenza di molti Paesi Europei ad accettare la capacità di risolvere con giudizi secondo procedura arbitrale controversie commerciali che sorgono anche in questi settori.

Nelle legislazioni elvetica, italiana e francese è pacifico che le controversie sorte riguardo a profili collegati alla disciplina antitrust siano risolvibili attraverso l'arbitrato.

Rivolgendo lo sguardo alla proprietà industriale e intellettuale, è necessario distinguere tra controversie che riguardano la validità e l'esecuzione di una compravendita o la licenza di diritti di questo tipo, sono, in molti paesi europei, suscettibili di risoluzione arbitrale. Mentre, le controversie che coinvolgono diritti di terzi, come le dispute che vertono sulla proprietà o la validità di licenze o marchi registrati, non possono, di norma, essere rimesse alla risoluzione attraverso l'arbitrato¹³⁵.

In Francia, ad esempio, è riconosciuta espressamente la possibilità di ricorrere ad arbitrato per controversie riguardo a licenze o marchi registrati, ma restano molti dubbi sulla possibilità di arbitrare controversie riguardo alla validità; mentre in Svizzera tutti diritti che sono sottoposti a registrazione, possono dar luogo, se violati, ad una risoluzione tramite arbitrato¹³⁶. Diversamente, la legislazione tedesca non permetteva di risolvere attraverso l'arbitrato controversie riguardo alla validità formale delle licenze, ma dal 1998 le questioni riguardo alla revocazione o all'annullamento delle licenze, sono, di norma, arbitrabili¹³⁷.

¹³⁴ G.B. Born: op cit., p. 950

¹³⁵ A.Kirry: op. cit., p. 386

¹³⁶ E. Gaillard-J.Savage : op.cit., p. 352

¹³⁷ K. Youseff: op. cit., p. 53

Anche con riguardo al diritto fallimentare è riscontrabile una certa apertura rispetto alla possibilità di ricorrere all'arbitrato per risolvere le controversie sorte in quel settore, sebbene generalmente le corti nazionali continuano ad affermare che solamente loro dispongono del potere di iniziare o terminare le procedure fallimentari e del potere di pronunciarsi sull'ammissione delle richieste dei creditori e sulla liquidazione dei beni del debitore¹³⁸. Alcune legislazioni, come quella tedesca ed elvetica, sono tendenzialmente aperte a concedere l'uso dell'arbitrato per risolvere le controversie all'interno di un processo fallimentare, non rilevando il fatto che una delle parti sia fallita, ma guardando al contenuto dei diritti oggetto della controversia, ovvero diritti patrimoniali.

Nella legislazione francese, invece, è concesso al liquidatore di concludere convenzioni di arbitrato e rimettere ad arbitrato tutte le controversie che hanno a che fare con i creditori¹³⁹. Tuttavia, per ragioni pratiche, la procedura fallimentare non sarà facilmente risolta attraverso l'arbitrato, le ragioni sono il gran numero di persone coinvolte e la base contrattuale dell'arbitrato¹⁴⁰. Come conseguenza del fatto che in un numero maggiore di settori del diritto è possibile risolvere le controversie tramite arbitrato, si è creato un nuovo gruppo di aree "sensibili", in cui è ancora attuale la questione se tale materia possa essere suscettibile di remissione ad un tribunale arbitrale. Tali settori sono caratterizzati dal fatto di essere incidentali, ovvero collegate alla controversia principale, alle transazioni commerciali internazionali, tra queste nuove aree ci sono le controversie all'interno del diritto del lavoro e della tutela dei consumatori.

In alcuni Paesi europei le clausole arbitrali nei contratti di lavoro sono proibite, la ragione di tale esclusione, nonostante non venga espressa, può essere collegata all'idea che il diritto del lavoro è stato creato per tutelare l'individuo, per questo dovrebbe essere lasciato alla giurisdizione esclusiva delle corti nazionali. Per molto tempo la non suscettibilità di remissione delle controversie nascenti all'interno di un contratto di lavoro è stata considerata una regola fondamentale degli ordinamenti giuridici.

La giurisprudenza delle corti nazionali in Francia ed in Italia sembrava dare conferma a tale assunto, ma col tempo le cose sono cambiate. Nel 1980, un pretore nel Tribunale di Genova si rifiutò di rimettere una controversia sorta tra un lavoratore dipendente, cittadino italiano, e il datore di lavoro, una società tedesca, pur essendoci una clausola compromissoria all'interno del contratto di lavoro. Il magistrato adottò la sua decisione in base al divieto espresso nel testo di all'ora degli articoli 806 e 808 del Codice di Procedura Civile¹⁴¹. Tuttavia, il nuovo testo dell'articolo 806 comma 2 del Codice di

¹³⁸ A. Frignani: op. cit., capitolo terzo pp.82-83

¹³⁹ C. Liebscher: "Insolvency and Arbitrability" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis; Capitolo Nono, p. 172

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ A. Kirry: op. cit., p. 387

Procedura Civile recita così:” *solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro*”. A seguito di un’evoluzione legislativa partita negli anni Settanta del XX secolo si è arrivati all’articolo 31 della legge numero 183/2010 che ha previsto, anche per le controversie in questo settore del diritto, una scelta più ampia di modalità di composizione delle controversie o risoluzione stragiudiziale della causa, che dovrebbero rendere più agevole, secondo gli auspici del legislatore, il ricorso all’arbitrato, affrancandolo, almeno in parte dalla contrattazione collettiva¹⁴².

In Francia, col tempo, si è sviluppata una tendenza più flessibile nell’eventualità la controversia nasceva riguardo ad un contratto internazionale di lavoro. Un esempio rilevante di questo cambio di mentalità è riscontrabile in una pronuncia della Corte di Appello di Grenoble del 1993¹⁴³, che si pronunciò così:” *La convenzione di arbitrato inclusa all’interno di un contratto internazionale individuale di lavoro è valida; il dipendente, come una persona che si occupa di attività commerciali, può avere un interesse nell’applicazione delle regole arbitrali che lo rendono in grado di partecipare alla designazione degli arbitri piuttosto che venir giudicato da una corte nazionale*”.

Vi sono state discussioni sull’opportunità che le controversie riguardanti il consumatore, ovvero i contratti tra professionisti e consumatori, debbano poter essere suscettibili di risoluzione arbitrale. La maggior parte delle nazioni europee si è premurata di fornire una legislazione specifica a tutela del consumatore, siccome l’intervento del legislatore è visto come un modo per controbilanciare la differenza di forza economica, quindi contrattuale, tra le parti.

Tuttavia, questa legislazione non esclude la risoluzione delle controversie attraverso la procedura arbitrale, ma si vuole evitare che l’arbitrato non venga adoperato da un contraente per avvantaggiarsi della debolezza della controparte. Questo è chiaro nel Codice di procedura civile tedesco (ZPO), il quale alla sua Sezione 1025 dispone che: ” *La convenzione di arbitrato non è valida se una parte ha usato ogni superiorità da lui posseduta in virtù di una posizione sociale o economica al fine di costringere l’altra parte a stipulare la convenzione o ad accettare le condizioni in essa*”.

In Francia, invece, una regola più rigorosa proibisce il ricorso ad arbitrato nei contratti con il consumatore, vietando in maniera generale clausole compromissorie nei contratti tra persone che svolgono attività commerciale ed individui che non svolgono tali attività. Nonostante queste disposizioni, ci sono segnali che indicano che le controversie riguardo al consumatore potrebbero pian piano venir considerate come risolubili attraverso il ricorso ad una procedura arbitrale in alcuni Paesi Europei.

Timide aperture ci sono state da parte della Giurisprudenza francese, che in una pronuncia del 1994 ha affermato la possibilità per le parti di sottoporre la risoluzione di controversie sorte in esecuzione di un

¹⁴² G.P. Balena: *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume Terzo: Processi Speciali ed esecuzione forzata*; di Balena G.P.; Capitolo XVI, Sez. V, p. 373, Bari, Cacucci 2018

¹⁴³ E. Gaillard -J.Savage : op. cit., pp. 330ss

contratto internazionale tra un operatore economico e un consumatore attraverso la procedura arbitrale¹⁴⁴. Ma questa sentenza non è stata considerata unanimemente soddisfacente, anche perché la procedura arbitrale è di norma più complessa rispetto a quella che si svolge davanti alle corti nazionali, inoltre, è più onerosa dal punto di vista economico, dato che si tratta di un sistema privato di giustizia e i costi del procedimento sono sostenuti dalle parti della controversia. Senza dimenticare il fatto che l'operatore commerciale o il fornitore potrebbe, inserendo la clausola compromissoria nel contratto con il consumatore, mettere in difficoltà il consumatore, impedendogli di ricorrere alla giustizia ordinaria per ottenere un ristoro in caso di una lesione di un diritto legato al contratto¹⁴⁵.

In conclusione, è chiaro che nelle relazioni commerciali internazionali l'uso dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie sia diventato il principale strumento, con la conseguente estensione di materie suscettibili di essere rimesse ad esso. In Europa, come visto dinnanzi, le legislazioni nazionali si sono dimostrate solerti nell'ampliare la gamma di materie le cui controversie possono anche essere risolte attraverso l'arbitrato, ma questo ampliamento, pur essendo esteso, non deve far pensare che l'arbitrato sia regolato da una disciplina identica per tutti i Paesi d'Europa, dove permangono differenze, evidenziate dal fatto che le parti preferiscono certi paesi rispetto ad altri come sedi per l'arbitrato.

Va anche riconosciuto che l'arbitrato resta uno strumento adatto a risolvere le controversie laddove la forza contrattuale tra le parti è, più o meno, equivalente, mentre può diventare un mezzo per la parte con più forza dal punto di vista economico, di arginare i sistemi di tutela giurisdizionale che gli ordinamenti nazionali hanno creato a protezione delle parti che possiedono meno forza contrattuale, ovvero i lavoratori e i consumatori. Perciò, visti i recenti sviluppi in favore dell'utilizzo dell'arbitrato, anche in settori che fino a pochi anni fa sembravano essere riservati alla giurisdizione ordinaria, sarebbe saggio fornire tutele ulteriori all'interno del procedimento arbitrale, consentendo così a tale mezzo di rivelarsi una valida ed effettiva alternativa alla giurisdizione delle corti nazionali.

Non va, inoltre, dimenticato che tra i principi su cui si fonda l'Unione Europea esiste anche lo spazio di giustizia comune, come espressamente sancito nell'articolo 81 *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*¹⁴⁶. Il fatto che non trovi applicazione a livello di Unione europea una procedura comune di arbitrato commerciale, dovrebbe far riflettere i legislatori europei ad inserire questa riforma tra le prospettive future dell'evoluzione del diritto dell'Unione. Tuttavia, è essenziale avere presente che sono in vigore altri trattati internazionali, come ad esempio la Convenzione di Ginevra del 1961,

¹⁴⁴ E.Gaillard -J.Savage: op. cit. p.347

¹⁴⁵ A. Kirry: op. cit., p. 388

¹⁴⁶ Per consultare il trattato si veda <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:IT:PDF>

la quale, nonostante sia al di fuori del diritto dell'Unione, fornisce una solida base giuridica per una disciplina comune in molti Paesi di Europa in tema di arbitrato commerciale.

2.5 Il concetto negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti il concetto di arbitrabilità è stato interpretato con un'accezione più ampia in quasi quarant'anni, ovvero dalla metà degli anni Settanta, la Corte Suprema degli Stati Uniti è stata pioniere dell'estensione riguardo all'arbitrabilità delle controversie in ambito internazionale, anche in aree dove le attività economiche sono fortemente legate ad interessi pubblici. Questo significa che le corti statunitensi hanno fornito un sistema concettuale per disciplinare nelle relazioni internazionali il concetto di arbitrabilità¹⁴⁷.

Le corti americane risultano molto attente al commercio internazionale, per questo motivo esse hanno fornito un fondamento di origine giurisprudenziale, al crescente uso dell'arbitrato e, dunque, delle materie risolubili attraverso esso, in settori di rilevanza internazionale.

Le decisioni emesse dalle corti statunitensi aventi ad oggetto la possibilità di rimettere ad arbitrato controversie riguardo a titoli societari internazionali o a richieste in ambito antitrust, sono state guidate da considerazioni giuridiche che hanno tenuto conto delle esigenze del commercio internazionale. Inoltre, in aggiunta ai motivi particolari su cui si basa la scelta dell'arbitrabilità o meno nel caso specifico, le pronunce delle corti statunitensi contengono ulteriori argomenti di natura generale che forniscono ulteriore sostegno alla libertà delle parti di rimettere ad arbitrato controversie sorte all'interno di un loro rapporto.

Nei casi *Sherk v. Albert-Cluiver* e *Mitsubishi Motor Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*¹⁴⁸, rispettivamente del 1974 e del 1985, le corti americane hanno compiuto considerazioni riferendosi alle necessità giurisdizionali del commercio internazionale, anche a scapito dell'interesse pubblico nazionale, ad esempio affermando che *“l'attenzione alla necessità del commercio internazionale di prevedibilità nella soluzione delle controversie”*¹⁴⁹ ed anche il bisogno di evitare di danneggiare *“il tessuto del commercio internazionale e degli scambi”*. Questo sistema di supporto all'estensione dell'arbitrabilità delle controversie sorte all'interno dei contratti internazionali è stata ripresa anche da altri Paesi di *common law*¹⁵⁰, divenendo quindi un modello per stabilire regole universalmente condivisi riguardo all'estensione dell'arbitrabilità delle controversie sorte in relazioni transnazionali, specialmente nei Paesi di lingua e cultura inglese, ovvero il Canada, l'Australia, la Nuova Zelanda ed anche il Regno Unito.

¹⁴⁷ K. Youseff: *“The death of inarbitrability”* in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis, p. 57

¹⁴⁸ Lew-Mistelis -Kroll: Op cit. Capitolo Nono, paragrafo 35 p. 199

¹⁴⁹ 473 U.S. 614 (1985) *Mitsubishi Motor v. Soler Chrysler*

¹⁵⁰ G.B Born: op. cit., p. 964

Oltre a quanto riportato fino ad adesso, il modello statunitense risolve la questione dell'arbitrabilità attraverso il ricorso a principi generali in materia di arbitrato, significa che le convenzioni di arbitrato sono considerate alla pari di contratti ordinari, ovvero le parti beneficiano della libertà contrattuale equivalente a quella generalmente garantita nei contratti. In aggiunta a queste caratteristiche, la politica federale è favorevole all'uso dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie e, soprattutto, il regime statunitense ha posto come fondamento il principio per cui, in caso di dubbio se rimettere o meno ad arbitrato una controversia, tale dubbio vada risolto a favore dell'utilizzo del meccanismo arbitrale¹⁵¹. Dunque, il principio generale seguito dalle corti statunitensi con riguardo all'interpretazione del dubbio sull'arbitrabilità di alcune controversie consiste nel ribadire che quando risulta una situazione incerta riguardo ad una controversia, il giudice dovrebbe muoversi in favore dell'arbitrabilità.

In questi termini si è espressa la Corte Suprema, nel caso del 1983 *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, affermando: “Ogni dubbio che riguarda l'ambito della controversia arbitrale dovrebbe essere risolto a favore dell'arbitrato”¹⁵².

La conseguenza di tutto questo è che l'ambito delle controversie arbitrabili risulta particolarmente ampio e che le corti statunitensi eseguiranno quasi tutti gli accordi tra parti che prevedono la risoluzione arbitrale delle controversie, indipendentemente dall'origine di queste dispute. Si tratta di una presunzione generale di arbitrabilità, la quale è stata fonte di ispirazione, soprattutto ad opera della dottrina, anche per gli altri Paesi che seguono la tradizione giuridica del *common law*, i quali sono influenzati dall'orientamento statunitense, laddove le giurisdizioni nazionali non si pronunciano riguardo ad arbitrabilità delle controversie.

Nonostante il regime favorevole all'arbitrato che la giurisprudenza americana ha creato negli ultimi anni¹⁵³, non bisogna dimenticare che esistono pur sempre dei limiti in relazione a cosa possa o non possa essere rimesso a risoluzione arbitrale. Per quanto riguarda le controversie in materia di validità o di proprietà delle licenze o dei marchi riservati, negli Stati Uniti si è adottata una visione pragmatica. Infatti, le parti possono risolvere attraverso l'arbitrato controversie riguardo la validità di una licenza o di un marchio registrato, tuttavia il lodo reso su tali argomenti potrà avere solo effetti *inter-partes*, ovvero non sarà possibile, attraverso un lodo, invalidare il marchio registrato o la licenza.

Per questi motivi, la pronuncia del tribunale arbitrale sarà vincolante solamente per le parti in causa, non per i terzi, come è stato espressamente definito dal diritto positivo, ovvero il Titolo 35 del

¹⁵¹ K. Youseff: op. cit., Capitolo Terzo, p. 58

¹⁵² 460 U.S 1 (1983) paragrafi 1-24 *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*,

¹⁵³ G.B Born: op. cit., p. 9

United State Code, sezione 294, che prevede un'efficacia del lodo limitata alle parti della controversia¹⁵⁴.

Grande dibattito si ha riguardo alla possibilità di permettere alle parti di sottoporre ad arbitrato le controversie che riguardano diritti inerenti ad un contratto di lavoro.

La legge statunitense che regola l'arbitrato è il noto Federal Arbitration Act, (FAA) emesso nel 1925. Esso nella sua *Section 1* ribadisce "l'esclusione del contratto di lavoro" (*employment contract excludution*), tuttavia la Corte Suprema ha limitato l'impatto pratico di questa esclusione, sostenendo che essa si applichi solamente ad alcune categorie di lavoratori dei trasporti tra gli Stati¹⁵⁵. Nonostante questa interpretazione estensiva operata della Corte Suprema, si è deciso, nel 1947, di regolare l'arbitrato in materia di diritto del lavoro attraverso uno strumento diverso, non più il FAA, bensì la *Section 301* del *Labor Management Relations Act*¹⁵⁶.

La giurisprudenza delle corti a proposito dell'arbitrato in materia di lavoro ha costituito la base per creare un diritto arbitrale statunitense in questo settore, come si può evincere dalla *Steelworkers Trilogy*¹⁵⁷, ovvero tre sentenze emesse nel 1960, in cui la Corte Suprema ha creato le fondamenta legali per i casi di arbitrato in materia di lavoro. Queste tre sentenze trattano, tra i temi oggetto di esame, anche il tema dell'arbitrabilità della controversia nel lavoro e all'esecuzione di lodi arbitrali aventi ad oggetto questa materia.

Le decisioni sopra citate stabiliscono il ruolo dell'arbitrato come principale strumento di risoluzione delle controversie che nascono dagli accordi di negoziazione collettiva tra i sindacati e la dirigenza aziendale, creando un sistema ordinato ed efficiente di gestione delle controversie ed evitando l'intasamento delle corti nazionali. Inoltre, queste sentenze hanno rafforzato il ricorso all'arbitrato per la sicurezza del posto di lavoro, lasciando alle corti nazionali solo un ruolo secondario di garante¹⁵⁸.

Il compito dell'arbitro del lavoro negli Stati Uniti è quello di trovare soluzioni adatte a specifiche controversie sorte sul posto di lavoro che vanno oltre le regole generali previste dal contratto collettivo negoziato, inoltre per risolvere le controversie in questione è necessario, spesso, conoscere il *modus vivendi* del settore interessato, ovvero gli usi dell'industria e del settore di vendita¹⁵⁹. La condotta del giudice è soggetta al controllo da parte delle corti nazionali, che valutano se l'arbitro si è attenuto a quanto concordato dalle parti ed è possibile che si giunga ad un annullamento del lodo qualora l'arbitro o il tribunale arbitrale non abbia, manifestamente, rispettato il diritto applicabile oppure le sue conclusioni siano irrazionali o violazioni di

¹⁵⁴ K.Youseff : op. cit., Capitolo Terzo, p. 53

¹⁵⁵ J.T. McLaughlin: "*Arbitrability: Current Trends in the United States*" in *Arbitration international* vol 12 fasc.n. 2, p. 121, 1996

¹⁵⁶ T.E Carbonneau: "*Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States*" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis; Capitolo Ottavo, p. 152

¹⁵⁷ 363 U.S. 593 (1960) *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*; 363 U.S. 574 (1960) *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*; 363 U.S. 564 (1960) *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*

¹⁵⁸ T.E Carbonneau: op. cit., p. 155

¹⁵⁹ T.E Carbonneau: op. cit., p. 156

norme di ordine pubblico imposte per legge¹⁶⁰. La prassi delle corti statunitensi è, tendenzialmente, flessibile e propensa a non restringere le aree in cui l'arbitrato funge da mezzo di risoluzione delle controversie, le quali sono ritenute inarbitrabili solo se le parti dimostrano che la loro volontà era che quella determinata controversia non dovesse essere inserita all'interno di un accordo per rimettere ad arbitrato la risoluzione¹⁶¹.

Anche negli Stati Uniti il dibattito sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto del lavoro non si è fermato, poiché era invalsa la tendenza tra le imprese nel settore privato di inserire clausole di arbitrato obbligatorio e preventivo nei contratti di lavoro, attirandosi molte critiche specialmente da parte di alcuni esponenti politici di idee progressiste, ma anche di parte della dottrina¹⁶². Così facendo, prima di poter ricorrere in giudizio presso un corte nazionale, le parti dovevano, per ogni controversia nascente da quel contratto, rimettere la questione ad un tribunale arbitrale.

Questa pratica non si esauriva soltanto al mondo del lavoro, ma si riscontrava soprattutto nel settore bancario, dove addirittura si inserivano clausole di rinuncia alle azioni di classe (waiver).

Vedendo quanto accadeva e consapevoli della giurisprudenza imperante nelle corti¹⁶³, le agenzie governative, specie quelle che hanno il compito di tutelare i consumatori in ambito finanziario, hanno tentato, negli scorsi anni, di limitare l'uso da parte dei fornitori di servizi finanziari di queste clausole obbligatorie di arbitrato preventivo¹⁶⁴.

Tale sensibilità non ha lasciato indifferente il legislatore federale, già nel 2007, infatti, il 110° Congresso degli Stati Uniti aveva votato il “*Fair Arbitration Act*”, una legge che imponeva obblighi procedurali e formali sulla redazione della clausola arbitrale in un contratto, cercando in questo modo di assicurare un genuino e pieno consenso di entrambe le parti quando tale clausola veniva inserita nel contratto. Tuttavia, la tutela fornita da questa legge non sembrava essere sufficiente, visto anche l'aumento della disparità sociale, causata, anche, dalla Crisi finanziaria del 2008, a seguito della quale la differenza di forza contrattuale si è sbilanciata nettamente a favore di chi aveva più peso economico, ovvero i datori di lavoro, le banche e i vari istituti di credito e finanziari.

¹⁶⁰ T.ECarboneau: op. cit. , p. 157

¹⁶¹ J.T McLaughlin: op. cit., p. 120

¹⁶² A.J.S. Colvin: “*An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes*” in *Journal of Empirical legal studies* Vol. 8 Issue 1, March 2011, pp.1-23

¹⁶³ Un caso emblematico : 570 US 228 (2013) *American Express Co v. Italian Colors Restaurant*, 20th June 2013.
www.supremecourt.gov

¹⁶⁴ Shimabukuro- Staman:” *Mandatory Arbitration and Federal arbitration Act*” in Congressional Research Service Report 7-5700; 20 Settembre 2017, pp. 14ss

Per questa ragione si parlò di una proposta di legge per emendare il FAA e proibire, in certe aree del diritto considerate sensibili, clausole arbitrali inserite nei contratti che fossero obbligatorie e preventive¹⁶⁵.

Sull'onda di questa sensibilità, è stato il 116° Congresso degli Stati Uniti che ha approvato il 24 settembre 2019 il "*Forced Arbitration Injustice Repeal Act*" (FAIR Act), in cui sono proibite le convenzioni obbligatorie di arbitrato preventivo inserite all'interno dei contratti in materia di lavoro, antitrust, tutela del consumatore o diritti civili. Questo nuovo quadro legislativo sembrerebbe non impedire che le controversie siano risolvibili attraverso un meccanismo arbitrale, ovvero non ha incrementato l'area delle controversie inarbitrabili, ma parrebbe voler ribadire che, riguardo a certi tipi di controversie, è necessario anche tenere conto dell'esistenza di interessi di natura pubblica che hanno bisogno di un bilanciamento da parte del legislatore. Tuttavia, viene da chiedersi se questa inversione di rotta non possa modificare la ormai assodata prassi statunitense altamente favorevole all'utilizzo dell'arbitrato. In dottrina¹⁶⁶ ci siano state comunque opposizioni a questa ricerca di "equità" nella fase di formazione del contratto, ritenendo eccessivamente statalista e dirigista la linea scelta dal legislatore e temendo che il sistema creato *case by case* dalle corti nazionali potesse essere messo in discussione. La preoccupazione che sta al di sotto di questo ragionamento è che le nuove linee guida del legislatore incidano sul pragmatismo e sull'efficacia dei sistemi di risoluzione arbitrale, nella presunzione che, affidando la risoluzione delle dispute a una corte nazionale, la parte economicamente più debole sia maggiormente tutelata.

¹⁶⁵ Shimabukuro- Staman: op. cit., p. 15

¹⁶⁶ T.E. Carbonneau: op. cit., pp. 161-163

CAPITOLO II: La legge applicabile all'arbitrabilità e il rapporto con l'ordine pubblico.

1. Ordine Pubblico e arbitrabilità: un rapporto così stretto?

1.1 Il concetto di ordine pubblico

In un contesto puramente domestico, uno Stato ha facoltà di porre limiti, all'interno del proprio ordinamento giuridico, all'autonomia contrattuale delle parti, basando questa scelta sulle regole e principi che sono considerati espressione del proprio "ordine pubblico".

Il contenuto della nozione, tuttavia, è solitamente caratterizzato da vaghezza, consistendo in un richiamo a prendere in considerazione valori, come evidenziato dalla dottrina.¹ Si tratta di una clausola generale, ossia di un frammento normativo caratterizzato da elasticità e vaghezza che consente la valorizzazione delle circostanze del caso concreto. Simile a questo sono i concetti di buona fede, dignità umana, utilità sociale, che permettono alla disposizione in cui sono inseriti di essere applicata con maggiore flessibilità, ponderando anche altri interessi.

Il concetto di ordine pubblico è definito tradizionalmente dal diritto internazionale privato come quell'insieme di principi che in un dato momento storico definiscono l'identità dell'ordinamento giuridico di uno Stato al punto di esigerne l'applicazione in ogni caso e senza eccezioni². Esso è collegato, più di altre nozioni, con i valori che sono alla base di un determinato sistema giuridico³.

In primo luogo, bisogna notare che il concetto ordine pubblico è relativo, giacché esso dipende dalla valutazione che ogni ordinamento nazionale fornisce rispetto ai principi che formano il contenuto della nozione di ordine pubblico. È normale che quei principi, considerati in un Paese come essenziali, tali da rientrare nel concetto di ordine

¹ G. Zarra: *Arbitrato internazionale e Ordine pubblico* in *Il giusto processo civile* ESI anno XIII 2/2018, Direttori G. Balena-Chizzini- Cipriani , nota n.19 di p.544. Nella nota si fa riferimento all'opera di V. Barba: *L'ordine pubblico internazionale* in *Fonti, metodo e interpretazione* di G. Perlingieri e D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 429

² F. Mosconi -C. Campiglio: *Diritto internazionale privato e processuale*, , pp. 256 ss., Padova Cedam 2017

³ G. Zarra : op.cit. p. 539

pubblico, in un altro Paese potrebbe non esserlo. Ogni Paese, seppur con lievi sfumature, ha un proprio contesto economico, sociale, religioso e di conseguenza un diverso il sistema normativo di riferimento⁴.

Non solo il concetto di ordine pubblico cambia da Paese a paese, ma è anche sottoposto a cambiamento nel tempo. I valori e principi alla base di una comunità non sono stabili, ma cambiano e si evolvono a seconda delle epoche e dei mutamenti storico-politici. I principi contenuti nella nozione di ordine pubblico variano poiché la società che li pone alla base del proprio sistema normativo va incontro a cambiamenti non solo determinati da motivi interni, ma anche dal contesto internazionale⁵.

Nel momento in cui si affronta l'argomento dell'ordine pubblico con riferimento all'arbitrato internazionale, il concetto in questione viene ad applicarsi in un caso con elementi di estraneità, in cui devono bilanciarsi esigenze diverse di cui l'ordinamento giuridico nazionale deve tener conto. Le diverse esigenze sono da una parte quella dello Stato di difendere i propri principi e valori, dall'altra facilitare gli scambi commerciali per ragioni economiche⁶. È necessario, per ottenere un incremento negli scambi commerciali con l'estero, che lo Stato si apra a valori e situazioni giuridiche che si riferiscono ad un sistema normativo diverso dal proprio.

Riguardo alle controversie oggetto di arbitrati internazionali, l'approccio mantenuto da molte corti nazionali è quello di applicare una concezione ristretta di ordine pubblico⁷. Quando si trovano davanti a situazioni transnazionali, le corti normalmente evitano di applicare i principi di diritto interno che non siano fondamentali, poiché sarebbero d'ostacolo alla scelta dell'arbitrato come mezzo di risoluzione. Per distinguere la concezione estesa di ordine pubblico, applicata alle situazioni puramente domestiche, da quella più ristretta, da riferirsi a quelle con elementi di estraneità, si usano le due diverse espressioni di ordine pubblico: interno ed internazionale⁸.

⁴ K-H Bockstiegel: *Public policy and arbitrability* in Comparative arbitration practice and public policy in arbitration di Sanders P., ICCA Congress series n. 3 1986 pp.177ss

⁵ K-H Bockstiegel: *Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement*, in Dispute Resolution International vol.2 n.1, Maggio 2008, pp.123ss

⁶ S. Brekoulakis e Devaney: *Public-private arbitration and the public interest under English Law*, in Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 248/2016,

⁷ G.Zarra : op.cit. nota n.27 di p.546: la monografia di D.Lew : *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, p.532, New York, Oceana publications 1978,; per maggior chiarimenti v. anche International Law Association: Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, New Delhi Conference 2002. https://www.academia.edu/18312524/ILA_FINAL_REPORT_ON_PUBLIC_POLICY_AS_A_BAR_TO_ENFORCEMENT_OF_INTERNATIONAL_ARBITRAL_AWARDS_NEW_DELHI_2002

⁸ v. *supra* V.Barba *L'ordine pubblico internazionale*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio: Fonti, metodo interpretazione, Napoli ESI, 2017, pp. 429ss.

Nonostante sia invalso l'utilizzo del termine "internazionale", in dottrina si nota⁹ che il concetto attenga al diritto interno, nonostante qualche autore tenda a preferire una nozione puramente "internazionale"¹⁰.

Risulta utile, per comprendere la distinzione tra ordine pubblico internazionale ed ordine pubblico interno utilizzare la distinzione effettuata da attenta dottrina civilistica concetti di principi tecnici e principi fondamentali¹¹. Per "tecnici" si intendono i principi che non possiedono una forte carica valoriale, mentre per "fondamentali" si fa riferimento a quelli che riguardano la tutela di valori basilari per l'ordinamento giuridico.

Seguendo questa teoria, il concetto di "ordine pubblico internazionale" riguarda esclusivamente i valori fondanti del sistema giuridico domestico, ovvero quelli "fondamentali". Al contrario, il concetto di ordine pubblico interno può anche includere principi cosiddetti "tecnici", ovvero non solo valori che sono alla base dell'ordinamento, ma talvolta espressivi di valori non fondamentali per l'ordinamento. Un esempio di principi "tecnici" con riferimento all'ordinamento italiano può essere il principio della tipicità dei diritti reali, il quale non potrebbe essere visto come un principio essenziale alla base del sistema giuridico.

Determinare una definizione di un concetto di ordine pubblico è ulteriormente complicato dal fatto che parte della dottrina¹² ritiene che l'unica nozione applicabile all'arbitrato nazionale sia quella di "ordine pubblico transnazionale" o "veramente internazionale"¹³. Tale particolare nozione è idea di fondo di questi autori che l'arbitrato sia uno strumento di risoluzione delle controversie che non trova legittimazione negli ordinamenti nazionali, bensì della volontà delle parti.

⁹ G. Zarra: "L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17", in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, pp.729-730. <http://hdl.handle.net/11588/690094>

¹⁰ L.Nivarra: *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di remissione alle sezioni unite sui "danni punitivi"*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n. I, gennaio/marzo 2017, (www.diritto civile contemporaneo.com). Nella Giurisprudenza tra cui si segnalano Cass. Sez. I 30 settembre 2016, n. 19599, pp. 26-27, Cass. Sez. I 15 giugno 2017, n. 14878, pp.14-15. Tuttavia, è stato ribadito il contrario nella sentenza Cass. Ss.uu. 5 luglio 2017, n. 16601 v. pp.21-22. La Suprema Corte ribalta la concezione, considerando i danni punitivi non *per se* contrari all'ordine pubblico italiano.

¹¹ G. Perlingieri: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, p. 20, nota 43, Napoli, ESI 2015, Collana Cultura Giuridica e rapporti civili n.14

¹² D. Lew: "Achieving the Dream: Autonomous Arbitration" in *Arbitration International*, Vol.22 Issue 2 June 2006,p. 179 ss.; E.Gaillard: *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, in van den Berg: *Arbitration – The Next Fifty Years-50th Anniversary Conference Geneva 2011*, ICCA Congress Series volume 16, Wolters kluwer 2012,pp. 66 ss ; J. Paulsson: "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin" in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.30 n.2 (1981),pp. 358 ss.;

¹³ P. Lalive: "Transnational(or truly international) public policy in international arbitration" in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration* di Sanders P. , ICCA Congress series n. 3 1986 pp.258ss

Nonostante ordine pubblico transnazionale sia un concetto noto¹⁴, non trova un'univoca definizione tra gli autori. Per alcuni, la nozione ordine pubblico transnazionale consiste in quell'insieme di principi propri del commercio internazionale, rispettati dagli operatori in maniera consuetudinaria, tali da essere applicati come se fossero obbligatori o necessari¹⁵. Per altri, invece, il concetto andrebbe ricercato all'interno del diritto internazionale pubblico di carattere generale, dunque secondo tale teoria l'ordine pubblico veramente internazionale deriverebbe dalle norme di *jus cogens*¹⁶, ovvero quelle che contengono i principi inerenti ai valori di base del diritto internazionale pubblico. Successivamente, sarebbe possibile, secondo questa dottrina, far riferimento anche a quei principi comuni ad un gran numero di ordinamenti interni, che diverrebbero utili pure per applicare il diritto internazionale pubblico, soprattutto nel momento in cui esso si dimostri non completo e lacunoso¹⁷.

Un esempio di principio che trova cittadinanza in quasi tutti gli ordinamenti interni può essere quello secondo il quale *ex iniuria jus non oritur*¹⁸, con la conseguenza che non sarebbe possibile ottenere tutela giurisdizionale per atti che risultano di un'attività illecita. In ambito di arbitrato internazionale, la corruzione potrebbe risultare un esempio molto calzante, visto anche il gran numero di convenzioni internazionali sul tema¹⁹ e anche la rilevanza nei casi pratici.

Con riferimento alla prima teoria²⁰, sembra abbastanza chiaro che non si tratti di principi espressione di un sistema di diritto né avrebbero alcun valore normativo. Molto più condivisibile e plausibile che siano necessari principi di ordine pubblico chiari ed identificabili, espressione di una *policy* di un ordinamento giuridico²¹.

Mentre, con riguardo all'assimilazione tra ordine pubblico transnazionale o veramente internazionale alle disposizioni del diritto internazionale generale, bisogna considerare che tali disposizioni entrano a far parte dell'ordinamento interno. Questo avviene siccome le disposizioni di diritto internazionale entrano all'interno degli ordinamenti nazionali, attraverso vari meccanismi di

¹⁴ S.Brekoulakis: *Transnational Public Policy in International Arbitration in the Oxford Handbook of International Arbitration* di Schultz- Ortino, Oxford 2020, pp.120ss

¹⁵ P. Lalive: op.cit. p.301

¹⁶ Hunter & Gui Conde e Silva: '*Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations*', in Journal of World Investment Vol. 4, Issue 3 p.367-p.370 (2003)

¹⁷ Articolo 38 para 1 lett. C dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, per una analisi si veda il manuale del Professor B. Conforti: *Diritto Internazionale*, pp.48-54, Napoli 2015

¹⁸ Principio risalente: Lord Mansfield dictum in *Holman v Johnson*, (1775) in Cowp. Cowper's Reports, King's Bench 1 pp. 341, 343.

¹⁹ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 1997, firmata il 17 Dicembre, 1997, in vigore dal 15 Febbraio 1999; A.Crivellaro: "*Arbitrato Internazionale e corruzione*" in Riv. Arb, Fasc.4 01/12/2019, pp.663ss

²⁰ Tra i cui sostenitori troviamo Kessedjian: "*Transnational Public Policy*" in *International Arbitration 2006: Back to Basics?* di Albert Jan van den Berg, pp. 857-70 (L'Aja Kluwer Law International, 2007),.

²¹ Come fatto notare da Redfern: "*Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy*" in *International Arbitration 2006: Back to Basics?* Albert Jan van den Berg, p. 872 L'Aja Kluwer Law International, 2007

recepimento, codificati anche a livello costituzionale²². Ciò significa che i principi contenuti all'interno del concetto di ordine pubblico, quando sono considerati rappresentativi di valori fondamentali degli ordinamenti interni, saranno applicati dalle corti nazionali, seppur con la definizione di ordine pubblico internazionale, avendo presente che essi si riferiscono ad un concetto inerente al diritto domestico²³.

Per concludere il discorso riguardo alla nozione di ordine pubblico nel contesto dell'arbitrato internazionale, è utile ricordare che quando si applica questo concetto si fa, di solito, riferimento ad un ordine pubblico percepito come interno all'ordinamento giuridico di una nazione, non ad un concetto internazionale, che sarebbe slegato da qualsiasi sistema giuridico domestico. Il concetto di ordine pubblico, dunque, comprende i principi dell'ordinamento nazionale applicato nella determinata controversia, siccome i valori contenuti in questo concetto sono considerati così essenziali per lo Stato da superare la volontà dello stesso non solo ad aprirsi a leggi ed atti stranieri, ma anche la sempre più avvertita esigenza di favorire gli scambi commerciali internazionali viene a cedere il passo nei confronti dell'ordine pubblico²⁴.

1.2 La rilevanza dell'ordine pubblico nella questione di arbitrabilità

Il concetto di ordine pubblico ha rilievo in vari ambiti della disciplina dell'arbitrato internazionale, ma il primo in cui viene ad assumere una certa importanza è quello dell'arbitrabilità della controversia. Come più volte ricordato in questo elaborato, gli Stati hanno tentato di riservare la propria giurisdizione riguardo a determinate controversie che possono sorgere in specifici settori del diritto, considerati dai Paesi come aree sensibili. Spesso, per poter riservare queste controversie che potrebbero sorgere in aree sensibili, il legislatore nazionale usa come giustificazione che si tratta di materie dove è possibile che sia rilevante effettuare considerazioni che tengono in conto principi di ordine pubblico²⁵. Ad opinione di alcuni legislatori nazionali, le decisioni su di un determinato tipo di controversie

²² G.Zarra: *L'arbitrato internazionale e l'ordine pubblico*, p.549 nota n.39. Per l'Italia il riferimento è l'articolo 10 co.1 della Costituzione.

²³ P.Perlingieri : *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp.188 ss

²⁴ G. Zarra: *L'arbitrato internazionale e l'ordine pubblico*, p.550

²⁵ In Italia: art.806 Codice di Procedura Civile; Art. 2060 del Code Civil francese; Grecia: art.867 del Codice di procedura civile, il quale recita: “*if the parties to such agreement are empowered to freely dispose of the subject-matter of the dispute.*”

avrebbero conseguenze sociali di tale portata, che un tribunale privato, come quello arbitrale, non sarebbe in grado di pronunciarsi con la stessa autorità di una corte nazionale.

In una visione generale del panorama internazionale, sembra lecito poter affermare che nella maggior parte degli ordinamenti giuridici si assiste, ormai da decenni, ad una progressiva riduzione del concetto di inarbitrabilità e che, dunque, si sta assumendo coscienza del fatto che gli arbitri sono perfettamente abili o almeno, non incapaci a priori, a poter giudicare su questioni di ordine pubblico²⁶.

Sebbene ormai l'inarbitrabilità sia ridotta all'osso, esistono ancora dubbi irrisolti sulla questione dell'arbitrabilità delle controversie, ed il concetto di ordine pubblico ha un ruolo di primo piano. Il dubbio se considerare l'arbitrato uno strumento in grado di rapportarsi con i principi di ordine pubblico, seppur molto ridotto rispetto al passato, resta ancora un tema di discussione aperto e con molti aspetti ancora non pacifici.

In particolare, la procedura di arbitrato, sostanzandosi in un mezzo di risoluzione alternativo alla giustizia ordinaria, viene ancora percepita come non in grado di assicurare determinate garanzie processuali che, al contrario, la giurisdizione delle corti nazionali sembrerebbe fornire.

Tale percezione non risulta, tuttavia fondata. Infatti, secondo una autorevole dottrina,²⁷ sarebbe corretto far notare a chi continua a essere dubbioso sull'adeguatezza dell'arbitrato a risolvere controversie concernenti materie c.d. sensibili (come ad es. il diritto fallimentare o le questioni familiari), che le differenze tra la procedura di quest'ultimo e le procedure di contenzioso nazionali non fanno del primo un mezzo di risoluzione carente dal punto di vista delle garanzie a tutela di un giusto processo²⁸. Continuando questo ragionamento, si evincerebbe che se l'arbitrato fosse privo delle stesse garanzie processuali di un processo ordinario, sarebbe da considerare uno strumento inadatto non solo a dirimere controversie che sorgono in materie sensibili per l'ordine pubblico, le quali vertono su determinate materie tradizionalmente riservate alla giurisdizione statale, ma anche a risolvere quei casi che non hanno un'immediata correlazione con l'ordine pubblico, essendo puramente controversie di natura commerciale²⁹.

²⁶ K. Youseff: "Death of inarbitrability" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis-Brekoulakis, p.47

²⁷ S. Breloulakis: "Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis Brekoulakis, p.25

²⁸ Critiche agli aspetti della procedura arbitrale sono state spesso la giustificazione dell'inarbitrabilità delle controversie per motivi di ordine pubblico si veda: 414 U.S. 117, 136, 94 *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Ware*, S Ct 383, 394, 38 L.Ed.2d 348 (1973), at 136.; 415 U.S. 36, 94 *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, S Ct 1011, L.Ed.2d 147 (1974), al punto 39; anche nelle opinioni dissenzienti in *Scherk* (Justice Douglas) e *Mitsubishi* (Justice Stevens)

²⁹ La garanzia di un giusto processo non è esclusivamente appannaggio delle controversie che hanno un'implicazione pubblicistica. Si veda l'articolo 6 della CEDU e sull'argomento Lew-Mistel-Kroll: *Comparative international commercial arbitration* Capitolo Quinto pp.90ss

Un esempio può spiegare meglio quanto detto³⁰: le controversie puramente “commerciali” nate da un semplice rapporto contrattuale, richiedono garanzie processuali non minori di altre materie, poiché il loro impatto sull’economia e sulla società è considerevole. Gli effetti di tali controversie, infatti, vanno ben oltre il contratto stipulato da due soggetti privati, dato che raramente una controversia tra un debitore ed un creditore coinvolge solo queste parti, soprattutto in ambito internazionale, dove sono prese in considerazione anche somme cospicue. La conseguenza dell’impatto di tali controversie è indubbiamente rilevante.

Per questo motivo, i principi fondamentali che assicurano lo svolgimento di un giusto processo sono previsti per ogni tipo di controversia, sia di natura privata che pubblica. Date queste premesse, è possibile concordare con chi ritiene che l’arbitrato, sebbene abbia caratteristiche procedurali sui generis, possieda tutti i criteri per permettere lo svolgimento di un processo rigoroso e completo.

Come si dubita della procedura di arbitrato, così si hanno riserve sull’attitudine degli arbitri, soggetti privati³¹, ad applicare correttamente le norme che contengono i principi definiti di ordine pubblico di un dato ordinamento. Il motivo di tale diffidenza nasce dalla supposizione che gli arbitri, giudici privati, non legati, quindi a nessun ordinamento statale, siano naturalmente propensi a soddisfare primariamente gli interessi delle parti con maggiore forza contrattuale. Da questa considerazione discende l’opinione che il tribunale arbitrale non sia adatto a risolvere problemi sorti da marcata differenza di potere economico tra le parti in causa, ovvero tra le società e specifiche categorie, come i consumatori e i lavoratori dipendenti.

Queste conclusioni potrebbero risultare plausibili se si assume che la legislazione emessa a tutela di specifici gruppi sociali possa essere applicata solo da un foro che sia predisposto verso quelle categorie, cioè un’autorità giudiziaria che assuma una prospettiva pubblicistica piuttosto che privatistica sulla controversia³².

Del resto, le norme di ordine pubblico, espressione dei valori fondamentali, non sono redatte usando termini neutrali, ma adoperano una terminologia che mostra

³⁰ G. Alpa: *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*. di G.Alpa-V.Vigoriti, Capitolo Secondo, pag. 18, Milano UTET Giuridica 2013

³¹ E.Gaillard-J.Savage: *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* p. 10;

³² Questo punto di vista è sostenuto da giurisprudenza statunitense risalente.: *Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 450 U.S. 728, 101 S Ct 1427, 67 L.Ed.2d 641 (1981), al punto 744-45. Ma anche il testo del disegno di legge dell’Arbitration Fairness Act 2007: Section 2(4): “*Private arbitration companies are sometimes under great pressure to devise systems that favor the corporate repeat players who decide whether those companies will receive their lucrative business.*”

chiaramente lo scopo che ha mosso il legislatore a promanare quelle disposizioni in favore di determinate categorie. Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici moderni, affinché le norme di ordine pubblico ottengano il proprio effetto, non è richiesto che il decisore abbia un pregiudizio a favore di una categoria che è parte in causa, ma si richiede semplicemente di applicare le norme.

Se si assume come premessa che l'arbitro si limiti ad applicare la norma come è stata scritta dal legislatore nazionale³³, non vi è motivo di temere che questo "giudice al servizio delle parti" possa applicare i principi contenuti nelle norme di ordine pubblico scorrettamente o meno correttamente di un giudice al servizio di uno Stato. In altre parole, è possibile dire che l'appartenenza ad un sistema giudiziario statale non è una condizione necessaria per applicare correttamente una norma di ordine pubblico.

È importante non equivocare il discorso precedentemente affrontato: colui che applica una norma non è irrilevante³⁴. L'arbitro o il giudice, quando chiamati ad affrontare un caso, non si limitano a seguire una procedura in maniera meccanica, ma effettuano un'analisi complessa. A maggior ragione le norme di ordine pubblico, come sopra ricordato, consistendo in richiami di altre norme e in valutazioni di concetti non chiari³⁵, lasciano una certa discrezionalità a chi è chiamato ad applicarle, tenuto a coniugare i principi fondamentali dell'ordinamento con le circostanze del caso concreto. L'analisi del caso e la determinazione finale della controversia devono, o almeno dovrebbero, essere effettuate sulla base di fatti, prove e, se possibile, giurisprudenza rilevante in materia, mentre non dovrebbero rilevare né i principi astratti né tanto meno le personali opinioni di chi è chiamato ad applicare le norme³⁶.

Una critica ben più fondata alla questione dell'arbitrabilità delle controversie con riferimento all'ordine pubblico consiste nel porsi il dubbio se gli arbitri applicheranno effettivamente le norme di ordine pubblico piuttosto che interrogarsi se essi siano o meno in grado di farlo. Il fondamento logico di questa obiezione consiste nel fatto che una procedura arbitrale che si occupa di una controversia in cui sono rilevanti i principi compresi nella nozione di ordine pubblico di un determinato Paese, potrebbe svolgersi in un Paese diverso, dove ha sede il tribunale arbitrale.

Lo scenario preso in considerazione è quello del celebre caso *Mitsubishi*. Per rispondere al dubbio precedentemente sollevato, è ragionevole³⁷ notare che la corte nazionale dove il lodo dovrà

³³ G. Zarra: *L'arbitrato internazionale e l'ordine pubblico* nota n.42 di p.550

³⁴ S. Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern*, p. 29

³⁵ v. *supra* V. Barba: *L'ordine pubblico internazionale*

³⁶ Per l'uso di un arbitrato *ex equo et bono* Lew, Mistelis & Kröll.; *Comparative International commercial arbitration* pp. 471-472; E.Gaillard-J.Savage: op.cit. p. 947

³⁷ G.Zarra: op.cit. p. 553

esplicare la propria efficacia, avrà comunque possibilità di esercitare un proprio controllo in punto di diritto sulla pronuncia degli arbitri nel momento in cui ne sarà richiesto l'esecuzione davanti ad essa. Questo avviene alla luce delle disposizioni della più volte menzionata Convenzione di New York 1958, in particolare

L'idea di un controllo successivo prende il nome di *second look doctrine* ³⁸, secondo la quale i giudici hanno evidenziato che il *favor* nei confronti dell'arbitrato, giustifica una rinuncia da parte dello Stato di voler a priori giudicare su materie sensibili, dal momento che è possibile successivamente, ovvero quando è richiesta l'esecuzione del lodo, negare l'efficacia dello stesso, qualora risultasse contrario alle norme di ordine pubblico³⁹. Tuttavia, tale teoria non è stata esente da critiche in quanto si è obiettato da una parte che non sussiste la certezza che il lodo venga eseguito in quel paese le cui norme di ordine pubblico hanno avuto una certa rilevanza nella controversia e dall'altra che l'esame delle corti nazionali al momento dell'esecuzione non sarebbe abbastanza approfondito per rivelare una violazione da parte del lodo di quelle norme⁴⁰.

Nonostante le critiche mosse siano ragionevoli, esse non considerano che lo scenario offerto dal caso in questione si concentra più sul modo in cui gli arbitri possano risolvere in maniera efficace una controversia che ha implicazioni con le norme di ordine pubblico di un Paese piuttosto che evidenziare un'inerente deficienza dell'arbitrato, che renderebbe lo strumento incapace di applicare i principi di ordine pubblico alle controversie⁴¹.

Oltre a quanto detto sopra, occorre tenere presente che l'obiettivo finale degli arbitri è quello di risolvere la controversia nel modo più efficiente possibile⁴², per ottenere questo ovviamente è necessario che il lodo sia eseguibile⁴³. Date queste premesse è possibile affermare che è tra i doveri degli arbitri effettuare un bilanciamento tra tutte le circostanze di fatto che hanno rilievo nella controversia, anche applicando, o almeno prendendo in considerazione, le norme di ordine pubblico di un Paese diverso da quello le cui disposizioni

³⁸ 473 U.S. 614 *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*; S Ct 3346 (1985) (U.S. Supreme Court, 2 Luglio 1985)

³⁹ P. Baron- S. Linger: "A Second Look at Arbitrability" in *Arbitration International* Vol.19 issue 1 2003, pp.27 ss.

⁴⁰ W.Park: "Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration" in *Brook. J. Int'l L.* vol. 12 Issue 3(1986), p. 642

⁴¹ S. Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern*, p.30

⁴² English Arbitration Act 1996 section 1 lett. a) *the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense;*

⁴³ ICC rules Art. 35 para 6 : *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*

sono state oggetto di accordo tra le parti.

È plausibile affermare che nulla sia in grado di dimostrare, se non un pregiudizio radicato, che un tribunale arbitrale sia di per sé non in grado di compiere un bilanciamento che include anche una valutazione di principi di ordine pubblico. Contestualmente, non è certo che i giudici, i quali hanno il dovere di applicare i principi di ordine pubblico del proprio Paese, applicheranno in correttamente o più correttamente di un arbitro le norme. L'arbitrato non è un mezzo di risoluzione incapace apriori a trattare anche i principi di ordine pubblico ed applicarli alla specifica controversia ad esso rimessa; gli arbitri dunque, in linea teorica, saranno in grado di valutare la nozione di ordine pubblico ed applicarla correttamente alla controversia⁴⁴.

È incontrovertibile che sia avvenuta, in quasi tutte le giurisdizioni del mondo, una sensibile diminuzione delle aree di inarbitrabilità, consentendo l'utilizzo dell'arbitrato anche per controversie che in passato erano riservate alla giurisdizione delle corti nazionali, tuttavia persistono alcuni dubbi, in particolare riguardo al ruolo che avrebbe il concetto di ordine pubblico nel determinare tale questione all'interno della procedura di arbitrato. Tuttavia, determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia basandosi sui principi di ordine pubblico, come illustrato precedentemente, non risulta una scelta appropriata e neppure in linea con l'attuale tendenza a favorire l'uso dell'arbitrato.

Si può correttamente affermare, alla fine dell'analisi, che l'evoluzione della prassi internazionale ha dimostrato come le valutazioni di ordine pubblico hanno assunto via via un ruolo marginale nel determinare la questione di arbitrabilità della controversia, mentre nel passato tali valutazioni erano considerate essenziali in questa fase del giudizio arbitrale⁴⁵.

2. La posizione del Professor Brekoulakis: l'inarbitrabilità come limite inerente all'arbitrato

2.1 Ridefinizione della teoria dell'inarbitrabilità delle controversie

Precedentemente si è analizzato il concetto di ordine pubblico e la sua limitata rilevanza nel determinare la questione di inarbitrabilità delle controversie. Resta insoluta la questione dell'ambito

⁴⁴ L.G. Radicati di Brozolo: "Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico" in Riv. arb., Fascicolo 4, 2006, p. 634.

⁴⁵ B. Hanotiau: "What law govern arbitrability?" in Arb. Int'l Vol.12 Issue 4 1996, p.403

dell'inarbitrabilità, ovvero trovare il motivo per il quale le legislazioni statali continuano, seppur in maniera molto minore rispetto al passato, a restringere le aree in cui è possibile ricorrere all'arbitrato.

Una volta stabilito il motivo che potrebbe spingere i legislatori a limitare l'uso dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie, occorrerebbe poi, definire fino a che punto è accettabile un limite alle materie di applicazione dell'arbitrato, dato che è stato dimostrato che questo strumento è un efficace mezzo di risoluzione delle controversie⁴⁶.

A tali quesiti ha tentato di dare risposta il Professor Stravros Brekoulakis, il quale ha elaborato un interessante ridefinizione della teoria dell'arbitrabilità, considerandola una delle caratteristiche inerenti alla giurisdizione arbitrale, un prerequisito perché il tribunale possa assumere la giurisdizione su di una controversia⁴⁷.

La prima obiezione che sarebbe possibile sollevare per giustificare il limite all'arbitrabilità è che continua a persistere un pregiudizio dei legislatori nazionali verso l'uso dell'arbitrato. È vero che il pregiudizio nella mente dei legislatori potrebbe persistere ed avere ancora un ruolo nel determinare l'inarbitrabilità della controversia, tuttavia da più di trent'anni che le più corti di vari Paesi hanno limitato le aree dell'inarbitrabilità.

Inoltre, il semplice pregiudizio in sé non potrebbe spiegare il motivo per cui continua a persistere un limite alle materie le cui controversie potrebbero essere risolte anche attraverso l'arbitrato⁴⁸.

Il Professor Brekoulakis ritiene che la questione dell'inarbitrabilità della controversia dovrebbe essere esaminata alla luce dei limiti inerenti alla sua natura di mezzo di risoluzione delle controversie di origini contrattuali. Questo avviene poiché l'arbitrato, basandosi sul consenso, ha difficoltà a vincolare altre persone oltre a quelle che sono parti della convenzione di arbitrato ed anche la decisione dell'arbitro, generalmente, ha valore vincolante unicamente per quei soggetti aderenti alla clausola di arbitrato⁴⁹.

Un esempio⁵⁰ del fatto che esistono limiti concettuali che si ripercuotono sull'ambito dell'arbitrabilità consiste nei limiti dell'uso di questo meccanismo nella procedura fallimentare. Sebbene non sussista un motivo legato al concetto di ordine pubblico

⁴⁶ L. Mistelis: *Fundamental Observations*, in *Arbitrability* di Mistelis -Brekoulakis, p.10

⁴⁷ G. Zarra: op cit., nota 42 di p.550

⁴⁸ S. Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern*, p.32

⁴⁹ E.F. Ricci: "Il lodo rituale di fronte ai terzi" in Riv. dir. proc 01/1989 vol.44., pp. 655 ss.; vedi anche E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè 2004.

⁵⁰ S.Brekoulakis: op.cit. p.33

che giustifichi a priori la preferenza di un procedimento davanti alle corti nazionali piuttosto che di fronte ad un giudice di un sistema privato di giustizia, non sembra materialmente possibile ottenere il consenso di tutti i partecipanti affinché la controversia sia rimessa davanti ad un tribunale arbitrale.

Nel caso in cui si permettesse che più richieste vengano rimesse alla giurisdizione di due diverse procedure bilaterali, ovvero alcune davanti agli arbitri ed altre davanti ai giudici nazionali, le decisioni prese dai due diversi soggetti sarebbero tra loro incompatibili, se non conflittuali.

Per via del fatto che i procedimenti che coinvolgono terzi non sono generalmente accettati nell'arbitrato⁵¹, i terzi che avessero un credito con il fallito non potrebbero prendere parte ad una procedura tra il curatore o l'amministratore ed uno degli altri creditori. La conseguenza di questo è che sarebbe molto difficile stabilire l'ordine in cui i vari creditori debbano essere pagati e risulterebbe anche complessa l'allocazione dei fondi disponibili tra i vari creditori, soprattutto nel momento in cui alcune richieste venissero contestate.

Il fine della legislazione fallimentare è proprio quello di distribuire i fondi limitati ai vari creditori cercando di rispettare le garanzie che ciascun creditore aveva ottenuto, perciò potrebbe essere inficiato dal fatto che l'arbitrato abbia limiti dati dalla natura contrattuale.

I diritti nazionali spesso stabiliscono che le controversie sorte in un fallimento saranno rimesse collettivamente alla giurisdizione esclusiva di una corte statale specializzata⁵². Per questo motivo l'inarbitrabilità della procedura fallimentare trova il proprio fondamento nel fatto che una soluzione di questo tipo di controversie è raggiunta in maniera più efficace dalle procedure collettive nelle quali è possibile convocare tutte le parti che hanno un interesse davanti alla stessa corte⁵³. Esistono possibili utilizzazioni dell'arbitrato anche in ambito fallimentare, con riferimento a certe categorie di controversie, ammesse anche dai diritti nazionali di alcuni Paesi⁵⁴.

È possibile che un discorso simile a quello fatto per la procedura fallimentare valga anche per le controversie all'interno delle società. Il principale argomento contrario all'arbitrabilità delle

⁵¹ Lew- Mistelis- Kröll: op.cit. para 16-74; G.Born: *International Commercial Arbitration* vol I – Capitolo 10; A.Redfern -Hunter: *Law and practice of International Commercial Arbitration*, (4th ed, Londra Sweet & Maxwell 2004 para 3-73.

⁵² Cfr s.43(5) del Codice Fallimentare Austriaco: "The insolvency court shall have exclusive jurisdiction to hear and decide on avoidance complaints if the right of avoidance is exercised by the insolvency receiver or the insolvency creditors" e s.111(1): "The insolvency court shall have exclusive jurisdiction to decide litigation concerning the insolvency claims' validity and rank"; Francia: R 662-3 Codice del Commercio: "Les débats devant le tribunal de commerce et le tribunal judiciaire ont lieu en chambre du conseil".

⁵³ D. Cohen: "Arbitrage et Société" tome 229 (Paris -LGDJ 1993), para 238ss

⁵⁴ C. Liebscher: "Insolvency and arbitrability" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L e Brekoulakis; Capitolo Nono, pp.165 ss

controversie che riguardano la risoluzione degli azionisti consiste nel fatto che la decisione del tribunale arbitrale avrebbe valore vincolante solamente per quelli azionisti che erano parti della convenzione arbitrale⁵⁵. Mentre gli altri azionisti che non erano parte della convenzione non sarebbero vincolati dal lodo, lasciando la controversia risolta solo parzialmente.

Perciò è lecito chiedersi se l'arbitrato sia un mezzo idoneo a trattare questo genere di controversie e se non sarebbe più adatta una corte nazionale.

L'uso dell'arbitrato all'interno delle relazioni societarie in Italia è ammesso, seppur sussistono limiti di quali materie siano risolvibili anche attraverso l'arbitrato⁵⁶. L'esperienza ha dimostrato che l'arbitrato è adoperato spesso nella prassi societaria in molti paesi e che la maggior parte degli statuti interni è inclusa una clausola arbitrale⁵⁷.

L'arbitrato ha limiti nella sua natura che non consentono di risolvere in maniera efficace le controversie in cui sono coinvolte più parti. Dato che in questi casi solo alcune richieste, dei creditori o degli azionisti, sarebbero rimessi davanti ad un tribunale arbitrale, mentre altre ricadranno nella giurisdizione di una diversa corte, agli arbitri non sarà possibile dirimere le controversie commerciali efficacemente.

L'inarbitrabilità, seguendo le sopra citate dimostrazioni, dovrebbe essere intesa come "incapacità dell'arbitrato di fornire una soluzione efficace ad una determinata controversia"⁵⁸. È corretto notare che questo genere di limite non è esclusivo dell'arbitrato e delle convenzioni arbitrali, ma si applica in modo simile anche a quelli accordi di giurisdizione, ovvero la scelta compiuta dalle parti sulla corte chiamata a dirimere la controversia⁵⁹.

Infatti, gli stessi problemi sorgerebbero nella circostanza in cui sussista un accordo di giurisdizione tra un creditore ed un debitore e quest'ultimo diventi insolvente oppure un accordo di questo tipo che vincola solo alcuni azionisti in una controversia all'interno della

⁵⁵ P. Perales Viscasillas: "Arbitrability of (intra-)corporate disputes" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis e Brekoulakis; Capitolo Quattordicesimo pp.289ss

⁵⁶ Dlg.s del 17/01/2003 n.5 come modif. dal dlg.s n. 37 del 6/02/2004: artt.34-36. Per una visione critica: G. Gabrielli: "Clausole compromissorie e statuti sociali", in Riv. Dir. Civ. (Gen-Feb. 2004) pp. 86 e 92-93; P. Bernardini: "L'arbitrato nella riforma del diritto societario" in *La riforma del diritto societario. Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur*, 27-28 settembre 2002. Milano: Giuffrè, 2003, p. 304 e p.312; S. Sanzo". Commento al d.lgs. n.6 del 17 gennaio 2003, e d.lgs. n.5 del 17 gennaio 2003, d.lgs n.61 del 11 aprile 2002, (art.1). contenute nel "Le riforme del diritto italiano. Il nuovo diritto societario" Diretto da: G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, e P. Montalenti. p.2980, Torino: Zanichelli, 2004,

⁵⁷ G. Silingardi: *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali* pp. 8 e 8-26 (Milano Giuffrè 1979)

⁵⁸ S. Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern*, p.34

⁵⁹ S. Brekoulakis, "The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?", in J. Int'l Arb. Vol.24 Issue 4 2007 p. 357

società. In questi casi, gli accordi di giurisdizione sarebbero probabilmente inoperanti, favorendo un procedimento concorsuale davanti ad una corte nazionale⁶⁰.

A questo punto non si incorre in errore se ci si interroga sul perché solamente le controversie che riguardano il fallimento sono soggette a procedure concorsuali obbligatorie, mentre non sono previste procedure di questo tipo per altri contratti multilaterali⁶¹.

Una soluzione plausibile potrebbe essere che le procedure collettive per le controversie in ambito fallimentare sono direttamente improntate alla tutela del sistema commerciale, giacché esse mirano ad assicurare la garanzia dei crediti contrattuali. Spiegando in altri termini, attraverso le procedure collettive viene tutelato il diritto che sia data priorità ai crediti privilegiati rispetto ai crediti privi garanzie. Il danno che deriverebbe dall'utilizzo di una procedura non collettiva sarebbe maggiore in caso di fallimento che in altri tipi di controversie in cui sono coinvolte più parti.

Nel caso in cui tutte le parti concordassero di rimettere la controversia alla risoluzione di un tribunale arbitrale, sia in caso di fallimento che in caso di liti intra-societarie sarebbe possibile ricorrere all'arbitrato⁶².

2.2 Spunti ulteriori in tema di arbitrato, consenso, inarbitrabilità: il caso della proprietà intellettuale

Avendo chiarito che non è in rilievo l'ordine pubblico come motivo fondante dell'inarbitrabilità delle controversie e che, potenzialmente, sarebbe possibile rimettere anche controversie legate al fallimento e al contenzioso tra azionisti e società, viene da chiedersi perché esistano ancora limiti all'arbitrabilità di alcune controversie sorte in determinati settori del diritto.

Tuttavia, sebbene ad oggi molti settori del diritto permettano l'uso di mezzi alternativi per risolvere le dispute, non si può dimenticare che l'arbitrato ha un'origine consensuale⁶³.

Sarebbe una contraddizione della stessa scelta del mezzo alternativo alla giustizia ordinaria, se creditori o azionisti fossero costretti a rimettere le proprie controversie davanti ad un tribunale

⁶⁰ L. Penasa : *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi* vol. II, , pp.276ss, Milano Wolters Kluwer 2012

⁶¹ Ci sono anche esempi di clausole arbitrali ritenute non inoperanti perché non tutte le parti erano state coinvolte, un esempio in British Columbia Supreme Court, *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd and Al Sims and Sons*, (BCSC 30 Dicembre 1994), in vol. 6 ADRLJ 315 (1997)

⁶² R. Trittman-I. Hansfeld: “s. 1030 ZPO” in *Arbitrability in Germany- the Model law in practice* di Bockstiegel-Kroll- Nasciminto, Wolters Kluwer 2014 pp. 49 ss

⁶³ Lew-Mistelis- Kroll: op. cit., pp.3-4

arbitrale pur non essendo parte di una convenzione arbitrale. Al contrario le corti nazionali non dipendono dalla volontà delle parti di rimettere una controversia alla loro giurisdizione, il loro giudizio avverrà di default⁶⁴.

Nonostante esista una ragione plausibile per cui l'inarbitrabilità sussiste, è possibile che in qualche area del diritto i legislatori nazionali abbiano ecceduto nel ridurre lo spazio all'utilizzo dell'arbitrato e, se così fosse, quanto sia corretto che accada.

Per calarsi ulteriormente nella realtà è opportuno ricorrere all'esempio delle controversie in materia di proprietà intellettuale⁶⁵. Occorre rilevare che alcune controversie che sorgono in questo settore, come i casi sullo sfruttamento delle licenze⁶⁶ o contratti di compravendita delle stesse, hanno una chiara origine contrattuale, mentre in altre, nate da un'attività illecita come il plagio o la contraffazione, non potrebbe esistere una clausola arbitrale tra le due parti. Infine, esistono generi di controversie in ambito di proprietà intellettuale che sono legate alla validità, alla titolarità, all'ambito e alla mancata esecuzione di prestazioni, queste controversie potrebbero avere un'origine contrattuale, ma potrebbero anche non averla⁶⁷. L'uso dell'arbitrato è da tempo largamente ammesso per dirimere le controversie sorte riguardo ai diritti di proprietà intellettuale.

Alla luce del ragionamento fatto sopra, è possibile riesaminare i motivi che spingono i legislatori nazionali a rendere inarbitrabili le controversie riguardo a determinati aspetti dei diritti di proprietà intellettuale, come i brevetti e i marchi⁶⁸, i quali necessitano di un intervento di un'autorità pubblica per venire registrati.

Le legislazioni nazionali in Europa di solito tendono a prevedere una disciplina che riserva a specifiche corti interne la giurisdizione esclusiva sulla validità o registrazioni di marchi e brevetti, un esempio è dato dall'Articolo 22(4) del Regolamento CE 44/2001⁶⁹.

⁶⁴ S.Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern*, p.36

⁶⁵ Cornish and Llewelyn: *Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (V ed, Londra, Sweet& Maxwell 2003) p. 3.; per una definizione nel diritto internazionale: Articolo 2 para. viii della Convenzione Istitutiva WIPO: "*intellectual property shall include the rights relating to: -literary, artistic and scientific works, -performances of performing artists, phonograms, and broadcasts, -inventions in all fields of human endeavor, -scientific discoveries, -industrial designs, trade marks, service marks, and commercial names and designations, -protection against unfair competition, and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.*"

⁶⁶ Cour Suprême du Canada, 21 mars 2003: *Chouette inc. c/ Desputeaux*, in *Revue de l'Arbitrage* (2003) p. 473

⁶⁷ A. Mantakou: "*Arbitrability and intellectual properties disputes*" in *Arbitrability: International & Comparative Perspective* di Mistelis & S Brekoulakis Capitolo tredicesimo pp. 264-265

⁶⁸ E. Gaillard-J.Savage: op cit., p. 352; Lew-Mistelis- Kröll: op.cit., p.209

⁶⁹ Art.22 para 4: "*Indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva: 4) in materia di registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli e di altri diritti analoghi per i quali è prescritto il deposito ovvero la registrazione, i giudici dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo comunitario o di una convenzione internazionale.*"

Diversamente la Confederazione elvetica possiede una legislazione maggiormente liberale in questo settore, siccome essa prevede che l'agenzia governativa preposta alla registrazione può accettare che un lodo arbitrale sia in grado di modificare il diritto di proprietà di un brevetto o di un marchio⁷⁰. Un atteggiamento simile a quello adottato dalla Svizzera è stato seguito dal diritto statunitense, che rende virtualmente arbitrabili ogni tipo di controversia riguardo a marchi e brevetti⁷¹.

La tradizionale giustificazione addotta per questi limiti consiste nel ritenere che il lodo arbitrale produca effetti vincolanti solamente *inter-partes*, perciò non potrebbe avere alcun effetto sui diritti di proprietà intellettuale che, invece, valgono *erga omnes*. Tuttavia, è corretto chiedersi se questo assunto sia sempre vero, visto che esistono legislazioni (la Svizzera) che consentono ad un lodo arbitrale di modificare la titolarità dei diritti di proprietà intellettuale. In questo preciso ambito del diritto, la sentenza emessa da una corte nazionale potrebbe produrre il medesimo effetto di un lodo arbitrale, giacché esso non è in principio privo di valore di *res iudicata*⁷².

La pronuncia giudiziaria emessa da una corte nazionale⁷³ assume efficacia *erga omnes* poiché è possibile⁷⁴ che essa sia registrata o depositata presso l'autorità competente, che successivamente modifica la titolarità del diritto di proprietà intellettuale, come stabilito dalla sentenza. Nulla impedisce, se non la volontà del legislatore nazionale, che anche un lodo arbitrale possa essere un motivo per modificare la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale.

Il motivo per cui tali controversie non sono arbitrabili non andrebbe ricercato nell'effetto *inter-partes* del lodo, ma piuttosto nell'effetto *inter-partes* del procedimento arbitrale. L'arbitrato bilaterale tra due parti che si contendono la titolarità di un brevetto o di un marchio, per sua conformazione, escluderebbe un terzo dalla controversia, il quale potrebbe anche essere il vero titolare del diritto in questione.

⁷⁰ R. Briner, "The Arbitrability of Intellectual Property Disputes with Particular Emphasis on the Situation in Switzerland" in Am.Rev.Int'l Arb vol. 5. (1994) p.38

⁷¹ Title 35 U.S.C section 294: <https://www.govinfo.gov/app/details/DE-2011-tit/USCOle35/USCODE-2011-title35-partIII-chap29-sec294/context> ; per un commento: Plant: "Arbitrability of Intellectual Property Issues in the United States" in Am. Rev. Int'l Arb. Vol. 5 (1994) pp.12-15; M. Blessing: "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", in Arb. Int. Vol.12 Issue 2 (1996) pp.191-200.

⁷²S.Brekoulakis, "The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited", in Am. Rev. Int'l Arb. vol.16 (2005) p. 180, note 9-10 in cui si passa in rassegna la legislazione di paesi europei e quella statunitense

⁷³ Per vedere l'impatto delle sentenze in questo settore nel contesto europeo: C- 4/03 *GAT v. Luk* , sentenza del 13 luglio 2006, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-4/03>

⁷⁴ In Italia: art.79 dlgs del 4/03/2005 n. 30 Codice della Proprietà industriale: se la sentenza sulla nullità del brevetto ha effetto di *res iudicata*, avrà anche effetti *erga omnes* <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/05030dl.htm>
Al riguardo: A. Frignani: "Nouveautés sur la arbitrage en matière de propriété intellectuelle et de droit des sociétés en Italie" in Les Cahiers de l'Arbitrage Vol.2 (2005) pp. 30-36, 30.

La giurisdizione delle corti nazionali permette che i terzi, i quali potrebbero essere i reali titolari del diritto, hanno una maggiore possibilità di partecipare al processo, evitando così il rischio di un pregiudizio e che la registrazione rispecchi l'attuale titolarità del brevetto o del marchio⁷⁵.

In conclusione, del ragionamento fatto, i limiti dell'arbitrabilità della controversia riguardo alla validità ed alla registrazione di un brevetto o di un marchio non andrebbero trovate nell'efficacia limitata del lodo, bensì nelle caratteristiche intrinseche del procedimento, che non consente un pieno coinvolgimento di un terzo, essendo limitato al consenso delle parti convenzione di arbitrato. Al contrario le corti nazionali sono più appropriate a gestire controversie con più parti in causa, sia in materia di proprietà intellettuale che in ambito fallimentare, disponendo di procedure adatte a questo tipo di liti.

2.3 La validità della convenzione d'arbitrato e l'inarbitrabilità.

Come si è visto in precedenza⁷⁶, l'opinione maggioritaria considera l'inarbitrabilità della controversia una condizione che rende caducata (*null and void*) una convenzione di arbitrato. Sebbene si tratti di una posizione con larghi riscontri tra gli studiosi e la prassi giurisprudenziale, non rimane senza fondamento l'interrogativo se davvero l'inarbitrabilità possa essere una condizione per la validità della convenzione di arbitrato dovendosi invece far riferimento all'inoperatività della stessa⁷⁷.

In primo luogo, molte disposizioni riguardo alla disciplina dell'arbitrato distinguono tra invalidità e inarbitrabilità della controversia. Nella Convenzione di New York 1958, ad esempio, l'invalidità, come motivo di possibile rifiuto dell'esecuzione è disciplinato dall'articolo V paragrafo 1 lettera a), mentre la questione riguardo all'arbitrabilità è illustrata nel secondo paragrafo, come distinto motivo⁷⁸. Non solo questo trattato internazionale, ma

⁷⁵ S. Brekoulakis: "Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern" in *Arbitrability* di Mistelis-Brekoulakis p. 36

⁷⁶ Cfr Capitolo I; inoltre v. Switzerland Federal Tribunal, 23 giugno 1992: *Fincantieri- Cantieri Navali Italiani and Oto Melara v. M. and arbitration tribunal*, in XX YBCA (1995) p. 766, si riportano alcune parole: "Arbitrability is a requirement for the validity of the arbitration agreements"; da notare anche Redfern & Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (4th ed, Londra Sweet & Maxwell 2004). Gli AA. illustrano la questione nella sezione "The Validity of an Arbitration Agreement" in Capitolo 3, para 3-13 e ss.

⁷⁷ Lew, Mistelis & Kröll: p.193. con le seguenti parole: "though arbitrability is often considered to be a requirement for the validity of the arbitration agreement it is primarily a question of jurisdiction."; H. Arfazadeh, "Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited" in *Arb Int.* Vol.17 (2001) p. 73, pp.76ss.

⁷⁸ H. Arfazadeh: op.cit. p. 85

anche altre leggi riguardo all'arbitrato sono attente a distinguere i due concetti, non includendo la questione dell'inarbitrabilità in quelle disposizioni che regolano la validità della convenzione di arbitrato, come fa la legge Modello UNCITRAL al suo articolo 7 ed anche la Legge Inglese sull'arbitrato alla sua Section 6⁷⁹.

In Europa continentale, ad esempio in Svizzera e Germania, i due concetti sono oggetto di due norme diverse: l'invalidità è disciplinata dall'articolo 178 della Legge federale sul Diritto Internazionale Privato nella Confederazione Elvetica e dalla Section 1029 del ZPO tedesco. Mentre l'arbitrabilità delle controversie trova la sua collocazione nell'articolo 177 della Legge federale e nella Section 1030 del Codice di Procedura Civile tedesco⁸⁰.

Inoltre, ancora più rilevante è notare che le convenzioni di arbitrato consistono in contratti *sui generis*, avendo aspetti sia contrattuali che giurisdizionali⁸¹, queste stabiliscono la giurisdizione di un determinato tribunale arbitrale, escludendo invece quella di default dei giudici nazionali. Nonostante abbia effetti procedurali unici e distinti dagli altri contratti, la convenzione di arbitrato è sullo stesso piano di ogni altro contratto per quanto riguarda le disposizioni sulla sua validità. Questo significa che perché essa sia valida deve rispettare determinati requisiti richiesti.

Per concludere validamente una convenzione di arbitrato, devono essere rispettate solamente alcune condizioni: la capacità delle parti di poter rimettere ad arbitrato una controversia, il consenso, ovvero l'incontro delle volontà, ed infine i requisiti formali richiesti dalla Convenzione di New York e dalle leggi nazionali di arbitrato⁸².

Se venissero richiesti ulteriori requisiti di validità, sarebbe violato il principio che stabilisce la natura contrattuale della convenzione di arbitrato ed essa si troverebbe ad essere in una posizione di svantaggio rispetto agli altri contratti, che avrebbero condizioni di validità meno severe⁸³.

È comunque corretto affermare che la validità della convenzione di arbitrato e la giurisdizione del tribunale siano concetti tra loro molto collegati, ma il secondo ha un ambito più ampio. Determinare la giurisdizione di un tribunale arbitrale su di una controversia è un'operazione che richiede l'esame di molteplici fattori, mentre stabilire la validità di una convenzione di arbitrato

⁷⁹ Per consultare le disposizioni: Art. 7 Legge Modello www.uncitral.org; Sec.6 EAA 1996: www.legislation.gov.uk

⁸⁰ Per le disposizioni Svizzere in versione ufficiale in italiano: www.swissarbitration.org ; un'analisi delle norme tedesche può essere trovata in Trittman-Hanefeld: op.cit., "s.1029" pp.79ss, "s.1030" p.94ss

⁸¹ Lew-Mistelis-Kroll: op.cit. p.100; D. Lew: "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", in van den Berg ICCA Congress series n. 9, pp.114ss; S. Brekoulakis, "The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?" in J. Int'l Arb. vol. 24 Issue 4 (2007) p. 361.

⁸² E.Gaillard-J.Savage: op. cit, pp.241ss; Lew-Mistelis-Kroll: op.cit, p.130; F. Bortolotti: "Arbitrato commerciale internazionale" pp.23ss, Milano Giuffrè 2019

⁸³ S.Brekoulakis: "Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern" in Arbitrability Mistelis-Brekoulakis p.38

richiederà la valutazione di un numero minore di circostanze.

Per capire la differenza basti pensare al fatto che, pur in presenza di una convenzione di arbitrato validamente espressa, un tribunale arbitrale potrebbe non avere la giurisdizione su di una controversia ad esso rimessa, ad esempio perché il caso è al di fuori dell'ambito di applicazione della convenzione o perché la domanda principale è già stata risolta da un altro lodo o da una sentenza di una corte nazionale, con effetto di *res iudicata*⁸⁴.

L'arbitrabilità, se si segue questo ragionamento, rientrerebbe tra quei fattori che sono legati alla giurisdizione del tribunale arbitrale, i quali si estendono oltre alla questione di validità della convenzione di arbitrato. Perciò si tratterebbe di una condizione specifica dell'aspetto giurisdizionale dell'arbitrato, non invece di una circostanza legata alla convenzione di arbitrato.

In altre parole, la teoria fin qui sostenuta afferma che la questione dell'arbitrabilità consiste in una condizione necessaria affinché il tribunale possa assumere la giurisdizione su di una particolare controversia. Il concetto dell'arbitrabilità della controversia sarebbe qualificabile, dunque, come un requisito giurisdizionale, non un requisito contrattuale, che vede tale nozione come condizione necessaria perché la convenzione sia valida⁸⁵, come affermato dalla maggioranza degli studiosi.

Se una particolare controversia risulta inarbitrabile, al tribunale arbitrale è impedito solamente di assumere la giurisdizione su quella specifica controversia, la convenzione di arbitrato non sarà *ab initio* caducata per causa di quella particolare questione non arbitrabile. È possibile, oltre che generalmente accettato,⁸⁶ che da una convenzione possano sorgere vari tipi di controversie, arbitrabili e non arbitrabili, questo non inficia la convenzione *ab initio*.

Un esempio su di un settore del diritto precedentemente discussa sarà di aiuto per comprendere meglio la teoria che ritiene l'arbitrabilità un concetto relativo all'aspetto giurisdizionale dell'arbitrato.

Si ipotizzi un contratto di licenza di un brevetto, tale accordo possiede una clausola arbitrale che statuisce: "ogni controversia che sorge da questo contratto sarà rimessa ad arbitrato", non disporrebbe anche per quelle controversie che risultano *per se* inarbitrabili,

⁸⁴ Lew-Mistelis-Kroll: op.cit. pp.329 ss

⁸⁵ S. Brekoulakis: "Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern" p.39

⁸⁶ Buzbee: , "When arbitrable claims are mixed with nonarbitrable ones: What's a court to do?" in S. Tex. L. Rev. vol. 39 (1997-98) pp. 663ss. L'A. analizza la gestione di controversie arbitrabili e non arbitrabili e offre una soluzione pratica a possibili complicazioni alle questioni legate

dunque non potrebbe mai essere considerata caducata *ab initio*, ovvero fin da quando è stata apposta⁸⁷.

Qualora sorgesse da quel contratto una controversia che abbia ad oggetto la titolarità o la valida registrazione del brevetto, il tribunale arbitrale probabilmente declinerà la giurisdizione su quello specifico caso, ma la convenzione arbitrale del contratto in questione, rimarrà valida ed efficace. Non solo, nel caso in cui sorga un'ulteriore controversia tra le stesse parti, ma riferita al contratto di licenza, il tribunale potrà senza alcuna difficoltà dichiarare la propria giurisdizione sulla determinata lite.

A questo punto è corretto affermare che non è la materia oggetto della convenzione arbitrale ad essere inarbitrabile al momento della conclusione, bensì la specifica controversia sarà considerata arbitrabile o no, quando sorgerà davanti agli arbitri. Alcune legislazioni risultano più chiare di altre nella formulazione del concetto di arbitrabilità, come le disposizioni della legge federale Svizzera o del Codice di Procedura Civile tedesco, che adottano i termini “controversie” o “richieste”, mentre la Convenzione di New York parla, in modo più indefinito, di “questione”.⁸⁸

Riassumendo, l'arbitrabilità della controversia non dovrebbe essere considerata come una condizione per la validità della convenzione di arbitrato. Il concetto in questione, invece, riguarderebbe in maniera esclusiva l'aspetto giurisdizionale della convenzione di arbitrato, sostanziandosi in una condizione necessaria perché possa esserci la giurisdizione del tribunale arbitrale.

2.4 I risvolti pratici della teoria

La teoria sopra esposta, considerando l'arbitrabilità delle controversie una condizione necessaria non della validità della convenzione arbitrale, ma del suo aspetto giurisdizionale, ha anche risvolti pratici di un certo rilievo. Quanto analizzato fino ad ora potrebbe avere notevole influenza sulla discussione⁸⁹ inerente a quale sia il foro, se un tribunale arbitrale o una corte nazionale, che avrebbe la priorità o, addirittura, l'esclusività a determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia.

⁸⁷ S. Brekoulakis: op.cit. p.39

⁸⁸ Legge federale sul Diritto internazionale privato art.177:” ogni controversia che riguardi...”; S.1030(1) ZPO:”ogni richiesta riguardante un...”; art. II(3) della Convenzione di New York 1958:” concernente una questione suscettibile di essere regolata in via arbitrale”

⁸⁹ Per una prospettiva sulla questione nel diritto statunitense: L. Shore: “The United States’ perspective on “arbitrability” in *Arbitrability* di Mistelis Brekoulakis, Capitolo Quarto pp.69ss; Y. Fortier: “Arbitrability of Disputes” in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, di G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, M. Mustill, P.M. Patocchi & A.-M. Whitesell (Parigi ICC 2005) pp.274ss. Secondo Fortier, il quesito di quale sia il foro competente a determinare l'arbitrabilità dipende dall'accordo che le parti hanno stipulato tra loro

All'interno della discussione, prevale la prospettiva dottrinale che ritiene una competenza concorrente del tribunale arbitrale e della corte nazionale a determinare la questione di arbitrabilità della controversia in una fase precedente alla emissione del lodo⁹⁰. Nonostante l'opinione degli esperti, è utile notare che i legislatori nazionali potrebbero riservare alle proprie corti una giurisdizione esclusiva per determinare l'arbitrabilità della controversia, sottraendo questa decisione agli arbitri⁹¹.

A questo punto rileva la teoria che considera l'arbitrabilità una condizione preliminare alla giurisdizione del tribunale, piuttosto che una circostanza legata alla validità della convenzione di arbitrato, con la conseguenza che non sarebbe così ragionevole che una corte nazionale esaminare l'arbitrabilità della controversia in una fase precedente l'emissione di un lodo⁹².

Le corti nazionali nella fase di rinvio ad un tribunale arbitrale dovrebbero limitare il proprio esame ai soli requisiti contrattuali richiesti per la validità della convenzione di arbitrato, ovvero controllare che le parti siano capaci, che ci sia un consenso e che siano rispettati tutte le condizioni necessarie per la forma del contratto⁹³. Una volta terminato questo esame e stabilito che la convenzione di arbitrato, come un classico contratto, è stata validamente conclusa, sarà il tribunale arbitrale che si dovrà esprimere su tutti effetti giurisdizionali della convenzione.

Sarebbe anche plausibile affermare che il tribunale sia l'unico foro competente a pronunciarsi su ogni questione che sorge dal rapporto legale tra le due parti, dal momento che la convenzione di arbitrato è stata validamente conclusa. Gli arbitri, dunque sarebbero chiamati a pronunciarsi anche sulla questione dell'arbitrabilità della controversia oppure sull'ambito di applicazione della convenzione arbitrale⁹⁴, circostanze qualificabili come effetti giurisdizionali e non come condizioni di validità.

Non bisogna dimenticare che il ruolo delle corti nazionali non è completamente assente

⁹⁰ Lew-Mistelis-Kröll: op. cit., pp. 345ss. Tuttavia, tali AA. non si esprimono in maniera specifica sull'arbitrabilità, poiché trattano in maniera generale le circostanze relative alla giurisdizione del tribunale arbitrale.

⁹¹ U.S Arbitration Fairness Act of 2007: s.2 (c) "*An issue as to whether this chapter applies to an arbitration agreement shall be determined by Federal law. Except as otherwise provided in this chapter, the validity or enforceability of an agreement to arbitrate shall be determined by the court, rather than the arbitrator, irrespective of whether the party resisting arbitration challenges the arbitration agreement specifically or in conjunction with other terms of the contract containing such agreement*" <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=h110-3010>

⁹² S.Breloulakis: op.cit. p.41

⁹³ G.B Born: op.cit. pp.656ss

⁹⁴ Come anche stabilito dalla giurisprudenza francese: Cour de cassation, 18 Maggio 1971, *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*, in Rev. Arb. ((1972) p. 3) *arbitral tribunals have exclusive jurisdiction to rule on disputes falling within the terms of the brief conferred upon them, subject to review by the courts hearing the application for an enforcement order [or to set the award aside...] if... a party claims that public policy has been contravened*

in questa fase preliminare, esse continuerebbero comunque ad avere una giurisdizione concorrente con il tribunale arbitrale per quanto riguarda l'esame di validità della convenzione di arbitrato, che resta la base giuridica del potere giurisdizionale degli arbitri⁹⁵.

Tuttavia, risulta corretto, secondo la teoria qui esposta, che sia il tribunale arbitrale a pronunciarsi, quando le questioni sorgono in una fase preliminare all'emissione del lodo, su tutte quelle che consistono in problemi con effetti ulteriori rispetto alla validità della convenzione arbitrale⁹⁶.

La teoria porterebbe ad escludere che la questione di arbitrabilità della controversia abbia una connessione con l'articolo II paragrafo 3 della Convenzione di New York 1958, il quale andrebbe letto ed interpretato come un'indicazione per le corti nazionali ad esaminare solamente la validità, formale e sostanziale⁹⁷, della convenzione di arbitrato, senza ulteriori valutazioni sulla questione dell'arbitrabilità.

A prima vista sembrerebbe una forzatura, siccome il testo dell'articolo II (3) della Convenzione di New York espressamente recita: " *secondo il presente articolo*", il quale fa riferimento al primo paragrafo, dando l'impressione che l'arbitrabilità della controversia sia un requisito necessario della convenzione di arbitrato⁹⁸. Contestualmente, non è agevole ignorare gli ultimi termini adoperati dai redattori della Convenzione, che fa riferimento non solo alle convenzioni "caduate" (*null and void*), ma anche a quelle "inoperanti o non suscettibili di applicazione", una frase che sembra riferirsi all'arbitrabilità⁹⁹.

Tuttavia, queste complicazioni sono facilmente superabili, visto che è possibile che ci sia un contesto che potrebbe coinvolgere l'utilizzo di disposizioni della legge nazionale che offrono una disciplina più favorevole ¹⁰⁰. Queste norme di diritto interno, in primo luogo non considerano

⁹⁵ E.Gaillard-J.Savage: op.cit. pp.338-339. Gli AA. fanno riferimento a due differenti casi: CA Paris, 29 Marzo 1991, *Ganz*, and CA Paris, 19 Maggio, 1993, *Labinal*, distinguendo tra materie non-arbitrabili (divorzio) e materie sensibili, ma in principio arbitrabili (antitrust). Solo nel primo caso una corte nazionale dovrebbe dichiarare *prima facie* la propria giurisdizione e determinare che la convenzione è chiaramente caduca.

⁹⁶ S.Brekoulakis: op.cit., p.42

⁹⁷ D. Schramm, E. Geisinger, P.Pinsolle: "Article II(NYC)" in *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards : a global commentary on the New York Convention* di H. Kronke, p. 72- pp.100ss, L'Aja Wolters Kluwer 2010.; G. Born: *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, (seconda ed, London Kluwer 2001) p. 243 e note 102-103

⁹⁸ Testo articolo II NYC: *1. Ciascuno Stato contraente riconosce la convenzione scritta mediante la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune delle controversie che siano sorte o possano sorgere tra loro circa un determinato rapporto giuridico, contrattuale o non contrattuale, concernente una questione suscettibile di essere regolata in via arbitrale* (le ultime parole evidenziate sono il riferimento all'arbitrabilità) www.arbitration-icca.org

⁹⁹ Tuttavia, A.J. Van den Berg in *The New York Convention of 1958*: p. 155 esclude questo problema, non considerando applicabili alle condizioni dei paragrafi 1 e 2 le parole "null and void "

¹⁰⁰ Articolo VII NYC 1. "Le disposizioni della presente Convenzione non toccano gli accordi multilaterali o bilaterali, conclusi dagli Stati contraenti, sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali, né privano alcuna parte del diritto di valersi di una sentenza arbitrale nella maniera e nella misura ammesse dalla legislazione o dai trattati del Paese dove la sentenza è invocata".) www.arbitration-icca.org . Anche se si riferisce al lodo, è possibile che anche la convenzione

l'arbitrabilità un elemento essenziale della convenzione di arbitrato, inoltre, evita di adoperare l'espressione "inoperante o non suscettibile di applicazione"¹⁰¹.

Questa teoria, basata sulla distinzione tra aspetti contrattuali ed aspetti giurisdizionali della convenzione di arbitrato potrebbe fornire una chiara direzione alla complessa discussione a proposito del conflitto di giurisdizione tra il tribunale arbitrale e le corti nazionali. Se si segue quanto affermato, le corti nazionali, nella fase di rinvio, potrebbe esaminare unicamente gli aspetti contrattuali della convenzione di arbitrato, ovvero ogni cosa collegata alla formazione dell'accordo di arbitrato come contratto disciplinato dal diritto sostanziale. Al contrario, le questioni che potrebbero sorgere sugli aspetti giurisdizionali della convenzione di arbitrato dovrebbero essere rimesse all'esclusiva giurisdizione del tribunale arbitrale¹⁰².

Un ulteriore argomento a sostegno di quanto detto, è la constatazione, illustrata in precedenza, che l'ordine pubblico ha assunto un rilievo minimo, se non totalmente assente, sulla questione dell'arbitrabilità della controversia. Secondo quanto sostenuto dalla teoria analizzata: i principi di ordine pubblico di uno Stato non vengono presi in considerazione quando la questione dell'arbitrabilità della controversia sorge all'interno di un procedimento arbitrale, dunque sembra meno plausibile che le corti nazionali abbiano un diritto ad esaminare questo concetto nella fase di rinvio¹⁰³. Ulteriore punto di forza della teoria consiste nel fatto che essa sarebbe sulla stessa linea di pensiero con la tendenza che si è registrata negli ultimi trent'anni, ovvero un atteggiamento generale a favorire l'ambito dell'arbitrabilità delle controversie, rendendo l'arbitrato un valido strumento alternativo alla giurisdizione ordinaria¹⁰⁴.

Tutte le norme che disciplinano la questione di arbitrabilità della controversia sarebbero da considerarsi regole sulla giurisdizione piuttosto che regole di diritto sostanziale, dunque il loro scopo consiste nel delineare un'area in cui le corti nazionali possiedono un

sia ugualmente trattata v. A.J. Van den Berg: op.cit. pp. 86-87

¹⁰¹ Ad esempio: il nuovo Codice di procedura civile francese art. 1458(2) fa riferimento solo all'invalidità dicendo: "*à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle*"; EAA s. 72 , fa riferimento alla validità della convenzione, piuttosto che all'arbitrabilità

¹⁰² S. Brekoulakis: op.cit. , p.43

¹⁰³ E.Gaillard-J.Savage: *Fouchard Gaillard Goldman On International commercial arbitration*, p. 339, in cui si dichiara : " *By contrast, using a criterion based on the subject-matter of the dispute enables the courts to determine the arbitrability or non-arbitrability of a dispute with ease. French law has thus returned to the simple technique of "non-arbitrable blocks* ; sull'argomento "blocks" anche P. Level: "*L'arbitrabilité*", in 1992 Rev. Arb. p. 213, 234)

¹⁰⁴ Lew, Mistelis & Kröll: op.cit., p.199; E.Gaillard-J.Savage: op.cit. pp.337-338; J. T. McLaughlin: "*Arbitrability: Currents Trends in the United States*", vedi Capitolo 1 paragrafo 2 del presente elaborato; Kaplan: "*A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is There a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture*", in A.J. van den Berg (ed), ICCA Congress series no 8, p.191

potere giurisdizionale esclusivo¹⁰⁵.

3. La legge applicabile all'arbitrabilità

3.1 Determinare la legge che governa la questione dell'arbitrabilità

Stabilire quale sia la legge applicabile alla questione dell'arbitrabilità della controversia assume un'importanza notevole all'interno della procedura arbitrale, dato che a seconda delle norme di riferimento, potrebbe cambiare la nozione stessa di arbitrabilità. Come notato in precedenza¹⁰⁶, per arbitrabilità si intende sia quella soggettiva (*ratione personae*) sia quella oggettiva (*ratione materiae*). La prima nozione si riferisce alla capacità giuridica delle parti di rimettere una controversia ad arbitrato, rilevante soprattutto quando una delle due parti della controversia è uno Stato, un ente o un organo pubblico. In questo caso, potrebbero sorgere difficoltà quando lo Stato o l'ente, parte di una convenzione di arbitrato, invochi disposizioni di diritto interno che impediscono ad un soggetto pubblico di ricorrere ad arbitrato per la risoluzione delle controversie che lo vedono parte in causa. Tutto ciò sarebbe anche legittimo, siccome può accadere che le norme di diritto interno escludano o limitino tale capacità di agire dell'organo o dell'ente pubblico, oppure richiedono speciali autorizzazioni perché il soggetto entri a far parte di una convenzione di arbitrato.

In passato la questione dell'arbitrabilità soggettiva era risolta dalla prassi facendo riferimento alle disposizioni di quell'ordinamento che risultava applicabile secondo le norme sul conflitto di leggi. Solitamente si trattava della legge che disciplinava la capacità di agire dell'ente o la legge che governava le clausole del contratto da cui sorgeva la controversia. Col tempo si è modificata la prassi, tanto che oggi non si fa più riferimento alle norme sul conflitto di leggi, ma applicando regole sostanziali di diritto internazionale, riferendosi ad un principio dell'ordine pubblico internazionale¹⁰⁷.

Dunque, uno Stato o un ente pubblico, secondo quanto stabilito nella prassi internazionale, non potrà invocare norme di diritto interno per sottrarsi da un procedimento arbitrale in cui precedentemente aveva aderito¹⁰⁸.

¹⁰⁵ S. Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern*, p. 45

¹⁰⁶ Cfr capitolo Primo del presente elaborato

¹⁰⁷ E. Gaillard: in *Jurisclasseur, Droit International*, Fasc.586-3, no. 13. Paris 1995

¹⁰⁸ B.Hanotiau: "The Law Applicable to Arbitrability" in *Singapore Academy of Law Journal* vol.26 (2014), pp. 874-878

Identificare la legge che disciplini l'arbitrabilità oggettiva è, invece, un'operazione più complessa, essa si sostanzia nell'identificare secondo quali disposizioni di un determinato ordinamento giuridico la materia oggetto della controversia può o non può essere rimessa ad un arbitro affinché sia risolta.

Tuttavia, generalmente, non si trova negli ordinamenti giuridici una disposizione che in maniera esplicita disciplini la legge che regola la questione dell'arbitrabilità, poiché è comune che i legislatori nazionali preferiscono stabilire direttamente quali controversie siano o non siano arbitrabili, attraverso disposizioni di diritto sostanziale¹⁰⁹.

I vari ordinamenti giuridici adottano strategie diverse per stabilire in quali settori del diritto sia possibile adoperare la procedura arbitrale per risolvere le controversie e quali settori, invece, siano riservati alla giurisdizione esclusiva delle corti nazionali. Come abbiamo già detto, si tratta di una scelta di bilanciamento di interessi, che vede da una parte l'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali e dall'altra l'esigenza di aprire l'ordinamento giuridico statale a principi stranieri per favorire gli scambi.

Inoltre, l'estensione del concetto di arbitrabilità delle controversie non è sempre uguale nei vari Paesi, questo è causato dal fatto che alcune legislazioni nazionali si dimostrano particolarmente favorevoli all'utilizzo dell'arbitrato, ritenendo utile questo strumento di risoluzione alternativa delle controversie tra privati, mentre altre sembrerebbero più restie a concedere spazio alternativo alla giustizia statale. In una visione d'insieme, tra gli ordinamenti nazionali esistono quelli che hanno una disposizione specifica sull'arbitrabilità delle controversie, regolata dalla propria legislazione specifica sull'arbitrato. Generalmente, si tratta di norme permissive, le quali consentono l'utilizzo dell'arbitrato per risolvere la maggior parte delle controversie in quasi tutti i settori del diritto.

Come evidenziato nel Capitolo precedente, la Confederazione Svizzera e la Germania adottano questo tipo di legislazione favorevole all'arbitrato, stabilendo quali siano i tipi di controversie possano essere risolvibili anche attraverso il ricorso ad arbitrato¹¹⁰.

Un'altra opzione possibile, anch'essa presa dai legislatori nazionali è quella di disciplinare l'arbitrabilità attraverso disposizioni contenute in strumenti di diritto interno che, però, non disciplinano specificamente l'arbitrato. Normalmente si tratta di disposizioni

¹⁰⁹ Lew-Mistelis-Kroll: *Comparative international commercial arbitration* p.194

¹¹⁰ Art.177 Legge federale sul Diritto Internazionale Privato; cfr s.1030 ZPO

più restrittive rispetto a quelle delle leggi specifiche in materia di arbitrato, dato che riservano espressamente alcuni tipi di controversie alla giurisdizione esclusiva delle corti nazionali.

Sebbene più restrittive, esse si esprimono in termini generali¹¹¹, così permettendo un maggior favore verso l'utilizzo dell'arbitrato attraverso un'interpretazione flessibile operata dai giudici nei casi concreti.

Non solo le disposizioni degli ordinamenti nazionali adottano una nozione di arbitrabilità, ma anche l'Articolo 22 del Regolamento 2001/44, noto anche come *Bruxells I*, segue la scelta più restrittiva: i legislatori europei riservano alcuni tipi di controversie, sorte in determinati settori del diritto, alla giurisdizione esclusiva delle corti nazionali dei Paesi membri dell'Unione Europea.

Nonostante le due tendenze, seguite dalle legislazioni nazionali, siano diverse nella formulazione e nell'estensione del concetto di arbitrabilità, entrambe, però, consisterebbero, in un'interpretazione dottrinale¹¹², nell'essere disposizioni che regolano i conflitti di giurisdizione.

Queste norme avrebbero lo scopo di riservare alle giurisdizioni nazionali l'esclusività su alcune categorie di dispute¹¹³ mentre per altri tipi di controversie consentirebbero alle parti di accordarsi per risolverle in maniera alternativa, anche attraverso l'arbitrato¹¹⁴.

La questione dell'arbitrabilità, nel suo ambito oggettivo (*ratione materiae*) viene affrontata, anche dal testo della Convenzione di New York 1958. All'interno del sistema istituito dalla Convenzione, tale questione potrebbe sorgere nel momento in cui una corte nazionale è chiamata a riconoscere una convenzione di arbitrato e rimettere le parti ad arbitrato, secondo il dettato dell'articolo II, oppure quando le è richiesto di eseguire un lodo straniero, secondo le disposizioni dell'articolo V.

In entrambe le situazioni, è necessario comprendere quale sia la legge che stabilisca il genere di controversie che possano essere risolte anche attraverso l'arbitrato e non, quindi, esclusivamente riservate alla giurisdizione delle corti nazionali.

Questo argomento è stato causa di discussione e dibattito in dottrina, poiché le corti nazionali che si sono approcciate al tema hanno fatto scelto le disposizioni di varie leggi che

¹¹¹ L. Mistelis: "Arbitrability: International and Comparative Perspective" di Mistelis L. e Brekoulakis S. ; Capitolo Primo p. 11, L'Aja Klower Law International 2009

¹¹² S. Brekoulakis: "Law applicable to Arbitrability: revisiting the revisited *lex fori*" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L. e Brekoulakis S. ; Capitolo Sesto p. 102 ;

¹¹³ A. Haghpanah-N. Ali Almasi: "Regulation of determining law governing to arbitrability" in *Revista de Derecho*. Vol. 7 (2018), p. 147

¹¹⁴ Vedi supra, Paragrafo 1.2 del presente elaborato

avrebbero comunque un motivo per disciplinare l'arbitrabilità.

I giudici nazionali di vari Paesi hanno concluso, in maniera alternativa o cumulativa, che la legge che disciplina l'arbitrabilità fosse: la legge dell'autorità adita in causa (*lex fori*), la legge che le parti hanno scelto per disciplinare la propria clausola arbitrale (*lex electionis*) o il proprio contratto (*lex contractus*), la legge in vigore nella sede di arbitrato (*lex loci arbitri*) o la legge applicabile nel luogo dove si deve eseguire il lodo (*lex executionis*)¹¹⁵.

Il numero delle leggi che potrebbero governare la questione dell'arbitrabilità è anche maggiore, se si guarda oltre alle sentenze delle corti nazionali, ovvero alle decisioni degli arbitri.¹¹⁶ Alcuni studiosi (da notare Paulsson¹¹⁷) a criticare il sistema normativo stabilito dalla Convenzione di New York 1958 e proponendo riforme per evitare continue incomprensioni ed arrivare ad un sistema chiaro.

Altri esperti, tra cui Arfazedeh¹¹⁸, hanno analizzato il problema legato all'interrogativo di quale possa essere la legge che regola l'arbitrabilità, non più secondo l'ottica di un conflitto tra leggi, bensì in una prospettiva di conflitto tra giurisdizioni. Secondo questa linea di pensiero il sistema normativo della Convenzione è poco chiaro, anche a causa dell'incomprensione e della sovrapposizione tra il concetto di validità della clausola di arbitrato e la questione di arbitrabilità della controversia. I due concetti, spesso confusi, sarebbero in realtà diversi tra loro: la validità della convenzione di arbitrato è legata alla natura contrattuale del mezzo di risoluzione, mentre l'arbitrabilità della controversia è legata all'aspetto giurisdizionale della procedura, sostanziandosi in un limite, di origine pubblica, alla libertà delle parti di rimettere la risoluzione di un caso ad arbitri¹¹⁹.

¹¹⁵ H.Arfazedeh : *Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited* in *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1 2001, p. 73

¹¹⁶ Lew- Mistelis-Kroll: *Comparative international commercial arbitration* , Capitolo nono p.196” *Eight different approaches in arbitration practice and scholarly writing relating to the law applicable have been suggested* 1. *The national law of the parties, or of one of them.* 2. *The law applicable to the contract as such (lex causae).* 3. *The law at the seat of the arbitral tribunal (lex loci arbitri).* 4. *The law of the country whose ordinary courts would be competent to handle the dispute in the absence of an arbitration clause.* 5. *The law of the country in which it is most likely that enforcement of the award will have to be sought.* 6. *The law governing the arbitration clause (or arbitration agreement).* 7. *A combination of laws which may be contemplated under 1.-6. above.* 8. *Common and fundamental principles of law, applying thus a denationalised approach”*

¹¹⁷ J.Paulsson: “*Arbitrability, through Still a glass darkly*” in *Arbitration in the Next Decade (Special Supplement) ICC Int'l Q. of Arb. Bull.*, 1999 p. 95

¹¹⁸ H.Arfazedeh: “*Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited*” in *Arbitration International*, Vol. 17, n. 1 2001, pp.73ss

¹¹⁹ G.B. Born: op.cit .pag. 948; Böckstiegel: “*Public Policy and Arbitrability*” in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* di P. Sanders pp. 177ss (ICCA Congress Series No. 3 1987; Schramm, Geisinger & Pinsolle: “*Art. II” in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* di H. Kronke e altri autori, L’Aja Wolters kluwer 2010, p. 68; A. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* pp.152-54, pp. 368-75 (1981); S. Brekoulakis : *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern* v. *supra*

A complicare ulteriormente la scelta della legge applicabile, si pone anche la complicazione che l'arbitrabilità può sorgere sia davanti ad un collegio arbitrale, sia davanti ad una corte nazionale, poiché entrambi i decisori sono chiamati a risolvere la questione concernente quali tipi controversie sono risolvibili attraverso l'arbitrato e dunque, per farlo, devono prima capire quale possa essere la legge che disciplina il concetto.

La differenza tra un giudice nazionale ed un arbitro è netta, siccome il primo è chiamato a risolvere il caso all'interno dei limiti che l'ordinamento gli ha posto e deve anche ponderare interessi di natura pubblicistica, invece il secondo risolve la controversia secondo la volontà e le aspettative delle parti della convenzione di arbitrato. Proprio perché non possiede una funzione pubblica, l'arbitro non dispone dell'autorità di un giudice nazionale, che al contrario è un organo dello Stato dotato di potere giurisdizionale¹²⁰.

Perciò, non essendo legato ad un "foro" nazionale, l'arbitro sarebbe incline a prendere in considerazioni più leggi di vari ordinamenti giuridici¹²¹, questo, però, potrebbe creare problemi all'esecutività del lodo finale, visto che le controversie non sono considerate ugualmente arbitrabili all'interno degli ordinamenti giuridici.

Davanti ai giudici delle corti nazionali la questione dell'arbitrabilità può sorgere in una fase precedente all'emissione del lodo arbitrale, o anche in una fase in cui il giudice svolge un procedimento di annullamento del lodo ed infine in un momento successivo alla procedura di arbitrato, ovvero nella fase in cui si richiede al giudice del riconoscimento del lodo emesso da un tribunale arbitrale.

Diversamente, quando la questione sorge davanti ad un tribunale arbitrale, è possibile che l'arbitro o gli arbitri si occupino di stabilire a quale legge appartengono le disposizioni che disciplinano che genere di controversie sia possibile rimettere ad arbitrato e quali invece no, giungendo anche a conclusioni diverse rispetto a quelle dei giudici nazionali

¹²⁰ C.Pampoukis : "*Arbitrability: International and Comparative Perspective*" in *Arbitrability* di Mistelis L. e Brekoulakis S. , Capitolo Settimo p. 125

¹²¹ D. Di Pietro: "*Arbitrability Under the New York Convention*" in *Arbitrability* di Mistelis-Brekoulakis, Capitolo sesto, p.92

3.2 L'arbitrabilità davanti ad una corte nazionale in una fase precedente alla pronuncia degli arbitri

La questione riguardo all'arbitrabilità della controversia può sorgere davanti ad una corte nazionale nella fase di rinvio, ciò significa in un momento della procedura precedente alla conclusione di essa da parte del tribunale arbitrale attraverso l'emissione del lodo. In questa fase si richiede l'intervento di un giudice statale perché determini se la controversia, rimessa dalla convenzione di arbitrato alla risoluzione da parte degli arbitri, sia effettivamente arbitrabile. La corte nazionale chiamata a pronunciarsi in questa fase può essere sia una delle corti del Paese da cui proviene una delle parti, sia una corte del Paese in cui si trova la sede di arbitrato, ma ciò che conta è la scelta della legge che governi la questione.

Nonostante si siano supportate varie opinioni¹²², quella prevalente, supportata sia dalla prassi che dalla dottrina, sembra essere quella che sostiene che, al fine di valutare se la controversia possa essere risolta anche con un arbitrato oppure è esclusivamente riservata alla giurisdizione delle corti nazionali ¹²³, una corte nazionale dovrebbe valutare la convenzione di arbitrato alla luce delle disposizioni contenute nella *lex fori*. Con tale termine si intende la legge nazionale in vigore nel foro in cui si trova la corte nazionale chiamata ad esprimersi sulla questione dell'arbitrabilità della controversia. Uno degli argomenti per giustificare la principale teoria parte dall'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di New York 1958.

Nell'articolo II (1) della Convenzione di New York è disciplinata la possibilità che una delle parti possa richiedere ad una corte nazionale il riconoscimento dell'accordo di arbitrato ed il rinvio della controversia ad una soluzione alternativa alla giustizia ordinaria,

¹²² A.J Van den Berg in *the New York Arbitration Convention of 1958*, pg. 126. L'a. ha sostenuto che occorresse applicare in via analogica l'articolo V para 1 lettera a), vedi anche la sentenza CA Paris, 4 Dicembre 2002, *American Bureau of Shipping v. Copropriété Maritime Jules Vernes*, in Rev. Arb vol.4. p.1286 (2003), le corti nazionali hanno deciso la questione applicando la legge nazionale di una delle parti, piuttosto che la legge della sede di arbitrato. Nella sentenza della Cour d'appel Brussels, 4 Ottobre 1985, *Company M v. M SA*, XIV YBCA 618 (1989) invece si è stabilito che la legge applicabile per la questione dell'arbitrabilità sarebbe la stessa che regola la validità della convenzione di arbitrato. Nella celebre sentenza 760 F Supp 1036(EDNY 1991) *Meadows Indemnity v. Baccala & Shoop Insurance Services*, , XVII YBCA 686 (1992) , le corti statunitensi hanno ritenuto che la questione andasse regolata applicando una norma internazionale di diritto sostanziale, non disposizioni di diritto nazionale.

Per una completa rassegna di queste teorie: B.Hanotiau: "What laws governs the issue of arbitrability?" in Arb. Int'l Vol.12 Issue 4 1996 pp.391ss.; P. Bernardini "The Problem of Arbitrability in General", in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New Convention in Practice* di E. Gaillard & D. Di Pietro, pp.503 ss, Londra - Cameron May 2008)

¹²³ Lew- Mistelis-Kroll: op. cit. pag. 193; Nascimientio: "Article V(1)(a)" in *An Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* di H. Kronke , , p.205, pp. 220-21, L'Aja Wolters Kluwer 2010

ma non è espressamente definita la legge che stabilisca quali siano le controversie suscettibili di risoluzione arbitrale¹²⁴. Secondo alcuni commentatori¹²⁵ nulla sembrerebbe impedire, all'interno della Convenzione, che anche nell'articolo II (1) sia possibile riscontrare una sua associazione con la disposizione che regola il riconoscimento ed esecuzione del lodo straniero. L'articolo V paragrafo 2 a) della Convenzione fa esplicito riferimento alla "legge del paese" intendendosi quella in vigore nel Paese in cui viene richiesta l'esecuzione del lodo, ovvero la *lex fori* di tale Stato.

Seguendo questo ragionamento, anche quando la questione di arbitrabilità della controversia sorge in questa fase precedente all'emissione del lodo, sarà la legge dell'autorità adita in causa a determinare se il caso è risolvibile anche attraverso l'arbitrato.

Dunque, se si segue questa tesi che si basa su di un'interpretazione della Convenzione di New York, sembrerebbe che anche la corte a cui è rinviata la questione di arbitrabilità della controversia, in una fase precedente l'emissione del lodo, debba, decidere alla luce delle disposizioni che si trovano nella *lex fori*. La corte nazionale, dunque deciderà seguendo le norme della sua legge nazionale che disciplinano l'arbitrabilità di rimettere la controversia alla giurisdizione degli arbitri, se la materia non risulta tra quelle riservate all'esclusiva giurisdizione.

L'applicazione esclusiva della legge in vigore nel Paese in cui è adita l'autorità, ovvero la *lex fori*, offrirebbe un approccio più semplice, chiaro ed uniforme alla questione dell'arbitrabilità all'interno del sistema applicativo della Convenzione. Oltre ad essere chiara, questa soluzione risulterebbe affine con la tendenza di molti Paesi ad adottare un approccio più liberale verso l'arbitrato, perfettamente d'accordo con il principio cardine della Convenzione di New York : *favor arbitrati*.

Tuttavia, secondo altri studiosi, tra cui il Professor Brekoulakis, la scelta della *lex fori* come legge applicabile alla questione dell'arbitrabilità in questa fase, è da ritenersi parzialmente corretta. È opinione di quest'altra parte della dottrina che la *lex fori* sarebbe rilevante per governare l'arbitrabilità solamente nella misura in cui la giurisdizione della corti nazionali, a cui è stata rinviata la questione, abbia un qualche criterio di collegamento con la controversia presa in esame¹²⁶.

¹²⁴ G.B.Born: *International commercial arbitration* p.598; A. J.Van den Berg: *The New York Arbitration Convention of 1958*: p. 152 , in cui vengono adoperate le seguenti parole: "it must be presumed that for the enforcement of the arbitration agreement also the *lex fori* governs the question of arbitrability".

¹²⁵ H.Arfazedeh: op.cit. pp.80- 81; Hascher, 'Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention' in *Arbitration International* vol.13(1997), pp.33-39; Fouchard, Gaillard and Goldman: *Traite de l'arbitrage commercial international*, Paris Litec1996 p.421

¹²⁶ S. Brekoulakis: "Law applicable to Arbitrability: revisiting the revisited *lex fori*" in *Arbitrability: International and Comparative Perspective* di Mistelis L. e Brekoulakis S., Capitolo sesto, pp.103-104;

Alla luce di questa teoria, la *lex fori* dovrebbe venire applicata alla questione dell'arbitrabilità in una fase precedente all'emissione del lodo, solo nel caso in cui sorga un conflitto di giurisdizione tra il tribunale arbitrale e la corte nazionale a cui è stato fatto il rinvio. L'applicazione della *lex fori* per determinare l'arbitrabilità sarebbe la conseguenza, secondo questo ragionamento, del fatto che le disposizioni contenute nelle leggi nazionali riguardo all'arbitrabilità mirerebbero ad essere applicate solo nel caso in cui sorga un effettivo conflitto tra la giurisdizione delle corti del proprio ordinamento giuridico e quella dei tribunali arbitrali scelti dalle parti.

Il presupposto per formulare questa visione alternativa consiste nell'affermare lo scopo delle disposizioni che stabiliscono quali siano le controversie arbitrabili è quello di riservare alle corti nazionali la giurisdizione esclusiva su specifiche categorie di controversie. Perciò il loro fine non dovrebbe consistere nel bandire la procedura di arbitrale in assoluto su alcuni tipi di controversie, infatti le stesse disposizioni ammettono, invece, l'utilizzo dell'arbitrato come mezzo di risoluzione alternativo per diversi tipi di liti¹²⁷.

Il conflitto tra le giurisdizioni del tribunale arbitrale e della corte nazionale a cui è fatto il rinvio sorgerebbe nel caso in cui il giudice statale possieda, in forza di disposizioni contenute nella *lex fori*, una giurisdizione esclusiva sulla specifica controversia pendente. A sua volta, questo potere giurisdizionale dipenderà dal fatto che possa esistere una qualunque connessione territoriale tra la controversia oggetto di esame e l'ordinamento giuridico a cui la corte appartiene.

Per chiarire ulteriormente questa teoria, sembra utile fare riferimento al normale criterio con cui le corti nazionali stabiliscono la propria giurisdizione su di un caso, in quanto esse affermano il proprio potere di risolvere una specifica controversia ogni volta che quest'ultima abbia una connessione territoriale con l'ordinamento giuridico a cui i giudici appartengono.

Di conseguenza quando il caso pendente davanti alla corte nazionale non ha alcuna connessione territoriale con l'ordinamento giuridico a cui è rinviata la questione dell'arbitrabilità, le disposizioni contenute nella legge nazionale, delle corti chiamate a decidersi sulla questione in questa fase (*lex fori*), non saranno rilevanti per disciplinare l'arbitrabilità della controversia.

Seguendo questo ragionamento, le corti nazionali a cui è stato fatto il rinvio non

¹²⁷ v. *supra* Capitolo Primo di questo elaborato: Art. 806 Codice di procedura civile italiano; Art.2060 Code Civil francese; S.1030 ZPO tedesco

avrebbero comunque giurisdizione se non esistesse una convenzione di arbitrato che rimette ad arbitrato la controversia oggetto di accordo. Neanche in quel caso, appunto, potrebbe esistere un conflitto di giurisdizione tra le corti nazionali e il tribunale arbitrale, non esistendo una convenzione. Tale conclusione sembrerebbe diversa da quanto sostenuto da coloro che credono dell'applicazione esclusiva della *lex fori*. Essi affermano, avvalendosi anche di pronunce giurisprudenziali, che alla luce dell'interpretazione l'articolo II della Convenzione di New York, nel caso in cui fosse assente una convenzione di arbitrato, sarebbe in ogni caso la corte nazionale adita ad essere competente riguardo al merito della causa, la quale sarebbe disciplinata dalle disposizioni della *lex fori*¹²⁸.

In accordo con la teoria che richiede una connessione territoriale, la *lex fori* sarebbe di applicazione limitata per determinare l'arbitrabilità anche nel caso in cui la corte nazionale, a cui viene rinviata la questione, fosse una corte nazionale all'interno dell'ordinamento giuridico in cui ha sede il tribunale arbitrale arbitrato, piuttosto che una di un Paese da cui le parti provengono.

Bisogna notare che la giurisdizione delle corti nazionali che si trovano nel Paese sede di arbitrato è limitata a quelle controversie che hanno un qualche legame con la procedura che si svolge nel Paese in cui ha sede il tribunale arbitrale¹²⁹, giacché il ruolo delle corti è quello di assistere e supervisionare i procedimenti arbitrali. Da quanto detto fino ad ora, il fatto che l'arbitrato abbia luogo in un determinato Paese non sarebbe di per sé sufficiente a far sì che si applichino le disposizioni della *lex fori* riguardo all'arbitrabilità della controversia. In conclusione, perché si possa applicare la *lex fori* per determinare l'arbitrabilità di una controversia, dovrebbe comunque esistere un'ulteriore connessione territoriale tra essa e l'ordinamento giuridico in cui ha sede l'arbitrato.

Per chiarire il discorso si può ricorrere ad un esempio in cui un contratto di licenza di un brevetto tra due soggetti uno di nazionalità giapponese e l'altro statunitense include tra le sue clausole anche una convenzione di arbitrato, in cui si prevede la Germania come sede di arbitrato. Sorge, in seguito, una controversia in merito a tale contratto, che, tuttavia, è stato concluso negli Stati Uniti e viene eseguito in Giappone. In una fase anteriore a quella in cui viene istituito il tribunale arbitrale, una delle parti ricorre, in base alle disposizioni del diritto tedesco¹³⁰, davanti a una corte tedesca, sostenendo che la controversia riguarda una materia, ovvero la registrazione e la validità di un

¹²⁸ Sul punto si veda la giurisprudenza italiana: *Compagnia Generale Costruzioni CO.GE.CO S.p.A. v. Piersanti*, Corte di Cassazione SS.uu 27 aprile 1979, no. 2429, estratto in Y B Comm. Arb. vol. 6 p. 229 (1981); *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani S.p.A. and Oto Melara S.p.A. v. Ministry of Defence Armament and Supply Directorate of Iraq*, Corte d'Appello di Genova, 7 maggio 1994, no. 506, estratto in YB Comm. Arb. vol. 21. p. 594 (1996).

¹²⁹ Vedi English Arbitration Act 1996 s.1(c) e s. 32 www.legislation.gov.uk ; Legge Modello UNCITRAL artt.5-6

¹³⁰ S.1032 ZPO, per un'analisi P. Huber-I. Bach: "S.1032-Arbitration Agreement and Substantive claim before court" in *Arbitration in Germany the Model law in practice* di Bockstiegel-Kroll- Nascimento, pp.116ss Wolters Kluwer 2014

brevetto, che non è considerata arbitrabile secondo l'ordinamento tedesco¹³¹.

Se si continua l'esempio di cui sopra nell'ottica della teoria che vuole una connessione territoriale tra la controversia e l'ordinamento della corte adita, il giudice tedesco non dovrebbe applicare la propria *lex fori*, ma sarà tenuto ad astenersi dal decidere riguardo alla questione dell'arbitrabilità della controversia rimettendo le parti davanti al tribunale, che si troverebbe in una posizione migliore per valutare.

Dall'esempio si può intuire che la giurisdizione esclusiva del giudice (tedesco, nell'esempio) non è mai stata messa in discussione, per questo il conflitto di giurisdizione, sarebbe eventualmente tra il tribunale ed una corte di altro Paese. La questione dell'arbitrabilità della controversia in questo caso specifico riguarderebbe maggiormente la possibilità di eseguire il lodo, che potrebbe pronunciarsi su di una controversia non arbitrabile secondo un altro ordinamento giuridico. Tuttavia, non sarebbe tanto il giudice della corte adita ad essere in grado di valutare il rischio di un possibile rifiuto di eseguire il lodo, ma bensì il tribunale arbitrale¹³².

Quindi, *lex fori*, cioè la legge nazionale del luogo in cui è effettuata un rinvio, sarà rilevante per determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia nel caso in cui esista un conflitto di giurisdizione tra il tribunale e le corti nazionali del luogo in cui è stato effettuato un rinvio. Solamente in questo caso, se si considera valida la teoria, la corte a cui si è rinviato dovrebbe applicare la *lex fori*, per salvaguardare la propria giurisdizione esclusiva su determinate categorie di controversie. Nell'eventualità in cui non si verificasse alcun conflitto tra le giurisdizioni, le corti nazionali a cui è stata rinviata la questione non dovrebbero fare altro che astenersi e rimettere la questione agli arbitri, siccome la questione dell'arbitrabilità riguarderebbe più da vicino la possibilità di eseguire il lodo in un altro Paese. In questo caso, non i giudici nazionali a cui è stata rinviata la questione, ma gli arbitri, sarebbero in una situazione più appropriata per scegliere la legge applicabile e determinare l'arbitrabilità¹³³.

È possibile, sempre facendo riferimento al nostro esempio, chiedersi se la corte tedesca dovrebbe intervenire per risolvere il conflitto di giurisdizione, salvaguardando, così

¹³¹R. Trittmann – I. Hanefeld: “S.1030- Arbitrability” in *Arbitration in Germany- the Model law in practice* di Bockstiegel-Kroll- Nascimento, pp. 99-100, Wolters Kluwer 2014

¹³² S. Brekoulakis: “*Law applicable to Arbitrability: revisiting the revisited lex fori*”, p.107

¹³³ A.Haghpahan & N. Ali Almasi : *Regulation of determining law governing to arbitrability*; in *Revista de Derecho*. Vol. 7 (2018) p. 150

facendo, la riserva di giurisdizione di un'altra corte nazionale. Su questo punto si fa riferimento alla Legge Modello UNCITRAL sul Fallimento Trans-Frontaliero del 1997, che può anche essere pertinente quando una corte è chiamata a determinare la questione dell'arbitrabilità.

Nel suo articolo 20, tale strumento prevede che i “procedimenti individuali” che riguardano i beni, assets del debitore, tra cui è possibile includere anche l'arbitrato¹³⁴, quando avvengono davanti ad una corte nazionale di un Paese che ha adottato la Legge Modello, dovrebbero essere sospesi se fosse in corso, davanti ad un giudice di un'altra nazione, una procedura di fallimento.

Nel caso in cui un Paese abbia recepito tale Legge Modello, esso sarà tenuto, secondo le disposizioni della propria *lex fori* a dichiarare non arbitrabili le controversie oggetto delle procedure arbitrali che si svolgono all'interno del proprio ordinamento giuridico.

Si può concludere affermando che una corte nazionale, chiamata a decidersi sulla questione dell'arbitrabilità in una fase precedente all'emissione del lodo, non avrebbe il dovere di proteggere la giurisdizione esclusiva di una corte di un'altra nazione su determinate controversie, salvo che in pochi specifici casi.

3.3 Annullamento del lodo e controllo dell'arbitrabilità davanti ad una corte nazionale

Quando le corti nazionali, a cui sono rimesse le azioni di annullamento del lodo per il motivo della non arbitrabilità della controversia, potrebbero applicare le disposizioni della propria *lex fori* per determinare la questione. Il motivo di questa scelta è giustificato dal fatto che la maggior parte delle disposizioni degli ordinamenti giuridici nazionali, che si occupano di annullamento del lodo, si ispirano all'articolo V paragrafo 2 a) della Convenzione di New York¹³⁵. Un esempio è la Legge Modello Uncitral sull'arbitrato, la quale al suo articolo 34 (2) (b) (I) stabilisce che: “*l'oggetto della controversia non è suscettibile di essere risolto tramite arbitrato in base alla legge di questo Stato*”¹³⁶, ovvero la *lex fori* la legge nazionale in vigore presso le corti di fronte alla quali il lodo viene impugnato.

Anche se dal testo sembrerebbe chiaro quale debba essere la legge da applicare in questo

¹³⁴ Guida all'applicazione e all'interpretazione della Legge Modello sul Fallimento Trans-frontaliero, ONU 2013 para. 180, pag. 84 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>

¹³⁵ H. Arfazedeh. op.cit., p. 85

¹³⁶ Testo tradotto della Legge Modello www.uncitral.un.org

caso alla questione dell'arbitrabilità, non risulta errato interrogarsi se applicare la legge nazionale della corte adita sia sempre rilevante quando un giudice nazionale si occupa di arbitrabilità nei procedimenti per annullare il lodo reso¹³⁷. Se si parte dalla teoria che richiede una vera connessione territoriale tra la controversia e l'ordinamento giuridico, si arriva a concludere che non sempre la *lex fori* può essere rilevante. Non sempre è necessario applicare la legge del foro adito per determinare quali controversie non arbitrabili siano state decise dal lodo, per poi decidere se esso debba essere annullato. Secondo questa linea di pensiero, una corte nazionale dovrebbe valutare se la decisione riguardo alla controversia emessa dal tribunale arbitrale sia una violazione delle proprie norme che regolano la giurisdizione, le quali riservano l'esclusiva giurisdizione ai giudici nazionali su specifiche controversie che il tribunale arbitrale ha effettivamente risolto.

Seguendo il ragionamento, in primo luogo, occorre che le corti nazionali abbiano prima accertato di avere una giurisdizione su di quella specifica controversia. La giurisdizione delle corti dipenderà dalla circostanza che esista una connessione territoriale tra la controversia ed il foro adito. In caso di risposta negativa riguardo alla connessione territoriale, la corte nazionale dovrebbe rifiutarsi di annullare il lodo, siccome le disposizioni della *lex fori* riguardo alla giurisdizione della corte non sono state violate.

Il motivo di questo rifiuto dell'azione di annullamento è da ricercarsi nel fatto che la legge nazionale dell'autorità adita, che riserva la giurisdizione, non è mai entrata in discussione, dunque non è mai sorto un vero e proprio conflitto di giurisdizione tra le corti ed il tribunale arbitrale che ha emesso il lodo¹³⁸.

Si chiarirà il discorso ritornando all'esempio precedentemente, ovvero il caso di un contratto di licenza di un brevetto rimesso ad arbitrato da due parti di paesi diversi, con sede del tribunale arbitrale in Germania. Nella teoria che vede l'arbitrabilità una questione conseguenza della natura giurisdizionale dell'arbitrato, le corti tedesche non dovrebbero per forza applicare la legge tedesca riguardo all'arbitrabilità, quando saranno chiamate a decidere sull'annullamento del lodo. Come detto sopra, la controversia in esame non ha alcuna connessione con l'ordinamento tedesco, se non il fatto che la sede di arbitrato è in Germania, ragione non sufficiente perché una corte nazionale entri nel merito di un caso

¹³⁷ S. Brekoulakis: op.cit. p.108. L'A. ritiene che la *lex fori* coincide con la legge nazionale del luogo in cui ha sede l'arbitrato

¹³⁸ Vedi supra paragrafo 3.2 del presente elaborato

rimesso ad un tribunale arbitrale.¹³⁹

Il lodo emesso non violerebbe la *lex fori* della Germania, poichè la disposizione della legge tedesca (Section 1030 ZPO¹⁴⁰) mirerebbe a tutelare l'esclusiva giurisdizione delle proprie corti nazionali su determinate materie piuttosto che assicurare che non si svolga un arbitrato che risolva controversie riguardo alla validità di un brevetto sul territorio tedesco. Tuttavia, non essendoci una connessione territoriale, non occorrerebbe da applicare la *lex fori*, con la conseguenza che il lodo non sarebbe da annullare perché ha deciso su di una controversia considerata non arbitrabile secondo le disposizioni della *lex fori*, non avendo la controversia un criterio di collegamento territoriale con la Germania.

Per quanto riguarda il controllo sull'arbitrabilità della controversia nel luogo dove viene richiesta l'esecuzione del lodo, sembra indubbio che la corte chiamata a adempiere a questo compito debba applicare la propria *lex fori*. Su questo punto la Convenzione di New York non lascerebbe molto spazio all'interpretazione, giacché espressamente al suo articolo V paragrafo 2 lettera a) statuisce che l'esecuzione ed il riconoscimento possano essere rifiutati se "l'oggetto della controversia, secondo la legge di tale Paese, non è suscettibile di essere risolto mediante arbitrato"¹⁴¹. Dal testo della disposizione sopra citata sembra che la *lex fori* sia l'unico punto di riferimento per la corte nazionale chiamata a valutare se il lodo emesso abbia o no violato le disposizioni riguardo all'arbitrabilità della controversia rimessa al tribunale arbitrale.

Tuttavia, è lecito dubitare che la *lex fori* sia sempre da applicare per determinare l'arbitrabilità anche nella fase di esecuzione del lodo, che sembra la più chiara¹⁴². Secondo la teoria che vede la questione dell'arbitrabilità della controversia in correlazione con la natura giurisdizionale dell'arbitrato¹⁴³, la corte nazionale chiamata ad eseguire il lodo non dovrebbe soffermarsi ad esaminare se il tipo di controversia, sul quale il tribunale si è pronunciato, sia generalmente ritenuta arbitrabile dalle disposizioni della *lex fori* in materia, ma dovrebbe, piuttosto, valutare se il lodo, pronunciandosi su di una controversia, abbia effettivamente violato quelle disposizioni che riservano al giudice statale giurisdizione esclusiva.

Continuando questo ragionamento, l'esame per stabilire se un lodo sia o meno eseguibile

¹³⁹ A.Haghpanah & N. Ali Almasi: "Regulation of determining law governing to arbitrability" in Revista de Derecho. Vol. 7 (2018), p.152

¹⁴⁰ R. Trittman – I. Hanefeld: "s.1030-Arbitrability" in *Arbitration in Germany- the Model law in practice* di Bockstiegel-Kroll- Nascimento,

¹⁴¹ Per un'analisi della disposizione: A.J. Van den Berg: op. cit pag. 368

¹⁴² Per una visione completamente diversa si veda B. Hanotiau: "What law governs the issue of arbitrability?" pp.402ss

¹⁴³ S. Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern* pp.19ss, vedi *supra*

dovrebbe essere eseguito sulla controversia concretamente decisa dal tribunale piuttosto che sulle idee prevalenti in tema di arbitrabilità nell'ordinamento dove è richiesta l'esecuzione del lodo¹⁴⁴.

In linea con quest'ottica, quindi, la *lex fori* sarà rilevante per determinare l'eseguibilità del lodo solo se le corti chiamate ad effettuare tale operazione avessero, fin da quando è sorta la controversia, avuto la giurisdizione sulla materia sulla quale ha deciso dal tribunale. Non basterebbe che l'unico legame con l'ordinamento giuridico sia la richiesta di esecuzione, ma occorrerebbe una connessione territoriale sin dal principio con il Paese.

Nel momento in cui la controversia non avesse alcun legame con lo Stato in cui è richiesta l'esecuzione del lodo, le corti chiamate ad eseguirlo non avrebbero mai effettivamente avuto una giurisdizione sul caso e dunque le norme della *lex fori* non potrebbero essere violate da quanto deciso dagli arbitri.

Un esempio potrebbe essere d'ausilio a comprendere questa teoria. Un tribunale arbitrale con sede in Svizzera ha emesso una decisione collegata ad un brevetto registrato nell'Ufficio Brevetti Italiano. Nel caso in cui una delle parti volesse eseguire il lodo in Italia, una corte italiana molto probabilmente si opporrà all'esecuzione, poiché tale decisione arbitrale viola una norma della *lex fori*.

In particolare, nell'esempio trattato, si fa riferimento all'articolo 806 del Codice di Procedura Civile italiano¹⁴⁵, che impedisce possano essere rimesse ad arbitrato quelle controversie riguardanti diritti che per loro natura non sono disponibili per le parti. La corte italiana avrebbe giurisdizione esclusiva su questo tipo di controversie, perciò il tribunale arbitrale ha violato la legge italiana, ovvero la *lex fori*. Il giudice italiano, giustamente, si opporrebbe all'esecuzione di un lodo contrario alla legge, non potendo un lodo avere effetti su di una registrazione pubblica¹⁴⁶

Tuttavia, se il brevetto fosse registrato in un altro Paese, ad esempio il Giappone,

¹⁴⁴ A.Haghpanah-N. Ali Almasi : “Regulation of determining law governing to arbitrability” in Revista de Derecho. Vol. 7 (2018).p.154

¹⁴⁵ Articolo 806 co.1 cpc: “Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”.

¹⁴⁶ In particolare l'articolo 120 co.4 del Codice di Proprietà Industriale (dlgs del 10/2/2005 n.30): “La competenza in materia di diritti di proprietà industriale appartiene ai tribunali espressamente indicati a tale scopo dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168”, tale dlgs 168/2003 all' Art. 3 rubricato Competenza per materia delle sezioni specializzate al suo co.1: *Le sezioni specializzate sono competenti in materia di: a) controversie di cui all'articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni ...*” <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:200510;30>; <https://www.normattiva.it/urires/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003;168>

non avrebbe senso, secondo questo pensiero, che la corte italiana si opponga all'esecuzione del lodo straniero, solamente perché quel tipo di controversia non poteva essere arbitrabile secondo la legge italiana, poiché verteva su diritti non disponibili alle parti. Questo accadrebbe siccome la disposizione del Codice di Procedura civile italiano ha lo scopo di allocare la giurisdizione delle controversie tra una corte italiana e un tribunale arbitrale, come anche il fine di riservare alle corti italiane il potere di pronunciarsi su determinate decisioni non risolvibile attraverso l'arbitrato.

Dal momento che non è sorto nessun conflitto di giurisdizione tra una corte italiana e il tribunale arbitrale con sede in Svizzera, mancando un criterio di collegamento territoriale tra l'ordinamento giuridico e quella specifica disputa, non ci sarebbe motivo per il giudice di opporsi all'esecuzione del lodo applicando disposizioni della *lex fori* che considerano inarbitrabile quella controversia sulla validità e registrazione dei brevetti.

3.4 La questione dell'arbitrabilità della controversia davanti al tribunale arbitrale

Il tribunale arbitrale non ha una vera e propria *lex fori*, non essendo parte di un determinato ordinamento giuridico statale, ma una creazione della volontà delle parti. Nonostante l'origine privata dell'arbitrato trattandosi di un mezzo di risoluzione alternativa delle dispute, la legge della sede del tribunale, *lex loci arbitri*¹⁴⁷, ha un ruolo di grande importanza per la determinazione della questione di arbitrabilità da parte degli arbitri che compongono i tribunali. Nella prassi è comune che gli arbitri optino per applicare le disposizioni della legge della sede di arbitrato che si occupano della questione dell'arbitrabilità¹⁴⁸.

La soluzione prospettata di sopra sembra accadere principalmente per due ragioni, la prima andrebbe trovata nella Convenzione di New York 1958. Il trattato espressamente si rivolge ad una legge applicabile per determinare la validità della convenzione di arbitrato nel suo articolo V paragrafo 1 lettera a), il quale così recita : “*le parti alla convenzione di cui all'articolo II, erano, secondo la legge ad esse applicabile, affette da incapacità, o che la detta convenzione non è valida, secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza di una indicazione a tale riguardo, secondo la legge del paese dove la sentenza è stata resa*”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ G. Cordero-Moss: *International arbitration is not only international* from Part I - Arbitration law's significance for international disputes, pp 17-20, Cambridge 2013

¹⁴⁸ A.J. Van den Berg: op. cit., p. 291

¹⁴⁹ Testo tradotto www.arbitration-icca.org ; per un'analisi A.

Per risolvere il problema della validità della convenzione, l'articolo sopra citato afferma che il tribunale dovrebbe applicare la legge che governa la convenzione di arbitrato. La scelta di questa legge dovrebbe in primo luogo ricadere sul diritto che le parti hanno stabilito che si debba applicare alla propria convenzione di arbitrato. Se si guarda alla prassi risulta molto raro che una clausola arbitrale specifichi, in modo esplicito, il diritto che governa la convenzione di arbitrato, detta anche *lex electionis*, ovvero quale siano le disposizioni applicabili alla convenzione di arbitrato e a quale diritto esse appartengono. Sebbene si sia anche affermato che possa essere applicata, in assenza di scelta, la legge che regola il contratto¹⁵⁰, in base al principio di separabilità¹⁵¹, non sarebbe corretto che la convenzione di arbitrato segua la stessa disciplina del contratto.

Nonostante abbia riscontro nella prassi, l'interpretazione che propende ad applicare la *lex loci arbitri* come legge che governa l'arbitrabilità della controversia, non è stata esente da critiche. In dottrina esiste chi ha contestato l'applicazione della *lex loci arbitri* per disciplinare la legge che governa l'arbitrabilità della controversia¹⁵², sostenendo che non sarebbe sufficiente adoperare il criterio della sede come motivo per applicare la *lex loci arbitri* al fine di determinare la questione, quando il collegamento con l'ordinamento della sede è tenue¹⁵³. Tuttavia, tale teoria è contestata in maniera decisa da attenta dottrina¹⁵⁴, che, al contrario, sostiene la rilevanza della *lex loci arbitri* non solo nel determinare la giurisdizione degli arbitri, ma anche in altri ambiti fondamentali della procedura arbitrale.

La seconda ragione per cui la scelta della legge della sede dove si svolge l'arbitrato sarebbe quella corretta per governare l'arbitrabilità si può trovare nella tendenza degli arbitri ad applicare la legge nazionale della sede del tribunale, per evitare che i lodi emessi possano essere successivamente annullati dalle corti di quell'ordinamento perché hanno statuito su materie non arbitrabili¹⁵⁵.

Determinare la questione secondo le disposizioni della *lex loci arbitri* sembra la

¹⁵⁰ B. Hanotiau : “*The Law Applicable to Arbitrability*” in SAcLJ vol. 26, pp. 880ss

¹⁵¹ E. Gaillard-J. Savage: op.cit., pp.199ss;

¹⁵² A. Sardu: “*The Lex arbitri*” Napoli, Editrice Scientifica, Collana: “La ricerca del diritto nella comunità internazionale 2018.

¹⁵³ A. Sardu: op.cit., p.133

¹⁵⁴ G. Zarra: *La lex arbitri e la lex loci arbitri: tra verità normative ed incertezze dottrinali* in Diritto del Commercio Internazionale, fasc.3, 1 Settembre 2019, p. 533

¹⁵⁵ P. Bernardini : “*The Problem of Arbitrability in General*”, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New Convention in Practice*, E. Gaillard & D. Di Pietro (Cameron May 2008) Capitolo 17 p. 513

tendenza generale, tuttavia gli arbitri potrebbero anche seguire un altro approccio, applicandola solamente quando le controversie rimessa ad arbitrato hanno effettivamente una connessione territoriale con l'ordinamento giuridico nel cui territorio si trova la sede dell'arbitrato. Dunque, se si segue questo approccio, si può affermare che il tribunale dovrebbe procedere, quando compie il proprio esame sull'arbitrabilità della controversia rimessa con una convenzione di arbitrato dalle parti, iniziando con il verificare l'esistenza di conflitti di giurisdizione tra esso e le corti nazionali del Paese sede. Gli arbitri sarebbero chiamati a valutare se possono essere applicate le norme riguardo all'arbitrabilità, contenute nella legge del luogo si trova la sede del tribunale, le quali hanno il compito di riservare una giurisdizione esclusiva su di un determinato genere di controversie.

Nel caso in cui la risposta al quesito precedente fosse affermativa, occorrerebbe effettuare un ulteriore esame, per verificare che le disposizioni contenute nella *lex loci arbitri* siano effettivamente applicabili alla specifica controversia rimessa alla soluzione degli arbitri.

È abbastanza plausibile che esistano norme all'interno della legge della sede di arbitrato che riservino alle proprie corti nazionali la giurisdizione esclusiva su determinati tipi di controversie, dato che in quasi ogni Paese esistono queste particolari disposizioni all'interno dell'ordinamento¹⁵⁶.

Tuttavia, secondo il ragionamento portato avanti, il tribunale arbitrale sarebbe tenuto ad applicare questo tipo di disposizioni della *lex loci arbitri* solamente nell'eventualità che esista un criterio di collegamento territoriale tra la controversia pendente e il Paese in cui si trova la sede di arbitrato. Perciò, se non esistesse un effettivo conflitto di giurisdizione, anche soltanto potenziale, tra la giurisdizione del tribunale e quella riservata alle corti nazionali del Paese sede dell'arbitrato, la *lex loci arbitri* non avrebbe *locus standi* di essere applicata per disciplinare sulla questione dell'arbitrabilità. Come conseguenza, il giudice nazionale della sede di arbitrato non potrebbe invocare disposizioni della propria legge per evitare che il tribunale possa assumersi la giurisdizione riguardo alla risoluzione della specifica disputa ad esso rimessa dalle parti¹⁵⁷.

Se si applicasse questo criterio per la scelta della legge applicabile, il tribunale non dovrebbe preoccuparsi del fatto che il lodo possa venir annullato dalle corti nazionali della sede dell'arbitrato, siccome nessuna norma che disciplina la questione dell'arbitrabilità è stata violata da parte degli arbitri nel risolvere la controversia, non essendo avvenuto nessun conflitto di giurisdizione con una corte nazionale.

Una volta posto che la legge della sede di arbitrato non sia rilevante per determinare la

¹⁵⁶ Lew-Mistelis-Kroll: op.cit. p.194; in Italia articolo 806 del Codice di Procedura Civile.

¹⁵⁷ A.Haghpanah & N. Ali Almasi : “*Regulation of determining law governing to arbitrability*” in *Revista de Derecho*. Vol. 7 (2018), p. 155

questione dell'arbitrabilità della controversia, al tribunale rimarrebbe, comunque, determinare secondo quali disposizioni sia possibile per gli arbitri determinare l'arbitrabilità della controversia a loro rimessa.

Secondo la teoria sostenuta fino ad ora, i tribunali arbitrali non dovrebbero determinare la questione dell'arbitrabilità facendo riferimento alle disposizioni contenute nella legge sostanziale applicabili al merito della controversia, poiché si tratta di un problema legato più alla giurisdizione degli arbitri che al diritto sostanziale. Dunque, non sarebbe rilevante, al fine di decidere quali controversie siano o no risolubili attraverso la procedura arbitrale, applicare le norme della legge che regola i profili della controversia nel merito. A maggior ragione, non sarebbe neanche da determinare l'arbitrabilità secondo le disposizioni che disciplinano la validità della clausola arbitrale, giacché la questione dell'arbitrabilità della controversia tratta di un aspetto diverso della convenzione arbitrale, ovvero il suo aspetto giurisdizionale¹⁵⁸.

Quando viene rimesso un caso agli arbitri è probabile che sorga un conflitto di giurisdizione potrebbe sorgere, ma tra il tribunale arbitrale e le corti nazionali di un Paese diverso da quello in cui ha sede l'arbitrato. All'interno dell'ordinamento giuridico di quest'altro Stato è plausibile che si possa trovare una disposizione riguardante l'arbitrabilità, la quale riserverà alcune specifiche controversie alla giurisdizione esclusiva dei giudici nazionali, sottraendole, invece, a quella dei tribunali arbitrali.

Sebbene esistano quasi sempre queste disposizioni negli ordinamenti giuridici, è corretto chiedersi se il tribunale arbitrale debba essere chiamato a tenere in considerazione tali norme di altra nazione diversa da quella in cui ha sede. Sul punto il dibattito tra gli esperti è continuo¹⁵⁹.

Generalmente, si ritiene che il tribunale arbitrale non sia tenuto a declinare la propria giurisdizione a causa del fatto che le controversie oggetto di esame non sono considerate arbitrabili nella giurisdizione in cui il lodo verrà poi eseguito. Se il tribunale agisce in questa maniera, non lo fa privo di un fondamento logico, dato che durante la procedura arbitrale non è possibile prevedere con esattezza in quale Paese verrà eseguito il

¹⁵⁸ S. Brekoulakis: *v. supra* op. cit. pp.37ss

¹⁵⁹ Per un chiarimento, si veda L. Mistelis : "*Mandatory Rules In International Arbitration: Too Much Too Early Or Too Little ToLate?*" In *Am. Rev. Int'l Arb.* Vol. 18 No. 1-2, 2008: per una visione <http://aria.law.columbia.edu/issues/18-1-2/mandatory-rules-in-international-arbitration-too-much-too-early-or-too-little-too-late-vol-18-no-1-2/>

lodo reso, anche perché solitamente gli ordinamenti in cui sarebbe possibile eseguirlo sono più di uno, nel caso in cui la parte soccombente possieda beni in più nazioni diverse¹⁶⁰. Bisogna anche considerare che un problema nella fase di esecuzione potrebbe sorgere nell'eventualità che il lodo emesso si esprima riguardo ad una controversia che tutti gli ordinamenti giuridici, nel cui territorio potrebbe essere eseguito, considerano non arbitrabile, perché riservata esclusivamente alla giurisdizione delle proprie corti nazionali.

Tuttavia, se la controversia risulta arbitrabile secondo le disposizioni dell'ordinamento giuridico in cui ha sede il tribunale, gli arbitri saranno propensi a lasciare che ricada sulle parti il rischio della non eseguibilità del lodo in una delle giurisdizioni in cui potrebbe esserci l'esecuzione. Non si può dimenticare che, se si accetta un'interpretazione restrittiva dell'articolo V (2) (a) della Convenzione di New York¹⁶¹, la corte nazionale chiamata ad eseguire il lodo potrà opporsi all'esecuzione di esso solo se la materia oggetto della controversia è espressamente riservata alla giurisdizione dalle disposizioni contenute nella propria *lex fori*¹⁶², questo perché la tendenza è quella di seguire il più possibile il principio del *favor arbitrati*.

Il tribunale arbitrale avrebbe, dunque, la possibilità di determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia sulla base dei limiti inerenti o pratici che ha l'arbitrato come mezzo di risoluzione alternativo alla giustizia ordinaria. Per capire questa teoria un esempio¹⁶³ sarà di aiuto: se un è in corso una lite riguardo alla titolarità di un brevetto, registrato in un Paese che accetta il lodo come valido mezzo per modificare il proprio pubblico registro, l'arbitro dovrebbe determinare arbitrabile la materia oggetto del contendere, anche nel caso in cui il tribunale si trovi in una sede situata in un ordinamento che non ritiene tale materia arbitrabile.

Diversamente, se la controversia riguarda sempre la titolarità di un brevetto, registrato in un Paese che non accetta che un lodo possa modificare il registro pubblico, il tribunale arbitrale dovrebbe determinare la questione inarbitrabile, nonostante abbia sede in un ordinamento che ammette l'arbitrato come mezzo di risoluzione di quella materia.

Considerata l'insorgenza di tanti possibili problemi conseguenza dalla scelta della legge applicabile per determinare la questione dell'arbitrabilità, è saggio da parte degli arbitri scegliere di

¹⁶⁰ C.Pampoukis :. op.cit. p.136; Lew-Mistelis-Kroll: op.cit. p.198;

¹⁶¹ D. Di Pietro.: op.cit., p.98

¹⁶² M.Moses: "The principles and the practice of international commercial arbitration" capitolo Quarto p. 69; Cambridge 2017; B. Hanotiau - O. Caprasse: "Public Policy in International Commercial Arbitration" in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* di Gaillard & Di Pietro, (Cameron May, Ltd. 2008).

¹⁶³ S.Brekoulakis: pp.19 ss e p.113 nei Capitoli Secondo e Sesto in *Arbitrability* di Mistelis-Brekoulakis 2009

adottare un approccio pragmatico, come è stato correttamente fatto notare da attenta dottrina¹⁶⁴. In primo luogo, è corretto che venga presa in considerazione la questione dell'arbitrabilità come disciplinata dalle norme della *lex loci arbitri*, successivamente, gli arbitri prenderanno in considerazione anche le disposizioni contenute nella legge del luogo dove è più probabile che il lodo venga eseguito. Infine, il tribunale arbitrale avrà anche il dovere di valutare anche quei sistemi giuridici che concretamente, potrebbero essere rilevanti per determinare la controversia e gli effetti del lodo.

Concludendo l'analisi sulla scelta della legge che governa la questione dell'arbitrabilità della controversia è possibile affermare che si tratta di un argomento tecnico e decisamente complesso. La risposta corretta, probabilmente, dipende dalla prospettiva con cui la questione viene affrontata sia dagli arbitri che dai giudici nazionali nelle varie fasi della procedura arbitrale, dell'esecuzione o dell'eventuale annullamento del lodo. Nelle pagine precedenti si è dato molto spazio alla teoria che considera la questione dell'arbitrabilità come un problema di conflitto di giurisdizioni, non come un problema di conflitto di leggi. Esistono anche altre teorie, plausibili e supportate da giurisprudenza, ma questa sembra più adattata agli obbiettivi che l'arbitrato si pone, ovvero essere un valido strumento di soluzione delle controversie alternativo alla giustizia ordinaria¹⁶⁵.

Non risulta agevole stabilire quale siano le disposizioni che governano la disciplina dell'arbitrabilità in modo automatico. Nonostante le palesi difficoltà che si possono incontrare nel determinare la legge che governa l'arbitrabilità della controversia, rimane la speranza che le differenze tra le varie legislazioni possano venire meno e che dunque sia possibile avere un sistema più armonico e comune¹⁶⁶.

¹⁶⁴ G.Zarra: "L'arbitrato internazionale e ordine pubblico" in *Il Giusto processo civile* 2/2018, p.555

¹⁶⁵ S. Brekoulakis: op.cit., p.119

¹⁶⁶ C.Pampoukis: op.cit., p. 142

Capitolo III: L'approccio del diritto interno alla questione dell'arbitrabilità negli arbitrati internazionali

1 La Giurisprudenza Italiana

1.1 Fonti e tratti generali dell'arbitrato internazionale in Italia

In Italia la principale fonte legale che regola come si debbano riconoscere e dare esecuzione ai lodi stranieri sono le disposizioni della Convenzione di New York del 1958, la già citata “Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere”. Questo trattato è stato recepito dall'ordinamento italiano attraverso la legge 62 del 19 gennaio 1968¹, in vigore dal 1° maggio 1969, un atto legislativo, che incorpora il testo delle norme della Convenzione, ed ha reso la Convenzione applicabile da parte delle corti italiane. La legge si sostanzia in un ordine di esecuzione di una convenzione internazionale², per questa ragione i giudici che siedono nelle corti italiane applicheranno le norme sul riconoscimento dei lodi stranieri adoperando i criteri interpretativi propri dei trattati internazionali³ e non, invece, le regole interpretative proprie degli atti interni.

Dato che si tratta di norme che hanno un'origine internazionale, nel caso in cui fossero emesse leggi o altri atti di diritto interno successive o anche più specifiche rispetto alle disposizioni contenute nella legge applicativa della Convenzione, il regime disciplinato da quest'ultima sarebbero comunque da applicare ai lodi stranieri e derogherebbe le norme domestiche in contrasto con esso⁴.

¹ Adesione alla Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958 e sua esecuzione. (GU Serie Generale n.46 del 21-02-1968). Per vedere le disposizioni <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1968/02/21/068U0062/sg>

² L. Condorelli: “Il giudice italiano e i trattati internazionali (*The Italian Judge and International Treaties*)”, Padova, Cedam, 1974, pp. 155ss, in *The Italian yearbook of international law*. Vol.1, Fascicolo1, 1975, pp.375-377

³ A esempio la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati internazionali del 23 maggio 1969; In Italia resa esecutiva dalla Legge n. 112 del 12 febbraio 1974.

⁴ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of arbitral awards, 2016 Research Project: Comparative study on Arbitrability under the New York Convention, Relazione italiana a cura dello Studio Legale ArbLit Milano

È necessario chiarire che cosa significhi “stranieri” in riferimento ai lodi, infatti le disposizioni della Convenzione, recepite dal diritto interno, si applicano solo a quei lodi qualificati come tali come già stato evidenziato in precedenza⁵.

Secondo il sistema giuridico italiano una decisione arbitrale è definibile “straniera” quando è stata resa al di fuori del territorio nazionale in cui il giudice adito per l’esecuzione esercita la propria attività giurisdizionale, mentre è “nazionale” quando viene emessa in tale territorio, intendendosi con tale espressione il luogo dove ha avuto sede l’arbitrato⁶. Questo criterio utilizzato per identificare la nazionalità del lodo è stato largamente accolto dai sistemi giuridici nazionali ed anche recepito dalla Legge Modello Uncitral sull’arbitrato⁷.

All’interno del testo dell’articolo I (1) della Convenzione di New York è previsto che le norme contenute nel trattato possano anche trovare applicazione in quelle situazioni dove le sentenze arbitrali non sono considerate come “nazionali” dall’ordinamento giuridico in cui è richiesto il riconoscimento e l’esecuzione del lodo⁸. Questa situazione potrebbe verificarsi quando si svolge una procedura arbitrale dove il tribunale ha sede in Italia, ma il procedimento è regolato secondo disposizioni che non assicurano i requisiti minimi per il conferimento di esecutorietà alla decisione, come invece avverrebbe se si seguissero le norme italiane⁹.

Il lodo arbitrale straniero per essere riconosciuto ed eseguito in Italia deve essere fornito di efficacia obbligatoria nel Paese in cui è stato reso¹⁰. Ciò significa che per essere eseguito all’interno dell’ordinamento italiano, il lodo deve essere dotato di una tale efficacia da essere, seppur solo potenzialmente, reso esecutivo anche nel sistema giuridico in cui è stato emesso. È importante notare che non avrebbe rilievo la distinzione, propria dell’ordinamento italiano, tra lodi resi a seguito di un arbitrato rituale e lodi, invece, resi secondo un arbitrato definito irrituale, nonostante il sistema

p.1

Reperibile presso il sito:

https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbtrl_Awrd/arbitrability16.aspx

⁵ Cfr *supra* Capitolo Primo, Paragrafo 1 del presente elaborato

⁶ P. Bernardini: “Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia” in Riv. Arb., Fascicolo 3, 2010 pp. 430;

M. Bove: “Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e Codice di Procedura Civile” in Riv. Arb. Fascicolo1, 2006 p.25

⁷ Legge modello Uncitral sull’arbitrato commerciale internazionale del 1985 (modif.2006): Art.34 in riferimento agli articoli 6 e 1 para.2

⁸ Art. I (1) secondo periodo della NYC: *Essa si applica altresì alle sentenze arbitrali non considerate nazionali nello Stato in cui il riconoscimento e l’esecuzione sono domandati*”

⁹ P. Bernardini: op.cit. p.431, l’A: afferma che un’ipotesi del genere non ha ancora riscontro nella giurisprudenza italiana

¹⁰ Testo dell’articolo III NYC: *Ciascuno Stato contraente riconosce l’autorità (in inglese: As binding) di una sentenza arbitrale e ne accorda l’esecuzione, conformemente alle norme di procedura osservate nel territorio in cui la sentenza è invocata, alle condizioni stabilite negli articoli seguenti. Il riconoscimento o l’esecuzione di sentenze arbitrali, cui si applica la presente Convenzione, non devono soggiacere a condizioni considerevolmente più rigorose, né a spese di procedura notevolmente più elevate di quelle applicate per il riconoscimento o l’esecuzione di sentenze arbitrali nazionali*

giuridico conferisca anche ai secondi, ovvero i lodi “contrattuali”¹¹, un carattere obbligatorio e vincolante per le parti. Nell’eventualità in cui venga richiesta l’esecuzione di un lodo estero con efficacia puramente “contrattuale”, una corte italiana non dovrebbe riconoscerlo né tanto meno renderlo esecutivo, poiché esso non sarebbe dotato di efficacia tale da essere riconosciuto dall’ordinamento da cui proviene¹².

Oltre ad aver ratificato la Convenzione di New York, il legislatore italiano ha redatto due articoli, ossia gli artt. 839 e 840, contenuti nel Titolo VIII del libro IV Codice di Procedura Civile, in obbedienza al dettato dell’articolo III della Convenzione¹³. L’aggiunta di queste due disposizioni è avvenuta a distanza di tempo dal momento dell’entrata in vigore della Convenzione nell’ordinamento italiano (il 1° maggio 1969), infatti i due articoli sono stati inseriti a seguito della riforma dell’arbitrato, avvenuta nel 1994¹⁴ e sono rimasti immutati anche a seguito della successiva modifica della disciplina avvenuta nel 2006¹⁵. All’interno del testo degli articoli 839 e 840 del Codice di Procedura Civile, sono contenuti i principi espressi dagli articoli IV, V e VI della Convenzione di New York.

Le norme del Codice di Procedura Civile, tuttavia, trovano un ridotto margine di applicazione nella pratica, il motivo di quanto avviene va ritrovato nel fatto che esse vengono applicate nel momento in cui le disposizioni della Convenzione non dovessero essere applicate, quando le stesse non regolano una determinata questione oppure nel caso in cui le disposizioni del trattato internazionale di cui sopra offrano un regime meno favorevole di quello offerto dalle norme italiane¹⁶. In quest’ultimo caso, gli articoli 839 e 840 del Codice di Procedura Civile saranno applicati in accordo con quanto previsto dall’articolo VII paragrafo 1¹⁷ della Convenzione, il già ricordato *more-favorable-right provision*, il quale permette di utilizzare il regime disciplinato dalle disposizioni della legge nazionale o di un altro trattato internazionale, se esse risultano adottare criteri meno rigidi per il riconoscimento e l’esecuzione del lodo.

¹¹ Art.808-ter 2° comma Codice di Procedura Civile: “lodo contrattuale”; v. anche A.J. Van den Berg: *The New York Arbitration Convention of 1958*, L’Aja Kluwer International 1981, pp. 44-51. L’a. ritiene non applicabile la disciplina della Convenzione con riguardo all’arbitrato irrituale italiano.

¹² Articolo V paragrafo 1 lettera e) NYC: *la sentenza non è ancora divenuta vincolante tra le parti, oppure è stata annullata o sospesa da un’autorità competente del Paese nel quale, o secondo la legislazione del quale, è stata emessa la sentenza*”. Sulla base di tale disposizione, si è pronunciata la Suprema Corte di Cassazione, in una sentenza delle Sez. Unite del 18 settembre 1978 n.4167 (*Butera v. Pagnan*) in Il foro italiano 1978 vol.101 Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1978)), pp. 2421/2422-2429/2430, a cura di C.M Barone.

¹³ Cfr *supra*: Articolo III NYC

¹⁴ Si tratta della Legge n. 25 del 5 gennaio 1994: “Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato Internazionale”, i due articoli sono stati inseriti dall’articolo 24 della Legge sopra citata, in vigore a decorrere dal 18 aprile 1994.

¹⁵ Decreto legislativo n. 40 del 2 febbraio 2006: “Modifiche al Codice di Procedura Civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato”.

¹⁶ Per un’analisi dei rari casi in cui tali norme di diritto italiano siano più favorevoli di quelle della Convenzione Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo: *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova Cedam, 2010, pp. 1021 ss

¹⁷ Testo dell’articolo VII paragrafo 1 NYC: “Le disposizioni della presente Convenzione non toccano gli accordi multilaterali o bilaterali, conclusi dagli Stati contraenti, sul riconoscimento e l’esecuzione di sentenze arbitrali, né privano alcuna parte del diritto di valersi di una sentenza arbitrale nella maniera e nella misura ammesse dalla legislazione o dai trattati del Paese dove la sentenza è invocata”; v. anche A.J. Van den Berg: op. cit., pp.81ss; v. anche *supra* Capitolo Primo paragrafo 1

Il fatto che gli articoli del Codice di Procedura Civile relativi ai lodi stranieri trovino raramente applicazione è anche conseguenza della mancata scelta da parte dell'Italia di nessuna delle riserve che la Convenzione consentiva alle parti Contraenti di apporre al momento della ratifica.

A proposito della riserva di reciprocità¹⁸, l'Italia non ha posto tale condizione al momento della ratifica, dunque le disposizioni della Convenzione di New York si applicano anche nel caso in cui il Paese in cui è stato emesso il lodo non abbia aderito a questo trattato internazionale¹⁹.

Il procedimento previsto per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri dai due articoli del Codice di Procedura Civile italiano si divide in due fasi, la prima necessaria e la seconda eventuale²⁰. Nella prima fase, è necessario per chiunque voglia far valere un lodo arbitrale straniero in Italia proporre un ricorso al giudice competente, in questo caso si tratta del Presidente della Corte di Appello nella circoscrizione in cui risiede la controparte²¹. Il Presidente della Corte di Appello dichiara con decreto e senza contraddittorio, ovvero *inaudita altera parte*, l'efficacia del lodo straniero o nega tale effetto²².

Nella seconda fase, la quale non è necessaria, ma bensì eventuale, è ammesso che possa essere proposto un ricorso ad opera della parte interessata al decreto emesso dal Presidente, che ha accordato o negato l'efficacia del lodo straniero in Italia. Tale ricorso attiva un apposito procedimento di opposizione²³, su cui la Corte di Appello si pronuncia con una sentenza impugnabile per Cassazione. Se entro un breve termine²⁴ non viene proposto alcun ricorso per fare opposizione, il decreto emesso dal Presidente della Corte di Appello, che accorda il riconoscimento e l'esecuzione del lodo straniero, diventa *res iudicata*²⁵.

Oltre alle circostanze sollevate dalle parti e provate nel procedimento di opposizione al riconoscimento e all'esecuzione del lodo straniero²⁶, le corti italiane, secondo quanto disposto

¹⁸ Articolo I paragrafo 3, primo periodo NYC: *Al momento della firma o della ratifica della presente Convenzione, dell'adesione alla stessa o della notificazione di estensione, di cui all'articolo X, ogni Stato potrà, sulla base della reciprocità, dichiarare che applicherà la Convenzione unicamente al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze rese sul territorio di un altro Stato contraente.*”, v. supra Capitolo Primo paragrafo 1

¹⁹ A. Frignani: “*The application of New York Convention by Italian courts*” in Riv. Arb. Fasc. 2, 2014, p.307 nota 3, citando il caso *GRI v. Pik Verhovec*, Cass. 18 ottobre 1990, n. 10151, in Repertorio Foro italiano, 1990, n. 31. In quel caso il Paese non firmatario era la Jugoslavia, ma la Cassazione ha comunque applicato la Convenzione di New York

²⁰ P. Bernardini-M. Perrini: “*The New York Convention of June 10, 1958: the Application of Article V by Courts in Italy*” in Jour. Int'l. Arb. Vol.25, Issue 6, The Netherlands, 2008 pp.707-709; P. Bernardini: “*Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia*” in Riv. Arb. Fascicolo 3, 2010 pp. 432-433

²¹ Art.839 1° comma cpc; se la controparte è residente all'estero sarà competente la corte d'appello di Roma

²² P. Bernardini-M. Perrini: op.cit., p.708, riportando le parole del 5° comma dell'art.839 cpc

²³ Art. 840 2° comma cpc, il procedimento di opposizione è disciplinato ex art. 645 cpc

²⁴ Art.840 1° comma cpc, il termine è di 30 giorni, che decorrono o dalla notificazione, se il decreto accorda efficacia al lodo, oppure, se il decreto nega l'efficacia, dalla comunicazione del decreto alla parte.

²⁵ A. Frignani: op.cit. p.307

²⁶ Art.840 3° e 4° comma cpc riprendendo le disposizioni dell'articolo V paragrafo 1 NYC, sul punto: P.Bernardini: *Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia*” pp. 433-434; P. Bernardini-M. Perrini: “*The New York Convention of June 10, 1958: the Application of Article V by Courts in Italy*” pp.710ss

dall'articolo V paragrafo 2 lettera a)²⁷ della Convenzione di New York 1958, sono autorizzate a negare il riconoscimento del lodo arbitrale straniero, qualora esse accertino, sia *ex officio* sia per obiezione sollevata da una parte, che la controversia non potesse formare oggetto di convenzione di arbitrato secondo la legge del Paese in cui è richiesto il riconoscimento e l'esecuzione. Questa disposizione è stata recepita da entrambi gli articoli del Codice di Procedura Civile italiano, sia quello che disciplina il procedimento di riconoscimento ed esecuzione di lodi stranieri, vale a dire l'articolo 839 4° comma n.1, sia quello che disciplina l'eventuale opposizione, cioè l'articolo 840 5° comma n.1²⁸.

Discorso analogo può essere fatto con riguardo a quanto scritto nella lettera b) del paragrafo 2 Articolo V della Convenzione di New York 1958, che è stato anche recepito dalla legge italiana²⁹, la quale stabilisce che nel caso in cui le corti, *motu proprio* o su eccezione di parte, accertino che le disposizioni contenute in un lodo straniero non siano contrarie all'ordine pubblico e quando risultano contrarie, il giudice statale deve negare l'efficacia della sentenza arbitrale straniera.

È utile ricordare che l'Italia è anche parte contraente della Convenzione di Ginevra 1961³⁰, un altro trattato internazionale che disciplina non solo il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri, ma fornisce anche una serie di norme che regolano l'istituto dell'arbitrato commerciale internazionale. Tale Convenzione, al suo articolo IX paragrafo 2 dispone che una corte di uno Stato contraente, come è l'Italia, debba riconoscere ed eseguire un lodo arbitrale, sebbene annullato da un altro Stato, parte contraente anche della Convenzione di New York 1958, secondo quanto disposto dall'articolo V paragrafo 1 lettera e)³¹ di quest'ultimo trattato, nel caso in cui il lodo sia stato annullato per ragioni diverse da quelle contenute nel paragrafo 1 dell'articolo sopra menzionato della Convenzione di Ginevra³².

²⁷ Nel testo dell'articolo V para 2 lett. a):2. *Il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza arbitrale possono altresì essere rifiutati, se l'autorità competente del Paese dove sono stati richiesti, riscontra che: a) l'oggetto della controversia, secondo la legge di tale Paese, non è suscettibile di essere risolto mediante arbitrato*

²⁸ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit., p.2; negli artt.839-840 cpc la disposizione della Convenzione di New York è così tradotta:” *la controversia non potesse formare oggetto di compromesso secondo la legge italiana*”

²⁹ Art.839 4° comma n.2 e Art.840 5° comma n.2 del Codice di Procedura Civile italiano

³⁰ L'Italia con la legge n. 418 del 10 maggio 1970 ha ratificato la “Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale”, adottata a Ginevra il 21 aprile 1961: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1970/07/06/070U0418/sg> ; v. *supra* capitolo primo paragrafo 2 del presente elaborato

³¹ V. *supra* nota n.12 per il testo dell'articolo V paragrafo 1 lettera e) NYC

³² Articolo IX Convenzione di Ginevra 1961: *Annullamento della sentenza arbitrale: 1. L'annullamento in uno Stato contraente di una sentenza arbitrale, retta dalla presente Convenzione, non costituirà ragione per rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione in un altro Stato contraente, a meno che questo annullamento sia stato pronunciato nello Stato nel quale, o secondo la legge del quale, la sentenza è stata resa e per una delle seguenti ragioni: a) le Parti alla convenzione d'arbitrato erano incapaci ai sensi della legge applicabile nei loro confronti, oppure detta convenzione non è valida ai sensi della legge alla quale le Parti l'hanno sottoposta, oppure, in mancanza di indicazione al riguardo, ai sensi della legge del paese dove la sentenza è stata resa; oppure b) la Parte che chiede l'annullamento non è stata debitamente informata della designazione dell'arbitro o della procedura d'arbitrato o non è stata in grado, per un altro motivo, di far valere le sue ragioni; oppure c) la sentenza verte su una questione non contemplata nel compromesso o non considerata nella clausola compromissoria; oppure contiene delle decisioni che esorbitano dalle condizioni del compromesso o della clausola compromissoria. Tuttavia, se le disposizioni della sentenza, che si riferiscono a questioni sottoposte all'arbitrato, possono essere disgiunte da quelle non sottoposte all'arbitrato, le prime potranno non essere annullate; oppure d) la costituzione del tribunale arbitrale o della procedura d'arbitrato non è stata conforme all'accordo delle Parti o, in mancanza di accordo, alle disposizioni dell'articolo IV della presente Convenzione.* “ in Guida dell'ICCA

Comparando i testi delle due Convenzioni, quella di New York del 1958 e quella di Ginevra 1961, è possibile notare che il testo dell'articolo IX paragrafo 1 del trattato internazionale europeo rispecchia le disposizioni dell'articolo V paragrafo 1 lettere a), b), c) e d) della Convenzione Internazionale di New York, perciò è possibile che le corti italiane possano dichiarare efficace un lodo straniero anche se nel Paese da cui proviene era stato annullato³³.

Questa disposizione resta applicabile, nonostante la disciplina istituita dagli articoli 839 e 840 del Codice di Procedura Civile, dal momento che è stato previsto dal legislatore italiano, quando ha redatto questi due articoli, che le norme stabilite dai trattati internazionali non vengano pregiudicate dal procedimento di diritto interno³⁴. Sebbene sia valido quanto detto sopra, questa eventualità è un'eccezione particolare, poiché un lodo annullato nel Paese in cui è stato emesso, di solito, non può essere riconosciuto ed eseguito in Italia³⁵.

Come detto in precedenza³⁶, la nozione di arbitrabilità è contenuta nell'articolo 806 del Codice di procedura Civile viene applicata non solo con riguardo agli arbitrati interni all'ordinamento italiano, ma attraverso l'analogia anche al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi stranieri.

Tuttavia, è curioso notare che nel sistema italiano non viene fatta alcuna distinzione tra la nozione "soggettiva" di arbitrabilità e nozione "oggettiva". In Italia si fa esclusivamente riferimento all'"arbitrabilità" oggettiva"³⁷, ovvero la questione si basa sull'interrogativo a proposito di quei tipi di controversie che risultano risolvibili anche attraverso dell'arbitrato oppure debbano essere riservati alla giurisdizione esclusiva dei giudici nazionali.

Per questo la legge italiana non conferisce particolare rilievo alle capacità giuridiche ed alle caratteristiche delle parti tra loro in lite, in particolare l'articolo 808 2° comma del Codice di Procedura Civile, il quale statuisce che ogni soggetto o entità giuridica, indipendentemente dal fatto che sia pubblico o privato, che ha la capacità di stipulare il contratto principale, possiede anche la capacità di convenire in una clausola compromissoria³⁸.

Non si tratta di un'eccezione quanto prescritto dall'articolo 209 3° comma del decreto legislativo 50 del 18 aprile 2016, noto anche come "nuovo codice dei contratti pubblici"³⁹. La

all'interpretazione della Convenzione di New York

³³ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit., p.2

³⁴ Art.840 6° comma cpc: "*Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali*"

³⁵ P. Bernardini-M. Perrini: op. cit., p.709; P. Bernardini: "*Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia*" p. 432

³⁶ *Cfr supra* Capitolo Primo paragrafo 1 del presente elaborato. Art. 806 1° comma cpc: *le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro sorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*" Per una analisi approfondita e pertinente Salvaneschi, *Commentario del Codice di Procedura Civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840, Arbitrato*, Torino Zanichelli, 2014, pp. 9ss

³⁷ v. nota precedente, art.806 1° comma cpc la parola "oggetto"

³⁸ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit. pp.4-5; si guardi il testo dell'art. 808 2° comma secondo periodo: "*il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria*"

³⁹ Le esatte parole del codice dei contratti pubblici sono: "*È nulla la clausola compromissoria inserita senza l'autorizzazione nel*

disposizione sopra citata si sostanzia in una condizione, in forza della quale si consente ad un'amministrazione pubblica di esercitare in maniera valida il proprio potere di devolvere ad arbitrato controversie nelle quali è parte, per questo motivo, dunque, non si tratterebbe di un requisito attinente all'arbitrabilità dell'oggetto devoluto al tribunale arbitrale.⁴⁰

Se si osserva con attenzione l'ordinamento italiano è raro imbattersi in una disposizione di legge o atto avente la stessa forza che contenga un espresso divieto di ricorrere ad arbitrato per risolvere una controversia.

Oltre alla regola generale sancita dal già esaminato articolo 806 del Codice di Procedura civile⁴¹, il legislatore ha espressamente vietato di devolvere ad un tribunale arbitrale quelle controversie che sorgono durante l'esecuzione dei lavori pubblici di ricostruzione nei luoghi colpiti da eventi sismici⁴².

Vale la pena prendere in considerazione quanto espresso dall'articolo 819 1° comma del Codice di procedura civile, il quale, pur riferendosi all'arbitrato interno, è applicabile per analogia anche ai lodi stranieri, nel momento in cui è richiesto il riconoscimento e l'esecuzione di queste sentenze arbitrali. In tale disposizione, si consente ai tribunali arbitrali che hanno sede in Italia di poter risolvere in maniera accidentale, *incidenter tantum*⁴³, tutte quelle questioni che risultano rilevanti al fine di risolvere la controversia, salvo che per quelle che non si tratti di quelle questioni per legge debbano essere risolte con efficacia di giudicato, ovvero un giudizio in grado di avere l'autorità di *res iudicata*⁴⁴.

Perciò, è possibile che gli arbitri, i quali si trovano in un tribunale con sede in Italia, possano anche risolvere questioni, che sorgono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, comprese, quindi, i diritti indisponibili che l'articolo 806 del Codice di Procedura Civile esclude dall'essere devoluti ad arbitrato⁴⁵.

bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice”
https://www.codiceappalti.it/DLGS_50_2016/Art_209_Arbitrato/8616

⁴⁰ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit. nota n. 8 p. 4; sul punto anche A.Travi: *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Torino Giappichelli 2019, pp.104-105; si veda anche a proposito di arbitrabilità interna la sentenza della Corte Costituzionale n.108 del 9 giugno 2015 <https://www.giurcost.org/decisioni/2015/0108s-15.html>

⁴¹ Cfr *supra* Capitolo Primo, paragrafo 2 del presente elaborato; in particolare si veda il combinato disposto dall'art.806 2° comma cpc e dall'art.409 cpc

⁴² Si tratta dell'articolo 15 3° comma del Decreto Legge n. 195 del 30 dicembre 2009, convertito dalla Legge n.26 del 26 febbraio 2010, la disposizione recita così “*i compromessi e le clausole compromissorie inserite nei contratti stipulati per la realizzazione d'interventi connessi alle dichiarazioni di stato di emergenza ai sensi [omissis] sono nulli*”
<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2010/02/27/10A02577/sg>

⁴³ Significa che quanto deciso dagli arbitri non potrà avere efficacia di cosa giudicata, ma sarà efficace solo all'interno del procedimento arbitrale

⁴⁴ Si veda, ad esempio, riguardo alle questioni sullo stato delle persone; si veda il combinato disposto degli art.2909 cc e 324 cpc

⁴⁵ G. P Balena: *Istituzioni di Diritto processuale Civile- Vol.Terzo I processi speciali e l'esecuzione forzata*, Bari 2018, Capitolo Sedicesimo p.

1.2 La giurisprudenza italiana concernente l'arbitrabilità come profilo della validità e/o inefficacia della convenzione di arbitrato

La questione dell'arbitrabilità della controversia è stata affrontata dalla giurisprudenza italiana in varie pronunce che si sono susseguite nel corso degli anni. In primo luogo, è necessario partire dalla fase in cui è richiesto alle corti italiane di riconoscere ed eseguire una convenzione di arbitrato, ovvero la fase di devoluzione della controversia ad un tribunale arbitrale.

Come visto in precedenza⁴⁶, la questione dell'arbitrabilità della controversia deve essere esaminata iniziando col chiedersi quale sia la legge applicabile, vale a dire da dove provengono le disposizioni che determinano quali materie possano essere rimesse ad arbitrato e quali invece, restino riservate alla giurisdizione esclusiva delle corti nazionali. La giurisprudenza italiana ha assunto una determinata linea riguardo a quale legge applicare per determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia, nel momento in cui è richiesto ad un giudice italiano di decidere se dare efficacia ad una convenzione d'arbitrato. A tal proposito, è invalsa nella giurisprudenza italiana l'idea che la questione dell'arbitrabilità con riguardo al riconoscimento e all'esecuzione di una convenzione di arbitrato vada decisa secondo quanto disposto dalla legge italiana, applicando la legge del foro adito, ovvero la *lex fori*.

Le corti italiane, infatti, seguono lo stesso approccio usato per determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia nella fase in cui è richiesto loro il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo straniero, applicando la legge italiana, *lex fori*, indipendentemente dal fatto che possa esserci un'analisi di un conflitto di leggi, come determinato dalle regole di diritto internazionale privato⁴⁷.

La corte di Cassazione, con una sentenza delle Sezioni Unite del 1979, a proposito del caso *Compagnia Generale Costruzioni CO.GE.CO. S.p.A. v. Piersanti* ⁴⁸, si è pronunciata sulla questione di quale legge applicare al tema dell'arbitrabilità nel momento in cui una corte italiana è chiamata a decidere se declinare la propria giurisdizione e devolvere agli arbitri la materia oggetto della controversia. La decisione della Corte Suprema era al riguardo un regolamento di giurisdizione, in cui si contestava la giurisdizione del giudice italiano in favore di quella arbitrale, in base ad una convenzione di arbitrato avente ad oggetto la risoluzione di una controversia in materia di lavoro⁴⁹.

⁴⁶ V. supra Capitolo secondo del presente elaborato

⁴⁷ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit., p.3

⁴⁸ Corte di Cassazione SS. UU., *Compagnia Generale Costruzioni CO.GE.CO. S.p.A. v. Piersanti*, del 27 aprile 1979, no. 2429; estratto in P. Sanders: Yearbook Commercial Arbitration 1981-vol.VI, pp.229-230. Vedi su <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN1224>

⁴⁹ Per un'analisi si veda quanto scritto da C.M Barone in Il Foro Italiano vol.103 Parte prima,1980, pp.189/190- 193/194

In primo luogo, le Sezioni Unite notarono che l'articolo II paragrafo 1 della Convenzione di New York non si esprimeva riguardo a quale potesse essere la legge applicabile per determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia oggetto della convenzione di arbitrato. Dopo aver chiarito che la Convenzione non forniva un'indicazione, la Suprema corte affermò che la questione di arbitrabilità della controversia non potesse essere assimilabile agli "elementi di diritto sostanziale" tipici della clausola arbitrale, quali la capacità delle parti ad entrare nell'accordo, l'esistenza di tale accordo e i requisiti formali⁵⁰, ciascuno dei quali, potenzialmente, regolato da una legge diversa⁵¹. Per quanto riguarda l'arbitrabilità, invece, i giudici di legittimità si espressero nel senso che essa consiste in una "qualità", propria dell'oggetto della convenzione di arbitrato, che pone un limite alle materie in cui sarebbe possibile che il tribunale eserciti la propria giurisdizione, perciò segna il confine tra la competenza degli arbitri e quella dei giudici statali⁵².

I giudici delle Sezioni Unite trovarono la soluzione di quanto sopra affermato basandosi su di una lettura coordinata degli Articolo II e V della Convenzione di New York, in particolare del paragrafo 3 della disposizione che regola la convenzione di arbitrato e del paragrafo 2 lettera a) di quella che disciplina i motivi di opposizione al riconoscimento e l'esecuzione di un lodo straniero, quest'ultima infatti parla della legge applicabile alla questione dell'arbitrabilità.

Proprio partendo dal testo dell'articolo II (3) della Convenzione, la Suprema Corte in questa sua sentenza stabilì che secondo questa disposizione, quando si parla di "inefficacia"⁵³ della convenzione di arbitrato debba, senza dubbio alcuno, essere anche ricompresa anche la questione della non-arbitrabilità della controversia. Secondo i giudici di legittimità, il fatto che una controversia possa essere risolta attraverso l'arbitrato sarebbe da considerare una condizione necessaria per cui la clausola compromissoria possa svolgere i suoi effetti e permettere al tribunale arbitrale di dichiararsi competente⁵⁴.

Dopo aver analizzato l'articolo II (3), la Suprema corte chiarì che l'articolo V (2) lettera a) della stessa Convenzione statuisce, in maniera incontrovertibile, che il giudice adito deve determinare, in base alla propria legge, il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo straniero e, nel caso in cui quest'ultimo risultasse pronunciarsi su questioni non arbitrabili, sarebbe in dovere di negare al lodo straniero cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano. A seguito di questa spiegazione da parte della Cassazione, i giudici italiani hanno continuato a ritenere che l'accertamento relativo all'arbitrabilità della controversia, preliminare ad ogni

⁵⁰ La sentenza del 1979 fa riferimento agli articoli 17,25 e 26 delle Preleggi (disposizioni preliminari al Codice civile) del tempo, oggi sostituiti dalle disposizioni della legge n. 218 del 31 maggio 1995 sul diritto internazionale privato. In dettaglio: il contenuto dell'articolo 17 delle disposizioni preliminari al cod.civ. è all'interno dei Capi II e IV della legge n.218/95; l'art.25 delle Preleggi è sostituito dagli artt.57-63 della legge sopra menzionata ed infine l'art.26 è parte degli artt.48,55 e 56.

⁵¹ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit. p.4

⁵² C.M Barone in Il Foro Italiano vo.103 I 1980, p.193

⁵³ Il giudice italiano parla di "Inefficacia" della convenzione di arbitrato, nel testo dell'articolo II(3) della Convenzione di New York il termine usato è "*inoperative*"

⁵⁴ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit., p.11

altro e di competenza del giudice adito, debba essere condotto applicando le disposizioni del diritto nazionale di tale giudice, ovvero la *lex fori*, che risulta l'unica le cui disposizioni potrebbero permettere ad una corte nazionale di declinare alla propria giurisdizione e devolvere la controversia ad un tribunale arbitrale.

Dunque, secondo quanto deciso dai giudici della corte di Cassazione in questa sentenza, la questione dell'arbitrabilità della controversia deve essere governata dalla medesima legge, sia nel momento in cui le corti esaminano se declinare o no la propria giurisdizione, secondo quanto disposto dall'articolo II, sia nella fase in cui esse sono chiamate a riconoscere ed eseguire un lodo straniero, in conformità con l'articolo V della Convenzione. Nell'ipotesi in cui si applicassero due distinte leggi nazionali nelle fasi prese in considerazione, secondo la Suprema corte, la conseguenza potrebbe essere una situazione di confusione e incoerenza⁵⁵.

Se così fosse, in un primo momento una corte italiana potrebbe declinare la propria giurisdizione, affermando che la questione dell'arbitrabilità con riguardo alla convenzione di arbitrato è regolata da una legge straniera, che ammette la risoluzione attraverso l'arbitrato, mentre, in un secondo momento, al lodo che è originato da tale convenzione, potrebbe essere negato il riconoscimento, in quanto ha statuito su di una materia che non è considerata arbitrabile dalla legge italiana, che è scelta come *lex fori*. Nel caso in esame, le Sezioni Unite accertarono che il tipo di controversia non era tra quelle che l'ordinamento italiano reputava arbitrabili⁵⁶, dunque, l'eccezione di inarbitrabilità sollevata dal lavoratore venne accolta e si affermò la giurisdizione del pretore italiano⁵⁷.

Come si è visto sopra, la giurisprudenza italiana ha ritenuto "inefficace" la convenzione di arbitrato che rimette ad arbitrato una controversia non arbitrabile, tuttavia l'inarbitrabilità è stata fatta anche rientrare come un vizio tale da rendere la clausola compromissoria caducata (*null and void*), altra condizione prevista dall'articolo II (3) della Convenzione di New York⁵⁸.

In particolare, una pronuncia delle Sezioni Unite si è occupata di questo problema, si tratta della sentenza⁵⁹ *Iraq v. Armamenti e Aerospazio S.p.A., Finmeccanica S.p.A., Selex Es. S.p.A.*, una

⁵⁵ C.M Barone: op. cit., p. 194

⁵⁶ Si veda il combinato disposto degli articoli 806 e 808 del Codice di procedura Civile anteriforma del 1994 ed anche gli articoli 4 e 5 della legge n. 533 del 11 agosto 1973, che modificano la disciplina dell'arbitrato in materia di lavoro. Per una attenta analisi: C. M. Barone, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, e G. Pera, *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, nel volume 1 processi speciali, Napoli, 1979, pp.55 ss., pp.211 ss.; vedi anche G.C. Perone: "L'arbitrato nelle controversie di lavoro" in Dir. lav., 1979, pp. 207ss

⁵⁷ In particolare, gli articoli 1, 5 e 7 della legge n.604 del 15 luglio 1966, riguardo ai licenziamenti individuali

⁵⁸ Si veda al Capitolo Primo paragrafo 1 del presente elaborato l'interpretazione di questi termini

⁵⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite: *Iraq v. Armamenti e Aerospazio S.p.A., Finmeccanica S.p.A., Selex Es. S.p.A.*, del 24 novembre 2015, no. 23893. Estratto in Yearbook XLI (2016) pp. 503-506. Il testo è disponibile su https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/Cassazione_24.11.15.pdf

controversia nata da un contratto per la fornitura di elicotteri da parte di una società privata alla Repubblica di Iraq⁶⁰.

Il contratto di fornitura era disciplinato secondo le norme della legge francese e conteneva una clausola compromissoria che devolveva le controversie alla Camera di Commercio Internazionale (ICC).

Tuttavia, nel 1990, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite decise la sanzione dell'embargo⁶¹ contro la Repubblica di Iraq, per via dell'invasione di quest'ultima nei confronti del Kuwait. Finmeccanica, dopo questi eventi, decise di ricorrere innanzi ad una corte nazionale, il tribunale di Busto Arsizio (VA), richiedendo che fosse dichiarata la risoluzione del contratto per impossibilità di compiere l'obbligazione e anche il risarcimento dei danni⁶².

Il governo irakeno, una volta convenuto, eccepì la carenza di giurisdizione del giudice italiano, per effetto della clausola compromissoria contenuta nel contratto di fornitura. La corte di primo grado dichiarò l'improcedibilità delle domande dell'attore a causa della convenzione di arbitrato e rimise le parti davanti ad arbitrato⁶³. La Corte d'Appello di Milano, però, capovolse questa sentenza, confermando la giurisdizione del giudice italiano e pronunciandosi in favore di Finmeccanica⁶⁴. Nonostante questa pronuncia, i difensori del governo irakeno ricorsero per Cassazione, deducendo, *inter alia*, la violazione degli articoli II paragrafi 1 e 3 della Convenzione di New York⁶⁵.

Le Sezioni Unite della Cassazione confermarono che le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza Onu avevano reso nulla la clausola compromissoria e per questo la controversia oggetto della convenzione di arbitrato non poteva essere devoluto ad arbitrato. Secondo il giudice di legittimità, un arbitro, essendo un "giudice privato", non è in grado di pronunciarsi a proposito di una materia, nel caso in questione l'esecuzione

⁶⁰ Per un caso simile si veda: *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani S.p.A. and Oto Melara S.p.A. v. Ministry of Defence Armament and Supply Directorate of Iraq*, Corte d'Appello di Genova, 7 maggio, 1994, n. 506. Estratti in Yearbook XXI (1996) pp. 594-601 <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN5923>. In questo caso si trattava di fornitura di navi da guerra, con un contratto di fornitura al cui interno si trovava una clausola compromissoria che rimetteva le controversie alla ICC di Parigi.

⁶¹ Il Consiglio di Sicurezza adottò Risoluzioni 661/1990 [https://www.undocs.org/S/RES/661\(1990\)](https://www.undocs.org/S/RES/661(1990)) e 687/1991; per una visione dottrinale Colandra, *Gli effetti delle misure di embargo sull'arbitrabilità della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in Giur. it., 2005, pp.122 ss

⁶² Nella Sentenza delle SS. uu, si veda https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/Cassazione_24.11.15.pdf, p.1

⁶³ La sentenza in esame è quella del 18 novembre 2003, Tribunale di Busto Arsizio

⁶⁴ Con sentenza n. 4204/2012 della Corte di Appello di Milano, depositata il 27 dicembre 2012, nella quale si dichiarava: "la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, per causa imputabile al contraente iracheno e condannava il Governo ed il Ministero della Difesa della Repubblica dell'Iraq al risarcimento dei danni in favore della Finmeccanica" https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/Cassazione_24.11.15.pdf p.3

⁶⁵ Motivo n. 3) "la violazione dell'art. 2, commi 1 e 3, della Convenzione di New York del 10 giugno 1958, concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, perché il giudice italiano non era competente a conoscere delle domande, né della validità della clausola compromissoria, dotata di un'autonomia che la rendeva insensibile alle sorti del contratto; e comunque, la questione della sua eventuale invalidità era da accertare secondo la legge francese, richiamata nel contratto;" https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/Cassazione_24.11.15.pdf p.6

e la validità di un contratto, quando la sua pronuncia potrebbe potenzialmente esporre uno Stato sovrano a responsabilità internazionale⁶⁶.

A proposito della violazione delle disposizioni della Convenzione di New York, la Suprema corte stabilì che le risoluzioni dell'Onu e gli atti della comunità europea costituivano uno *ius superveniens* di natura sovranazionale, in grado di derogare le norme di diritto sostanziale e procedurale sia di origine nazionale che internazionale⁶⁷.

Fatto salvo il carattere di *ius superveniens* della risoluzione Onu, la Cassazione spiegò che alla luce del testo dell'articolo II (1), ogni Stato contraente, o meglio, le sue corti nazionali, debbano riconoscere e dare esecuzione alle convenzioni di arbitrato solo quando esse riguardino una "materia suscettibile di composizione per via di arbitrato"⁶⁸. Oltre a quanto dettato dal primo paragrafo dell'articolo II, il terzo paragrafo del medesimo articolo vincola le corti di uno Stato contraente a devolvere la controversia ad un tribunale arbitrale, quando si è in presenza di una clausola arbitrale e della richiesta delle parti⁶⁹, a condizione che tale clausola non sia "nulla, inefficace o insuscettibile di applicazione".

Perciò, vista questa disposizione contenuta nel trattato internazionale, la Cassazione ritenne che i giudici nazionali fossero titolari del potere di effettuare *ex ante* un esame sulla validità della convenzione di arbitrato e di trattenere presso di sé la controversia, se accertano che tale convenzione è nulla⁷⁰.

Da quanto fino ad ora detto, è possibile notare che nell'ordinamento italiano una controversia devoluta da una convenzione a risoluzione attraverso l'arbitrato, se considerata inarbitrabile può essere un vizio che inficia la validità o l'efficacia della convenzione di arbitrato.

Se si cerca un riscontro anche nel diritto positivo, 1° comma dell'articolo 808 del Codice di Procedura Civile sembrerebbe confermare questa idea⁷¹.

⁶⁶ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit., p. 19; non solo l'Onu, ma anche l'allora Comunità (oggi Unione) europea decise a riguardo: Regolamenti CEE 2340/90, 3155/90 e 7 dicembre 1992 n.3541.

⁶⁷ Le parole della Suprema Corte "natura sovranazionale dello *ius superveniens* che si impone su qualunque disciplina particolare prefigurata dalle parti contraenti: pur a prescindere dal rilievo che la disciplina invocata è successiva al contratto di cui è causa." https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/Cassazione_24.11.15.pdf p.14; si veda anche la citata sentenza *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani S.p.A. and Oto Melara S.p.A. v. Ministry of Defence Armament and Supply Directorate of Iraq*, Corte d'Appello di Genova, 7 maggio, 1994, n. 506.

⁶⁸ Nella sentenza, il giudice di legittimità riporta anche il testo inglese della Convenzione di New York "*subject matter capable of settlement by arbitration*"

⁶⁹ Cfr Capitolo primo paragrafo 1 del presente elaborato, v, supra per "inoperative"

⁷⁰ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit. p. 20; a riguardo le Sezioni Unite così parlano : " Tale disposizione si palesa quindi chiara nell'attribuire allo stesso giudice, adito nonostante l'esistenza di una convenzione d'arbitrato, il potere di trattenere il processo, ove accerti - egli, e non gli arbitri - la nullità della stessa " https://www.camera-arbitrale.it/Documenti/Cassazione_24.11.15.pdf pp.15-16

⁷¹ Le parole esatte dell'articolo 808 1° comma cpc sono: "Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato".

Perciò, visto il diritto positivo e la giurisprudenza è possibile affermare che l'arbitrabilità è concepita dal sistema italiano non come una condizione necessaria della giurisdizione del tribunale arbitrale, ma bensì una condizione inerente alla validità della convenzione di arbitrato⁷²

L'articolo 808 del Codice di Procedura Civile è da considerarsi una norma dal carattere inderogabile, con la conseguenza che, nel caso in cui, una convenzione di arbitrato riguardi una controversia che abbia ad oggetto diritti indisponibili, come recita l'articolo 806 Codice di Procedura Civile, dovrebbe essere considerata nulla, secondo quanto disposto dall'articolo II (3) della Convenzione di New York⁷³.

Questa disposizione inderogabile del Codice di Procedura civile è rubricata "*clausola compromissoria*"⁷⁴, essa potrebbe applicarsi alla convenzione di arbitrato ed anche alla questione dell'arbitrabilità della controversia quando la sede in cui si svolge l'arbitrato si trova all'interno del territorio italiano, in quanto la legge italiana sarà la *lex loci arbitri*, oppure potrebbe trovare applicazione se le parti, pur avendo deciso per un tribunale con sede all'estero, hanno scelto, come diritto che governa la convenzione d'arbitrato, la legge italiana⁷⁵.

Sebbene sia possibile scegliere tra varie leggi le cui disposizioni regolano la questione dell'arbitrabilità della controversia, la giurisprudenza italiana sembra orientata ad applicare la propria legge in qualità di *lex fori* per determinare la questione, non solo nel momento di eseguire i lodi stranieri, ma anche quando le corti sono chiamate ad esprimersi se dare efficacia ad una convenzione arbitrale secondo l'articolo II (3) della Convenzione di New York, come evidenziato da giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, costante⁷⁶.

Osservando questi casi, si può notare che le corti italiane trattano congiuntamente due questioni riguardo all'arbitrato, che sono tra loro distinte e non sempre sovrapponibili. Infatti, come già detto, le corti dell'ordinamento italiano considerano la questione dell'inarbitrabilità della controversia come un problema legato alla validità o all'efficacia della convenzione di arbitrato, e per risolvere la questione applicano le

⁷² Al contrario di come è stato analizzato nel Capitolo secondo paragrafo 2 del presente elaborato

⁷³ Da notare la differenza tra "inderogabilità" delle norme ed "indisponibilità" dei diritti, sul punto M. Bove: *Il patto compromissorio rituale* in Riv. Diritto Civile n.3 /2002 pp. 406-407

⁷⁴ Cioè l'articolo 808 cpc, come modificato dalla riforma del 2006

⁷⁵ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit. p.5

⁷⁶ Oltre alla giurisprudenza della Cassazione, già citata, si vedano anche i casi : Tribunale di Bologna, *Coveme S.p.A. v. CFI – Compagnie Française des Isolants SA*, del 18 luglio, 1987, in Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc., 1987, p. 740 , estratto in in A.J. van den Berg : Yearbook Commercial Arbitration, 1992 - Volume XVII, p. 534-538 <http://klugerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4307> ; Corte d'Appello di Genova, *Della Sanara Kustvaart – Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola s.r.l., in liquidation*, 3 Febbraio, 1990, in Foro padano, 1990, vol. I, p. 179 , estratto in A.J. van den Berg Yearbook Commercial Arbitration, 1992 - Volume XVII, p. 543-544 <http://klugerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4311>; Tribunale di Lodi, *Adda Officine Elettromeccaniche and Ercole Marelli & C. S.p.A. v. Alsthom Atlantique, CGE Alsthom International SA and Adda Costruzioni Elettromeccaniche S.p.A.*, 13 febbraio, 1991, in Riv. dir. int. priv. proc., 1992, p. 339, estratto in van den Berg, Yearbook Commercial Arbitration, 1996 - Volume XXI, p. 580-584 <http://klugerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN5915>

disposizioni della legge italiana (*lex fori*) senza soffermarsi a considerare che potrebbero esserci altre leggi che avrebbero comunque motivo valido per essere applicate⁷⁷.

Tuttavia, non è chiaro se questa tendenza ad applicare sempre la *lex fori* per determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia, senza prendere in considerazione le disposizioni di altre leggi applicabili, sia ancora reputata l'unica corretta dalle corti italiane⁷⁸.

Sembrerebbe più ragionevole, ed anche in maggiormente coerente con il principio del *favor arbitrati*, che la legge italiana, che in questo caso è *lex fori*, si applichi solamente per determinare l'arbitrabilità delle controversie che ricadrebbero all'interno dell'ambito della giurisdizione italiana, se non esistesse una convenzione di arbitrato che le devolvesse ad un tribunale arbitrale⁷⁹.

Diversamente per quanto riguarda tutte le altre controversie, che non avrebbero alcun collegamento con l'ordinamento italiano se non ci fosse una convenzione di arbitrato, la questione dell'arbitrabilità potrebbe essere valutata sulla base delle disposizioni contenute in altre leggi, che non siano la *lex fori*.

Per identificare le controversie la cui questione di arbitrabilità sarebbe da risolversi applicando la legge italiana in quanto *lex fori*, sarebbe appropriato far riferimento a quelle in cui l'interrogativo se la materia oggetto della convenzione di arbitrato può essere devoluta ad arbitrato assume una certa rilevanza secondo quanto prescritto dall'articolo 4 2° comma della Legge n. 218/1995⁸⁰, una disposizione di diritto internazionale privato che troverebbe sicuramente applicazione, essendo all'interno del sistema giuridico italiano e per questo una disposizione di *lex fori*.

1.3 La giurisprudenza italiana concernente l'arbitrabilità come profilo per il rifiuto dell'esecuzione dei lodi esteri

Il controllo svolto dal giudice adito si limita a esaminare l'esistenza di vizi che possono inficiare la validità della convenzione arbitrale, la regolarità del procedimento e del lodo, mentre è escluso che il sindacato delle corti si estenda ad esaminare anche il merito di quanto deciso dalla sentenza arbitrale⁸¹. I principi che giustificano un tale atteggiamento da parte delle corti nazionali sono quelli di tassatività e stretta interpretazione dei motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione,

⁷⁷ Ad esempio, la legge della sede dell'arbitrato (*lex loci arbitri*) oppure la legge che le parti hanno scelto per disciplinare la propria convenzione d'arbitrato.

⁷⁸ Anche perché, come si è visto nel Capitolo secondo: non sempre la *lex fori* è la legge più appropriata in questa fase in cui la corte deve dare efficacia alla convenzione di arbitrato.

⁷⁹ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit p.4

⁸⁰ La norma in questione, l'articolo 4 2° comma, contenuta nella legge sul diritto internazionale privato, è rubricata: "Accettazione e deroga della giurisdizione" e recita così: "La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili"

⁸¹ P. Bernardini: op. cit., p. 433

conseguenza del più volte citato *favor arbitrati*, principio guida del sistema creato dalla Convenzione di New York 1958⁸².

Questo atteggiamento è riscontrabile nella prassi, infatti, le corti italiane, quando vengono chiamate a riconoscere ed eseguire i lodi stranieri, devono anche determinare se l'articolo V paragrafo 2 lettera a) della Convenzione di New York⁸³ trovi applicazione e quindi se possa sussistere l'eccezione di inarbitrabilità, rilevabile anche dal giudice *ex officio*, che consente di negare l'esecuzione del lodo, oppure se sia più ragionevole respingere questo motivo di opposizione e dichiarare arbitrabile, secondo la legge italiana, la controversia risolta dal lodo arbitrale straniero.

Nelle maggior parte delle decisioni, rese sia dal giudice nelle fasi di merito che dalla Corte di Cassazione, è stata confermata l'efficacia del lodo straniero, dunque, di solito, la sentenza arbitrale viene riconosciuta ed eseguita nell'ordinamento italiano, mentre più di rado vengono accolti i motivi addotti dalla parte che si oppone al riconoscimento⁸⁴.

L'articolo V paragrafo 2 lettera a) della Convenzione è stato preso in considerazione da giurisprudenza risalente⁸⁵, infatti le corti italiane hanno sempre mantenuto, in maniera chiara, la propria tendenza a confermare l'arbitrabilità della controversia dal momento che la lite nasceva da un rapporto di natura commerciale, rigettando le obiezioni di coloro che opponevano l'inarbitrabilità al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi stranieri⁸⁶.

A riprova di questo, sono state considerate arbitrabili dalle corti italiane sia controversie che sorgevano rispetto all'adempimento di un contratto di fornitura⁸⁷, oppure di un contratto di noleggio di navi⁸⁸, sia

⁸² I principi sono stati affermati dalla giurisprudenza di vari Stati; negli Stati Uniti notevole rilievo ha avuto *508 F.2d 969 (2d Cir. 1974) Parsons Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie de Papier (RAKTA)* http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=714, ed estratto in P.Sanders Yearbook Commercial Arbitration 1976 vol. I, p. 205, <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN194>; sull'argomento si veda anche J.F. Poudret- S. Besson *Droit comparé de l'arbitrage international* Bruxelles Bruylant, LGDJ 2002, para. 902; cfr il capitolo primo paragrafo 1 del presente elaborato.

⁸³ Tale disposizione della NYC a seguito della riforma del 1994 è stata integrata nel testo degli articoli 839 e 840 del Codice di Procedura civile v. *supra* in questo capitolo

⁸⁴ A.Frignani: op. cit p.325; P.Bernardini-M. Perrini: op. cit p.710

⁸⁵ Corte d'Appello di Napoli, 20 febbraio 1975 *Carters (Merchants) Ltd v. Francesco Ferraro*, in cui si statuiva che un rapporto contrattuale riguardo alla compravendita delle merci è senza dubbio una materia arbitrabile; estratto in P. Sanders in Yearbook Commercial Arbitration vol. IV (1979) pp. 275-279 <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN846>

⁸⁶ Per una rassegna dei casi: Benedettelli-Sabatini- Ponzano: IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of arbitral awards, 2016 Research Project: Comparative study on Arbitrability under the New York Convention, pp.9-20; gli estratti invece contenuti nello Yearbook Commercial Arbitration di P.Sanders

⁸⁷ Corte d'Appello di Ancona: *H. & H. Hackenberg GmbH v. Nino Pizza*, 8 giugno 1981. Se sorge una controversia riguardo al pagamento di fornitura di merci, la controversia è arbitrabile. Yearbook Comm.Arb. vol.VIII 1983 pp.389-390

⁸⁸ Corte d'Appello di Genova: *Efxinos Shipping Co. Ltd v. Rawi Shipping Lines Ltd.*, 2 maggio 1980. La Corte di appello ha stabilito che anche secondo la legge italiana la controversia riguardo al non adempimento di un contratto di noleggio marittimo è arbitrabile. Vedi anche Yearbook Comm. Arb. vol.VIII 1983 pp. 381-383

controversie che riguardavano la qualità⁸⁹ o quantità della merce⁹⁰, su cui si è anche pronunciata la Corte di Cassazione⁹¹.

Una corte territoriale arrivò anche a dichiarare arbitrabili le questioni riguardo alla responsabilità civile *ex delicto*, dovuta ad un comportamento illecito della parte che chiedeva l'esecuzione del lodo, in relazione al non adempimento delle obbligazioni sorte dal contratto in cui era compresa la clausola arbitrale. In questo caso i giudici di merito motivarono la scelta in quanto gli arbitri erano chiamati a pronunciarsi solo su di un pagamento pecuniario per il risarcimento danni e non, invece, ad imporre una sanzione di tipo penale⁹².

Quando si esamina la questione dell'arbitrabilità, in qualunque fase del procedimento si effettui l'esame, è di primaria importanza determinare da quale legge provengano le disposizioni da applicarsi per risolvere questo quesito. La giurisprudenza italiana si è espressa in maniera chiara riguardo alla legge applicabile sulla questione di arbitrabilità, scegliendo di applicare la propria legge nazionale, in quanto *lex fori*⁹³.

Se si cerca una pronuncia che chiarisca l'applicazione di questa legge rispetto alla questione dell'arbitrabilità, non è scorretto riferirsi alla sentenza *S.n.c Vento &C. v. Società E.D &F. Man Coffee Ltd*⁹⁴, in cui la Suprema Corte ha ritenuto legittima la sentenza della Corte di Appello, nella quale veniva dichiarata arbitrabile la materia oggetto del procedimento⁹⁵. È rilevante sottolineare che, anche in questa sentenza, i giudici della prima sezione civile hanno dato un'interpretazione all'articolo V (2) lett. a), secondo la quale tale disposizione richiederebbe di risolvere la questione dell'arbitrabilità della

⁸⁹ Corte d'Appello di Milano: *Renault Jacquinet v. Sicea*, 3 maggio 1977. È arbitrabile una controversia sulla qualità del grano, supposto essere edibile. Yearbook Comm. Arb. vol.IV 1979 pp.284-286

⁹⁰ Corte d'Appello di Firenze: *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s.*, 8 ottobre 1977. Una controversia riguardo alla compravendita di una certa quantità di materiale tessile Yearbook Comm. Arb. vol.IV 1979 pp.289-292

⁹¹ Corte di Cassazione Sez. I Civile: *Eugenio Menaguale v. Intercommerce* sentenza n. 1842 del 17 aprile 1978. La Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione della Corte d'Appello di Roma, la quale dichiarava sussistere l'arbitrabilità di una controversia su di una compravendita di una determinata quantità di vetro in Yearbook Comm. Arb. vol.IV 1979 pp.282-283

⁹² Corte d'Appello di Firenze: *S.A. Tradax Export v. S.p.A. Carapelli*, 22 ottobre 1976. Oltre a quanto scritto, la stessa sentenza è stata oggetto di analisi con riguardo all'ordine pubblico, si veda G. Zarra: "Arbitrato internazionale e Ordine pubblico" in Il giusto processo civile, nota 74 p. 558; Yearbook Comm. Arb. vol. III, 1978, pp.279-281

⁹³ Pur non occupandosi direttamente dell'arbitrabilità della controversia, per chiarire l'applicabilità della *lex fori* si veda anche la sentenza *Rocco Giuseppe e Figli s.n.c. v. Federal Commerce and Navigation Ltd*, Corte di Cassazione, Sezione I civile 15 dicembre 1982, no. 6915. La suprema corte ha stabilito che la *lex fori* si applica per determinare se una materia è suscettibile di essere devoluta ad arbitrato e per determinare se l'esecuzione del lodo sarebbe contrario all'ordine pubblico. Per un commento: Il Foro Italiano Vol. 106, No. 9 (SETTEMBRE 1983), p.2200; si veda anche l'estratto nello A.J. Van den Berg Yearbook Commercial Arbitration vol. X 1985 pp.466-468 <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN8148>

⁹⁴ Corte di Cassazione, Sezione I Civile: sentenza n. 7995 del 6 agosto 1990; per un'analisi A. Giardina: *l'inapplicabilità ai lodi stranieri dell'istituto di revisione nel merito*, in Riv.Arb. 1991, fasc.2, p.287ss; Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit p. 14; estratto in A.J. Van den Berg Yearbook Commercial Arbitration 1992 Vol.XVII <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4313>

⁹⁵ P. Bernardini- M. Perrini: *The New York Convention of June 10,1958: The Application of Article V by Courts in Italy* p. 716. Il richiedente italiano sosteneva che il lodo, reso nei Paesi Bassi, non potesse essere applicabile in Italia, poiché nella clausola compromissoria non era stato inserito specificatamente il contenuto della controversia devoluta al tribunale arbitrale. Tuttavia, la Corte di Appello di Roma aveva ritenuto arbitrabile la controversia ed eseguibile in Italia il lodo straniero.

controversia applicando la *lex fori*, dunque, se richiesta l'esecuzione in Italia, saranno rilevanti gli articoli del Codice di Procedura Civile Italiano, ovvero gli articoli 806 e 808.

La conclusione a cui approdò la Suprema corte fu il rigetto dell'eccezione di inarbitrabilità e l'esecuzione del lodo straniero.

Precedentemente è stato affermato che, nel sistema della Convenzione di New York, il sindacato delle corti nazionali non deve entrare nel merito della controversia, ma limitarsi ad esaminare se la convenzione sia valida e se il procedimento è stato svolto in maniera regolare, così come esaminare la regolarità del lodo finale; a proposito la giurisprudenza italiana ha fornito alcuni chiarimenti.

La corte di Cassazione nella sentenza *S.p.A. Abati Legnami v. Fritz Häupl*⁹⁶, in cui il ricorrente contestava l'arbitrabilità della controversia risolta dal lodo. Secondo il ricorrente non era stata corretta l'applicazione del dettato dell'articolo V (2) lett. a) della Convenzione di New York da parte della Corte di Appello⁹⁷, in quanto il lodo, dichiarato arbitrabile dalla corte territoriale, era stato reso su di una controversia già oggetto di un accordo di transizione tra le parti.

Tuttavia, la Suprema corte non ritenne valido il motivo di ricorso, poiché valutò che l'articolo della Convenzione, il quale ritiene l'inarbitrabilità della controversia un motivo di rifiuto dell'esecuzione, era stato redatto al fine di tutelare i limiti che ciascun Stato contraente ha creato nel proprio ordinamento con il proposito di confinare le controversie devolvibili a risoluzione arbitrale, mentre la medesima disposizione non avrebbe avuto applicazione riguardo ad un accordo di transizione, come, invece, la parte aveva sostenuto.

Il fatto che esistesse un accordo tra le parti, in cui si è transita la controversia, atterrebbe al merito della causa, ma non avrebbe rilievo rispetto all'ambito di applicazione della convenzione di arbitrato⁹⁸, che è quanto un giudice nazionale è chiamato a valutare, adempiendo a quanto stabilito dall'articolo V (2) lettera a).

La Corte di Cassazione ha ancora rigettato nella sentenza *Hotel Columbus s.r.l. v. Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme*⁹⁹ un ricorso con cui veniva sollevato come motivo di opposizione all'esecuzione di un lodo arbitrale straniero l'inarbitrabilità della controversia. In questo caso, il ricorrente sosteneva che il lodo, reso da un tribunale arbitrale straniero, si era pronunciato su di una materia non

⁹⁶ Corte Cassazione, Sez. I Civile, sentenza n. 3221 del 3 aprile 1987; per un commento si veda in *Rivista di diritto internazionale Privato e processuale* 1988, p.714; per un estratto vedi anche A.J.Van den Berg Yearbook XVII (1992) pp. 529-533 <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=IPN4305>.

⁹⁷ La Corte di Appello di Milano aveva ritenuto eseguibile il lodo arbitrale sul territorio della Repubblica italiana

⁹⁸ Benedettelli-Sabatini- Ponzano: op. cit pp. 19-20

⁹⁹ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza n. 16901 del 8 luglio 2015; un estratto è contenuto nello Yearbook Commercial arbitration vol. XLI (2016) pp. 499-502 <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-ICCA-YB-XLI-162306-n>; Il testo completo della sentenza è reperibile al sito <https://www.arbitratoinitalia.it/wp-content/uploads/2015/08/cass-16901-15.pdf>

devolvibile ad arbitrato, in quanto gli arbitri coinvolti nel procedimento avevano accertato che, pochi giorni dopo l'emissione della sentenza arbitrale, il contratto di locazione in vigore tra le parti sarebbe scaduto, fatto che avrebbe dato, molto probabilmente, luogo ad un procedimento speciale, ovvero la convalida di licenza per finita locazione¹⁰⁰, che sarebbe invece, riservata all'esclusiva giurisdizione delle corti italiane¹⁰¹.

Tuttavia, i giudici di legittimità hanno evidenziato che una corte statale ha una giurisdizione esclusiva, ovvero una "competenza funzionale ed inderogabile del giudice ordinario"¹⁰² solo con riguardo alla prima fase del procedimento speciale di convalida di licenza per finita locazione, quella fase che prende il nome di cognizione sommaria. Al contrario, nella fase successiva del procedimento del procedimento per finita locazione, quella in cui si effettua una cognizione piena, non ci sono impedimenti tali per cui un tribunale arbitrale non sia in grado di esprimersi nel merito della controversia, come è stato fatto nel caso in questione.

2. Giurisprudenza di altri Paesi Europei: cenni

2.1 Francia

Dopo aver visto come la giurisprudenza italiana si rapporta con il concetto di arbitrabilità, si può rivolgere lo sguardo verso un altro ordinamento giuridico europeo, ovvero quello francese.

In precedenza,¹⁰³ è stato evidenziato come le legislazioni europee si siano col tempo avvicinate, soprattutto per quanto riguarda il diritto internazionale privato, ma permangono ancora differenze riguardo all'approccio verso l'arbitrato.

Secondo il diritto francese l'arbitrabilità dovrebbe essere intesa come possibilità di poter devolvere una questione ad arbitrato, tuttavia verificare se una controversia sia o meno arbitrabile può essere un esame che segue due diverse chiavi di lettura. Nel momento in cui nasce l'interrogativo se una determinata controversia possa essere devoluta ad arbitrato, nell'ordinamento giuridico francese, a differenza di quello italiano, viene generalmente riconosciuta una differenza tra la nozione soggettiva di arbitrabilità e quella oggettiva¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Si tratta di un procedimento speciale, ex artt.657 ss del Codice di Procedura Civile italiano

¹⁰¹ Il lodo era stato reso il 17 dicembre 2007 nello Stato di Città del Vaticano, mentre il contratto di locazione scadeva il 31 dicembre 2007. La corte d'appello di Roma aveva dichiarato eseguibile il lodo straniero, con sentenza n. 1027/2012, depositata il 24 febbraio 2012; v. p.1 della sentenza.

¹⁰² Le parole sono quelle usate dalla Suprema corte a p. 16 della sentenza 16901/2015

¹⁰³ Cfr. Capitolo primo paragrafo 2 del presente elaborato

¹⁰⁴ R.Ziadé and P.Peterson: IBA SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS 2016

Il fatto che questa diversità sia riconosciuta non significa che venga considerata utile in maniera unanime dalla dottrina francese, una parte degli studiosi¹⁰⁵ considera che non sia corretto avere una nozione soggettiva di arbitrabilità, dato che sarebbe più appropriato descrivere tale concetto come un limite alla capacità dello Stato ad essere parte di una procedura arbitrale oppure andrebbe ritenuta una regola di diritto sostanziale che si riferisce, invece, all'abilità degli enti pubblici di devolvere le controversie ad arbitrato.

Altri studiosi¹⁰⁶, invece, ritengono che sia da mantenere una nozione di arbitrabilità soggettiva e sostengono che uno Stato, per sua natura, ha una capacità piena e se alcune controversie non vengono devolute ad arbitrato, dipende dalla natura del caso e da considerazioni di opportunità politica piuttosto che una questione di capacità giuridica.

Tuttavia, nel momento in cui le corti francesi hanno a che fare con queste nozioni, raramente si occupano di due questioni separate. Questo risultato si è ottenuto con un'evoluzione della giurisprudenza che inizialmente per quanto riguarda la capacità di una parte ad entrare in un accordo decideva di applicare il diritto che regolava la personalità della parte contraente, mentre alla questione di arbitrabilità applicava le disposizioni di diritto sostanziale della *lex fori*.

L'atteggiamento è cambiato già con la sentenza *Galakis*¹⁰⁷, in cui la *Cour de Cassation* stabilì che il divieto per gli enti pubblici francesi di devolvere ad arbitrato le controversie, non era applicabile per i contratti internazionali nei quali erano entrati per esigenze e nel rispetto di prassi del commercio internazionale.

Successivamente un ulteriore passo è stato fatto con la sentenza nel caso *Dalico*¹⁰⁸, in cui la *Cour de Cassation* applicò le disposizioni di diritto sostanziale e non più regole sul conflitto di leggi, sia per quanto riguarda la nozione di arbitrabilità che quella di capacità della parte. Quindi la differenza tra le due nozioni è diventata una questione più terminologica che pratica, non essendo più necessario utilizzare il diritto sostanziale francese per distinguere la capacità delle parti dall'arbitrabilità vera e propria¹⁰⁹.

Nel diritto francese la questione dell'arbitrabilità della controversia, nei casi di arbitrato internazionale, non è più considerata una condizione per la validità della convenzione di arbitrato, ma è considerata un requisito necessario per la giurisdizione del tribunale arbitrale che viene a formarsi in conseguenza di questa convenzione¹¹⁰.

Research Project: Comparative Study of 'Arbitrability' under the New York Convention Report on France

¹⁰⁵ C. Jarrosson: "L'arbitrabilité, présentation méthodologique", in Meahora- RJ com. 1996, para. 2-3 ; J.F. Poudret, S.Besson: *Comparative Law of International Arbitration* (2007), para. 228; C. Seraglini & J. Ortscheidt: *Droit de l'arbitrage interne et international* (2013), para. 90 e 627;

¹⁰⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman: *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec (1996), para. 533 e 539

¹⁰⁷ Cour de Cassation, Civ. 1e, 2 Maggio 1966: *Trésor Public v. Galakis*, 1966 D. 575, note di J. Robert.

¹⁰⁸ Cour de Cassation, Civ. 1e, 20 Dicembre 1993, Case no.91-16828: *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* in Rev. Arb. 1994, p.116 e la nota di H. Gaudemet-Tallon

¹⁰⁹ E.Loquin: *L'arbitrage du commerce international* Edizioni Joly Issy le Moulineux 2015, para.73

¹¹⁰ V. supra il Capitolo secondo del presente elaborato, ovvero l'esposizione della teoria del professor Brekoulakis

Nonostante questa scelta di seguire questa linea di pensiero, può accadere che le corti francesi considerino l'arbitrabilità sia come condizione di validità che come requisito per la giurisdizione. Questa circostanza ricorre quando il tribunale emette un lodo che è contrario all'ordine pubblico internazionale, in tal caso non solo la controversia deve essere ritenuta non arbitrabile, ma anche la convenzione di arbitrato verrà considerata invalida.

Un esempio in questo senso è dato dalla sentenza sul caso *Decaux*¹¹¹, nella quale le parti avevano stipulato un compromesso in cui si chiedeva la pronuncia di un tribunale arbitrale se ad un contratto illecito era stata data una corretta esecuzione secondo i suoi termini. La *Cour de Cassation* stabilì che quanto deciso dalla corte inferiore fosse corretto e che quindi la convenzione di arbitrato era nulla e il lodo, che era stato emesso secondo quanto disposto dalla convenzione, non poteva essere eseguito.

È importante notare che un conto è quando le parti conferiscono un mandato ad un tribunale arbitrale di dare esecuzione ad una convenzione di arbitrato illecita, mentre altro discorso è quando agli arbitri è richiesto di determinare se il contratto da cui nasce il rapporto sia valido o meno.

Su questo punto si è espressa la Corte di appello di Parigi nel caso *Ganz*, affermando che un tribunale arbitrale internazionale possiede la giurisdizione per potersi pronunciare riguardo a contestazioni sul dolo¹¹².

Quale sia la legge applicabile per determinare la questione dell'arbitrabilità della controversia dipende dal momento in cui le corti francesi si pongono la questione. Se è iniziato un procedimento per risolvere il merito di una controversia davanti ad una corte francese, sebbene esista una convenzione di arbitrato, il convenuto potrà opporre l'eccezione di arbitrato.

Il giudice francese declinerà la propria giurisdizione, in ragione del principio di *competence-competence* del diritto francese, salvo i casi in cui non sia ancora stato costituito il tribunale arbitrale e la convenzione di arbitrato è manifestamente nulla o inapplicabile¹¹³. Per determinare la questione dell'arbitrabilità le corti francesi applicheranno la *lex fori*, sul punto è stata chiara la *Cour de cassation*.

La più alta autorità giurisdizionale francese, infatti, ha applicato in più sentenze le disposizioni della *lex fori* ed ha stabilito che in materia di lavoro, se un lavoratore dipendente ha correttamente iniziato un processo davanti alle corti francesi, il datore di lavoro non potrà essere sollevare l'eccezione

¹¹¹ Corte di Appello di Parigi, 22 Maggio 1980 *J. C. Decaux Paris Publicite Atribus v. Avenir Publicite*; Cour de Cass. 21 Ottobre 1981, *JC Decaux*, in Rev. Arb. 1982, p. 264, nota di J-b Blaise

¹¹² Corte d'Appello di Parigi: sentenza del 29 Marzo 1991, *Ganz*

¹¹³ Articolo 1448 del Codice di Procedura Civile Francese, che si applica sia agli arbitrati interni che a quegli internazionali, grazie all'articolo 1506 del Codice di Procedura Civile francese che così recita: "A meno che le parti non abbiano concordato diversamente e fatte salve le disposizioni del presente titolo, i seguenti articoli si applicano all'arbitrato internazionale: 1 ° 1446, 1447, 1448 (commi 1 e 2) e 1449, relativi alla convenzione arbitrale"

di arbitrato anche quando la convenzione di arbitrato contenuta in un contratto internazionale di lavoro¹¹⁴.

Per quanto riguarda la questione di arbitrabilità delle controversie, le corti statali in Francia potrebbero essere chiamate a risolverla nel momento in cui una parte contesta il lodo, ossia attraverso un procedimento per annullarlo o opponendosi alla sua esecuzione. La giurisprudenza francese segue l'ottica in base alla quale la questione dell'arbitrabilità vada risolta alla luce delle disposizioni di ordine pubblico internazionale francese, in virtù di una regola sostanziale dell'arbitrato internazionale.

È stato sostenuto che le disposizioni del diritto francese che fanno parte della “*lois de police*” o le leggi sull'ordine pubblico sono parte del concetto di ordine pubblico internazionale secondo il diritto francese. Tal genere di norme possono fungere da base giuridica per le corti francesi, sostanzandosi in una disciplina rilevante quando esse sono chiamate a valutare la questione dell'arbitrabilità della controversia, sia nella fase di esecuzione del lodo straniero sia nel procedimento in cui si è richiesto l'annullamento del lodo.

La Corte di Cassazione francese ha chiarito questo aspetto nella celebre sentenza nel caso *Dalico* in cui si è espressa con i seguenti termini: “*l'esistenza e l'efficacia di una convenzione di arbitrato vanno valutate, all'interno dei limiti delle norme imperative del diritto francese e dell'ordine pubblico internazionale, secondo la comune volontà delle parti, senza che sia necessario fare riferimento a una legge statale*”¹¹⁵.

Quelle che la Cour de Cassation nella sentenza sul caso *Dalico* ha definito come “norme imperative” (*règles impératives*) vengono identificate con quelle disposizioni che il diritto francese chiama *lois de police*¹¹⁶.

Infine, per chiarire come l'ordinamento francese si rapporta con la Convenzione di New York, soprattutto in tema di arbitrabilità, è interessante visionare la sentenza della *Cour de Cassation* riguardo al caso *ABS v. Copropriété du navire Jules Verne*¹¹⁷. Il caso riguardava una disputa sorta in relazione ad un contratto internazionale che conteneva una clausola compromissoria, tuttavia davanti alle corti francesi vennero avviati procedimenti di risoluzione.

Il contraente francese sostenne che il principio della *competence-competence* contenuto nell'articolo 1458 del Codice di procedura civile francese¹¹⁸ fosse applicabile e che consistesse in un principio sostanziale

¹¹⁴ Si tratta delle sentenze della Cour de Cassation: Soc. 16 Febbraio 1999, *Société Château Tour Saint Christophe v. Aström*, vedi in *Revue critique de droit international privé* 1999 p.745 ed anche Cour de Cass. Soc. 4 maggio 1999, *Picquet v. Société Sacinter*, vedi in *Revue de l'Arbitrage*. 1999, p. 290.

¹¹⁵ Cfr Cour de Cassation Civ.1e Case no.91-16828, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*; vedi anche in *Rev. Arb.* 1994, p.116

¹¹⁶ Per un esempio si veda la sentenza della Cour de Cassation del 6 maggio 2009, caso n. 08-10.281, in *Rev. Arb.* 2010 pp.302-307; E.Loquin: *L'arbitrage du commerce international*, 2015 para 77

¹¹⁷ Cour de Cassation Civ.1e, sentenza del 7 giugno 2006, caso n.03-12.034, vedi in *Rev.Arb.* 2006 pp.947-953; estratto anche in *Yearbook Commercial Arbitration* vol. XXXII 2007 pp. 290-293

¹¹⁸ L'articolo 1448 del nuovo Codice di Procedura Civile francese recita così: “*Quando una controversia oggetto di convenzione di*

del diritto proprio dell'arbitrato internazionale, tale da obbligare la corte nazionale a declinare la propria giurisdizione, salvo la convenzione di arbitrato non fosse manifestamente caducata o non efficace. Il diritto francese, secondo questa ottica, si applicherebbe indipendentemente da quanto disposto dalla Convenzione di New York.

La controparte ribatté invece che l'articolo II (3) è una norma gerarchicamente superiore alle disposizioni di diritto interno, essa richiede che perché le corti possano declinare la propria giurisdizione la convenzione debba essere valida.

La corte francese d'Appello adita in quel caso, stabilì che la stessa Convenzione di New York prevede al suo articolo VII che si possano applicare le norme più favorevoli, e tale disposizione vale anche per quanto riguarda le convenzioni di arbitrato, ovvero quanto disciplinato dall'articolo II. Questo avviene poiché è la stessa Convenzione che disciplina una connessione tra l'articolo II e l'articolo V (1) lettera a) riguardo alla validità della convenzione di arbitrato come requisito per l'esecuzione del lodo.

La *Cour de cassation*¹¹⁹ confermò quanto stabilito dalla Corte d'Appello, rigettando il ricorso, in cui si sollevava l'obiezione che la controversia non fosse arbitrabile.

2.2 Germania

Un'altra giurisdizione in Europa che presenta interessanti profili per quanto riguarda la giurisprudenza a proposito del concetto di arbitrabilità è quella seguita dalle corti della Repubblica Federale tedesca. Un primo particolare proprio di questo ordinamento giuridico consiste nel fatto che le corti tedesche, diversamente da quelle italiane, distinguono, nel momento in cui si occupano di arbitrabilità, in due nozioni: quella in senso oggettivo (*ratione materiae*) e quella in senso soggettivo (*ratione personae*)¹²⁰.

La nozione oggettiva di arbitrabilità è contenuta all'interno del testo della Section 1030 del Codice di Procedura Civile tedesco (ZPO)¹²¹, tale disposizione nel suo primo paragrafo fornisce un chiarimento sul concetto di controversia arbitrabile. Nell'ordinamento tedesco, come già visto¹²², sono

arbitrato vien portata davanti ad una corte statale, tale corte deve declinare la propria giurisdizione salvo che il tribunale arbitrale non sia stato ancora formato e la convenzione di arbitrato è manifestamente nulla o non applicabile.

La corte non può declinare la propria giurisdizione d'ufficio"

¹¹⁹ Testo reperibile tramite il sito <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007055269/>

¹²⁰ T. Lörcher -B. Lissner: IBA SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS 2016 Research Project: Comparative Study of 'Arbitrability' under the New York Convention Questionnaire for the Country Reporters by CMS Germany

¹²¹R. Trittman-I. Hanefeld: "sec. 1030" pp. 94 ss in *Arbitration in Germany: the model law in practice* di K.H Bockstiegel-S.Kroll-P.Nacimiento,

¹²² Cfr capitolo primo, paragrafo 2 del presente elaborato

considerate risolvibili anche attraverso il mezzo dell'arbitrato le controversie che sorgono a seguito di rapporti di tipo economico ed anche le controversie in cui è consentito arrivare ad una transizione.

Nel momento in cui si affronta la questione in cui sorge l'interrogativo se una determinata materia è suscettibile di essere risolta anche attraverso l'arbitrato, le corti tedesche a volte, ma non sempre, espressamente usano il termine "arbitrabilità oggettiva" per far riferimento alla nozione *ratione materiae*¹²³. Tuttavia, in altri casi, anche recenti, i giudici statali preferiscono riferirsi alla questione semplicemente utilizzando il termine "arbitrabilità", indicando così la capacità di una controversia ad essere risolta anche attraverso l'arbitrato¹²⁴.

Quando, invece, è in questione la capacità di un soggetto ad essere parte contraente in una procedura di risoluzione arbitrale, le corti tedesche utilizzano il termine "arbitrabilità soggettiva", attuando, dunque, una distinzione con la nozione oggettiva sopra descritta. È rilevante notare che la nozione di arbitrabilità soggettiva non è contenuta all'interno della section 1030 del ZPO, poiché non sussiste nell'ordinamento giuridico della Germania una disposizione che dia la nozione generale di questo tipo di arbitrabilità.

Sebbene non ci sia una determinata disposizione che, come per l'arbitrabilità oggettiva, dia una nozione generale, all'interno del sistema tedesco ci sono specifiche norme di legge che limitano la capacità di un soggetto ad essere parte in un arbitrato, ad esempio con riguardo ai titoli azionari¹²⁵, al diritto di famiglia¹²⁶ e alla procedura di fallimento¹²⁷.

La giurisprudenza tedesca considera la questione dell'arbitrabilità della controversia come una condizione per la validità della convenzione di arbitrato, nel senso che le corti riterranno efficace la convenzione solo nel caso in cui la controversia sia sorta su di una materia considerata arbitrabile¹²⁸. Invece, se la controversia non è sorta riguardo ad una materia considerata arbitrabile, le corti tedesche sono chiamate a dichiarare caducata la convenzione di arbitrato, lo stesso accade anche nel caso in cui per una delle parti manchi l'arbitrabilità soggettiva, in questa circostanza la clausola compromissoria deve essere considerata invalida.

¹²³ Corte di Giustizia Federale tedesca (Bundesgerichtshof; "BGH"), sentenza del 19 luglio 2004, II ZR 65/03, riguardo al caso *M. GbmH F.* in NJW 2004, p. 2898

¹²⁴ Vedi il caso "*H v. F in liquidazione*" sentenza della Corte Superiore Regionale di Karlsruhe, 9 Sch 2/09, del 4 Gennaio 2012 e BGH, III ZB 8/12, estratto nel Yearbook Commercial Arbitration vol. XXXVIII 2013 pp. 379-383; si veda anche presso <https://www.bundesgerichtshof.de/DE>

¹²⁵ Sul punto cfr. Sec.37 della Legge Federale Tedesca sul mercato dei titoli (WpGH)

¹²⁶ Riguardo al diritto di famiglia Sec.1822 n.12 del Codice Civile tedesco (BGB) rubricato: *Approvazione per altre transazioni* "il quale recita : " a una transazione o una convenzione arbitrale, a meno che l'oggetto della controversia o l'incertezza non possano essere stimati in denaro e non superino il valore di 3.000 euro o la transazione corrisponda a una proposta di transazione giudiziaria scritta o registrata"

¹²⁷ Sec.160 sottosez. 2 n. 3 del Codice del Fallimento tedesco, (InsO)

¹²⁸ Sul punto la BGH nella sentenza del 19 luglio 2004 sul caso "*M.GbmH F.*"; vedi anche R. Trittman-I. Hanefeld in *Arbitration in Germany: the model law in practice* di K.H Bockstiegel-S.Kroll-P.Nacimiento, sec. 1030 para.7

Questo avviene siccome l'arbitrabilità soggettiva è una parte fondamentale della capacità giuridica di una parte, se non sussiste questo tipo di arbitrabilità, la convenzione di arbitrato non può essere considerata vincolante e dunque non sussisterebbe un'obbligazione a devolvere la controversia ad arbitrato.

Per valutare se una parte possiede la capacità giuridica per poter prendere parte ad una procedura arbitrale, le autorità tedesche chiamate a pronunciarsi applicano le stesse regole che si applicherebbero in un ordinario processo davanti alle corti statali¹²⁹. Come conseguenza di questo ragionamento sull'arbitrabilità soggettiva, una parte che perda, dopo aver concluso una convenzione di arbitrato, la propria capacità giuridica, e di conseguenza anche l'arbitrabilità soggettiva, potrebbe iniziare o prendere parte ad un procedimento arbitrale solamente attraverso la propria rappresentanza legale¹³⁰.

Si è già precedentemente discusso di come, secondo quanto dettato dall'articolo V (2) lettera a) della Convenzione di New York, per valutare se una controversia sia o meno arbitrabile bisogna applicare le disposizioni contenute nella legge del Paese in cui è richiesta l'esecuzione del lodo. In altre parole, corti tedesche considerano che il concetto di arbitrabilità espresso dall'articolo V possa essere esteso anche alle parole contenute nei paragrafi 1 e 3 dell'articolo II, dunque per i giudici della Germania esaminano la questione dell'arbitrabilità alla luce della propria *lex fori*, precisamente la sect.1030 del ZPO¹³¹.

Non è, però, sempre stato così, infatti in passato nella giurisprudenza tedesca era stata prevalente una diversa opinione, secondo la quale l'arbitrabilità oggettiva andava determinata applicando congiuntamente sia la *lex fori* sia, in accordo con il testo dell'articolo V paragrafo 1 lettera a), la legge che governava la convenzione di arbitrato. Sebbene maggioritaria, tale opinione si rivelò non più convincente, perché l'applicazione simultanea di norme provenienti da differenti leggi nazionali avrebbe portato a difficili conseguenze, non risolvibili dalle corti tedesche.

Per quanto riguarda la valutazione che le corti tedesche fanno riguardo alla questione dell'arbitrabilità soggettiva, esse seguono una diversa ottica rispetto a quando valutano se la controversia può essere risolta anche attraverso arbitrato. Sulla questione la giurisprudenza tedesca ha fatto riferimento a quanto disposto dall'articolo V par.1 lett. a) della Convenzione di New York, sostenendo che la capacità di un soggetto a diventare parte in una convenzione di arbitrato è disciplinata dalle norme della "*legge ad esse applicabile*"¹³².

¹²⁹ Sec. 50 ss. Del Codice di Procedura civile ZPO (cfr K.H. Schwab-G.Walter: *Schiedsgerichtsbarkeit*, settima ed. Munich Beck 2005, capitolo 16, para. 14; I. Saenger in: *Saenger* (ZPO Kommentar) § 1029 ZPO, sesta ed. Baden-Baden 2015 para. 8, 9; P.Schlosser in *Kommentar zur Zivilprozessordnung* di F.Stein-M.Jonas, ventituesima ed. Tubinga 2013, § 1042 ZPO, para. 24

¹³⁰ P. Schlosser : op.cit. ibidem; W. Voit, in: *ZPO Kommentar* di H.J. Musielak-W.Voit, tredicesima ed. 2016, § 1042 ZPO, para. 10.

¹³¹ R. Trittman-I. Hanefeld: op.cit., p.94

¹³² L'articolo V para.1 lett a) recita così : "*le parti alla convenzione di cui all'articolo II, erano, secondo la legge ad esse applicabile, affette da incapacità, o che la detta convenzione non è valida, secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza*

Le corti tedesche, dunque, non quando sono chiamate a pronunciarsi sulla questione dell'arbitrabilità intesa in senso soggettivo, non applicano le disposizioni della *lex fori*, come fanno per la nozione oggettiva, ma bensì le norme contenute nella “legge che disciplina la personalità” delle parti contraenti. Nel momento in cui sorge l'interrogativo se una persona fisica possa essere parte di una convenzione di arbitrato, i giudici tedeschi chiamati a risolvere la questione applicano le regole di diritto internazionale privato tedesco, contenuta nell'articolo 7 delle Legge Introduttiva al Codice civile¹³³.

Queste norme riguardano il conflitto di leggi applicabili per determinare la personalità di una persona fisica e risolvono la questione indicando come legge applicabile quella del Paese di cui la parte è nazionale. Per quanto riguarda le società o altre persone giuridiche, sembrerebbe corretto valutare la loro capacità di diventare parti di una convenzione di arbitrato sulla base delle disposizioni contenute nella legge del Paese in cui queste hanno la sede oppure quella in cui sono state incorporate¹³⁴.

3. Stati Uniti

3.1 Il concetto di arbitrabilità nel diritto degli Stati Uniti: particolarità

In precedenza,¹³⁵ è stato analizzato il concetto di arbitrabilità secondo il diritto statunitense, e si è affermato che le corti statunitensi hanno interpretato la nozione di “*arbitrability*” in maniera ampia, molto più ampia che in altri Paesi. A livello internazionale si parla di arbitrabilità quando si pone la questione se determinate categorie di controversie possono o non possono essere devolute ad arbitrato¹³⁶, tuttavia negli Stati Uniti la nozione di arbitrabilità esprime oltre a questo significato¹³⁷ anche altro.

Infatti, diversamente da altre giurisdizioni nazionali nel mondo, negli Stati Uniti la questione dell'arbitrabilità significa anche porsi l'interrogativo riguardo a chi abbia l'autorità di decidere, cioè se debba

di una indicazione a tale riguardo, secondo la legge del paese dove la sentenza è stata resa” (sottolineata la parte che rileva in questo discorso)

¹³³ Articolo 7 EGBGB, rubricato “*Capacità giuridica e capacità giuridica*” al suo Primo paragrafo dice così: (1) *La capacità giuridica e la capacità giuridica di una persona sono soggette alla legge dello Stato a cui appartiene la persona*”. Traduzione al sito <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG031500377>

¹³⁴ R. Wolff: *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award – Commentary*, Munich 2012, Art. V para. 105 e ss

¹³⁵ Capitolo primo paragrafo 2, si vedano i riferimenti al Federal Arbitration Act e alle modifiche

¹³⁶ Lew-Mistelis-Kroll: *Comparative International Commercial Arbitration* p.187

¹³⁷ L. Shore: “*The United States’ Perspective on “Arbitrability” in Arbitrability: International and comparative perspectives di Mistelis- Brekoulakis*, capitolo quarto p. 70

essere una corte nazionale o un tribunale arbitrale, se la controversia possa essere devoluta ad arbitrato, affinché si possa, così, determinare quando gli arbitri abbiano giurisdizione oppure no a risolvere la lite. È chiaro, perciò, che la questione dell'arbitrabilità negli Stati Uniti assume anche un profilo di giurisdizionale, dato che si valuta la capacità di un tribunale arbitrale a risolvere una controversia.

Tradizionalmente, pur essendo consapevoli di essere in una giurisdizione nazionale favorevole all'uso dell'arbitrato¹³⁸, le corti statunitensi seguivano quanto stabilito dalla Corte Suprema, che arrivò ad affermare, all'interno di sue pronunce, che il potere primario di decidere sull'arbitrabilità doveva essere delle corti degli Stati Uniti, salvo il caso in cui le parti della convenzione di arbitrato non avessero trovato, in maniera “chiara e incontrovertibile” (*clearly and unmistakably*), un accordo in cui si devolveva ad arbitrato la risoluzione del merito della controversia¹³⁹.

Secondo questa linea di pensiero, i giudici statunitensi avevano una funzione di sorveglianza sull'accesso all'arbitrato¹⁴⁰, in cui essi determinavano la validità della convenzione di arbitrato, stabilivano se la controversia rientrava nell'ambito dell'arbitrato e valutavano che non ci fossero ragioni di ordine pubblico per negare la devoluzione della controversia ad arbitrato.

Sebbene ci sia stato un cambio di rotta da parte anche della Corte Suprema in pronunce recenti¹⁴¹, in cui viene conferita maggiore autonomia ai tribunali arbitrali riguardo al decidere sulla propria giurisdizione, le corti, sostenute da altra giurisprudenza¹⁴², mantengono ancora un controllo, svolgendo una funzione di sorveglianza sull'accesso dell'arbitrato.

Chiarito che le corti degli Stati Uniti comunque tendono a ritagliarsi un ruolo, possiamo notare che la maggior parte dei casi in cui si discute di arbitrabilità riguardano l'applicazione dell'articolo II (3) della Convenzione di New York, cioè nel contesto in cui si richiede di devolvere la controversia ad arbitrato riguardo piuttosto che riguardo al riconoscimento ed all'esecuzione del lodo straniero¹⁴³. Rispettose del principio del favor arbitrati, le corti federali degli Stati Uniti hanno interpretato i termini dell'articolo in questione *null and void* in maniera restrittiva, applicando queste categorie solo quando

¹³⁸ Come dimostrato dalle sentenze: , 417 US 506 (1974); *Scherk v. Alberto-Culver*; 460 U.S. 1, 24-25 (1983), *H. Moses Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, nella quale si è affermato “*questions of arbitrability must be addressed with a healthy regard for the federal policy favoring arbitration*”; si veda poi anche in proposito 473 U.S. 614 (1985) *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*.

¹³⁹ La posizione è stata affermata dalla sentenza 475 U.S. 643 (1986); *AT&T Technologies, Inc. v. CWA*, e riaffermata 514 U.S. 938 (1995) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, a p. 939: “*The arbitrability of the Kaplan/First Options dispute was subject to independent review by the courts*”

¹⁴⁰ L. Shore: op.cit. p.70, in cui usa il termine “*gateway*” e successivamente “*gatekeeper*”

¹⁴¹ Sono tre sentenze della Corte Suprema di inizio XXI secolo: 537 U.S. 79, 83 (2002) *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*; 538 U.S. 401 (2003); *Pacificare Health Sys., Inc. v. Book*; 539 U.S. 444 (2003); *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, si veda L.Shore : op.cit. pp 74-80, in cui analizza la novità e i punti fermi della giurisprudenza americana

¹⁴² Un esempio nella giurisprudenza del Quinto Circuito: 352 F.3d 211 (5th Cir. 2003) *Will-Drill Resources, Inc. v. Samson Resources Co.*, ma si vedano anche altri casi delle corti federali in cui si riafferma il ruolo “*gatekeeper*” delle corti

¹⁴³ M. Hodgson- A. Toubiana: Study of “*Arbitrability*” under the New York Convention in the United States, ad opera dello studio Foley Hoag pp.

https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrd/arbitrability16.aspx

la convenzione di arbitrato è affetta da un vizio internazionalmente riconosciuto come tale come la violenza, l'errore, il dolo e l'atto di rinuncia, oppure quando contravviene a principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato¹⁴⁴.

Nel tempo, l'articolo II (3) della citata Convenzione è stato invocato, anche se non sempre con successo, nel momento in cui si ponevano questioni sull'arbitrabilità soggettiva, quando si dubitava che un soggetto avesse la capacità di entrare in una convenzione di arbitrato.

Questo porta a prendere in considerazione il fatto che negli Stati Uniti, a differenza dell'Italia, la questione dell'arbitrabilità viene distinta di due nozioni, una in senso soggettivo, intesa come la capacità di un soggetto ad essere parte della convenzione di arbitrato, l'altra in senso oggettivo, che consiste nell'interrogativo se la materia oggetto dell'accordo possa essere suscettibile di essere risolta attraverso l'arbitrato.

In particolare, le corti federali statunitensi hanno fatto riferimento alle parole “*null and void*” per valutare l'eccezione di arbitrabilità soggettiva, in cui sono stati inclusi questioni come gli effetti per i soggetti non firmatari¹⁴⁵ della convenzione di arbitrato, l'immoralità e la rinuncia all'arbitrato. Tuttavia, è capitato che i giudici delle corti federali degli Stati Uniti abbiano fatto ricorso all'articolo II (3) anche nel valutare la questione dell'arbitrabilità oggettiva, soprattutto in maniera specifica riguardo a controversie in cui entravano in gioco norme di leggi in settori particolari, ad esempio il commercio marittimo¹⁴⁶.

Quando le corti statunitensi si occupano della questione dell'arbitrabilità intesa in senso oggettivo, o *ratione materiae*, esse fanno riferimento, più spesso, ad altre due disposizioni della Convenzione di New York, vale a dire l'articolo II (1) e l'articolo V (2)(a).

Entrambe le disposizioni, quando invocate come motivi di inarbitrabilità, trovano applicazione in limitate circostanze, inoltre sono interpretate in maniera molto restrittiva, visto il clima di favor arbitrati che vige negli Stati Uniti e non solo.

La questione dell'arbitrabilità per le corti statunitensi viene valutata sia come una condizione necessaria per la validità della convenzione di arbitrato sia un requisito perché sussista la giurisdizione del tribunale arbitrale.

¹⁴⁴ Nella giurisprudenza delle Corti federali, in particolare: 712 F.2d 50 (3d Cir. 1983) *Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro*, 1958 New York Convention Guide, http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=512. ; 760 F. Supp. 1036 (E.D.N.Y. 1991) *Meadows Indem. Co. v. Baccala & Shoop Ins.*, , http://law.justia.com/cases/federal/district_courts/FSupp/760/1036/1421200. ; 684 F.2d 184 (1st Cir. 1982) *Ledee v. Ceramiche Ragno* , http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=687

¹⁴⁵ Per un analisi: T.Meshel, *Of International Commercial Arbitration, Non-Signatories, and American Federalism: The Case for a Federal Equitable Estoppel Rule*, in Stan. J. INT'L L. vol. 56 p.123 (2020).

¹⁴⁶ Un esempio: The Merchant Marine Act of 1920, noto anche come *Jones Act*, v.anche W.Jones “*the Merchant Marine Act in American Foreign Trade Relations* Vol. 9, No. 2 (Feb., 1921), pp. 89-98; 46 U.S.C. §§ 861-889 (1958); ed anche il *Seaman's Wage Act* , ora parte del codice U.S.C 46 § 10313

L'esame che i giudici federali compiono per decidere se devolvere una controversia, sorta in un rapporto internazionale, ad arbitrato e declinare così la propria giurisdizione, si basa su una rapida analisi¹⁴⁷, sintetizzabile in una procedura di due fasi.

La prima fase dell'analisi consiste nel rispondere a quattro diverse domande¹⁴⁸ sulla convenzione di arbitrato, se la corte risponde in maniera affermativa a tutte e quattro, allora è dovere dei giudici devolvere ad arbitrato la controversia. Se, invece, non tutte le risposte sono affermative, inizia la seconda fase, in cui la corte degli Stati Uniti esamina se la convenzione sia “*null and void*” come scritto nell'articolo II (3) della Convenzione, solo in quel momento le corti possono rifiutarsi di devolvere ad arbitrato la controversia, non prima.

Non bisogna dimenticare che i termini utilizzati dall'articolo in questione “*null and void, inoperative or incapable of been performed*” vanno intesi in una maniera tale che siano comprensibili anche a livello internazionale, perciò non è possibile fare riferimento a principi propri del sistema statunitense, che potrebbero non essere comuni in altri ordinamenti giuridici.

Vizi come l'errore o la rinuncia con riferimento alla convenzione di arbitrato sono entrambi riconosciuti a livello internazionale e potrebbero essere validamente ricompresi all'interno dei concetti espressi dall'articolo II (3) della Convenzione di New York.

Come ricordato sopra, il concetto di arbitrabilità negli Stati Uniti, diversamente da altri ordinamenti nazionali, include anche l'interrogativo quale autorità, se una corte ordinaria o arbitri privati, debba determinare se l'arbitro o gli arbitri abbiano giurisdizione, vale a dire se il tribunale arbitrale possieda il potere di risolvere la controversia a lui devoluta¹⁴⁹.

È importante capire, una volta chiarita la nozione di arbitrabilità nella giurisprudenza statunitense, quale sia la legge che le Corti degli Stati Uniti scelgono di applicare riguardo alla questione, soprattutto nel momento in cui si richiede il riconoscimento e l'esecuzione di una convenzione di arbitrato. Negli Stati Uniti si tende ad applicare il diritto statunitense una volta che si è stabilito che un arbitrato rientra nell'ambito di applicazione del Federal Arbitration Act (FAA), il quale oltre a fornire una disciplina sull'arbitrato, implementa la Convenzione di New York¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Chiara sul punto la giurisprudenza del Decimo circuito: , 969 F.2d 953, 959 (10th Cir. 1992) *Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd.*, ove si utilizzano le parole “*Very limited inquiry*” <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/969/969.F2d.953.91-1311.html>

¹⁴⁸ Nella stessa sentenza della nota precedente, il giudice federale ha elencato le domande: “(1) *Is there an agreement in writing to arbitrate the subject of the dispute?* (2) *Does the agreement provide for arbitration in the territory of the signatory of the Convention?* (3) *Does the agreement arise out of a legal relationship whether contractual or not, which is considered as commercial?* (4) *Is a party to the agreement not an American citizen, or does the commercial relationship have some reasonable relation with one or more foreign states?*”

¹⁴⁹ M. Hodgson- A. Toubiana: Study of “Arbitrability” under the New York Convention in the United States, p.3

¹⁵⁰ Il Federal Arbitration Act 1925 è parte del Title 9 U.S.C dal 1947, nel suo Chapter 1 ci sono regole generali e in particolare sull'arbitrato in materia commercio interstatale ed estero e riguardo alle controversie marittime. Nel 1970 è stato aggiunto in particolare il Chapter 2 in cui si dà applicazione alla New York Convention 1958, in particolare la section 205 Section 205” *Removal*

Perciò, quando un arbitrato ricade nell'ambito FAA, le corti federali valuteranno la questione dell'arbitrabilità applicando la giurisprudenza relativa a tale legge federale, di solito le pronunce riguardo all'articolo II (3) della Convenzione.

Quando la controversia rientra nell'ambito di applicazione sia del FAA che della Convenzione di New York, la giurisprudenza delle corti federali relativa viene applicata per determinare le questioni riguardo all'interpretazione, la formazione, la validità, revocabilità ed eseguibilità della convenzione di arbitrato¹⁵¹. Bisogna anche evidenziare che il diritto federale, ovvero FAA e la sua giurisprudenza, si applicano comunque alla questione dell'arbitrabilità, anche nel caso in cui le parti abbiano deciso diversamente attraverso un loro accordo.

Usando altre parole, il diritto USA viene applicato per determinare se l'oggetto della convenzione di arbitrato può essere devoluto ad un tribunale arbitrale nonostante le parti abbiano scelto sia il foro che la legge applicabile alla controversia facendo riferimento ad altri diritti nazionali, diversi dagli USA¹⁵².

È stato, infatti, statuito dalla giurisprudenza delle corti federali statunitensi che sia il Federal Arbitration Act che la Convenzione di New York forniscono sempre un base giuridica per cui, sebbene le parti abbiano deciso per l'applicazione di altre leggi, sarà la legge scelta dalla Convenzione internazionale e dalla sua legge di implementazione ad essere applicata per determinare le questioni riguardo all'arbitrabilità.

Quando è stabilito che sia applicato il diritto statunitense, sia la giurisprudenza che la legislazione, per determinare la questione dell'arbitrabilità, non rileva il fatto che nella giurisprudenza e dottrina degli Stati Uniti si distingua tra nozione soggettiva ed oggettiva¹⁵³.

Per questa ragione i giudici federali degli Stati Uniti indipendentemente dalla natura dell'arbitrabilità, se intesa come *ratione materiae* o *ratione personae*, applicheranno i criteri stabiliti dal diritto statunitense per risolvere la questione dell'arbitrabilità.

3.2 Evoluzione della giurisprudenza: verso una concezione più estesa dell'arbitrabilità

of cases from State courts" che permette alla corte federale distrettuale di rinunciare alla propria giurisdizione se la controversia rientra nell'ambito della NYC 1958.

¹⁵¹ Come più volte affermata nelle corti federali, si veda *109 F Supp 2d 1253, (SD Cal 2000) Chloe Z Fishing Co. Inc. v. Odyssey Re*, reperibile su <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/109/1236/2522927/>; tra la giurisprudenza richiamata nella sentenza anche *453 F.2d 1209, 1211 (2d Cir.1972) Coenen v. R.W. Pressprich & Co.*,

¹⁵² Come dimostrato in *280 F 3d 1266 (9th Cir 2002).Milos Sovak and Biophysics Inc. v. Chungai Pharmaceutical Co.*,

¹⁵³ M. Hodgson- A. Toubiana: op. cit., p. 6

È indubbio¹⁵⁴ che le corti statunitensi siano propense a devolvere ad arbitrato le controversie sorte tra privati in vari settori, in rispetto del principio del *favor arbitrati*, ma è corretto non dimenticare che continuano ad esserci dei limiti all'arbitrabilità. Infatti, a differenza dell'Italia, gli Stati Uniti hanno posto entrambe le riserve che la Convenzione di New York ha concesso, sia quella commerciale che quella sulla reciprocità¹⁵⁵.

Perciò le controversie internazionali che non sono considerate rientrare tra quelle di natura “commerciale”, non sono in genere considerate devolvibili ad arbitrato secondo la giurisprudenza delle corti statunitensi.

Tuttavia, alcune materie che sembravano essere estromesse dalla possibilità che le controversie sorte in relazione ad esse, con il tempo sono state considerate perfettamente arbitrabili; un esempio rilevante sono le questioni sorte a proposito delle controversie in materia di commercio internazionale.

L'evoluzione della giurisprudenza si può notare in due differenti casi della Corte Suprema, uno risalente al 1953 *Wilko v. Swan*¹⁵⁶ mentre l'altro emesso nel 1974, ovvero il caso *Scherk v. Albert-Cluiver*¹⁵⁷.

Il primo dei due casi verteva su di una controversia sorta in relazione a un danno conseguenza di un'operazione finanziaria non andata a buon fine, nella quale l'acquirente chiese un risarcimento danni alla società di mediazione, intraprendendo un'azione legale davanti ad una corte statale.

Il convenuto, che in quel caso era la società di mediazione, sollevava l'eccezione di arbitrato, dato che venne accertato la circostanza che negli accordi di garanzia intercorsi tra le parti, ovvero l'acquirente dei titoli e la società di mediazione, era stato previsto l'arbitrato come unico mezzo di risoluzione delle future controversie.

Nel caso in esame, la Corte distrettuale a cui si era rivolto l'attore, si esprime dichiarando che tale accordo violava l'ordine pubblico¹⁵⁸ e negò l'eccezione del convenuto, mentre la Corte d'Appello decise di ribaltare la decisione e statuì che la convenzione di arbitrato non contravveniva a principi dell'ordinamento giuridico¹⁵⁹.

Infine, la Corte Suprema analizzò la vicenda e diede un'interpretazione sia del FAA che delle disposizioni della legge federale che forniva una tutela in materia di titoli azionari. Dopo aver effettuato

¹⁵⁴ P.J. Martinez-Fraga: *The American Influences on International Commercial Arbitration, Doctrinal Developments and Discovery Methods* Cambridge 2009 Capitolo 3” *Wilko v. Swan, Scherk v. Alberto-Culver, and Mitsubishi v. Soler: Crafting a Level Playing Field*”, pp. 15-37

¹⁵⁵ Per vedere quali Paesi contraenti hanno apposto le Riserve <https://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>

¹⁵⁶ 346 U.S. 427, *Wilko v. Swan* Sup. Court 1953 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/>

¹⁵⁷ 417 U.S. 506 (1974) *Scherk v. Albert-Cluiver*

¹⁵⁸ 107 F.Supp. 75 (D.N.Y. 1952), *Wilko v. Swan*, i principi di ordine pubblico che si consideravano violati erano quelli nelle norme del Section 12(2) of the Securities Act del 1933, oggi codificato nel Title 15 U.S.C “Commerce and trade” Section 771 rubricato “ Civil liabilities arising in connection with prospectuses and communications”; per un'analisi della disposizione , vedi anche L. Loss “*Securities Act Section 12(2): A Rebuttal*” in *The Business Lawyer* vol.48 Issue 1, Nov. 1992, pp.47-58

¹⁵⁹ 201 F.2d 439 (2d Cir. 1953) *Wilko v. Swan*,

un'analisi sull'opportunità di devolver tali tipi di controversie ad arbitrato, la Corte Suprema ribaltò la decisione della Corte d'appello federale ed ritenne che quella controversia non fosse arbitrabile secondo il diritto statunitense, per questo considerò invalida la convenzione di arbitrato¹⁶⁰.

Non tutti i membri della Corte Suprema furono favorevoli alla risoluzione del caso e nell'opinione dissenziente del Justice Frankfurter¹⁶¹, fece presente che la procedura arbitrale era un mezzo di risoluzione delle controversie anche in grado di assicurare una tutela in quella materia, contestando quanto deciso dalla maggioranza.

Per più di un ventennio questa sentenza rappresentò un precedente di rilievo per l'interpretazione del Federal Arbitration Act da parte della Corte Suprema. Nonostante tale precedente che vincolava le interpretazioni più favorevoli all'arbitrato e all'ampliamento delle materie risolvibili, i giudici statunitensi tennero ben presente la costante evoluzione del mercato internazionale ed erano consapevoli della necessità di modificare la visione restrittiva dell'arbitrabilità predominante.

È importante ricordare che la Corte Suprema rese un'importante decisione, nella quale ridusse lo spazio giurisdizionale delle corti federali e diede più rilievo all'autonomia contrattuale delle parti, attraverso una sentenza, il cui oggetto era una controversia nasceva da un rapporto sorto da un contratto internazionale: *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co*¹⁶².

La decisione di cui sopra, presa dalla Corte Suprema, è stata di grande importanza per l'evoluzione dell'arbitrabilità, sebbene questo caso non riguardasse né una convenzione arbitrale, né tantomeno abbia ad oggetto i titoli azionari o compravendita di beni, ma bensì di un contratto di trasporto¹⁶³, stipulato tra due parti, una di nazionalità tedesca, e l'altra statunitense.

All'interno del contratto sorto tra le due parti era contenuta una clausola in cui era stabilito che tutte le controversie che potevano sorgere tra le parti contraenti erano rimesse alla giurisdizione di una corte terza, né tedesca né statunitense; ma al momento in cui sorse una disputa, il contraente statunitense si rivolse direttamente alle proprie corti nazionali¹⁶⁴.

Al momento di emettere un verdetto su questo caso, sia la Corte Distrettuale che la Corte d'appello si pronunciarono, basandosi sulla giurisprudenza precedente¹⁶⁵, nel senso di non ritenere eseguibile la clausola

¹⁶⁰ 346 U.S 438 (1953) *Wilko v. Swan*

¹⁶¹ 346 U.S 439, insieme si unì il Justice Minton nella dissenting opinion; per un commento P.J. Martinez-Fraga in *The American Influences on International Commercial Arbitration, Doctrinal Developments and Discovery Methods* Capitolo 3 pp. 19-20

¹⁶² Si veda il testo completo di 407 U.S. 1 (1972) *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/> ;

¹⁶³ La Underweser, società tedesca proprietaria della nave Bremen, avrebbe dovuto trasportare le trivelle per la perforazione sottomarina dalla Luisiana alla Romagna, in Italia. Tuttavia, la nave tedesca ebbe un incidente allargò del Golfo del Messico, danneggiando le trivelle.

¹⁶⁴ La società Zapata ignorò la clausola che indicava la London Court of Justice come foro competente e si rivolse direttamente alla corte distrettuale di Tampa, Florida.

¹⁶⁵ Il caso in questione era il 254 F.2d 297 (CA5 1958) *Carbon Black Export, Inc. v. The Monrosa*,

che indicava la scelta di un foro competente ad arbitrare, perciò entrambe rifiutarono di declinare la propria giurisdizione sulla base del principio del *forum non conveniens*.

Tuttavia, la Corte Suprema emise una pronuncia diversa, in maniera inaspettata, ribaltando quanto previamente stabilito dalle corti gerarchicamente inferiori. I giudici della Corte Suprema, dopo un'attenta e profonda analisi del contesto economico internazionale e dei traffici commerciali, affermarono che la clausola in cui veniva scelto il foro competente era parte vitale del contratto internazionale¹⁶⁶. Inoltre, in questa sentenza, la Corte Suprema sostenne che la clausola in cui veniva scelto il foro competente avesse valore vincolante per i contraenti, salvo che il convenuto non dimostri chiaramente che la clausola era irragionevole, ingiusta o invalida, a causa del dolo o dell'inganno¹⁶⁷.

La pronuncia in questo caso della Corte Suprema liberò il campo per il vero cambio di rotta della giurisprudenza statunitense riguardo all'arbitrabilità delle controversie riguardo ai titoli azionari, la già ricordata *Scherk v. Albert-Cluiver*, che venne emessa dalla Corte Suprema poco più di un anno dopo la decisione della *Bremen v. Zapata*.

Il caso nasceva in un contesto di commercio internazionale¹⁶⁸, infatti un cittadino tedesco, il signor Scherk, aveva stipulato un contratto per il trasferimento del diritto di proprietà delle proprie imprese, in vari paesi Europei, con la società Albert-Cluiver, un'azienda statunitense produttrice di cosmetici¹⁶⁹. Oltre al trasferimento della proprietà, venivano anche trasferiti anche i diritti sui marchi dei prodotti cosmetici che appartenevano alle imprese europee proprietà di Scherk, e nel contratto venne anche inserita una clausola compromissoria, la quale prevedeva che tutte le controversie che sarebbero sorte avrebbero dovuto essere devolute ad arbitrato, presso la Camera di Commercio Internazionale, a Parigi.

A seguito della scoperta da parte dell'acquirente statunitense che, nonostante le garanzie fornite dall'alienante, i marchi registrati trasferiti erano gravati da vincoli che ne impedivano un pieno godimento da parte dell'Albert-Cluiver. Fallito un tentativo di riconsegna dei marchi e di rescissione del contratto, la società americana, visto il rifiuto di Scherk, intraprese un'azione per richiedere il risarcimento danni presso una corte distrettuale degli Stati Uniti¹⁷⁰. Il convenuto tedesco, allora, decise, tra le varie eccezioni, di tentare l'eccezione di arbitrato, sostenendo che era pendente un arbitrato presso

¹⁶⁶ 407 U.S.14 (1972)

¹⁶⁷ 407 U.S. 15 (1972)

¹⁶⁸ 417 U.S. 506 (1974) *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, estratti in 1958 New York Convention Guide, http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=654. ; testo completo accessibile presso <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/506/>

¹⁶⁹ 417 U.S. 508 (1974), le imprese europee erano tre ed erano disciplinate dal diritto tedesco e dal quello del principato del Liechestein. I negoziati erano stati portati avanti sia in Europa che negli USA, il contratto venne firmato in Austria, ma il closing fu fatto in Svizzera

¹⁷⁰ Si trattava della Corte Distrettuale dell'Illinois Settentrionale, e successivamente l'appello fu fatto presso la Corte d'Appello del Settimo Circuito.

la Camera di Commercio Internazionale di Parigi, come era stato previsto dalla clausola compromissoria.

La corte distrettuale adita seguì la giurisprudenza della Corte Suprema ed applicò quello che era stato deciso nel caso *Wilko v. Swan*, giungendo a emettere una misura preliminare in cui si ingiungeva al convenuto di non procedere con la procedura arbitrale¹⁷¹. Anche la corte d'appello riaffermò la linea giurisprudenziale stabilita dalla sentenza *Wilko*, in cui si sosteneva che non era possibile precludere il diritto di un acquirente di titoli azionari a ricorrere ai rimedi giurisdizionali assicurati dalle leggi federali¹⁷². Dopo due pronunce che gli avevano negavano la possibilità di eseguire la convenzione di arbitrato, il convenuto tedesco ricorse alla Corte Suprema, richiedendo un giudizio di revisione su quanto affermato dalle corti inferiori¹⁷³.

La Corte Suprema decise di rigettare la decisione della Corte di appello, ritenendo che la convenzione di arbitrato, contenuta nel contratto di trasferimento di proprietà, fosse eseguibile e dunque, decise di rimettere nuovamente il caso alle corti inferiori.

In questa decisione, i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti valutarono in maniera accurata l'intenzione del legislatore federale ad una politica favorevole al verso il riconoscimento delle convenzioni di arbitrato, fornendo così una nuova interpretazione al Federal Arbitration Act.

Oltre a quanto detto prima, nella citata sentenza si mise anche in evidenza quanto fosse importante aprirsi all'uso dell'arbitrato in un contesto di commercio internazionale, confermando quanto già deciso dalla Corte Suprema nel già descritto caso *Bremen v. Zapata* ¹⁷⁴.

Il nuovo clima di favore ed apertura verso l'arbitrato, oltre a quanto stabilito la Corte Suprema in questa pronuncia, era supportato dal fatto che il FAA aveva implementato la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri. In questa determinata controversia di commercio internazionale, infatti, avrebbe avuto rilievo quanto disposto dall'articolo II (1) della citata Convenzione Internazionale, dato che tra le parti era stata stipulata una convenzione di arbitrato inserita all'interno di un contratto in cui si trasferiva la proprietà di beni tra due soggetti di diversa nazionalità, ma entrambi di Paesi contraenti il trattato in questione.

Quanto stabilito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Scherk- Alberto Cluiver* ha inciso in maniera considerevole sull'interpretazione del FAA ed ha anche dato un primo chiarimento la questione dell'arbitrabilità. È possibile affermare che attraverso questa pronuncia da parte della Corte Suprema si è affermato che le corti federali degli Stati Uniti sono tenute, in forza di esplicite disposizioni contenute nella

¹⁷¹ 417 U.S 1974 510 *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, le precise parole del Justice Stewart, riferendosi a quanto deciso nel *Wilko v. Swan* :” an agreement to arbitrate could not preclude a buyer of a security from seeking a judicial remedy”

¹⁷² Si fa riferimento al Security Exchange Act del 1934, in particolare alla Section 14” *any condition, stipulation, or provision binding any person acquiring any security to waive compliance with any provision of this subchapter.* .

¹⁷³ M. Hodgson- A. Toubiana: Study of “Arbitrability” under the New York Convention in the United States, p. 8;

¹⁷⁴ 417 U.S 517-518 (1974) *Scherk v. Alberto-Culver Co.*,

legislazione federale, a riconoscere e a dare esecuzione alle convenzioni di arbitrato stipulate dalle parti, con le quali si decide di devolvere ad arbitrato le controversie che nascono dal loro accordo internazionale di natura commerciale¹⁷⁵.

3.3 Mitsubishi Motor v. Soler Chrysler: una sentenza decisiva

Uno dei casi più citati e considerati¹⁷⁶ quando si discute di arbitrabilità della controversia nel contesto di arbitrato internazionale è la sentenza con cui la Corte Suprema ha giudicato sul caso *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc*¹⁷⁷. L'importanza di questa sentenza è anche data dal fatto che essa ha ampliato notevolmente l'ambito di applicazione dell'arbitrato, allontanando la valutazione della questione da considerazioni legate ai principi di ordine pubblico.

Il tema della tutela della concorrenza è sicuramente molto sentito, non solo negli Stati Uniti, ma anche in molti altri Paesi del mondo¹⁷⁸, per questa ragione la sentenza in esame permette di avere un precedente di rilievo in un settore strategico e sensibile del diritto, che apre all'uso dell'arbitrato anche in controversie sorte in questa materia.

Quello che ha deciso la Corte Suprema in questa sentenza va visto in una prospettiva più ampia, dato che non nasce da un repentino e inaspettato cambio di idea da parte dei giudici statunitensi, ma è il frutto di un'evoluzione della giurisprudenza degli Stati Uniti, che è stata capace di adattarsi al contesto del commercio globale, pur mantenendo comunque una sua ben precisa identità¹⁷⁹.

¹⁷⁵ P.J. Martinez-Fraga: op.cit., p.29

¹⁷⁶ L. Mistelis-S. Brekoulakis: Arbitrability: International and Comparative perspectives” p.360; nella letteratura scientifica statunitense L. Sopata: “*Mitsubishi Motors Corp. v. SolerChrysler-Plymouth, Inc.: International Arbitration and Antitrust Claims*” in vol. 7 NorthWestern. J. int’l L. & Bus. p. 595 (1986); E.A. Posner: “*Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law: A Defense of Mitsubishi*” in vol. 39 Virginia. J. Int’l L. p. 647 (1999); M. Leigh: “*Federal Arbitration Act – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – arbitrability of antitrust claims arising from an international transaction*” in vol. 80 Am.J.I.L. p. 168 (1986).

¹⁷⁷ 473 U.S. 614 (1985), caso *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc*; il testo completo è reperibile su <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep473/usrep473614/usrep473614.pdf>

¹⁷⁸ In Italia sull'antitrust si veda Canale: “*Antitrust e arbitrato*” in Riv. dir. proc., 2006, pp. 1207 ss.; Corte di Cassazione, Sez.Civ. *Quaker – Chiari & Forti S.p.A. v. Europe Epargne s.r.l.*, 19 maggio 1989, n. 2406, in Giust. Civ., 1989, I, p. 2605; Corte d’Appello di Bologna *Coveme S.p.A. v. CFI - Compagnie Française des Isolants SA*, 11 Ottobre 1991, in Riv. Arb., 1993, p. 77, estratto in van den Berg (ed.), Yearbook Commercial Arbitration, 1993 - Volume XVIII, p. 422-426); Corte di Cassazione, *Telecolor S.p.A. v. Technicolor S.p.A.*, 21 Agosto 1996, no. 7733, in Giust. Civ., 1997, p. 1373; Corte d’Appello di Milano, *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzini S.p.A. v. Madaus AG*, 13 settembre 2002, no. 2090, in Riv. Ind., 2003, p. 346; Corte d’Appello di Milano, *Terra Armata s.r.l. v. Tensacciai S.p.A.*, 15 luglio 2006, no. 1897, in Riv. Arb., 2006, p. 744.

In Francia: la sentenza della Corte di Appello di Parigi 19 maggio 1993: *Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace*, in Rev. Arb. 1993, pp. 645-652.

¹⁷⁹ L. Shore: op. cit. p. 83

Una delle parti in causa era la Mitsubishi Motor Corps, un'azienda giapponese produttrice di automobili, essa consisteva nel frutto di una joint venture tra la Chrysler International, S.A (CISA), una società svizzera, e una società giapponese¹⁸⁰. Il motivo per cui si aveva dato vita alla Mitsubishi Motor era distribuire al di fuori degli Stati Uniti, attraverso i concessionari della Chrysler, continenti veicoli prodotti dalla Mitsubishi, dotati di marchi sia della società nipponica che della Chrysler.

L'altra parte in causa era Soler Chrysler-Plymouth, Inc., una società di Puerto Rico, che stipulò con CISA un accordo di distribuzione, in cui entrò anche la Mitsubishi, tale contratto conteneva una clausola compromissoria, che prevedeva di devolvere ad arbitrato le controversie che sarebbero sorte con riguardo a certi articoli del contratto o relative alla violazione delle stesse¹⁸¹.

Durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, però, sorsero alcune difficoltà nella vendita dei nuovi modelli di automobili, con la conseguente insorgenza di controversie tra il distributore ed il produttore. A tali liti si tentò di trovare una soluzione, ma non venne ritenuta soddisfacente, per questo motivo la Mitsubishi decise di bloccare l'invio di automobili presso Soler, e la stessa azienda produttrice ritenne responsabile il distributore per questi fatti.

Successivamente, la società Mitsubishi intraprese un'azione legale presso la Corte distrettuale di Puerto Rico, alla luce delle disposizioni contenute nel Federal Arbitration Act e nella Convenzione di New York. Entrando nei dettagli, in questa azione la parte attrice chiedeva che fosse emesso un atto in cui si ordinasse di devolvere la controversia ad arbitrato, siccome nel contratto sottoscritto dalle parti era compresa una clausola compromissoria che prevedeva il ricorso a tale mezzo di risoluzione alternativo.

Il convenuto, Soler, si oppose e presentò varie domande riconvenzionali, sollevando, anche eccezioni secondo le disposizioni contenute nello Sherman act ed altre leggi federali e statali¹⁸².

La corte distrettuale emise ordini in cui ingiungeva di devolvere ad arbitrato molte delle questioni sollevate nella richiesta della parte attrice ed anche nelle domande riconvenzionali, comprese anche le contestazioni riguardo al tema dell'antitrust che Soler aveva avanzato. La decisione della corte distrettuale si basò su quanto era stato deciso nel caso *Scherk-Albert Cluiver*, sostenendo che il carattere internazionale dell'accordo rendeva necessario dare esecuzione alla convenzione di arbitrato anche rispetto alle controversie riguardo all'antitrust.

¹⁸⁰ v. 473 US 1985 p.616: la CISA era una società di diritto svizzero controllata interamente dalla Chrysler Corporation, società statunitense, mentre la società giapponese era la Mitsubishi Heavy Industries Inc. La sede principale della Mitsubishi motor era a Tokyo, Giappone.

¹⁸¹ 473 US 1985 p. 617 Competente a risolvere queste controversie sarebbe stato un tribunale arbitrale con sede in Giappone, applicando le regole della Japan Commercial Arbitration Association

¹⁸² Lo Sherman antitrust act, meglio noto come Sherman act, (Sherman Act, 26 Stat. 209, Title15 U.S.C. §§ 1-7) è una legge federale degli Stati Uniti d'America e ha ad oggetto l'antitrust, fu approvata nel 1890 dal Congresso. Questa Legge federale proibisce certe attività commerciali considerate anti-competitive dalle autorità regolatrici del Governo federale, e impone al Governo di indagare e perseguire i trusts. Per un'interessante analisi di come è nata questa legge P. Newman: *Revenge: John Sherman, Russell Alger and the origins of the Sherman Act* in Public Choice 2018 vol.174 issue 3 pp. 257-275

Tuttavia, le corti di appello degli Stati Uniti, in maniera unanime, seguivano la linea di pensiero che riteneva che i diritti conferiti dalla legislazione antitrust non fossero adatti ad essere implementati attraverso l'arbitrato¹⁸³, perciò la Corte d'Appello del Primo Circuito seguì questo orientamento, valutando non arbitrabili le controversie sulla materia dell'antitrust e, seppur parzialmente, ribaltando la decisione della corte distrettuale.

Il caso fu sottoposto al sindacato della Corte Suprema, la quale, attraverso le parole del Justice Blackmun, confermò quanto previamente deciso dalla corte distrettuale, mentre revocò la decisione della corte d'appello¹⁸⁴. In questa sentenza i giudici della più alta giurisdizione statunitense sostennero, dunque, che era corretto devolvere ad arbitrato le controversie sorte sui diritti conferiti dalla legislazione antitrust e che anche quelli rivendicati da Soler, riguardanti appunto questo settore, fossero arbitrabili alla luce delle disposizioni del Federal Arbitration Act.

A proposito di questo, i giudici della Corte Suprema tennero anche a precisare che la potenziale complessità della materia dell'antitrust non è sufficiente per respinger l'uso dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie¹⁸⁵.

Secondo la Corte Suprema non era corretto dare merito alla contestazione fatta da Soler in cui si sosteneva che, siccome la clausola compromissoria contenuta nel contratto in questione non aveva fatto alcuna menzione di questa legge federale (in particolare lo Sherman act) né di altre leggi in generale, tale clausola non poteva essere interpretata come se fosse possibile prevedere un arbitrato su determinati diritti conferiti dalla legge¹⁸⁶.

La Corte Suprema, invece, sostenne che non esisteva né una disposizione né un principio all'interno del FAA tale da far ritenere che esistesse una presunzione contro l'uso dell'arbitrato riguardo alla risoluzione delle rivendicazioni su certi diritti riconosciuti e perciò non avrebbe alcun senso allontanarsi dalla prassi, sostenuta a livello federale, di favorire l'uso dell'arbitrato, solamente per la ragione che una delle parti, aderente ad una convenzione arbitrale, abbia sollevato un'eccezione basata su diritti legalmente riconosciuti da una legge.

Oltre ad aver chiarito quanto detto sopra riguardo alla presunzione, la Corte affermò che le rivendicazioni effettuate dal convenuto, Soler, in materia di antitrust erano arbitrabili, alla luce delle disposizioni del Federal Arbitration Act.

¹⁸³ Rifacendosi al precedente del 391 F. 2d 821 (CA2 1968), *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire Corp* ritenendo che i diritti derivanti dalla legislazione antitrust fossero “*of a character inappropriate for enforcement by arbitration.*”

¹⁸⁴ 473 US 615, 1985 *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc*

¹⁸⁵ 473 US 633, 1985 *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc*

¹⁸⁶ P.J. Martinez-Fraga: op.cit. p. 32

L'analisi dei giudici della Corte Suprema è stata fatta in maniera approfondita, essi hanno notato che è prassi nei rapporti internazionali che una clausola del genere venga eseguita, sebbene in un contesto domestico potrebbe essere non essere riconosciuto tale effetto alla convenzione di arbitrato, e per questo negata l'arbitrabilità della controversia in quella determinata materia. Questo atteggiamento è segno di cortesia internazionale, di rispetto per l'autorità dei tribunali stranieri e transnazionali, ma anche di sensibilità verso l'esigenza del sistema del commercio internazionale di prevedibilità dell'esito della soluzione delle controversie¹⁸⁷.

La giurisprudenza della Corte Suprema ha dimostrato, nei casi *Bremen* e poi *Scherk*, che esiste sì un forte pregiudizio, ma in favore dell'esecuzione delle disposizioni del contratto che prevedono una scelta del foro e che sono state negoziate liberamente dalle parti. In questa pronuncia, dunque, la Corte ha ulteriormente confermato che la presunzione è rafforzata da una linea politica a livello federale che vede con favore l'uso dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie, specialmente nel campo del diritto del commercio internazionale.

Per quanto riguarda, in particolare, il tema dell'antitrust, la Corte Suprema evidenziò in questa decisione che il solo fatto che sorga una controversia in questa materia non basta a giustificare l'invalidità della scelta del foro competente, partendo dall'assunto, mai dimostrato, che la convenzione di arbitrato sia contaminata a causa di questa circostanza.

Come già detto sopra, i giudici della Corte Suprema stabilirono in questa sentenza che non basta la complessità del settore del diritto antitrust ad escludere l'arbitrabilità delle controversie sorte in esso, i giudici fecero anche notare che un tribunale arbitrale non presenta un rischio così grande per l'imparzialità, dato che non è automatico che esso abbia un innato pregiudizio contro le limitazioni della conduzione degli affari da parte dei privati che le leggi in questa materia pongono¹⁸⁸.

La legislazione antitrust, secondo la Corte Suprema è fondamentale per il capitalismo democratico¹⁸⁹ ed è molto importante anche che esista un sistema per rimediare ai danni provocati dalle violazioni delle disposizioni attivabile dai privati, che ricorrono a rivendicazioni per tutelare i propri diritti lesi. Tuttavia, la Corte Suprema ha tenuto a precisare che pur essendo innegabile rilevanza di una tutela attivabile dai privati non può portare alla conclusione che non si possa ricorrere a tali rimedi contro le violazioni dei diritti conferiti dalla legislazione antitrust anche al di fuori degli Stati Uniti d'America.

¹⁸⁷ M. Hodgson- A. Toubiana: Study of "Arbitrability" under the New York Convention in the United States, p. 18

¹⁸⁸ Sui pregiudizi che si hanno riguardo ai "bias" degli arbitri si veda quanto descritto dal Professor Brekoulakis: *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern* in *Arbitrability: International and comparative perspectives* di Mistelis-Brekoulakis pp. 32ss ; *cfr supra* l'analisi fatta nel Capitolo Secondo, paragrafo 2 del presente elaborato

¹⁸⁹ 473 U.S p.634, citando l'essenza di quanto affermato nel caso di *American Safety*, ovvero l'importanza di una legislazione antitrust, necessaria non solo al libero mercato, ma all'essenza stessa di una liberal-democrazia come gli Stati Uniti

3.4 Alcuni casi sull'esecuzione dei lodi stranieri negli Usa

Nonostante il riconoscimento e l'esecuzione di lodi stranieri abbia dato meno spunto di riflessione rispetto alla questione di arbitrabilità, non è scorretto riportare almeno un caso in cui si è affrontato questo problema. Nel caso *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du papier (RAKTA)*¹⁹⁰ del 1974 è stata presa in considerazione la questione se fosse o meno arbitrabile la controversia sulla quale un tribunale arbitrale si era pronunciato, emettendo un lodo definitivo.

Le parti in causa erano una società statunitense ed una egiziana, esse avevano stipulato un contratto per la costruzione e lo sfruttamento di una cartiera in Egitto. In questo contratto era anche contenuta una clausola compromissoria in cui si prevedeva di devolvere le controversie ad arbitrato, che si sarebbe svolto secondo le regole della Camera di Commercio internazionale (ICC).

La società egiziana, RAKTA, richiese il risarcimento dei danni causati dalla violazione del contratto ad opera della controparte americana¹⁹¹, che impugnò la clausola compromissoria contenuta nell'accordo. Il tribunale arbitrale emise un lodo nel quale veniva dichiarato che la società egiziana doveva ricevere un risarcimento a causa della violazione del contratto da parte della società statunitense.

Riguardo alla pronuncia arbitrale, la società statunitense, soccombente nel lodo, obiettava che l'esecuzione del lodo avrebbe violato principi di ordine pubblico del diritto statunitense, siccome gli USA avevano avuto un certo atteggiamento nella politica estera verso l'Egitto¹⁹²; ribadiva che il lodo si pronunciava su materie che non erano adatte ad essere risolte con l'arbitrato; denunciava il fatto che il tribunale avesse negato alla Parson Overseas l'opportunità di esporre le proprie ragioni; riteneva che il lodo si era pronunciato su di questioni che andavano oltre quanto stabilito nell'accordo di natura contrattuale stipulato per ricorrere ad arbitrato ed infine sosteneva che il lodo fosse manifestamente contrario al diritto.

¹⁹⁰ La sentenza è la 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974) *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du papier (RAKTA)*, estratto http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=714 ; vedi anche A.Evans : "*Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du papier (RAKTA)*" in Am.J.Int'l Law vol.69 n.4 (Ottobre 1975) pp. 897-899

¹⁹¹ La società statunitense non era riuscita a portare a termine la propria prestazione a causa della Guerra dei Sei Giorni (maggio 1967- conflitto arabo-israeliano). Il Governo Egiziano prese certe drastiche misure anche contro i cittadini statunitensi che si trovavano in quel paese. Viste le difficoltà sopravvenute, la società Parson decise, unilateralmente, di rinunciare al progetto, invocando, davanti al tribunale arbitrale, la forza maggiore per giustificare il proprio comportamento. Tuttavia, per il tribunale arbitrale tale giustificazione apparì non sufficiente per tutti i ritardi accumulati

¹⁹² Gli USA sostenevano apertamente lo Stato di Israele in contrapposizione alla politica di molti Paesi arabi, tra cui anche l'Egitto. Questo era stata la causa delle drastiche misure del governo egiziano verso i cittadini statunitensi

Tali obiezioni si basavano sul testo delle disposizioni della Convenzione di New York ed anche sull'implicito significato delle stesse.

La corte distrettuale negli Stati Uniti adita¹⁹³ a sua volta confermò quanto deciso dal tribunale arbitrale nel lodo reso a favore della società egiziana. Nella sua pronuncia, la corte distrettuale giudicò, riguardo all'arbitrabilità, che, alla luce di quanto espresso nell'articolo V (2) lettera a) della Convenzione di New York, non esisteva nulla che impedisse alla controversia di essere devoluta a risoluzione arbitrale.

Il giudice statunitense, in questo caso, sostenne che non rilevava per quanto riguarda la questione di arbitrabilità del lodo il fatto che potevano esserci alcune implicazioni di politica estera da parte degli Stati Uniti. Secondo la corte distrettuale, l'interesse nazionale deve essere molto più che coinvolto "accidentalmente" nella controversia sorta in un rapporto di commercio internazionale affinché esso possa essere un valido motivo per ritenere la controversia non arbitrabile.

Inoltre, la corte distrettuale statunitense continuò nella sua argomentazione, sostenendo che sulla parte che ricorre a questo motivo di opposizione all'esecuzione di un lodo straniero grava l'onore di provare che il Paese, nel quale è richiesta l'esecuzione del lodo, abbia un interesse nazionale collegato alla controversia tale da rendere impossibile una risoluzione attraverso l'arbitrato.

La parte soccombente, dopo la decisione della corte distrettuale, fece ricorso in appello contro tale sentenza, riproponendo anche in questo grado di giudizio le stesse domande riconvenzionali che già aveva sollevato davanti alla corte distrettuale.

La Corte di Appello a cui era stato fatto ricorso, analizzò nuovamente quanto sostenuto dalla società Parson Overseas, ricostruendo il caso, prendendo in esame, seppur in maniera breve, le disposizioni della Convenzione di New York¹⁹⁴.

Nella sua sentenza, la Corte di Appello decise di confermare la giurisprudenza che faceva seguito a quanto deciso dalla Corte Suprema nel caso *Scherk*, ritenendo dunque corretta la sentenza della corte distrettuale e concludendo che la corte inferiore a livello gerarchico aveva agito correttamente quando aveva dato esecuzione al lodo straniero.

Perciò l'obiezione sollevata dalla società statunitense che il lodo non era eseguibile, dato che aveva deciso in merito ad una controversia non arbitrabile, venne respinta e la sentenza arbitrale in questione venne ritenuta eseguibile negli Stati Uniti.

¹⁹³ Si tratta della Corte del distretto meridionale di New York, vedi M. Hodgson- A. Toubiana: Study of "Arbitrability" under the New York Convention in the United States p. 9

¹⁹⁴ Gli Stati Uniti avevano aderito alla NYC da pochi anni, ovvero dal 1970

Seppur diverso, avendo come parte in causa uno Stato sovrano, il caso *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*,¹⁹⁵ è un altro esempio in cui la questione dell'arbitrabilità è stata valutata nel momento in cui veniva richiesta l'esecuzione di un lodo straniero.

Il caso riguardava una controversia tra una società petrolifera la LIAMCO che aveva avuto dal governo libico delle concessioni per l'estrazione del petrolio negli anni Cinquanta del Novecento. Nel biennio 1973-1974, a seguito di mutamenti politici, il Governo libico decise di nazionalizzare i diritti sull'estrazione che erano stati concessi alla società, dando ad essa un ristoro economico.

La LIAMCO non ritenne che l'indennizzo ricevuto fosse soddisfacente e decise di dare inizio ad una procedura di arbitrato, alla luce degli accordi che erano stati presi con il Governo Libico.

Un tribunale arbitrale con sede a Ginevra, in Svizzera, emise un lodo nel quale si riconosceva che la società petrolifera avesse diritto ad un risarcimento danni a seguito delle nazionalizzazioni¹⁹⁶.

Quando la LIAMCO tentò di eseguire il proprio lodo negli Stati Uniti, il Governo libico oppose in primo luogo l'immunità di Stato sovrano e sostenne, in alternativa al primo argomento, che la nazionalizzazione non era oggetto di arbitrato. La corte distrettuale del District of Columbia, che si occupò di valutare l'eseguibilità, negò che la Libia potesse opporre all'esecuzione del lodo la propria immunità sovrana e rivelò che il Paese nordafricano aveva rinunciato alla propria immunità sovrana nel momento in cui il Governo libico aveva accettato che la procedura di arbitrato fosse governata da una legge straniera¹⁹⁷.

Sebbene non venne riconosciuta alla Libia l'immunità, la stessa corte distrettuale adita accettò la seconda eccezione sollevata dal Governo libico, vale a dire che l'oggetto della controversia fosse la nazionalizzazione dei diritti riguardo alla concessione sul petrolio, consistendo in un atto dello Stato che di per sé non è arbitrabile, inoltre la corte evidenziò che i provvedimenti legislativi libici di nazionalizzazione avevano revocato tutte i termini delle concessioni.

In questo caso la corte distrettuale specificò che essa non avrebbe potuto devolvere ad arbitrato la risoluzione della controversia, se mai li fosse stato chiesto di declinare la propria giurisdizione, perché la procedura arbitrale avrebbe preso in considerazione la validità della nazionalizzazione, violando in questo modo la "*act of state doctrine*"¹⁹⁸.

¹⁹⁵ 482 F.Supp. 1175 (D.D.C. 1980), *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/482/1175/2095591/> 1981)". Si veda l'estratto in Yearbook Commercial Arbitration vol. VI 1981 pp.245-247; vedi anche Am. Journ. Int'Law vol. 75 issue 1, 1981 pp.148/149

¹⁹⁶ Lodo arbitrale emesso il 12 Aprile 1977, per un commento D.Carreau- F. Marrella: *Diritto Internazionale*, Milano 2018 pp. 648-649

¹⁹⁷ 482 F. Supp. 1178 *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, citando un caso di pochi anni prima *Ipitrade Int'l, S.A., v. Federal Republic of Nigeria*, 465 F. Supp. 824 (D.D. C.1978)

¹⁹⁸ 482 F. Supp 1179, citando casi precedenti come, 168 U.S. 250, 18 S. Ct. 83, 42 L. Ed. 456 (1897) *Underhill v. Hernandez*; 550 F.2d 68, 73 (2d Cir. 1977), *Hunt v. Mobil Oil Corp.* Sulla *act of state doctrine* esiste anche la celebre sentenza della Corte Suprema: 376 U.S 398 *Banco National de Cuba v. Sabbatino*, del 23 marzo 1964; vedi anche M. Lombardi in Il foro Italiano, vol. 88 n.2(1965)

Sempre in ragione di questa dottrina, consolidata nella giurisprudenza delle corti negli Stati Uniti, il giudice distrettuale ritenne che non fosse possibile dare esecuzione al lodo straniero, come quello in questione.

La società petrolifera LIAMCO decise di ricorrere in appello contro la decisione presa dalla corte distrettuale, ma le parti giunsero ad una transizione prima che venisse emanata la sentenza di appello.

Tuttavia, la Corte di Appello del Distric of Columbia, su ricorso del Governo Federale, della American Bar Association e di altri gruppi, si pronunciò sul ricorso, annullando la sentenza della corte distrettuale, senza però dare un'opinione sul caso¹⁹⁹.

pp. 27/28-37/38;

¹⁹⁹ Per una discussione sulle posizioni della ABA si veda M.B.Feldman: “*Amending the Foreign Sovereign Immunities Act: The ABA Position*” in *The International Lawyer* Vol. 20, No. 4 (Autunno 1986), pp. 1289-1306 ; nonché si veda la discussione sull’emendamento della Foreign Sovereign Immunities Act di T. B. Atkeson and S. D. Ramsey :*Proposed Amendment of the Foreign Sovereign Immunities Act in The American Journal of International Law* Vol. 79, No. 3 (Luglio 1985), pp. 770-789

CONCLUSIONE

A seguito dell'analisi eseguita in questo elaborato è stato possibile confermare come il ricorso all'arbitrato commerciale internazionale sia una soluzione appetibile da parte degli operatori del commercio transfrontaliero, dal momento che questo mezzo rappresenta una valida alternativa alla giustizia ordinaria per la risoluzione controversie. L'incremento dell'utilizzo ha portato ad una estensione delle materie devolvibili ad arbitrato ovvero dell'arbitrabilità.

Un notevole contributo è stato dato dalla Convenzione di New York del 1958 le cui disposizioni sono tutte permeate da principio del *favor arbitrati* sia per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi che per quanto concerne la convenzione di arbitrato.

La nozione di arbitrabilità possiede una sua forma oggettiva, che consiste nella possibilità di una controversia ad essere devoluta a risoluzione attraverso arbitrato, e una forma soggettiva, vale a dire se un soggetto dispone della capacità di essere parte in una simile procedura.

Il limite alle materie arbitrabili viene identificato quale conseguenza del fatto che l'arbitrato nasce come un mezzo per la risoluzione di specifiche dispute tra soggetti privati; invero la competenza degli arbitri trova la sua origine nel consenso delle parti.

Non sempre, tuttavia, il modo di stabilire il confine tra controversie arbitrabili e non arbitrabili trova unanime accordo tra la dottrina, soprattutto nelle materie che hanno risvolti legati alla tutela degli interessi pubblici.

In un contesto continentale, il diritto dell'Unione Europea non ha ancora armonizzato aspetti dell'arbitrato commerciale ancora sottoposti alla disciplina dei diritti interni dei Paesi Membri. Nonostante nei singoli Paesi sussistano limiti in determinate materie non devolvibili ad arbitro, pur con varie differenze, negli ultimi anni l'arbitrato è stato ammesso come mezzo di risoluzione anche in controversie in settori del diritto che, sino a pochi anni orsono, erano considerati esclusivamente riservati alla giurisdizione delle corti nazionali. Degno di nota, a titolo esemplificativo, è il caso della Svizzera che affronta la questione dell'arbitrabilità, ammettendo la devoluzione ad un tribunale arbitrale anche per le materie escluse dall'ordinamento di altri Paesi europei.

L'analisi del sistema degli Stati Uniti ha permesso di verificare come la nozione di arbitrabilità sia molto estesa, sebbene negli ultimi anni il legislatore federale abbia posto alcuni accorgimenti per evitare che l'uso indiscriminato dell'arbitrato possa danneggiare le parti contrattualmente più deboli.

In generale, avuto riguardo al rapporto tra ordine pubblico e arbitrabilità, è emerso come i principi e le motivazioni che limitavano la devoluzione ad arbitrato delle controversie siano variati a favore della devoluzione, con notevole riduzione delle aree di inarbitrabilità si sono sensibilmente ridotte.

Analizzando la teoria portata avanti dal Professor Brekoulakis è possibile giungere ad affermare che la questione dell'arbitrabilità può anche essere intesa come condizione inerente la giurisdizione degli arbitri e non quale requisito per la validità della convenzione di arbitrato, come è sostenuto dalla maggioranza degli studiosi. Conseguenza rilevante di tale metodo è, tra le altre, quella di allontanare dal concetto di arbitrabilità le valutazioni di ordine pubblico.

Va comunque evidenziato che persistono ancora pregiudizi nei confronti degli arbitri poiché vengono ritenuti più propensi a sostenere le ragioni delle parti economicamente e contrattualmente più forti a discapito delle parti più deboli, come consumatori o lavoratori. Sulla base di tale visione alcune giurisdizioni si sono premurate di restringere l'arbitrabilità in taluni settori connotati da interessi di rilevanza pubblica, riservando un intervento delle corti nazionali, ritenute le uniche a possedere un'autorità in grado di assicurare una tutela adatta alle categorie meno abbienti.

Gli arbitri sono giudici privati - in quanto non appartengono a nessun organo o istituzione pubblica - questo, però, non significa che si debba ritenere che necessariamente siano orientati a favorire la parte che possiede una maggiore forza contrattuale, soprattutto in considerazione del fatto che essi sono chiamati ad applicare le regole di diritto sostanziale. Pur non potendo negare che, in una certa misura, le opinioni di chi è chiamato a decidere una controversia incidano sulla pronuncia finale, non è corretto sostenere che le leggi di tutela delle categorie più svantaggiate abbiano necessità di avere un decisore schierato dalla parte di un preciso gruppo sociale. Va ricordato che tali norme non vengono redatte in termini neutrali, da punto di vista sociale, ma in funzione di riequilibrio dei rapporti.

Se l'esistenza un sistema di tutele per i soggetti più deboli dipendesse unicamente dal motivo che l'ente giudicante sia un organo dello Stato, significherebbe ridimensionare in maniera eccessiva il ruolo del legislatore, non accettabile in nessun sistema democratico in cui il soggetto preposto a promanare il sistema normativo rappresenta la società verso la quale il diritto svolge i suoi effetti.

Perciò i pregiudizi nei confronti degli arbitri e dell'arbitrato sembrano piuttosto un riflesso della secolare sfiducia da parte del sistema statale di giustizia nei confronti di un mezzo alternativo ad esso nella risoluzione delle controversie.

Gli effetti pratici della diffusione della teoria del professor Brekoulakis sarebbero di grande portata dato che il tribunale arbitrale avrebbe la competenza di potersi pronunciare sulla questione dell'arbitrabilità della controversia posto che le corti nazionali effettuerebbero solo un esame della validità della convenzione, non indagando ulteriormente sulla giurisdizione del tribunale.

Inoltre, se si applicasse la stessa visione, occorrerebbe dover riconsiderare anche l'applicazione da parte delle corti nazionali della *lex fori*, la legge del giudice adito, per determinare la questione di arbitrabilità. Infatti, le disposizioni di questa legge non sarebbero sempre e comunque la scelta appropriata per determinare l'arbitrabilità, soprattutto quando la controversia non avesse alcun legame con l'ordinamento giuridico a cui appartengono le corti adite.

La teoria ed i suoi risvolti pratici sono interessanti, ma la prassi delle corti nazionali preferisce considerare diversamente la nozione dell'arbitrabilità.

Ad esempio, in Italia l'arbitrabilità è vista come una condizione necessaria per la convenzione di arbitrato e l'inarbitrabilità viene valutata come un vizio riconducibile all'inefficacia o alla nullità della convenzione. La giurisprudenza italiana nei confronti degli arbitrati commerciali internazionali ha mostrato che nel momento in cui le corti sono chiamate a dare efficacia ad una convenzione di arbitrato, esse valutano la questione dell'arbitrabilità in base alle disposizioni della legge italiana, ovvero la *lex fori*.

Diversamente, in Francia le corti sono più propense a valutare la questione dell'arbitrabilità come una condizione attinente alla natura giurisdizionale dell'arbitrato, piuttosto che un requisito per la validità della convenzione di arbitrato. Questo atteggiamento si avvicina maggiormente alla teoria espresse dal Professor Brekoulakis, anche se non sempre le corti sono in grado di scindere la questione dell'arbitrabilità da quella della validità della convenzione di arbitrato.

In Germania, la giurisprudenza ha un approccio più simile a quello che si riscontra in Italia, ciò significa che l'inarbitrabilità della controversia viene considerata come un vizio che inficia la validità della convenzione di arbitrato piuttosto che un problema inerente alla giurisdizione del tribunale arbitrale.

Guardando al di là del contesto europeo, gli Stati Uniti hanno una propria concezione dell'arbitrabilità, in cui, oltre alla nozione classica, vien anche inserita la questione riguardo a quale autorità, se una corte nazionale o gli stessi arbitri, sia competente a determinare se il tribunale arbitrale abbia giurisdizione riguardo alla risoluzione di una controversia. La giurisprudenza statunitense sembra riservare, comunque, alle corti nazionali questa scelta, garantendo un controllo del giudice statale sulla competenza degli arbitri.

L'esame di vari casi, riguardo all'arbitrato commerciale, risolti dalle corti statunitensi ha dimostrato che le materie in cui le controversie sorte possano essere devolute ad arbitrato sono diventate via via più numerose. Questo è avvenuto soprattutto in forza della consapevolezza che l'arbitrato è un mezzo di risoluzione alternativo alla giustizia ordinaria, in quanto strumento adatto a risolvere le controversie che sorgevano tra gli operatori del commercio internazionale.

A conclusione dell'analisi dei vari diritti interni per quanto riguarda l'arbitrato commerciale internazionale è possibile affermare che l'arbitrabilità delle controversie è estesa, ma persistono ancora differenze tra i vari ordinamenti giuridici considerati. È chiaro, però, che le corti ed i legislatori nazionali di molti Paesi hanno ridimensionato la secolare diffidenza verso l'arbitrato, il quale è divenuto un mezzo valido anche per derimere controversie sorte in alcune materie che oltre ad interessi dei privati hanno anche interessi pubblici, come certi aspetti dell'antitrust o dello sfruttamento dei brevetti.

BIBLIOGRAFIA

Monografie e capitoli di monografie:

- ALPA-VIGORITI: *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Milano UTET Giuridica 2013;
- BALENA: *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume Terzo: Processi Speciali ed esecuzione forzata*, Bari, Cacucci editore 2018;
- BANTEKAS: *An introduction to international arbitration*, Cambridge 2015;
- BARBA: *L'ordine pubblico internazionale* in "Fonti, metodo e interpretazione" di G. Perlingieri e D'Ambrosio, Napoli, 2017;
- BARONE: *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in "volume 1 processi speciali", Napoli, 1979;
- BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DI BROZOLO: *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova Cedam, 2010;
-*Arbitrato internazionale ed estero*, in "ARBITRATO" a cura dello Studio Bonelli Erede;
Capitolo Sedicesimo, collana ITINERA Milano IPSOA, Wolters Kluwer 2020,;
- BERNARDINI: *L'arbitrato internazionale* Milano, Giuffrè 1994;
-*The Problem of Arbitrability in General*" in "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New Convention in Practice" di E. Gaillard & D. Di Pietro Londra Cameron May 2008;
- BERTOLI: *Diritto Europeo dell'arbitrato internazionale*, Milano, Giuffrè 2015;
- BORN: *International Commercial Arbitration -vol.I*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2014;
- BORTOLOTTI: *Arbitrato commerciale internazionale*, Milano Giuffrè 2019;
- BREKOULAKIS: *Transnational Public Policy in International Arbitration* in the Oxford Handbook of International Arbitration di Schultz- Ortino, Oxford 2020
- *Arbitrability - Persisting Misconceptions & New Areas of Concern* in Arbitrability Mistelis Brekoulakis, Capitolo secondo, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2009;
-*Law applicable to Arbitrability: revisiting the revisited lex fori* in Arbitrability: International and Comparative Perspective" di Mistelis L. e Brekoulakis S. Capitolo Sesto;

- CARBONNEAU: *Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States*, in “Arbitrability: International and Comparative Perspective” di Mistelis L e Brekoulakis, Capitolo Ottavo;
- CARREAU- MARRELLA: *Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè 2018;
- COHEN *Arbitrage et Société*, tome 229 Paris -LGDJ 1993;
- CONDORELLI: *Il giudice italiano e i trattati internazionali* (The Italian Judge and International Treaties), Padova, Cedam, 1974;
- CONFORTI: *Diritto Internazionale*, Napoli, editoriale scientifica 2015;
- CORDERO-MOSS: *International arbitration is not only international*, Cambridge 2013;
- CORNISH, LLEWELYN: *Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Londra, Sweet& Maxwell 2003;
- DE VAREILLES DE SOMMIERS: *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé – Droit international public et droit international privé*, Parigi LGDJ 1997;
- DI PIETRO: *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*, in “Arbitrability: International and Comparative Perspective” di Mistelis L e Brekoulakis S. Capitolo Quinto;
- FORTIER “*Arbitrability of Disputes*” in “Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner “ di G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, M. Mustill, P.M. Patocchi & A.-M. Whitesell, Paris ICC 2005;
- FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN: *Traite de l'arbitrage commercial international*, Paris Litec 1996;
- FRIGNANI: *L'arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia, vol. Trentaresimo; Capitolo Primo, pag. 2, Padova, Cedam 2004;
- GAILLARD-SAVAGE: *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer law International 1999;
- HANOTIAU, CAPRASSE: “*Public Policy in International Commercial Arbitration*” in “Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice” di Gaillard & Di Pietro, Londra, Cameron May 2008;
- HUBER, BACH: *S.1032 Arbitration Agreement and Substantive claim before court* in “Arbitration in Germany the Model law in practice” di Bockstiegel-Kroll- Nascimento, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2014;
- KESSEDIJAN: *Transnational Public Policy*, in “International Arbitration 2006: Back to Basics?” di Albert Jan van den Berg, Alphen aan den Rijn Kluwer Law International, 2007;

- LA CHINA: *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano Giuffrè 1995;
- LEW: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana publications 1978;
- LEW, MISTELIS, KROLL: *Comparative international commercial arbitration*, L'Aja Wolters Kluwer 2003;
- LIEBSCHER: *Insoveny and arbitrability* in "Arbitrability: International and Comparative Perspective" di Mistelis L e Brekoulakis, Capitolo Nono;
- LOQUIN: *L'arbitrage du commerce international*, Edizioni Joly, Issy le Moulineux 2015
- MANTAKOU: *Arbitrability and intellectual properties disputes* in "Arbitrability: International & Comparative Perspective" di Mistelis & S Brekoulakis, Capitolo tredicesimo;
- MARRELLA: *Manuale di diritto del commercio internazionale: contratti internazionali, imprese globali ed arbitrato.*"; Padova, Cedam 2017;
- MARTINEZ-FRAGA: *The American Influences on International Commercial Arbitration, Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge 2009;
- MAURO: *"Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche"*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 2019;
- MISTELIS: *Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, in "Arbitrability: International and Comparative Perspective" di Mistelis L e Brekoulakis S. Capitolo Primo;
- MOSCONI, CAMPIGLIO: *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, Cedam 2017;
- MOSES: *"The principles and the practice of international commercial arbitration"* Cambridge 2017;
- NASCIMENTO: *Article V(1)(a)*, in "An Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention" di H. Kronke, L'Aja Wolters Kluwer 2010;
- PAMPOUKIS: *On Arbitrability: the Arbitrator as a Problem Solver*, in "Arbitrability: International and Comparative Perspective" di Mistelis L .e Brekoulakis S., Capitolo Settimo;
- PENASA: *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi vol. II*, Milano, Wolters Kluwer 2012;
- PERA: *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, nel "volume 1 processi speciali", Napoli, 1979;
- PERALE VISCASILLAS: *Arbitrability of (intra-)corporate disputes* in Arbitrability: International and Comparative Perspective" di Mistelis e Brekoulakis, Capitolo Quattordicesimo ;
- G. PERLINGIERI: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, ESI 2015, Collana Cultura Giuridica e rapporti civili n.14;
- POUDRET, BESSON: *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles -Bruylant, LGDJ 2002;

- PRYLES: “*Reservations Available to Member States: The Reciprocal and Commercial Reservations*”, in “*Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*” di E.Gaillard -D. Di Pietro (Londra Cameron May, 2008;
- REDFERN: *Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy* in “*International Arbitration 2006: Back to Basics?*” di Albert Jan van den Berg , L’Aja Kluwer Law International, 2007;
- REDFERN, HUNTER: *Law and practice of international commercial arbitration*, Londra Sweet& Maxwell 2001;
- SAENGER: *Saenger -ZPO Kommentar*, Baden-Baden NOMOS 2015;
- SALVANESCHI:” *Le materie arbitrabili*” in “*ARBITRATO*” AA.VV, a cura dello Studio Bonelli Erede, capitolo secondo, collana ITINERA IPSOA Milano, Wolters Kluwer 2020;
- SANZO: *Commento al d.lgs. n.6 del 17 gennaio 2003, e d.lgs. n.5 del 17 gennaio 2003, d.lgs n.61 del 11 aprile 2002, (art.1)* in “*Le riforme del diritto italiano. Il nuovo diritto societario*” G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, e P. Montalenti. Torino, Zanichelli, 2004;
- SARDU: *The Lex arbitri* Napoli, Editrice Scientifica, 2018;
- SCHLOSSER: *Kommentar zur Zivilprozessordnung* di F.Stein-M.Jonas, Tubinga, Mohr Siebrek EK 2013;
- SCHRAMM, GEISINGER, PINSOLLE: *Article II(NYC)* in “*Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*” di H. Kronke, L’Aja, Wolters Kluwer 2010;
- SCHWAB-WALTER: *Schiedsgerichtsbarkeit* settima ed. Munich Verlag C.H Beck 2005;
- SERAGLINI, ORTSCHIEDT: *Droit de l’arbitrage interne et international*, Parigi LGDJ 2013;
- SHORE: *The United States’ Perspective on “Arbitrability”* in *Arbitrability: International and comparative perspectives* di Mistelis- Brekoulakis, Capitolo Quarto;
- SILINGARDI: *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano Giuffrè 1979;
- SORNARAJAH: *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, l’Aja Kluwer law international 2000;
- SPECCHIA: *L’arbitrato internazionale*, Torino, Giappichelli 2013;
- TRAVI *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli 2019;
- TRITTMANN, HANEFELD: *S.1030 Arbitrability* in “*Arbitration in Germany- The Model law in practice*” di Bockstiegel-Kroll- Nascimento, LAja Wolters Kluwer 2014;
- VAN DEN BERG: *The New York Arbitration Convention of 1958*, L’Aja Kluwer law international 1981;
- VOIT: *ZPO Kommentar* di H.J. Musielak-W.Voit, Munich, Verlag Franz Vahlen 2016;

- WOLFF: *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award – Commentary*, Oxford, Hart 2012;
- YOUSEFF: *The Death of inarbitrability*, in “Arbitrability: International and Comparative Perspective” di Mistelis L e Brekoulakis, Capitolo Terzo;
- ZEILER-SIWY: *European Convention on International Commercial Arbitration. A commentary*; L’Aja, Wolters Kluwer 2019;
- ZUCCONI GALLI FONSECA: *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè 2004;

Articoli di periodici:

- ARFAZEDEH: “*Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited*” in *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1 2001, p. 73;
- ATKESON E RAMSEY: “*Proposed Amendment of the Foreign Sovereign Immunities Act*” in *The American Journal of International Law* Vol. 79, No. 3 (Luglio 1985), pp. 770-789
- BARON, LINGER: *A Second Look at Arbitrability*, in *Arbitration International* Vol.19 issue 1 (2003), pp.27 ss;
- BANAIITEMI: “*The Impact of Corruption on “Gateway Issues” of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues*” in *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* di D. Baizeau & R. H. Kreindler, in *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (2015) vol. 13 p. 16, 17 ;
- BERNARDINI: “*Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri in Italia*” in *Rivista dell’ Arbitrato*, Fascicolo 3, (2010) pp.430;
- BERNARDINI, PERRINI: “*The New York Convention of June 10,1958: the Application of Article V by Courts in Italy*” in *Journal of International Arbitration* (2008 Kluwer law international,) Vol.25, Issue 6, pp.707ss;
- BLAISE: “*Nota sulla sentenza Société Dauphin O. T. A./ Société Decaux Paris Publicité Abribus*” in *Revue de l’Arbitrage* (1982) p. 264;
- BLESSING: “*Arbitrability of Intellectual Property Disputes*” in *Arbitration International* Vol.12 Issue 2 (1996) pp.191-200;
- BOCKSTIEGEL: “*Public policy and arbitrability in Comparative arbitration practice and public policy*” in *Arbitration* di Sanders P., ICCA Congress series n. 3 (1986) pp.177ss;

-“Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement” in *Dispute Resolution International* vol.2 n.1, Maggio 2008, pp.123ss;

- BORTOLOTTI: *"International Commercial Agency Agreements and ICC Arbitration"* in *ICC Bulletin* 48 (2001) vol. 12(1) p.50 ss;
- BOVE: *"Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e Codice di Procedura Civile"* in *Rivista dell'Arbitrato* 2006 Fascicolo1, p.25;

-*Il patto compromissorio rituale* in *Rivista di Diritto Civile* n.3 /2002 pp. 406-407;

- BREKOULAKIS: *"The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?"* in *Journal of International Arbitration* Vol.24 Issue 4 (2007) pp. 357 ss;

-*"The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: Res Judicata Revisited"*, in.16 (2005) p. 180,;

- BRINER: *"The Arbitrability of Intellectual Property Disputes with Particular Emphasis on the Situation in Switzerland"* in *American Revue of International Arbitration* vol 5. (1994) p.38 ;
- BUZBEE: *"When arbitrable claims are mixed with non arbitrable ones: What's a court to do?"*, in *South Texas Law Revue* vol. 39 (1997-98) pp. 663ss;
- CANALE, *Antitrust e arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale* (2006) pp. 1207 ss;
- COLANDRA: *"Gli effetti delle misure di embargo sull'arbitrabilità della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale"*, in *Giurisprudenza italiana* 2005, pp.122 ss ;
- COLVIN: *"An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes"* in *Journal of Empirical legal studies* Vol. 8 Issue 1, March 2011, pagg.1-23 ;
- CRIVELLARO: *"Arbitrato Internazionale e corruzione"*, in *Rivista dell'Arbitrato*, Fasc.4 01/12/2019, pp.663ss ;
- EVANS: *"Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du papier (RAKTA)"*, in *American Journal of International Law* vol.69 n.4 (Ottobre 1975) pp. 897-899;
- FELDMAN: *"Amending the Foreign Sovereign Immunities Act: The ABA Position"* in *The International Lawyer*, Vol. 20, No. 4 (Autunno 1986), pp. 1289-1306 ;
- FERRETTI: *EU Internal Market Law and the Law of International Commercial Arbitration: Have the EU Chickens Come Home to Roost?* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22 (2020), pp. 133–155;
- FRIGNANI: *"The application of New York Convention by italian courts"* in *Rivista dell'Arbitrato* . Fasc. 2, (2014) p.307;

-*"Nouveautés sur la arbitrage en matière de propriété intellectuelle et de droit des sociétés en Italie"* in *Les Cahiers de l'Arbitrage* Vol.2 (2005);

- GABRIELLI: “*Clausole compromissorie e statuti sociali*” in *Rivista di Diritto Civile* (Gen-Feb. 2004) pp. 86 e 92-93;
- GAILLARD: “*Commento*” in *Jurisclasseur: Droit International*, Fasc.586-3, no. 13. Paris 1995;
-*International Arbitration as a Transnational System of Justice*, in van den Berg A-J:
Arbitration – The Next Fifty Years-50th Anniversary Conference Geneva 2011, ICCA Congress Series volume 16, Wolters kluwer 2012, pp. 66 ss ;
- GAUDET-TALLON: “*Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*” in *Revue de l’ Arbitrage* 1994, p.116;
- GIARDINA: “*L’inapplicabilità ai lodi stranieri dell’istituto di revisione nel merito*” in *Rivista dell’Arbitrato* 1991, fasc.2, p.287ss;
- HAGHPANAH, ALI ALMASI: “*Regulation of determining law governing to arbitrability*”, in *Rivista de Derecho*. Vol. 7 (2018) pp. 150 ss;
- HANOTIAU: “*What law govern arbitrability?*” in *Arbitration International* Vol.12 Issue 4 (1996), pp.403 ss;
-*The Law Applicable to Arbitrability* in *Singapore Academy of Law Journal* vol.26 (2014) , pp. 874-878;
- HASCHER: ‘*Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention*’ in *Arbitration International* (1997) vol.13, p.32-62;
- HUNTER, GUI CONDE E SILVA: ‘*Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations*’, in *Journal of World Investment* Vol. 4, Issue 3(2003) p.367-p.370;
- KAPLAN: “*A Case by Case Examination of Whether National Courts Apply Different Standards When Assisting Arbitral Proceedings and Enforcing Awards in International Cases as Contrasting with Domestic Disputes. Is There a Worldwide Trend towards Supporting an International Arbitration Culture*”, in A.J. van den Berg , ICCA Congress series no 8 (1998);
- KIRRY: *Arbitrability: Current Trends in Europe*; in *ARBITRATION INTERNATIONAL* vol.12 n.4 (1995) pag.373;
- JONES “*The Merchant Marine Act*” in *American Foreign Trade Relations* in Vol. 9, No. 2 (Febbraio 1921) pp. 89-98;
- JARROSSON: “*L’arbitrabilité, présentation méthodologique*”, in *Meiahora- Rio de Janeiro* (com. 1996), para. 2-3;
- LALIVE: *Transnational (or truly international) public policy in international arbitration*, in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration* di Sanders P., ICCA Congress series n. 3 (1986) pp.258 ss;

- LEVEL: “L'arbitrabilità”, in *Revue de l' Arbitrage* (1992), p. 213, 234;
- LEW: “*The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*”, in van den Berg ICCA Congress series n. 9, (1998), pp.114ss;
 -*Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, Vol.22 Issue 2 (June 2006) p. 179 ss;
- LEIGH: *Federal Arbitration Act – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – arbitrability of antitrust claims arising from an international transaction*, in *American Journal of International Law*, vol. 80. (1986).p. 168;
- LOMBARDI: “*Banco National de Cuba v. Sabbatino*” in *Il foro Italiano* vol. 88 n.2(1965) pp. 27/28-37/38;
- LOSS: “*Securities Act Section 12(2): A Rebuttal*” in *The Business Lawyer* vol.48 Issue 1, (Nov. 1992) pp.47-58;
- MAYER “*Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de competence*”, in *Revue critique de Droit International Privé* (1979) p. 1, 349, 537;
 -“*La sentence contraire   l’ordre public au fond*” in *Revue de l’ Arbitrage* n.4 (1994) pp. 630-31;
- MCLAUGHLIN: “*Arbitrability: Current Trends in the United States*”, in *Arbitration international* vol 12 n 2, (1996) p. 121;
- MISTELIS: *Mandatory Rules In International Arbitration: Too Much Too Early Or Too Little ToLate?* In *American Revue of International Arbitration*, Vol. 18 No. 1-2, 2008;
- MESHEL: “*Of International Commercial Arbitration, Non-Signatories, and American Federalism: The Case for a Federal Equitable Estoppel Rule*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 56 (2020), p. 123;
- NEWMAN: “*Revenge: John Sherman, Russell Alger and the origins of the Sherman Act*” in *Public Choice* vol.174 issue 3 (2018), pp. 257-275 ;
- NIVARRA: “*Brevi considerazioni a margine dell’ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui “danni punitivi”*”, in *Diritto Civile Contemporaneo*, n. I, gennaio/marzo 2017 ;
- PARK: “*Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration*” in *Brooklyn Journal of International Law* vol. 12 Issue 3, (1986) p. 642;
- PAULSSON “*Third World Participation in International Investment Arbitration*”, in *ICSID Revue-Foreign Investment Law Journal* vol. 3(1) (1987) p. 19;
 -“*Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*” in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.30 n.2 (1981), pp. 358 ss;

-*Arbitrability, through Still a glass darkly* in *Arbitration in the Next Decade* (Special Supplement) ICC International Quarterly of Arbitration, Bulletin ,1999;

- P. PERLINGIERI: “*Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*” in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp.188 ss ;
- PERONE: “*L’arbitrato nelle controversie di lavoro*”, in *Diritto del lavoro* (1979) pp. 207ss;
- PISLEVIK: “*Precedent and development of law: Is it time for greater transparency in International Commercial Arbitration?*” in *Arbitration International* Vol.34 issue 2 (2018) pp.241-260;
- PLANT “*Arbitrability of Intellectual Property Issues in the United States*” in *American Revue of International Arbitration* vol. 5 (1994) pp.12-15;
- POSNER: “*Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law: A Defense of Mitsubishi*”, in *Virginia Journal of International Law* vol. 39(1999), p. 647;
- RADICATI DI BROZOLO: “*Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*” in *Rivista dell’arbitrato*, Fascicolo 4, (2006) p. 634;
- RICCI: “*Il lodo rituale di fronte ai terzi*” in *Rivista di diritto processuale* 01/1989 vol.44, pp. 655 ss;
- ROGERS: “*Transparency in International Commercial Arbitration*” in *Kansas Law Revue* vol. 54(2006) pp. 1301, 1304;
- ROTH: “*Arbitration and Company Law in Germany*” in *European Company Law* Vol 12 issue 3, (2013) p. 151;
- SOPATA: “*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.: International Arbitration and Antitrust Claims*” in *NorthWestern. Journal of International Law & Business.* vol. 7(1986) p. 595;
- SOREL: “*A proposito dell’interpretazione dell’articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969 e sulla sua applicazione giurisprudenziale*” in *Ragion pratica*, fascicolo 1 Bologna il Mulino, giugno 2004;
- ZARRA: “*Arbitrato internazionale e Ordine pubblico*” in *Il giusto processo civile*, Napoli ESI anno XIII 2/2018, Direttori G.Balena-Chizzini- Cipriani , pp. 539ss;

-“*L’ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite16601/17*” in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, pp.729-730;

- “*La lex arbitri e la lex loci arbitri: tra verità normative ed incertezze dottrinali*” in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 1 settembre 2019, p. 533;

Giurisprudenza rilevante

Italia:

-CORTE COSTITUZIONALE:

Sentenza n°223 del 19 luglio 2013;

Sentenza n °108 del 9 giugno 2015;

-CORTE DI CASSAZIONE:

- Sezione I Civile: sentenza n° 1842 del 17 aprile 1978, *Eugenio Menaguale v. Intercommerce*;
- Sezione I Civile, sentenza n° 10151 del 18 ottobre 1990, *GRI v. Pik Verhovec*;
- Sezioni Unite: sentenza del n° 2429 del 27 aprile 1979, *Compagnia Generale Costruzioni CO.GE.CO. S.p.A. v. Piersanti*;
- Sezioni Unite: sentenza n° 23893 del 24 novembre 2015, *Iraq v. Armamenti e Aerospazio S.p.A., Finmeccanica S.p.A., Selex Es. S.p.A.*;
- Sezione I civile: sentenza, n° 6915 del 15 dicembre 1982, *Rocco Giuseppe e Figli s.n.c. v. Federal Commerce and Navigation Ltd*;
- Sezione I Civile: sentenza n° 7995 del 6 agosto 1990, *S.n.c Vento &C. v. Società E.D &F. Man Coffee Ltd*;
- Sezione I Civile- sentenza n° 3221 del 3 aprile 1987, *S.p.A. Abati Legnami v. Fritz Häupl*;
- Sezione I Civile- sentenza n° 16901 del 8 luglio 2015, *Hotel Columbus s.r.l. v. Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme*;
- Sezione I Civile: sentenza n° 2406 del 19 maggio 1989, *Quaker – Chiari & Forti S.p.A. v. Europe Epargne s.r.l.*;
- Sezione I Civile: sentenza n° 7733 del 21 agosto 1996, *Telecolor S.p.A. v. Technicolor S.p.A.*;
- Sezione I Civile: sentenza n° 19599 del 30 settembre 2016;
- Sezione I Civile: sentenza n° 14878 del 15 giugno 2017;
- Sezioni Unite: sentenza n° 16601 del 5 luglio 2017;
- Sezioni Unite: sentenza n° 4167 del 18 settembre 1978, *Butera v. Pagnan*;

CORTE D'APPELLO:

- Corte d'Appello di Napoli: sentenza del 20 febbraio 1975, *Carters (Merchants) Ltd v. Francesco Ferraro*;
- Corte d'Appello di Firenze: sentenza del 22 ottobre 1976, *S.A. Tradax Export v. S.p.A. Carapelli*;
- Corte d'Appello di Milano: sentenza del 3 maggio 1977, *Renault Jacquinet v. Sicea*;

- Corte d'Appello di Firenze: sentenza del 8 ottobre 1977, *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci S.a.S.*;
- Corte d'Appello di Ancona: sentenza del 8 giugno 1981, *H. & H. Hackenberg GmbH v. Nino Pizza*;;
- Corte d'Appello di Genova: sentenza del 3 febbraio 1990: *Della Sanara Kustvaart – Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola s.r.l., in liquidation*;;
- Corte d'Appello di Genova- sentenza n. 506 del 7 maggio 1994 ; *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani S.p.A. and Oto Melara S.p.A. v. Ministry of Defence Armament and Supply Directorate of Iraq*;
- Corte d'Appello di Genova: sentenza del 2 maggio 1980; *Efxinos Shipping Co. Ltd v. Rawi Shipping Lines Ltd.*;
- Corte d'Appello di Bologna: sentenza del 11 Ottobre 1991, *Coveme S.p.A. v. CFI - Compagnie Française des Isolants SA*;;
- Corte d'Appello di Milano: sentenza no. 2090 del 13 settembre 2002, *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzini S.p.A. v. Madaus AG*;
- Corte d'Appello di Milano: sentenza no. 1897 del 15 luglio 2006, *Terra Armata s.r.l. v. Tensacciai S.p.A*;
- Corte d'Appello di Roma: sentenza n. 1027/2012, depositata il 24 febbraio 2012, *Hotel Columbus s.r.l. v. Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme*;
- Corte di Appello di Milano: sentenza n. 4204/2012, depositata il 27 dicembre 2012; *Iraq v. Armamenti e Aerospazio S.p.A., Finmeccanica S.p.A., Selex Es. S.p.A.*,

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO:

- Tribunale di Bologna: sentenza del 18 luglio, 1987, *Coveme S.p.A. v. CFI – Compagnie Française des Isolants SA*;
- Tribunale di Lodi: sentenza del 13 febbraio 1991, *Adda Officine Elettromeccaniche ed Ercole Marelli & C. S.p.A. v. Alsthom Atlantique, CGE Alsthom International SA and Adda Costruzioni Elettromeccaniche S.p.A.*;
- Tribunale di Busto Arsizio: sentenza del 18 novembre 2003, *Iraq v. Armamenti e Aerospazio S.p.A., Finmeccanica S.p.A., Selex Es. S.p.A.*;

Belgio:

-COUR D'APPELS DE BRUXELLES: sentenza del 4 ottobre 1985, *Company M. v. M SA*,

Francia:

COUR DE CASSATION:

- Chambre Civile 1e: sentenza del 18 Maggio 1971 caso n° 69-14.130, *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*;
- Chambre Civile 1e: sentenza del 2 Maggio 1966, *Trésor Public v. Galakis*;;
- Chambre Civile 1e: sentenza del 20 Dicembre 1993, Case no.91-16828, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico* ;
- Chambre Commerciale: sentenza del 21 Ottobre 1981, *Société Dauphin O. T. A.c/ Société Decaux Paris Publicité Abribus*,
- Chambre Sociale: sentenza del 16 Febbraio 1999, caso n° 96-40.643, *Société Château Tour Saint Christophe v. Aström*,
- Chambre Sociale: sentenza del 4 maggio 1999 caso n° 98-13.611, *Picquet v. Société Sacinter*,
- Chambre Civile 1e: sentenza del 6 maggio 2009, caso n° 08-10.281;
- Chambre Civile 1e: sentenza del 7 giugno 2006, caso n° 03-12.034, *ABS v. Copropriété du navire Jules Verne*

CORTE D'APPELLO:

- Corte di Appello di Parigi: sentenza del 22 Maggio 1980 *J. C. Decaux Paris Publicite Abribus v. Avenir Publicite*;
- Corte d'Appello di Parigi: sentenza del 29 Marzo 1991, *Ganz*;
- Corte di Appello di Parigi: sentenza del 19 maggio 1993, *Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace*;

Germania:

-CORTE DI GIUSTIZIA FEDERALE DELLA REPUBBLICA DI GERMANIA ("BGH"):

BGH, II ZR 65/03: sentenza del 19 luglio 2004 *M. GbmH F*

BGH, III ZB 8/12: sentenza del 20 dicembre 2012, *H v. F in liquidazione*”,

-CORTE SUPERIORE REGIONALE DI KARLSRUHE:

9 Sch 2/09, sentenza del 4 gennaio 2012, *H v. F in liquidazione*

Confederazione Elvetica:

-TRIBUNALE FEDERALE DELLA SVIZZERA: *Fincantieri- Cantieri Navali Italiani and Oto Melara v. M. and arbitration tribunal*, sentenza del 23 giugno 1992,

Regno Unito:

-ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL: *Fiona Trust v. Yuri Privalov* 20 Civ. decisa il 17 ottobre 2007;

-ENGLAND AND WALES HIGH COURT: *Interprods Limited v. De La Rue International Limited* 68 Comm., [1–8], decisa il 27 gennaio 2014.

Canada:

-BRITISH COLUMBIA SUPREME COURT: *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd and Al Sims and Sons*, sentenza del 30 Dicembre 1994;

-COUR SUPREME DU CANADA: *Chouette inc. c/ Desputeaux*, sentenza del 21 marzo 2003;

Stati Uniti d’America:

CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI:

- 168 U. S. 250, (1897) *Underhill v. Hernandez*; decisa il 29 novembre 1897;
- 376 U.S 398 (1964) *Banco National de Cuba v. Sabbatino*; decisa il 23 marzo 1964;
- 346 U.S 438(1953) *Wilko v. Swan* ; decisa il 7 dicembre 1953
- 363 U.S. 593(1960) *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*; decisa il 20 giugno 1960;
- 363 U.S. 574 (1960) *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*; decisa il 20 giugno 1960;
- 363 U.S. 564 (1960) *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*; decisa il 20 giugno 1960;
- 407 U.S. 1 (1972) *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*; decisa il 12 giugno 1972;
- 414 U.S. 117 (1973) *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Ware*; decisa il 4 dicembre 1973;
- 415 U.S. 36, (1974); *Alexander v. Gardner-Denver Co.*; decisa il 19 febbraio 1974;
- 417 US 506 (1974) *Scherk v. Alberto-Culver*; decisa il 17 giugno 1974;
- 450 U.S. 728 (1981) *Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*; decisa il 6 aprile 1981;
- 460 U.S.1 (1983) *Moses H. Cone Mem’l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*; decisa il 23 febbraio 1983;

- 473 U.S. 614 (1985) *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*; decisa il 2 luglio (festivo) luglio 1985;
- 475 U.S. 643 (1986) *AT&T Technologies, Inc. v. CWA*; decisa il 7 aprile 1986;
- 514 U.S. 938 (1995) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*,); decisa il 22 maggio 1995;
- 537 U.S. 79, 83 (2002) *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*; decisa il 10 dicembre 2002;
- 538 U.S. 401 (2003) *Pacificare Health Sys., Inc. v. Book*; decisa il 7 aprile 2003;
- 539 U.S. 444 (2003) *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*; decisa il 23 giugno 2003;
- 570 US 228 (2013) *American Express Co v. Italian Colors Restaurant*; decisa il 20 giugno 2013;

CORTI D'APPELLO CIRCUITO:

- 201 F.2d 439 (2d Cir. 1953) *Wilko v. Swan*; decisa il 15 gennaio 1953;
- 254 F.2d 297 (CA5 1958) *Carbon Black Export, Inc. v. The Monrosa*; decisa il 18 aprile 1958;
- 391 F. 2d 821 (CA2 1968); *American Safety Equipment Corp. v. J.P Maguire Corp* ; decisa il 20 marzo 1968;
- 453 F.2d 1209, 1211 (2d Cir.1972) *Coenen v. R.W. Pressprich & Co.*, decisa il 12 gennaio 1972;
- 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974); *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du papier (RAKTA)*, decisa il 23 dicembre 1974;
- 550 F.2d 68, 73 (2d Cir. 1977) *Hunt v. Mobil Oil Corp.*; decisa il 12 gennaio 1977;
- 684 F.2d 184 (1st Cir. 1982) *Ledee v. Ceramiche Ragno* ; decisa il 4 agosto 1982;
- 712 F.2d 50 (3d Cir. 1983) *Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro*; decisa il 6 luglio 1983;
- 760 F. Supp. 1036 (E.D.N.Y. 1991) *Meadows Indem. Co. v. Baccala & Shoop Ins.*; decisa il 29 marzo 1991;
- 969 F.2d 953, 959 (10th Cir. 1992); *Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd.*; decisa il 17 luglio 1992;
- 109 F Supp 2d 1253 (SD Cal 2000) *Chloe Z Fishing Co. Inc. v. Odyssey Re.*; decisa il 26 aprile 2000;
- 280 F 3d 1266 (9th Cir 2002) *Milos Sovak and Biophysica Inc. v. Chungai Pharmaceutical Co.*, decisa il 19 febbraio 2002;
- 352 F.3d 211 (5th Cir. 2003) *Will-Drill Resources, Inc. v. Samson Resources Co.*; decisa il 26 novembre 2003;

-CORTI DISTRETTUALI:

- 107 F.Supp. 75 (D.N.Y. 1952); *Wilko v. Swan*; decisa il 23 maggio 1952;
- 465 F. Supp. 824 (D.D. C.1978); *Ipitrade Int'l, S.A., v. Federal Republic of Nigeria*; decisa il 25 settembre 1978;
- 482 F.Supp. 1175 (D.D.C. 1980); *Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*; decisa il 18 gennaio 1980;

Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

- Caso 61/65: *Vaassen-Gobbles v. Beambtentenfonds voor het MijnBedrijf*, decisa con sentenza il 30 giugno 1966;
- Caso 102/81: *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, decisa con sentenza il 23 marzo 1982;
- Caso 4/03: *GAT v. Luk* (Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG contro Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG), decisa con sentenza il 13 luglio 2006;

Camera di Commercio Internazionale (ICC):

-caso n. 1110, *Argentine engineer v.British company*, lodo emesso dall'arbitro Gunnar Langergren nel 1963;

- Sitografia:
- <http://kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspxhttps://law.resource.org>
- <http://www.govtrack.us/congress/>
- <http://www.newyorkconvention1958.org>
- <https://eurlex.europa.eu>
- <https://iccwbo.org/>
- <https://icsid.worldbank.org>
- <https://juris.bundesgerichtshof.de>
- <https://law.justia.com>
- <https://sccinstitute.com/about-the-scc/>
- <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/>

- <https://www.academia.edu/>
- <https://www.arbitratoitalia.it>
- <https://www.camera-arbitrale.it>
- https://www.codiceappalti.it/DLGS_50_2016
- <https://www.cortecostituzionale.it>
- <https://www.curia.eu>
- <https://www.gazzettaufficiale.it>
- <https://www.giurcost.org/decisioni>
- <https://www.governo.it/>
- <https://www.govinfo.gov>
- <https://www.ibanet.org>
- https://www.icdr.org/about_icdr
- <https://www.lcia.org/LCIA/>
- <https://www.normattiva.it>
- <https://www.trans-lex.org>
- <https://www.undocs.org/>
- www.americanbar.org
- www.arbitration-icca.org
- www.legifrance.gouv.fr
- www.legislation.gov.uk
- www.supremecourt.gov
- www.swissarbitration.org
- www.uncitral.un.org

■ Studi, raccolte, conferenze:

- AVV. AROSSA: *Lezione sull'arbitrato* tenuta dall' Avvocato, membro dello Studio legale Freshfield Bruckhaus Deringer, per gli studenti di Giurisprudenza del profilo di diritto internazionale alla Luiss Guido Carli, Roma il 29 settembre 2020;
- BENEDELLI, SABATINI E PONZANO: *IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of arbitral awards, 2016 Research Project: Comparative study on Arbitrability under the New York Convention*, Relazione italiana a cura dello Studio Legale ArbLit , Milano;

- BERNARDINI: “*L’arbitrato nella riforma del diritto societario*”, in *La riforma del diritto societario. Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27-28 settembre 2002*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 304 e p.312;
- BREKOULAKIS E DEVANEY: *Public-private arbitration and the public interest under English Law*, in Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 248/2016;
- DI PIETRO: *Are the Principles of the New York Convention realised consistently?*”, in *Achieving Justice Through International Arbitration*, Report of the Society for Advanced Legal Studies (2004);
- “*Guida del’ICCA all’interpretazione della Convenzione di New York del 1958. Un manuale per giudici*” traduttori Potestà e Biasiolo, con l’assistenza della Corte Permanente di Arbitrato Palazzo della Pace, L’Aja2013 International Council for Commercial Arbitration;
- HODGSON, TOUBIANA: *Study of “Arbitrability” under the New York Convention in the United States*, ad opera dello studio Foley Hoag;
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, New Delhi Conference 2002;
- LORCHER, LISSNER: *IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of arbitral awards, 2016 Research Project: Comparative study on Arbitrability under the New York Convention Questionnaire for the Country Reporters by CMS Germany*;
- LORD MANSFELD: dictum in *Holman v Johnson*, (1775) in *Cowper's Reports*, King's Bench 1 pp. 341, 343;
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI: *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, approvato dal Consiglio dei ministri il 12 gennaio 2021;
- PROFESSOR MATTEUCCI: Le parole del delegato italiano alla Convenzione di New York del 1958: U.N Doc.E/Conf.26/S.R13.3 (1958);
- SHIMABUKURO, STAMAN:” *Mandatory Arbitration and Federal arbitration Act*” in Congressional Research Service Report 7-5700; 20 Settembre 2017, pp. 14 ss;
- U.N. Treaties Series, vol.1155, p.331: *Convenzione di Vienna*, conclusa il 23 maggio del 1969;
- ZIADE’, PETERSON: *IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of arbitral awards, 2016 Research Project: Comparative study on Arbitrability under the New York Convention Report on France*.

ABBREVIZIONI USATE

- Am., Amer. = America, American
- Ann. = Annals
- Anno=a.

- Arbitration= arb.
- Articoli= artt.
- Articolo= art.
- Brit. = British
- Bull. = Bulletin
- Can., Canad. = Canada, Canadian
- Capitoli= capp.
- Capitolo= cap.
- Cassazione= Cass
- Citati= citt.
- Citato= cit.
- Circuito= Circ.
- Codice=cod.
- Codici= codd.
- Confronta= cfr.
- Decreto legislativo= dlgs
- Esempio= es
- Federal Supplement=F.Suppl.
- Ibidem= *Ibidem*
- International= Int’nl
- It., Ital. = Italy, Italiana
- J. = Journal
- Numeri=nn.
- Numero= n.
- Opera citata= op.cit.
- Pagina=p.
- Pagine= pp.
- Proc. = Proceedings
- Rev. = Revue, Review
- Riv. = Rivista
- Seguenti= ss.
- Soc. = Society, Social
- Traduzione= trad.
- Volume=vol.
- Volumi= voll.

RINGRAZIAMENTI

La realizzazione di questo elaborato non sarebbe stata possibile senza il supporto e la fiducia in me riposta dal mio Relatore, il Professor Fulvio Maria Palombino. Gli sono infinitamente riconoscente per avermi permesso di attingere dalle competenze e capacità della Sua cattedra e soprattutto di avere avuto pazienza nelle correzioni in corso d'opera.

In particolare, vorrei elogiare il lavoro del Professor Zarra, studioso dalle competenze fuori dal comune e dotata di una gentilezza unica.

Ringrazio anche il mio Correlatore, il Professor Marco Gestri, per l'attenzione e la cortesia dedicatemi.

Non posso non essere riconoscente alla mia Università, che, nelle difficoltà causa della pandemia di Corona Virus, ha permesso che si continuasse a svolgere in modo sereno l'anno accademico. Un sentito ringraziamento va anche a tutti i docenti ed assistenti che ho incontrato in questi cinque anni di percorso universitario, da cui ho appreso sia a livello scientifico che a livello umano.

Un grazie di cuore lo rivolgo a tutta la mia famiglia che mi ha sostenuto in maniera esemplare nel mio percorso di studio, incoraggiandomi nei momenti più difficili e gioendo insieme dei miei successi. Non ci sono parole per descrivere il mio sentimento di riconoscenza nei loro confronti.

Infine, ringrazio tutti i miei amici, i compagni di corso e gli studenti Luiss che ho avuto il piacere di incontrare durante la mia permanenza nell'Ateneo.