



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA

*“L'arbitrato internazionale.
La questione della legge applicabile.”*

Candidato:
Francesca Lombardi

Relatore:
Prof.ssa Maria Angela Zumpano

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

Sommario

| | |
|--|--------|
| Introduzione | pag.3 |
| La definizione di arbitrato internazionale | pag.6 |
| Definizione secondo la Convenzione di Ginevra del 1961..... | pag.6 |
| Definizione secondo la Legge modello Uncitral del 1985..... | pag.10 |
| Definizione secondo l'abrogato capo VI del c.p.c. | pag.13 |
| Conseguenze dell'internazionalità..... | pag.18 |
| Conclusioni sul tema dell'internazionalità..... | pag.21 |
| Arbitrato ed arbitraggio..... | pag.26 |
| Procedimento arbitrale | pag.29 |
| Convenzione arbitrale e controllo della sua validità..... | pag.29 |
| La costituzione del collegio arbitrale..... | pag.37 |
| L'istruzione probatoria..... | pag.44 |
| La deliberazione..... | pag.49 |
| Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali..... | pag.53 |
| Leggi applicabili all'arbitrato internazionale | pag.64 |
| Leggi applicabili al procedimento arbitrale..... | pag.64 |
| Leggi applicabili al merito della controversia..... | pag.69 |
| Arbitrato internazionale e <i>lex mercatoria</i> | pag.81 |
| L'arbitrato secondo equità..... | pag.93 |
| Il principio <i>iura novit curia</i> e l'arbitrato internazionale..... | pag.99 |

Il problema delle norme applicabili nei contratti tra Stati e privati stranieri.....pag.106

Rilievi conclusivi.....pag.113

Bibliografia.....pag.116

Ringraziamenti.....pag.118

Introduzione

Oltre alla giurisdizione ordinaria, conosciamo altre modalità di risoluzione delle controversie, una tutela dei diritti che passa attraverso una via alternativa.

Troviamo, ad esempio, la transazione, in cui le parti, per estinguere la lite, si fanno reciproche concessioni e creano un nuovo negozio tra loro, che avrà efficacia ex art 1372 c.c., e quindi secondo la disciplina generale dei contratti.

Inoltre abbiamo la mediazione, che consta di una negoziazione assistita in cui le parti vengono aiutate, tramite un soggetto, il mediatore, a ricomporre la lite cercando un nuovo accordo tra di loro; il mediatore aiuta le parti a soddisfare le esigenze sottese alla nascita di quella lite al di là dei torti e delle ragioni, siamo quindi in presenza di una soluzione condivisa dagli stessi interessati.

Infine vi è l'arbitrato, uno strumento di risoluzione delle controversie in cui le parti si affidano a uno o più soggetti privati a cui conferiscono un potere di accertamento che passa attraverso l'individuazione delle ragioni e dei torti nel caso concreto. Si tratta perciò di una soluzione autoritativa dell'arbitro, per la quale non viene richiesto il consenso degli interessati.

Questi metodi hanno un presupposto comune indefettibile: operano su diritti disponibili, cioè quei diritti in ordine ai quali il titolare può compiere atti di disposizione, quali la rinuncia e il trasferimento.

La nostra Corte costituzionale si è occupata dell'arbitrato in relazione alla sua compatibilità con gli artt. 24 e 25 Cost., che sanciscono, rispettivamente, il principio del diritto di difesa e il principio del giudice naturale precostituito per legge.

Dalla sentenza n. 2/1963 la Corte si è sempre dimostrata favorevole a questo istituto, infatti l'ordinamento ha dato un'alternativa alle parti, ed è la loro scelta a far sì che la competenza si sposti dal giudice del procedimento ordinario all'arbitro.

La Corte si è espressa in maniera negativa solo nei confronti dell'arbitrato obbligatorio *ex lege*: con la sentenza n. 221/2005 ha affermato in maniera chiara che questa obbligatorietà è incompatibile con la Costituzione, in quanto siamo in presenza di una manifesta lesione del diritto di azione e di difesa.

È per questo motivo che nel 2006, con il d.lgs. 163, si è rimesso mano alla materia degli appalti pubblici (materia per cui questo problema era venuto in luce), consentendo

alle parti di svincolarsi dall'arbitrato e adire il giudice ordinario.

In dottrina ci sono state discussioni riguardanti la natura dell'arbitrato: ci si chiedeva se si potesse parlare o meno di giurisdizione. Effettivamente possiamo anche parlare di giurisdizione facendo però molta attenzione, in quanto si tratta di una giurisdizione diversa da quella dello Stato, e non rappresenta un potere pubblico. È una giurisdizione per quello che riguarda l'attività, infatti l'arbitro dichiara il diritto così come il giudice ordinario (*iuris-dicere*).

L'arbitrato è uno strumento duttile, rimesso alla volontà delle parti, che si trova in continuo sviluppo, anche e soprattutto a livello internazionale.

Capitolo I “La definizione di arbitrato internazionale”

DEFINIZIONE SECONDO LA CONVENZIONE DI GINEVRA DEL 1961

Questa convenzione nasce per regolamentare i rapporti internazionali e facilitarli, risponde a un'esigenza di giustizia fra e per i commercianti.

L'economia è ormai mutata, sempre più i traffici commerciali si svolgono fra Paesi distanti, spesso con sistemi normativi e giurisdizionali molto diversi fra loro, addirittura incompatibili.

Ecco che l'arbitrato nasce come un fenomeno spontaneo che necessita però di una regolamentazione; necessità cui cerca di dare risposta la Convenzione di Ginevra che, come vedremo in seguito, si pone l'obiettivo di regolare a tutto tondo questo fenomeno nascente.

L'articolo 1 della Convenzione citata ci rende subito chiaro il suo campo di applicazione, affermando:

La presente Convenzione si applica: alle convenzioni d'arbitrato concluse per risolvere le controversie sorte o che potrebbero sorgere da operazioni

di commercio internazionale, tra persone fisiche o morali aventi, al momento della conclusione della Convenzione, la loro residenza abituale oppure la loro sede in Stati contraenti diversi (...).

Per questo, affinché si possa parlare di arbitrato internazionale sono richiesti due elementi:

- la commercialità del rapporto;
- l' internazionalità del rapporto, intendendo con ciò le controversie sorte fra persone fisiche e giuridiche con residenza abituale o sede in Stati contraenti diversi¹.

Abbiamo due requisiti, uno oggettivo e l'altro soggettivo, che operano congiuntamente.

La commercialità del rapporto che dà origine alla controversia va intesa come inerenza a operazioni del commercio, e quindi allo scambio di beni, merci e servizi tra Paesi diversi.

Con il riferimento alla residenza abituale e alla sede viene data rilevanza a parametri che hanno ispirato anche la riforma del diritto internazionale privato e processuale italiano.

Con la legge n. 218/1995 si è voluto dare rilevanza alla realtà fattuale piuttosto che a quella formale, infatti si

¹ S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, Torino, 2013, pagg.15-16.

utilizzano criteri sostanziali quali il centro permanente o abituale dei propri interessi e della propria vita personale² nel caso di persone fisiche, e il centro degli affari e dell'amministrazione, nel caso di persone giuridiche.

È una disciplina che ha come scopo quello di uniformare le legislazioni nazionali in materia, per rendere più facile l'utilizzo dello strumento arbitrale.

L'altro obiettivo è quello di far sì che divenga più agevole il riconoscimento della sentenza arbitrale, ed è perseguito integrando la Convenzione di New York del 1958, la quale disciplina questo aspetto specifico.

Quest'ultima Convenzione non ci dà una definizione specifica di arbitrato internazionale ma si limita a dirci, all'articolo I:

La presente Convenzione si applica al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze arbitrali emesse sul territorio di uno Stato diverso da quello dove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione, in controversie tra persone fisiche e giuridiche. Essa è parimente applicabile alle sentenze arbitrali non considerate nazionali nello Stato in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono domandati.

L'oggetto di questa convenzione non è pertanto l'arbitrato internazionale, ma l'arbitrato estero; la definizione ampia

² Cass. S.U. 17 febbraio 2010 n. 3680, in *Dir. Famiglia*, 2010, 1195.

permette di utilizzare la relativa disciplina anche per il riconoscimento dell'arbitrato internazionale.

La Convenzione di New York quindi non mira a uniformare e disciplinare l'arbitrato *tout court*, ma a far sì che ci siano dei criteri standard, di fronte ai quali, se rispettati, lo Stato non potrà apporre il proprio diniego all'esecuzione e al riconoscimento della sentenza arbitrale straniera.

DEFINIZIONE SECONDO LA LEGGE MODELLO UNCITRAL DEL 1985

La Legge Modello Uncitral non vincola i vari Stati, ma si pone come modello di disciplina del fenomeno dell'arbitrato negli ordinamenti interni.

Infatti questa Legge è stata adottata da alcuni Paesi in maniera integrale, mentre per altri è stata fonte di ispirazione per modificare la disciplina interna in materia.

Anche qui ci troviamo in presenza di due elementi:

- la diversa dislocazione degli elementi riguardanti la controversia;
- la volontà delle parti³.

Quanto al primo profilo, nell'articolo 1 vengono specificati vari requisiti:

1. le due parti hanno, al momento della stipula della convenzione, il loro centro di affari in Stati diversi, richiamando in questo modo i criteri sostanziali di cui tutto il diritto internazionale privato e processuale è imperniato;
2. una parte sostanziale delle obbligazioni derivanti dal rapporto da cui nasce la controversia deve essere

³ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2001, pagg. 42-43.

eseguita all'estero; ogni contratto fa nascere delle obbligazioni a carico dei soggetti stipulanti, si tratta di vedere in quale Paese si debba adempiere l'obbligazione più rilevante e se questo è estero rispetto al luogo di stipula;

3. all'estero si trova il luogo con il quale l'oggetto della controversia ha il collegamento più stretto; per definire cosa sia la stretta connessione possiamo far riferimento alla Convenzione di Roma del 1980 che disciplina la legge applicabile ai contratti internazionali. In caso di mancanza di una scelta espressa delle parti viene fatto riferimento al luogo in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o la propria amministrazione. La prestazione caratteristica è diversa a seconda del tipo di contratto, ad esempio in un contratto di compravendita la prestazione caratteristica sarà quella del venditore, mentre in un contratto di agenzia sarà quella dell'agente.

Il secondo aspetto riguarda invece le parti e la loro volontà, esse infatti devono convenire espressamente che l'arbitrato dovrà svolgersi all'estero o che l'oggetto della convenzione

arbitrale sia collegato con più Stati.

Quest'ultimo aspetto è molto importante perché mette in luce la centralità che viene data in questo istituto alle parti; esse sono sovrane non solo in questa fase iniziale ma anche in tutto il corso del procedimento arbitrale, nominando gli arbitri e dettando le regole procedurali.

Per la prima volta l'internazionalità viene individuata sulla base di più criteri, alternativi e non congiunti⁴, permettendo così di allargare la possibilità di utilizzare questo metodo alternativo di soluzione delle controversie.

Pure questa Legge Modello ha l'obiettivo di uniformare le legislazioni interne in materia, ed è stata utilizzata anche da alcuni organismi arbitrali internazionali per riformare il proprio regolamento.

In Belgio, ad esempio, nel giugno del 2013 è stato riformato il sistema dell'arbitrato adottando il modello dell'Uncitral con “ *the new belgian arbitration act*”⁵.

4 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Padova, 2004, pag. 35.

5 WWW.MONDAQ.COM/x/286450/arbitration+dispute+resolution/belgium+strengths+position+on+international+arbitration+stage

DEFINIZIONE SECONDO L'ABROGATO CAPO VI DEL C.P.C.

La legge n. 25/1994, oltre a inserire *ex novo* il capo VI nel Titolo VIII dedicato all'arbitrato, ha innovato profondamente l'istituto dell'arbitrato interno, ad esempio consacrando quale causa di nullità del lodo arbitrale l'inosservanza del principio del contraddittorio, introducendo il principio di autonomia e conservazione della clausola compromissoria, stabilendo che la competenza arbitrale non venga meno se c'è una connessione tra la controversia di cui si occupa l'arbitro e una causa pendente davanti al giudice ordinario⁶.

L'introduzione del capo VI aveva come scopo quello di favorire lo sviluppo dell'arbitrato internazionale nel nostro ordinamento.

L'art. 832 c.p.c. definiva come arbitrato internazionale quell'arbitrato in cui le parti abbiano la residenza abituale o la sede all'estero, ovvero in cui una parte rilevante delle prestazioni dovesse essere eseguita all'estero.

Il principio che ispirava questa disciplina era l'assoggettamento dell'arbitrato internazionale alle norme

⁶ Smontando così il consolidato orientamento della Corte di cassazione, che aveva sempre sancito la prevalenza della giurisdizione statale su quella arbitrale: cfr. Cass. 23 agosto 1990, n. 8608, in *Riv. Arb.*, 1991, 757.

previste per l'arbitrato domestico, fatte salve alcune eccezioni:⁷

1. La disciplina interna sulle clausole vessatorie, per cui la convenzione arbitrale, se inserita all'interno delle condizioni generali di un contratto, va specificamente approvata per iscritto ex art. 1341 c.c., si considera non applicabile a livello internazionale; la stessa Corte di cassazione⁸ ha sancito che la validità formale della clausola compromissoria debba essere accertata unicamente alla stregua dei criteri contenuti nella Convenzione di New York del 1958, criteri tra i quali non figura la specifica approvazione per scritto.
2. Per quello che riguarda la legge applicabile al merito della controversia, sono le parti a indicare agli arbitri quali norme applicare; possono scegliere la legge di uno Stato terzo oppure più leggi a seconda dei diversi aspetti del contratto, ovvero possono chiedere all'arbitro di pronunciarsi secondo equità o di utilizzare la *lex mercatoria*, di cui diremo in seguito. In mancanza di scelta delle parti spetta all'arbitro valutare quale sia la legge con cui la controversia ha il collegamento più stretto, tenendo conto delle

⁷ www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_36.pdf

⁸ Cass. 15 gennaio 1992, n. 405, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 378.

clausole contenute nel contratto e degli usi del commercio internazionale.

3. La lingua da utilizzare nell'arbitrato è quella scelta dalle parti, oppure, in mancanza, quella scelta dall'arbitro tenuto conto delle circostanze del caso concreto ex art. 835 c.p.c.
4. L'art. 836 dà la possibilità alle parti di non tener conto delle norme stabilite in tema di ricsuzione del collegio arbitrale, questo perché spesso i regolamenti degli organismi di arbitrato internazionale prevedono la competenza delle Corti di Arbitrato a decidere in proposito.
5. L'art. 837 permette la riunione degli arbitri anche in conferenza videotelefonica, salvo diversa disposizione delle parti.
6. In presenza di arbitrato internazionale non è consentita l'impugnazione di nullità per violazione delle regole di diritto; in caso di impugnazione la Corte d'appello non può decidere il merito della controversia, non si applicano le norme sulla revocazione e sull'opposizione di terzo; si vogliono in questo modo ridurre le ipotesi di impugnazione per evitare che il giudice interno si trovi a decidere sulla

base di norme di diritto esterno. Viene favorita una maggiore stabilità della sentenza arbitrale internazionale.

Questo Capo VI è stato abrogato dal d.lgs. n. 40/2006, che ha a sua volta modificato l'intera materia dell'arbitrato.

In pratica l'arbitrato internazionale costituisce, per il diritto italiano, una categoria peculiare di arbitrato sottoposto al diritto interno, che non ha più bisogno di un capo apposito ma che è sottoposto alla regolamentazione ordinaria dell'arbitrato, salvo alcune regole peculiari che sono inserite all'interno dei vari articoli che si occupano dell'arbitrato rituale interno⁹.

Troviamo, ad esempio, che la possibilità di scegliere la lingua dell'arbitrato viene data per l'arbitrato *tout court ex art 816 bis*, e non solo per quello internazionale come previsto nel 1994.

Oppure notiamo che l'art 830, che disciplina la decisione sull'impugnazione per nullità, dà la possibilità alla Corte di appello di decidere nel merito della controversia solo se le parti hanno così stabilito all'interno della convenzione di arbitrato, o ne fanno concorde richiesta, nell'ipotesi in cui una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione, risiede o ha la propria sede effettiva

⁹ S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit. pagg.12-13.

all'estero.

Ecco che abbiamo regole in precedenza previste per l'arbitrato internazionale che si estendono anche all'arbitrato interno, o specifiche eccezioni che vengono previste all'interno della disciplina generale comune.

Dunque oggi nel nostro ordinamento non troviamo più una distinzione tra arbitrato interno e internazionale, le procedure e le regole per l'arbitrato sono state unificate.

La disciplina dell'arbitrato internazionale è divenuta il modello cui ispirare anche l'arbitrato interno, con le opportune cautele.

Possiamo dire, più in generale, che la determinazione dei criteri di individuazione dell'arbitrato internazionale avviene in maniera discrezionale all'interno di ciascun ordinamento, ciascun ordinamento è libero di disciplinare tali criteri come meglio crede; chiaramente il recepimento delle Convenzioni internazionali ha aiutati gli ordinamenti a creare definizioni e regole uniformi, in modo che gli operatori del commercio avessero più certezze sulle regole, sulla stabilità e sull'efficacia delle sentenze arbitrali¹⁰.

10 S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit. pag. 7.

CONSEGUENZE DELL'INTERNAZIONALITÀ

Quali sono i motivi che spingono le parti a scegliere l'arbitrato internazionale come mezzo di soluzione delle loro controversie?

Sicuramente attraverso tale strumento le parti hanno in mano il controllo della procedura, e questo aspetto non è di poco conto considerando la natura stessa delle controversie: questioni inerenti il commercio, spesso caratterizzate da un elevato tecnicismo, in campi scientifici in cui il giudice ordinario non ha le conoscenze adeguate rendono inevitabile la richiesta di consulenze tecniche che allungherebbe inesorabilmente i tempi di decisione della causa.

Quindi troviamo un'ampio riconoscimento dell'autonomia privata: le parti scelgono gli arbitri, la legge applicabile alla procedura e al merito della controversia e dettano anche i termini per la decisione.

In questa materia le norme interne hanno solamente un ruolo suppletivo: quando le parti omettono di disciplinare alcuni aspetti, interviene la disciplina interna ai singoli ordinamenti, spesso orientata sulla base delle Convenzioni internazionali in materia, a guidare la fissazione da parte

degli arbitri dei singoli aspetti su cui le parti non si sono soffermate.

L'arbitrabilità a livello internazionale è più ampia, poiché non incontra le restrizioni tipiche degli ordinamenti interni. Le formalità e gli oneri sono ridotti al minimo.

Vengono diminuiti anche i motivi di impugnazione della sentenza arbitrale, dando ad essa una maggiore stabilità, inoltre viene data la possibilità alle parti di escludere, già nella convenzione arbitrale, alcuni motivi di impugnativa.

La procedura inoltre è più rapida, vista la riduzione dei formalismi e considerata la possibilità di scegliere l'arbitro o gli arbitri fra esperti in materia.

È anche possibile che la scelta di questo strumento sia dettata dall'eventualità che l'arbitro riesca a trovare una soluzione che rappresenti un bilanciamento fra norme di diritto e principi del commercio internazionale, o che rappresenti addirittura uno strumento di collaborazione delle parti per far continuare il loro rapporto.

L'arbitrato internazionale è caratterizzato dalla riservatezza, qualità molto importante per gli operatori del commercio.

Dobbiamo anche sottolineare che l'esecutività data dalla convenzione di New York a queste sentenze arbitrali è un forte incentivo, in quanto consente di ottenere l'esecuzione

e il riconoscimento in maniera rapida senza le difficoltà che in alcuni ordinamenti si possono incontrare per le sentenze ordinarie.

Nella redazione di un contratto internazionale è fondamentale decidere quale sarà il mezzo di risoluzione delle eventuali controversie, e in questa decisione bisogna valutare quale è la legge più favorevole alla parte ma anche la possibilità e le eventuali difficoltà che la parte incontrerà nel far eseguire quella sentenza in un determinato Stato.

È possibile che un arbitrato internazionale presenti dei costi maggiori rispetto a un ordinario processo, e in questa decisione bisogna perciò ponderare in maniera accurata se “il gioco vale la candela”; la parte spesso si domanda: “cosa me ne faccio di una sentenza se poi non ho la sicurezza che questa troverà esecuzione?”

Nella stipula di un contratto internazionale serve avere tutto sotto controllo e valutare le possibili conseguenze di ogni scelta effettuata; tra tutti gli aspetti da tenere a mente, quelli della legge applicabile al contratto e del metodo di risoluzione delle controversie necessitano di un'attenzione maggiore, visti i risvolti pratici che comportano.

CONCLUSIONI SUL TEMA DELL'INTERNAZIONALITÀ

Grazie a questo breve *excursus* sulle varie definizioni di arbitrato internazionale possiamo dire che ciò che lo qualifica è il rapporto sottostante la controversia; rapporto che presenta elementi di estraneità sia con l'ordinamento in cui ha sede l'arbitrato, sia con quello in cui deve essere eseguita la sentenza arbitrale.

Questa estraneità è rappresentata dalla nazionalità o dalla residenza dei contraenti (elemento soggettivo), ovvero dal luogo di esecuzione dell'obbligazione prevalente o dal suo oggetto (elemento oggettivo).

Inoltre l'internazionalità può derivare anche dall'espressa volontà delle parti.

Ed è proprio per questi elementi di estraneità che i vari ordinamenti e le varie Convenzioni hanno previsto discipline più liberali in materia, in modo che sia più facile ricorrervi. Si è voluto creare un istituto flessibile e adatto alla specialità dei rapporti che stanno alla base delle controversie sottoposte agli arbitri internazionali.

Non dobbiamo dimenticare che l'arbitrato internazionale vede un'attenuata disciplina interna e un controllo limitato,

ma, come nel caso italiano, è pur sempre regolato e trova il suo fondamento nei vari ordinamenti statali.

È impossibile ipotizzare un arbitrato internazionale fondato esclusivamente su norme di origine non statale¹¹, privo di legami con i vari Stati.

Esiste comunque un sistema normativo statale di riferimento, cosicché l'arbitrato internazionale non è semplicemente il risultato della volontà delle parti.

Infatti in dottrina si è rilevato che se esistessero un arbitrato e un lodo a-nazionali questi dovrebbero trovare il loro fondamento nell'ordinamento internazionale, cosa impossibile se si considera che questo dovrebbe attribuire efficacia all'autonomia privata di soggetti cui non viene riconosciuta piena soggettività giuridica a livello internazionale¹².

È vero che l'arbitrato internazionale è strettamente collegato all'autonomia contrattuale, ma l'internazionalità del contratto è, per certi aspetti, diversa da quella del lodo.

Il contratto viene eseguito indipendentemente dalla legge regolatrice e può essere annullato anche in Stati diversi rispetto a quello la cui legge lo regola.

Questo non accade per il lodo: l'ordinamento di

11 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit. pagg. 57 e ss.

12 A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 2009, pagg. 17 e ss.

provenienza interviene sia per quello che riguarda la sua impugnazione sia in ogni fase del procedimento in cui serve l'intervento del potere coattivo proprio del giudice statale (ad esempio le misure cautelari).

È chiaramente una statualità ridotta, visto che si tratta di rapporti contrattuali internazionali, e lo notiamo in diversi aspetti:¹³

- viene data la possibilità agli arbitri di decidere secondo norme e usi internazionali;
- gli arbitri solitamente applicano le norme di conflitto in maniera attenuata, hanno la libertà di aggirarle o di crearne di nuove più rispondenti alle esigenze del caso concreto;
- il procedimento arbitrale è poco regolato, ciò su cui si soffermano gli ordinamenti interni sono la convenzione di arbitrato, gli effetti del lodo, i possibili interventi della giurisdizione ordinaria e la sua eventuale impugnazione;
- la localizzazione geografica è molto importante ai fini della individuazione della nazionalità dell'arbitrato, ma non è l'unico elemento da tenere in considerazione.

13 A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero, cit.*, pagg. 22 e ss.

Non è possibile ipotizzare che la Convenzione di Ginevra del 1961 crei un lodo a-nazionale, in quanto essa integra la Convenzione di New York, che ci parla espressamente di un lodo straniero rispetto al Paese in cui il riconoscimento e l'esecuzione vengono richiesti.

Affinché un lodo sia estero serve che abbia una nazionalità. Ecco che questo requisito della Convenzione di New York, della estraneità del lodo rispetto a un determinato ordinamento, permette di affermare che nemmeno questa convenzione apre le porte a un lodo a-nazionale.

Quest'ultima convenzione ha però il pregio di aver parzialmente denazionalizzato il lodo, in quanto i requisiti richiesti per il riconoscimento e l'esecuzione sono soltanto l'originale della convenzione di arbitrato e l'originale della sentenza arbitrale; non si entra quindi nel merito della nazionalità e dell'efficacia della sentenza arbitrale, quest'ulteriore indagine verrà fatta se ci sarà l'opposizione della parte contro cui quella sentenza viene fatta valere¹⁴.

Inoltre i vari elementi da verificare in caso di opposizione devono essere valutati sulla base della legge scelta dalle parti e, solo in mancanza di questa, della legge del luogo in cui si svolge l'arbitrato (ad esempio la validità della convenzione di arbitrato o la regolare costituzione del

¹⁴ A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero, cit.*, pagg. 42 e ss.

collegio arbitrale, ma questo aspetto verrà analizzato nel dettaglio nel prossimo capitolo).

In conclusione, quello internazionale è un arbitrato con elementi di estraneità rispetto agli ordinamenti interni, ma che necessita di riferirsi a norme statali per trovare la sua legittimazione; solo una convenzione internazionale potrà eventualmente sancire la nascita di un lodo totalmente svincolato dagli ordinamenti interni.

ARBITRATO ED ARBITRAGGIO

Arbitrato e arbitraggio sono due istituti che, per assonanza, vengono spesso confusi tra loro.

Dell'arbitraggio si occupa il nostro codice civile all'art. 1349; si tratta di uno strumento di cui si servono le parti di un contratto, le quali omettono di indicare uno o più elementi del negozio giuridico e danno questo potere a un terzo soggetto.

L'arbitratore, quindi, è chiamato a integrare il contenuto negoziale.

Abbiamo due tipi di arbitraggio nel nostro ordinamento¹⁵:

1. *arbitrium merum*, nel quale le parti si affidano al mero arbitrio del terzo, quindi sarà possibile impugnare la determinazione solo se si riscontra la mala fede dell'arbitratore. Se manca la determinazione il contratto sarà nullo, a meno che le parti non si accordino per la sostituzione dell'arbitratore;
2. *arbitrium boni viri*, nel quale le parti si rimettono al prudente apprezzamento dell'arbitratore. Se manca la determinazione del terzo, o se è manifestamente iniqua o erronea, a completare il negozio interverrà il

¹⁵ www.diritto.it/articoli/civile/nicolosi.html

giudice ordinario.

L'arbitraggio è inoltre disciplinato all'art. 1473 c.c. per il contratto di vendita affinché il terzo ne determini il prezzo.

L'arbitratore può essere eletto direttamente nel contratto o posteriormente; in ogni caso la volontà di rimettersi a un terzo per il completamento del negozio deve risultare in maniera chiara dal contratto stesso.

Se non risulta espressamente la volontà delle parti di sottostare al mero arbitrio del terzo (*arbitrium merum*), il terzo dovrà procedere con equo apprezzamento (*arbitrium boni viri*).

L'arbitraggio, come possiamo costatare, ha alla base un rapporto contrattuale incompleto.

È proprio quest'ultima la differenza fondamentale con l'arbitrato, infatti questo ha come presupposto essenziale una controversia attuale o futura su un rapporto perfezionato.

Nell'arbitraggio le parti hanno stipulato un contratto incompleto e vi pongono rimedio attraverso l'intervento di un terzo.

Nell'arbitrato il terzo interviene solo quando c'è una lite da dirimere fra le parti contrattuali (le parti potranno scegliere l'arbitrato nel momento in cui la lite si manifesta o

precedentemente al suo insorgere nel contratto stesso).

La sentenza n. 5707/2002 della Corte di cassazione ha sottolineato ulteriormente la difformità di funzione fra i due istituti.

L'arbitraggio, pur trovando applicazione in molti contratti tipici, non è configurabile nella transazione in quanto non ha come presupposto una controversia, a differenza appunto dell'arbitrato.

L'arbitraggio non trova inoltre applicazione, ex artt. 631 e 778 c.c., né in materia testamentaria né in materia di donazioni.

L'arbitraggio si distingue a sua volta dalla perizia contrattuale, in cui ci si affida a un terzo per la determinazione di un apprezzamento, di solito di natura tecnica, sulle conseguenze di un certo evento.

Capitolo II “ Il procedimento arbitrale”

CONVENZIONE ARBITRALE E CONTROLLO DELLA SUA VALIDITÀ

All'interno della formula “convenzione di arbitrato”, a livello internazionale ricompendiamo due concetti che si trovano distinti e separati nell'ordinamento interno:

- la clausola compromissoria, in cui le parti attribuiscono all'arbitro il potere di decidere sulle possibili controversie future ed eventuali. L'oggetto della lite è determinabile in quanto circoscritto nell'ambito del rapporto contrattuale cui inerisce la clausola;
- il compromesso, in cui le parti pongono in essere questo accordo quando la lite è già insorta fra di loro e ne attribuiscono la risoluzione all'arbitro.

Le convenzioni internazionali hanno avvicinato questi due istituti, fino a far scomparire del tutto ogni distinzione.

Infatti la Convenzione di Ginevra del 1961, all'art. I, comma 2, specifica:

Ai fini della presente Convenzione, si intende per «convenzione d'arbitrato», sia una clausola

compromissoria inserita in un contratto, sia un compromesso, contratto o compromesso firmato dalle parti oppure contenuti in uno scambio di note, telegrammi o comunicazioni tramite telescriventi e, nei rapporti tra Paesi le cui leggi non impongono la forma scritta alla Convenzione di arbitrato, ogni convenzione conclusa nelle forme ammesse da dette leggi”.

La Convenzione di New York, invece, all'art II ci dice:

“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. Per «convenzione scritta» s'intende una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi.”

Questa seconda definizione, come possiamo notare, è più ampia, comprendendo anche i rapporti non contrattuali; in quanto lo scopo è quello di facilitare il più possibile il riconoscimento della sentenza arbitrale in uno Stato diverso da quello in cui è stata emanata.

Queste definizioni ampie hanno portato in Italia a un'interpretazione più flessibile del requisito della forma scritta anche per l'arbitrato interno, infatti attualmente sono compresi anche messaggi telematici, telegrammi, telefacsimile etc...

La convenzione ha due tipi di contenuto¹⁶:

1. necessario: le parti indicano la loro volontà di conferire all'arbitro il potere di decidere su quella controversia e devono dare le indicazioni necessarie per la costituzione del collegio arbitrale;
2. eventuale: le parti precisano quali eventuali controversie affidare alla competenza dell'arbitro, infatti la convenzione può anche non riguardare tutte le controversie scaturenti dal rapporto contrattuale, l'importante è che sia esplicita questa volontà e che sia chiaro il suo contenuto, in modo che non porti a interpretazioni contrastanti e a dubbi sul potere dell'arbitro.

Abbiamo sottolineato che le parti devono essere molto chiare e attente nella redazione della clausola arbitrale perché spesso nella prassi ci si trova di fronte a clausole patologiche¹⁷; clausole in cui si indica un'istituzione

¹⁶ S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit., pag. 27.

¹⁷ A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 52.

arbitrale inesistente o che ha cessato di operare, ovvero in cui si indicano due istituzioni arbitrali diverse senza fornire i criteri di scelta tra l'una e l'altra, oppure in cui viene nominato un arbitro morto o divenuto incapace prima dell'insorgere della controversia.

A volte risulta impossibile interpretare le clausole in favore della loro validità, proprio a causa di questi difetti.

Altro carattere della clausola è l'autonomia. Questo comporta che la sua validità debba essere valutata separatamente rispetto al contratto cui si riferisce, anche se stipulata nelle forme della clausola compromissoria.

Ciò significa che l'arbitro manterrà la sua competenza anche quando venga messa in discussione la validità del contratto.

Lo stesso accadrà ogniqualvolta sia presentata un'eccezione riguardante la validità della convenzione arbitrale: l'arbitro ha il potere di decidere della propria competenza.

Questo lo ricaviamo dalla stessa Convenzione di Ginevra, che all'art V, comma 3, precisa:

(...)L'arbitro la cui competenza è contestata non deve disinteressarsi del caso; egli ha il potere di pronunciarsi sulla propria competenza e sull'esistenza o validità della Convenzione d'arbitrato o del contratto di cui detta

convenzione fa parte.

Lo stesso articolo ci indica i termini di contestazione sulla competenza arbitrale:

- qualora si tratti di eccezioni fondate sull'inesistenza, la nullità o la caducità della convenzione di arbitrato, esse vanno presentate al più tardi al momento della presentazione delle difese di merito;
- qualora si tratti di eccezioni derivanti dal fatto che le questioni in litigio eccedono i poteri dell'arbitro, esse vanno presentate al momento in cui la questione che eccede i poteri viene in rilievo.

Secondo l'art. VI della Convenzione di Ginevra la validità della Convenzione di arbitrato va valutata, per quanto concerne la capacità delle parti, secondo la legge loro applicabile. Per quello che riguarda le altre questioni facciamo riferimento alla legge alla quale le parti hanno sottoposto la convenzione di arbitrato; in mancanza di tale indicazione, alla legge del Paese in cui la sentenza deve essere resa e, se questa non è determinabile, alle regole di conflitto del tribunale investito.

Sulla validità si pronuncia l'arbitro se l'eccezione è proposta davanti a lui, ma se l'eccezione tratta dall'esistenza di un convenzione di arbitrato, e viene

presentata nel corso di un giudizio ordinario, è possibile che sia il giudice statale a pronunciarsi sull'esistenza e sulla validità di tale convenzione.

In Italia, ad esempio, all'art. 819^{ter} c.p.c. ult. comma si afferma che in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato, ma se viene a esistenza un procedimento ordinario prima di quello arbitrale, e il convenuto eccepisce nella prima comparsa di risposta, a pena di decadenza, l'esistenza della convenzione di arbitrato, si occuperà della questione il giudice ordinario.

La Convenzione di Ginevra pone dei requisiti che, se non rispettati, porteranno all'invalidità della convenzione di arbitrato, e questi riguardano¹⁸:

- la capacità delle parti, sulla base della legge loro applicabile, e quindi della legge di cittadinanza o di residenza in caso di persone fisiche, ovvero la legge della sede quando si tratta di persone giuridiche. I vari ordinamenti, come quello italiano all'art. 808 c.p.c., asseriscono che il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola

18 S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit., pag. 31 e ss.

compromissoria, seguendo le indicazioni dell'art. 2 della Convenzione di Ginevra;

- una chiara determinazione dell'oggetto della convenzione di arbitrato; infatti devono essere facilmente individuabili le controversie devolute alla competenza dell'arbitro, onde evitare procedimenti inutili;
- l'arbitrabilità delle controversie, requisito che deve essere valutato sulla base della legge applicabile. I vari ordinamenti nazionali indicano quali materie escludere dalla competenza arbitrale; in Italia, ad esempio, l'art. 806 c.p.c. dà alle parti la possibilità di adire l'arbitro per tutte le controversie non riguardanti diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge;
- la forma, valutata sulla base della legge scelta dalle parti o, in mancanza, dalla legge della sede dell'arbitrato.

La validità della convenzione comporta la sua vincolatività, le parti sono obbligate a sottoporre quelle controversie all'arbitro, sostituendo la giurisdizione ordinaria con quella arbitrale.

Le parti possono anche rinunciare alla convenzione di arbitrato. Solitamente lo fanno tramite un accordo

successivo, oppure quando una parte omette di opporsi all'instaurazione di un giudizio ordinario (è il caso della rinuncia tacita).

La Convenzione di New York, all'art. II, molto semplicemente, obbliga gli Stati contraenti a riconoscere la validità della Convenzione arbitrale quando questa sia valida alla stregua della legge che le parti hanno scelto come applicabile.

LA COSTITUZIONE DEL COLLEGIO ARBITRALE

Il procedimento arbitrale inizia grazie a un'istanza di parte, e il primo onere cui le parti devono ottemperare è la costituzione del collegio arbitrale.

L'istanza di parte deve contenere, secondo il regolamento ICC (*international chamber of commerce*):

1. la denominazione completa, l'indirizzo, e gli altri recapiti di ciascuna delle parti;
2. il nome completo, l'indirizzo e gli altri recapiti della persona o delle persone che rappresentano l'attore;
3. una descrizione della controversia;
4. le conclusioni e l'ammontare delle domande quantificabili;
5. la convenzione di arbitrato;
6. ogni precisazione rilevante ai fini della costituzione del collegio arbitrale;
7. ogni indicazione rilevante ai fini della sede dell'arbitrato, della lingua e delle regole di diritto applicabili.

Abbiamo diverse modalità di costituzione, che differiscono a seconda del tipo di arbitrato.

Infatti se siamo di fronte a un arbitrato *ad hoc*, vale a dire

un arbitrato interamente disciplinato dalle parti stesse, che si impegnano a regolare ogni fase e aspetto della procedura, spesso gli arbitri sono già nominati nella convenzione e quindi, se c'è già stata accettazione dell'incarico, basta la sola istanza di parte affinché il collegio si costituisca.

Altrimenti le parti nominano gli arbitri a seguito dell'istanza di una delle due e, in caso di disaccordo, ci si rivolgerà ad un'Autorità designata dalle parti o competente in base alla legge applicabile.

Nel caso dell'arbitrato amministrato, quello in cui le parti si affidano a un organismo internazionale (la Camera arbitrale) che si occupa tramite il suo regolamento di disciplinare ogni fase della procedura, compresa quella di costituzione del tribunale giudicante, si seguiranno le modalità dettate da questo soggetto terzo.

Si può trattare di un arbitro unico o di un collegio, quest'ultimo composto da un numero dispari di componenti.

Le parti, nel caso in cui si tratti di un collegio, nominano uno o più arbitri ciascuna e il Presidente del collegio viene nominato di comune accordo, dalle parti stesse o dagli arbitri, o da un'Autorità terza.

Secondo l'art. IV, comma 2 della Convenzione di Ginevra, in caso di arbitrato *ad hoc*, se entro trenta giorni dall'istanza di parte per dare inizio a un arbitrato, una delle parti non ha designato il suo arbitro, quest'ultimo verrà designato, salvo accordo contrario, su richiesta dell'altra parte, dal Presidente della Camera di Commercio competente nel Paese in cui la parte in difetto ha la sua residenza abituale o la sua sede al momento della presentazione dell'istanza.

L'art. IV, comma 3 della Convenzione di Ginevra specifica che qualora le parti non si trovassero d'accordo sulla nomina dell'arbitro unico, o in mancanza di accordo degli arbitri sulle misure necessarie per l'organizzazione dell'arbitrato (quando queste non sono previste nella convenzione di arbitrato dalle parti), l'attore potrà rivolgersi:

- se le parti hanno concordato la sede dell'arbitrato, al Presidente della Camera di Commercio competente nel Paese in cui si trova la sede o, a scelta, di quella competente nel Paese in cui il convenuto ha la residenza abituale o la sede al momento di presentazione dell'istanza;
- se le parti non si sono trovate d'accordo sulla sede, al

Presidente della Camera di Commercio competente nel luogo in cui ha la residenza abituale o la sede il convenuto al momento della presentazione della richiesta di arbitrato, ovvero al Comitato speciale, la cui composizione e modalità di costituzione sono specificate nell'allegato alla stessa Convenzione.

Il regolamento ICC disciplina il procedimento di nomina all'art. 12:

- possiamo avere un arbitro unico nominato di comune accordo dalle parti entro un termine di trenta giorni, altrimenti interverrà la Corte;
- ovvero un collegio composto da tre arbitri; l'attore ne nomina uno entro quindici giorni dall'istanza, il convenuto ne nomina un altro entro i successivi quindici giorni; in entrambi i casi, se non arrivano le nomine nei termini previsti se ne occuperà la Corte. Il terzo arbitro, nonché Presidente del collegio, viene nominato di comune accordo dalle parti o dalla Corte (che comunque interviene se dopo trenta giorni le parti restano inerti).

In ogni caso la Corte conferma ogni nomina effettuata dalle parti, tenendo conto della nazionalità e della residenza dei soggetti nominati, ma soprattutto delle loro capacità di

condurre un arbitrato conforme al regolamento.

L'art. 12 della Legge modello Uncitral ci indica i requisiti che deve avere un arbitro per svolgere al meglio la sua funzione: l'imparzialità e l'indipendenza.

L'indipendenza consta nell'assenza di rapporti di lavoro, di collaborazione o di dipendenza organica con una delle parti in causa, o con i loro procuratori o consulenti; l'imparzialità è l'estraneità ai fatti di causa e quindi l'assenza di interessi personali nella decisione della controversia¹⁹.

Questo articolo, infatti, ci dice che al momento dell'accettazione della nomina ogni arbitro deve informare le parti dei possibili fattori che potrebbero far nascere dubbi in ordine a questi due requisiti.

Si tratta della medesima dichiarazione di accettazione, disponibilità, imparzialità e indipendenza, di cui all'art. 11 del regolamento ICC; l'arbitro, inoltre, in base a tale regolamento, ha l'onere di informare per scritto il Segretario della Corte dei fatti e delle circostanze in grado di creare incertezze sulla sua imparzialità e indipendenza nel corso del procedimento; il Segretario ne dà comunicazione alle parti e gli dà un termine per la presentazione di eventuali osservazioni al riguardo.

Per questi stessi motivi, e nel caso in cui gli arbitri non

¹⁹ E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992, pagg. 1 e ss.

siano in possesso delle qualifiche concordate dalle parti, è possibile la riconsazione. La parte che ha nominato o ha partecipato alla nomina di quell'arbitro lo potrà riconsare solo se è venuta a conoscenza dei motivi di riconsazione in un momento successivo alla nomina.

Della riconsazione si occupa l'art. 14 del regolamento ICC: l'istanza di riconsazione può essere presentata al Segretario della Corte entro trenta giorni dalla notifica della nomina o della conferma dell'arbitro, o entro trenta giorni dalla conoscenza dei motivi alla base della riconsazione se successivi alla nomina. Viene dato un termine agli arbitri e alle parti per presentare memorie scritte, successivamente la Corte decide sia dell'ammissibilità che del merito della riconsazione.

Gli arbitri riconsati devono essere sostituiti ex art. 15 del regolamento ICC (la sostituzione avviene anche in caso di dimissioni dell'arbitro, di morte o di richiesta di tutte le parti, ovvero può avvenire su iniziativa della Corte nel caso in cui rilevi un impedimento dell'arbitro, in fatto o in diritto, a svolgere le sue funzioni o non le svolga in maniera conforme al regolamento stesso), la Corte decide sulla base delle osservazioni scritte delle parti e degli arbitri e sceglie se seguire o meno la procedura di nomina

originaria.

Costituito il collegio, le parti se non l'hanno già fatto nella convenzione, o in assenza di una loro scelta, gli arbitri, scelgono la lingua e la sede dell'arbitrato.

La scelta della lingua è molto importante perché deve permettere a tutte le parti dell'arbitrato di partecipare in maniera consapevole al procedimento, nel rispetto del citato principio del contraddittorio.

La sede è anch'essa molto rilevante in quanto lega il procedimento alle regole di procedura proprie di un dato Paese, e lo sottopone alla competenza dei tribunali di quello Stato per gli interventi di supporto all'arbitrato, quali²⁰ :

- nomina e sostituzione arbitri;
- pronunce di provvedimenti cautelari;
- interventi coercitivi nell'istruttoria;
- impugnazioni della sentenza arbitrale;
- dichiarazione di esecutività ed efficacia del lodo.

²⁰ www.camcom.gov.it/regolazione-del-mercato/arbitrato/materiale-convegno-11.05.2012/clausole_arbitrali.pdf

L'ISTRUZIONE DELLA CAUSA

Successivamente alla costituzione del collegio, l'arbitro o gli arbitri passano all'istruzione della causa.

Le regole in questa fase sono dettate direttamente dall'arbitro, che ha come unico onere il rispetto del contraddittorio; una delle parti può anche optare per la non partecipazione al procedimento ma dovrà essere costantemente messa in condizione di decidere di presenziare in un momento successivo (il collegio le invia tutti i documenti prodotti nelle diverse fasi del giudizio).

Questa fase è disciplinata nel regolamento ICC all'art. 23, che specifica le indicazioni che devono essere contenute nell'atto di missione :

- la denominazione completa, la descrizione, l'indirizzo e gli altri recapiti delle parti e dei loro rappresentanti nel giudizio di arbitrato;
- gli indirizzi da utilizzare per effettuare le comunicazioni nel corso del procedimento arbitrale;
- un'esposizione sommaria delle domande (e la loro eventuale quantificazione) e delle conclusioni di ciascuna parte;
- l'indicazioni delle questioni controverse;

- l'indirizzo, il nome completo e gli altri recapiti di ogni arbitro;
- la sede dell'arbitrato;
- l'indicazione delle regole applicabili alla procedura.

L'atto di missione è sottoscritto dalle parti e dagli arbitri e viene inviato alla Corte; è uno scritto utile ai fini della snellezza e del regolare svolgimento di tutta la procedura.

La parte può stare in giudizio tramite un suo rappresentante legale (in questo caso è possibile che gli arbitri chiedano ai rappresentanti delle parti la prova del loro potere di rappresentanza), oppure può decidere di non avvalersene, e di partecipare al procedimento di arbitrato in prima persona.

L'istruzione della causa può riguardare elementi in fatto o in diritto.

Questa fase solitamente è scritta e si compone di scambi di memorie o documenti tra le parti.

Quando però c'è necessità di accertamenti in fatto, le prove vengono raccolte anche in maniera orale: testimonianze, perizie, dichiarazioni su fatto proprio etc.

Sono possibili sia perizie richieste dall'arbitro che perizie di parte. Infatti l'arbitro può intervenire d'ufficio nell'istruttoria della controversia per comprendere al

meglio le questioni prospettate dalle parti²¹.

Non esistono limiti circa le prove ammissibili in un arbitrato, e questa è un'ulteriore facilitazione per le parti.

Ma dobbiamo ricordare che l'arbitro non ha poteri coercitivi, perciò deve fare affidamento sugli organi giurisdizionali che lo coadiuvano in questa attività di raccolta delle prove, ad esempio nell'accesso in una proprietà privata, nella verifica di autenticità di un documento, nell'emanazione di provvedimenti conservativi o cautelari²².

Alcuni ordinamenti, come quello spagnolo e francese, autorizzano gli arbitri a emanare provvedimenti d'urgenza; in altri, come in Italia, questa possibilità è preclusa al giudice privato.

Dal combinato disposto dell'art. 818 e dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. italiano, questo divieto risulta chiaro (*“gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge”*), e viene in evidenza l'organo predisposto, in quanto soggetto dotato di potere coercitivo (*se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali, o è in corso il procedimento*

21 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 203.

22 S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit., pagg. 50-51.

arbitrale, la domanda riguardante misure cautelari va proposta al giudice che sarebbe stato competente a conoscere nel merito).

Al contrario, l'art. 23 della *ley de arbitraje* spagnola (ley n. 60/2003) afferma che, salvo accordo contrario delle parti, gli arbitri potranno, a istanza di una di loro, adottare le misure cautelari che ritengono necessarie rispetto all'oggetto della controversia, potranno inoltre esigere cauzioni da colui che richiede la misura cautelare.

In Francia l'art. 1468 n.c.p.c. prevede che una volta costituito il tribunale arbitrale sarà questo a occuparsi delle misure cautelari, a eccezione dei sequestri conservativi e dei sequestri giudiziari, per i quali resta competente il giudice ordinario francese.

Come possiamo notare questo aspetto non è disciplinato in maniera unanime, i vari ordinamenti risolvono la questione come più ritengono opportuno.

Gli ordinamenti che riconoscono il potere cautelare agli arbitri non pongono più l'accento sul potere coercitivo di questo organo, ma legano le misure conservative e/o provvisorie alla funzione giurisdizionale, la quale non sarebbe del tutto effettiva senza la possibilità di emanare provvedimenti cautelari²³.

²³ DE SANCTIS- WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento*

Ogni udienza si svolge in maniera riservata, in quanto questa è una delle caratteristiche essenziali dell'arbitrato.

Le parti, infine, vengono invitate a presentare le loro conclusioni, vale a dire le loro richieste finali agli arbitri, e sarà sulla base di queste ultime e del materiale raccolto nell'istruzione probatoria che gli arbitri prenderanno la loro decisione.

sistematico, Milano, 2011, pag. 966.

LA DELIBERAZIONE

La decisione riguardante la controversia, così come ogni decisione nel corso del procedimento (ad esempio quelle di rito o interlocutorie), viene presa a maggioranza dagli arbitri.

Serve la partecipazione di tutti gli arbitri, altrimenti la deliberazione risulterà viziata, ma è possibile che avvenga tramite proposte e accettazioni successive; le parti in ogni caso possono chiedere una conferenza personale e contestuale.

La sentenza arbitrale, redatta e sottoscritta dagli arbitri contiene²⁴:

- l'indicazione delle parti che hanno attivato quel procedimento arbitrale;
- l'indicazione della convenzione di arbitrato;
- l'indicazione delle conclusioni presentate dalle parti;
- la motivazione, e al riguardo l'art. 8 della Convenzione di Ginevra specifica che: *“si presume che le parti concordino che la sentenza arbitrale sia motivata, salvo che le parti abbiano espressamente dichiarato che la sentenza non lo debba essere, o che*

24 S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit., 2013, pag. 60.

esse si siano sottoposte ad una procedura arbitrale nell'ambito della quale non è d'uso motivare le sentenze, sempre che, in tal caso, le parti o una di esse non chiedano espressamente prima della fine dell'udienza, o se non c'è stata udienza, prima che sia redatta la sentenza, che la sentenza sia motivata”.

Ancora una volta notiamo che le parti sono sovrane del procedimento;

- la sede scelta dalle parti;
- il dispositivo, cioè quella parte della sentenza in cui viene indicata la decisione dell'organo giudicante sulla base delle richieste presentate dalle parti.

Con la sottoscrizione la sentenza arbitrale è obbligatoria fra le parti.

È possibile che le parti o i regolamenti arbitrali diano un termine agli arbitri per la pronuncia del lodo (nel regolamento ICC il termine è di sei mesi ma sono previste proroghe per giustificati motivi).

È possibile un procedimento di correzione della sentenza, a cui si procede *ex officio* o su istanza di parte, per rimediare a omissioni, errori materiali o di calcolo, o anche in caso di divergenza fra le diverse copie della decisione (nel regolamento ICC il termine previsto è di trenta giorni dalla

data del lodo, poi viene dato un termine all'altra parte per presentare osservazioni scritte e, scaduto questo, la Corte decide della correzione).

Inoltre l'art. 9 della Convenzione di Ginevra prevede le cause di annullamento della sentenza arbitrale:

1. le parti della convenzione di arbitrato erano incapaci ai sensi della legge loro applicabile;
2. la convenzione risulta invalida ai sensi della legge cui le parti l'hanno sottoposta ovvero, in mancanza di indicazioni al riguardo, ai sensi della legge del Paese in cui la sentenza è stata resa;
3. la parte che chiede l'annullamento non è stata sufficientemente informata della designazione dell'arbitro o della procedura di arbitrato, oppure non è stata in grado, per un altro motivo, di far valere le sue ragioni (sintetizzando possiamo parlare di violazione del principio del contraddittorio);
4. la sentenza verte su una questione non contemplata nella convenzione di arbitrato, o contiene delle decisioni che esorbitano dalle condizioni della convenzione stessa;
5. irregolare costituzione del collegio arbitrale.

La *ratio* di questa elencazione tassativa (riguardante i vizi

in procedendo) è quella di eliminare gli errori cosiddetti “*in iudicando*”, vista la grande libertà di cui godono le parti e gli arbitri nella scelta della legge da applicare alla procedura e al merito della controversia, nell'intenzione di dare maggiore stabilità alle sentenze arbitrali.

Il ricorso deve essere presentato di fronte al tribunale in cui ha avuto sede l'arbitrato, i vari organi preposti e le procedure sono indicati dai vari ordinamenti nazionali.

In Italia, per gli arbitrati internazionali con sede in Italia, della questione viene investita la Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'arbitrato ex art. 828 c.p.c. e, come sottolineavamo nel capitolo precedente, questa può decidere il merito della controversia solo quando le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta.

RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELLE SENTENZE ARBITRALI

Riconoscimento ed esecuzione sono due concetti diversi, ma sono legati in maniera indissolubile.

Il riconoscimento è la presa di coscienza da parte dello Stato che quella sentenza arbitrale esiste, è valida, ed è obbligatoria per le parti.

L'esecuzione invece si rende necessaria quando una delle parti non adempie spontaneamente al dispositivo della sentenza, è chiaro che affinché uno Stato si adoperi per eseguire una sentenza arbitrale occorre che prima la riconosca.

Il problema del riconoscimento e dell'esecuzione viene in luce ogniqualvolta questi vengano chiesti a uno Stato diverso da quello in cui la sentenza è stata resa, ovvero quando la sentenza sia stata emessa in quello Stato ma abbia seguito regole procedurali diverse da quelle interne, e quindi siano sentenze non considerate come nazionali.

L'art. III della Convenzione di New York ci fa comprendere appieno la sua volontà di equiparare la sentenza arbitrale interna con quella esterna: *“ciascuno Stato contraente riconoscerà l'autorità di una sentenza e ne accorderà*

l'esecuzione, conformemente alle norme di procedura osservate nel territorio, dove la sentenza è invocata, secondo le 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 tasse di procedura notevolmente più elevate di quelle applicate per il riconoscimento o l'esecuzione di sentenze arbitrali nazionali”.

Chi chiede il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza deve presentare all'organo competente secondo le varie legislazioni interne:

- l'originale della sentenza, debitamente autenticato, o una copia che soddisfi le condizioni richieste per l'autenticità;
- l'originale della convenzione di arbitrato, oppure una copia che soddisfi le condizioni richieste per l'autenticità.

Il tutto in una lingua ufficiale nel Paese in cui la sentenza è invocata.

L'art. V della suddetta Convenzione ci fa comprendere che bastano questi requisiti formali per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione, l'eventuale prova contraria

deve essere fornita dalla controparte, cioè quella parte contro la quale la sentenza è invocata.

Le condizioni ostative al riconoscimento e all'esecuzione sono elencate nell'articolo precedentemente richiamato:

1. le parti, secondo la legge da loro applicabile, erano affette da incapacità;
2. la convenzione di arbitrato non è valida in base alla legge cui le parti l'avevano sottoposta o, in mancanza di adeguata indicazione al riguardo, secondo la legge del paese dove la sentenza è stata emessa;
3. la parte contro la quale è stata invocata la sentenza non è stata debitamente informata della designazione dell'arbitro o della procedura di arbitrato, oppure non è stata in grado per altro motivo di far valere le sue ragioni, questo elemento va valutato sulla base della legge che regola l'arbitrato;
4. la sentenza concerne una questione non contemplata nella convenzione di arbitrato, oppure contiene delle decisioni che superano i limiti della convenzione stessa;
5. la costituzione del collegio arbitrale o la procedura di arbitrato non è stata conforme alla convenzione delle parti o, in mancanza di questa, alla legge del Paese

dove è avvenuto l'arbitrato;

6. la sentenza non è ancora divenuta obbligatoria per le parti, o è stata annullata o sospesa da un'autorità competente nel Paese nel quale, o secondo la legge del quale, è stata emessa la sentenza.

Notiamo subito che questa elencazione è la stessa usata dalla Convenzione di Ginevra per individuare i motivi di annullamento della sentenza arbitrale, come a sottolineare il legame che lega queste due convenzioni.

Non possiamo però non evidenziare che il campo di applicazione della Convenzione di New York è più ampio di quella di Ginevra, si riferisce infatti alle sentenze emesse in qualunque altro Stato, senza che questo debba essere per forza uno Stato contraente.

Il riconoscimento e l'esecuzione possono essere anche negati dalla stessa autorità statale cui vengono richiesti, se questa riscontra che:

- l'oggetto della controversia, secondo la legge di tali Paesi, non può essere regolato in via arbitrale;
- il riconoscimento e l'esecuzione di detta sentenza è contrario all'ordine pubblico.

Il primo di questi ultimi due criteri richiama il concetto di arbitrabilità, e quindi i limiti, diversi a seconda

dell'ordinamento in cui ci troviamo, dati da uno Stato alla libertà delle parti di sottoporre una certa controversia alla decisione dell'arbitro; ci sono materie escluse dalla competenza arbitrale (in Italia abbiamo visto che non sono arbitrabili le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili).

Il secondo invece richiama un concetto noto all'interno del diritto internazionale privato: l'ordine pubblico.

L'ordine pubblico è concetto che non ha una sola accezione, ma cambia a seconda dei vari ordinamenti, in quanto riguarda i principi etico-sociali che connotano l'ordinamento giuridico nel suo complesso o nei suoi singoli istituti.

L'ordine pubblico è relativo, perché è suscettibile di profonde mutazioni nel tempo e nello spazio; ed è indeterminato, nessun legislatore potrà mai predeterminarlo in modo analitico e rigido in una norma.

È un meccanismo di protezione dei valori essenziali e della coerenza dell'ordinamento interno rispetto all'ingresso di valori giuridici stranieri, ed è universale in quanto previsto e tutelato in tutte le Convenzioni di diritto internazionale privato e da quasi tutti gli ordinamenti nazionali²⁵.

²⁵ G. NOVELLI, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, Napoli, 2013, pagg. 62-63.

È un'eccezione, quella dell'ordine pubblico, che consente allo Stato di rifiutarsi di riconoscere le sentenze di altri Stati o di applicare il diritto straniero richiamato da una norma di conflitto, in quanto l'applicazione di quella norma o di quella sentenza condurrebbe a una situazione inaccettabile per lo Stato territoriale.

L'art. VI specifica ulteriormente che nel caso di richiesta di annullamento o sospensione della sentenza (il punto 6 sopra elencato), l'autorità di fronte alla quale la sentenza è invocata può a sua scelta sospendere la decisione circa l'esecuzione della sentenza e può, a istanza della parte che chiede l'esecuzione, esigere che la parte che si oppone all'esecuzione fornisca adeguate garanzie.

Questa Convenzione non tocca gli accordi bilaterali o multilaterali, conclusi dagli Stati contraenti, sull'esecuzione e riconoscimento di sentenze arbitrali.

In Italia, le sentenze straniere, prima delle leggi di riforma n. 25/1994 e n. 218/1995, per essere riconosciute dovevano passare attraverso il procedimento di delibazione presso la Corte d'appello del luogo in cui la sentenza doveva trovare attuazione.

Gli artt. 796 e 797 c.p.c. disciplinavano questo procedimento, la Corte d'appello dichiarava con sentenza

l'efficacia nel territorio della Repubblica della sentenza straniera quando:

- il giudice che l'aveva pronunciata poteva farlo secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano;
- la citazione era avvenuta in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo in cui si era svolto il procedimento e non erano stati violati i diritti essenziali della difesa;
- la costituzione delle parti era avvenuta secondo la legge del luogo dove si era svolto il processo o la contumacia era stata dichiarata in conformità a tale legge;
- la sentenza risultava passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui era stata pronunciata;
- questa non era contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano e passata in giudicato;
- non pendeva un processo davanti ad un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che avesse avuto inizio prima del processo straniero;
- le sue disposizioni non producevano effetti contrari all'ordine pubblico.

L'art. 800 c.p.c. faceva applicare questo procedimento

anche alle sentenze arbitrali straniere.

Oggi questo passaggio obbligatorio è stato eliminato, per le sentenze straniere (pronunce straniere che rilevano come atti giurisdizionali nell'ordinamento di appartenenza e che siano qualificabili come sentenze nel nostro ordinamento), grazie all'art. 64 della legge n. 218/1995 (ispirato alla Convenzione di Bruxelles del 1968 con cui si era voluta creare una giurisdizione europea, in cui tutte le sentenze dovevano avere lo stesso valore sia formale che sostanziale in tutti gli Stati membri dell'unione europea²⁶) che prevede il riconoscimento automatico alle stesse condizioni che prima erano elencate dall'art. 797 c.p.c.; è previsto, inoltre, all'art. 67 della stessa legge, che in caso di mancata ottemperanza o in caso di contestazione del riconoscimento della sentenza, ovvero quando sia necessario procedere a esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse (ogni soggetto che allegi che il riconoscimento o il mancato riconoscimento sia strumentale all'ottenimento di un'utilità o di un vantaggio non diversamente conseguibili) possa chiedere alla Corte d'appello di accertare l'esistenza dei requisiti del riconoscimento.

Per quello che riguarda le sentenze arbitrali questo procedimento di delibazione è stato eliminato grazie alla

²⁶ G. NOVELLI, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, cit., pag. 174.

legge n. 25/1994 che ha introdotto, nel libro quarto al titolo VIII, il capo VII nel codice di procedura civile, intitolato “*Dei lodi stranieri*”.

Questo capo è composto di due articoli:

1. l'art. 839 afferma con chiarezza che chi vuole ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza arbitrale straniera deve proporre ricorso al Presidente della Corte d'appello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte oppure, se questa non risiede in Italia, al Presidente della Corte d'appello di Roma. Il ricorrente deve produrre il lodo e la convenzione di arbitrato in originale o in copia conforme. Il Presidente della Corte d'appello verifica la regolarità formale del lodo e ne dichiara l'efficacia con decreto, a meno che la controversia sia inarbitrabile secondo la legge italiana o le disposizioni del lodo siano contrarie all'ordine pubblico;
2. l'art. 840 ci parla della possibilità di proporre opposizione al decreto che nega o concede l'efficacia del lodo straniero; questa opposizione va proposta mediante citazione davanti alla Corte d'appello entro trenta giorni dalla comunicazione (nel caso del decreto negativo) o dalla notificazione (nel caso del

decreto positivo). Il procedimento si svolgerà ex art. 645 c.p.c., seguendo quindi le regole dell'opposizione al decreto ingiuntivo. La Corte d'appello si pronuncerà con una sentenza impugnabile in Cassazione. Il riconoscimento e l'esecuzione verranno negati qualora la parte contro cui viene invocata la sentenza provi la sussistenza di una delle circostanze elencate dall'art. V della Convenzione di New York (sia quelle che deve dimostrare la parte che si oppone all'esecuzione, sia quelle rilevabili d'ufficio). In ogni caso sono fatte salve le norme stabilite nelle Convenzioni internazionali.

Il meccanismo appena esposto è dunque bifasico, abbiamo una prima fase senza contraddittorio e una fase successiva eventuale con contraddittorio; è chiaramente una struttura più agevole e semplificata rispetto al procedimento di delibazione²⁷.

Il combinato disposto di questi due articoli rispecchia in tutto e per tutto il procedimento previsto dalla Convenzione di New York del 1958, Convenzione ratificata in Italia con la legge n. 62/1968 ma che non aveva portato fino al 1994 a una concreta attuazione nel codice di procedura civile.

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 8136/2000, ha

²⁷ S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit., 2013, pag. 69.

precisato l'inammissibilità dell'azione di accertamento negativo sulle condizioni per il riconoscimento del lodo straniero nel territorio della Repubblica, in quanto prevale in questa materia la specifica procedura dettata appunto dagli artt. 839 e 840 c.p.c.²⁸

²⁸ G. NOVELLI, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale, cit.*, pagg. 187-188.

Capitolo III “Leggi applicabili all'arbitrato internazionale”

LEGGI APPLICABILI AL PROCEDIMENTO ARBITRALE

Le parti sono libere di indicare agli arbitri quali regole procedurali seguire nel corso dell'arbitrato.

È una scelta, quella delle parti, che ci fa comprendere appieno la specialità dell'arbitrato internazionale e la centralità della volontà delle parti.

I giudici ordinari devono seguire regole di procedura che assumono il rango di norme pubblicistiche, per gli arbitri questa rigidità non esiste.

Le parti potranno effettuare questa scelta sia indicando nella Convenzione arbitrale la legge procedurale di un determinato ordinamento, sia rinviando a un regolamento arbitrale precostituito.

La libertà di scelta delle parti è sancita sia dalla Convenzione di Ginevra del 1961 che dalla Convenzione di New York, ma con alcune differenze.

Mentre la Convenzione di Ginevra dà rilevanza alla legge

della sede dell'arbitrato e alle regole dettate dalle parti con prevalenza della prima sulle seconde, nel sistema della Convenzione di New York prevalgono le regole procedurali delle parti mentre la legge della sede viene in rilievo solo in caso di mancata scelta delle parti²⁹.

Viene data così maggiore forza alla sentenza arbitrale, perché la sua invalidità potrà essere dichiarata solo se vengono violate dagli arbitri le regole di procedura dettate dalle parti e, solo in mancanza di queste, quando la procedura non è stata conforme alla legge del luogo in cui l'arbitrato ha avuto sede.

In questo modo l'autonomia negoziale è portata ai massimi livelli e la *lex loci arbitri* avrà un ruolo suppletivo e integrativo rispetto alla volontà delle parti.

Questo principio viene rappresentato in maniera chiara dall'art. 19 della Legge modello Uncitral che recita:

Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power

²⁹ A. ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale*, Milano, 2009, pag. 193-194.

conferred upon the arbitral tribunal includes the power determine the admissibility, relevance, materially and weight of any evidence.

Vediamo che in caso di mancata scelta delle parti saranno gli arbitri a individuare le leggi applicabili alla procedura.

Gli arbitri devono applicare la legge con cui il rapporto contrattuale ha il collegamento più stretto.

Questa potrà essere la legge del luogo di conclusione o di esecuzione del contratto, ovvero la legge del Paese in cui si trova la sede comune delle parti³⁰.

Il limite comune che incontrano sia le parti che gli arbitri in questa scelta è l'ordine pubblico: l'ordine pubblico processuale del Paese indicato eventualmente dalle parti come legge di procedura, del Paese in cui si svolge l'arbitrato, dei vari ordinamenti in cui potrà verosimilmente essere chiesto il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza.

Bisogna però fare attenzione perché un'interpretazione troppo ampia dell'ordine pubblico processuale porterebbe a un arbitrato privo delle caratteristiche di celerità e centralità dell'autonomia negoziale delle parti che fanno di questo istituto uno strumento flessibile.

Serve distinguere tra ordine pubblico processuale interno e

³⁰ S. SPECCHIA, *L'arbitrato Internazionale*, cit., pag. 47.

internazionale, quest'ultimo fa riferimento ai principi riconosciuti inderogabili nei vari ordinamenti: il diritto alla difesa ed il principio del contraddittorio³¹.

Quest'ultimo principio è molto importante: la decisione dovrà scaturire da prove e argomenti presentati dalle parti, in uno scambio proficuo in cui circolano informazioni e contestazioni reciproche.

Tutta la procedura dovrà essere imperniata da questo principio per far sì che l'intero arbitrato non risulti viziato.

La violazione del principio del contraddittorio è infatti uno dei motivi di rifiuto di riconoscimento ed esecuzione della decisione arbitrale, insieme, appunto, al contrasto con l'ordine pubblico della legge del foro del Paese in cui viene fatta questa richiesta.

Notiamo una denazionalizzazione della legge processuale e una sua autonomia rispetto alla legge sostanziale scelta dalle parti.

Solitamente, quando questa scelta è lasciata agli arbitri, questi non si affidano completamente a un codice di procedura esistente né a un regolamento arbitrale precostituito, in quanto questa rigidità potrà esser loro di intralcio nella conduzione della procedura.

Gli arbitri fisseranno dei principi cardine da seguire in tutto

³¹ A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale, cit.*, pag. 172.

l'arco del procedimento³²:

1. rispetto dei termini di difesa;
2. rispetto del principio del contraddittorio;
3. *actori incumbit probatio*, è compito dell'attore provare le proprie affermazioni, non del convenuto;
4. assenza di limitazioni in ordine alle prove presentabili;
5. divieto di prove “ordaliche” (come, ad esempio, il giuramento).

32 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 174.

LEGGI APPLICABILI AL MERITO DELLA CONTROVERSIA

L'autonoma volontà contrattuale delle parti determina anche le norme applicabili al merito della questione sottoposta agli arbitri.

Le clausole al riguardo possono essere³³:

- clausole negative che vietano agli arbitri l'applicazione di determinate norme;
- clausole positive che indicano quali norme applicare agli arbitri, e queste possono essere sia norme statuali che non statuali, come usi e consuetudini del commercio internazionale, ovvero le parti possono concordare fra di loro che l'arbitro debba decidere secondo equità.

L'art. 28 della Legge modello Uncitral recita:

The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.

L'articolo continua dicendoci che quando le parti indicano come applicabile la legge di un determinato Stato si intende che queste facciano riferimento al diritto materiale e non

³³ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 75-76.

alle norme di conflitto di questo ordinamento.

Questa precisazione è fondamentale per la migliore riuscita dell'arbitrato, chiarendo subito come interpretare le indicazioni date dalle parti sulla legge applicabile si evitano le problematiche tipiche derivanti dall'applicazione di norme di conflitto.

Le parti non incontrano limiti nella scelta della legge applicabile, tant'è vero che è possibile che vengano scelte norme appartenenti a ordinamenti diversi per le diverse componenti contrattuali.

La cosa importante è che il risultato di questo frazionamento non porti a risultati incoerenti o contraddittori.

Possiamo notare che all'interno della Convenzione di Roma del 1980, all'art. 3, è presente questa possibilità di differenziazione delle leggi applicabili al contratto, infatti afferma nell'ultima parte:

Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso.

Inoltre in questa materia sono così importanti gli usi e le consuetudini del commercio internazionale, che sia l'art. 7 della Convenzione di Ginevra che l'art. 28 della Legge modello Uncitral li indicano come principi che gli arbitri

devono tenere sempre a mente nella risoluzione della controversia assieme alle stipulazioni contrattuali.

Di questi usi e consuetudini gli arbitri si servono sia per verificare la simmetria tra questi e le norme statali scelte, sia per integrare o colmare le lacune delle norme di questi ordinamenti³⁴.

Possiamo parlare di contrattualizzazione della legge in quanto la legge applicabile viene trattata, proprio a seguito alla Convenzione di Roma del 1980, alla stregua di una clausola contrattuale qualsiasi, infatti le parti possono addirittura escludere le eventuali possibili modificazioni future della legge scelta³⁵.

La scelta delle parti vincola gli arbitri nell'applicazione di tale legge ma nel corso del procedimento è possibile che questi incontrino diverse difficoltà³⁶ e siano costretti a discostarsi da detta scelta:

- nelle questioni relative alla capacità delle parti gli arbitri devono fare comunque riferimento alle norme di conflitto applicabili ad esse indicate dalle convenzioni internazionali in materia;

34 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit. pag. 94.

35 www.diritto.it/docs/26297-breve-compendio-sulla-convenzione-di-roma-e-sulla-legge-applicabile-ai-contratti-internazionali

36 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit. pag. 108 e ss.

- le questioni preliminari riguardanti situazioni giuridiche condizionanti la questione compromessa in arbitrato possono essere risolte dagli arbitri applicando le norme di conflitto che regolano la questione suddetta (soluzione disgiunta), ovvero la legge scelta dalle parti come applicabile al merito della controversia (soluzione congiunta);
- nel caso in cui la controversia devoluta all'arbitro comprenda questioni non coperte dal contratto e le parti non abbiano indicato nella convenzione di arbitrato che la loro scelta comprende tutta la controversia devoluta agli arbitri e non solo il contratto cui si collega detta convenzione, e non intendano allargare successivamente l'applicazione della legge scelta originariamente a tale questione, gli arbitri ricorreranno alle norme di conflitto in materia.

Nella prassi arbitrale difficilmente gli arbitri si discostano dalla scelta effettuata dalle parti, ma si adoperano per far riflettere le parti su tale scelta quando questa risulti incompatibile con l'emanazione di un lodo concretamente attuabile (ricordiamo che l'emanazione di un lodo eseguibile negli ordinamenti connessi con la questione controversa è il primo scopo che perseguono gli arbitri).

Le parti possono scegliere la legge applicabile al merito o modificarla anche nel corso del procedimento arbitrale, in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto e addirittura al sorgere della lite.

Nella pratica del commercio internazionale rileviamo la tendenza a redigere contratti *self-regulatory*, contratti molto dettagliati che cercano di contenere tutte le indicazioni per la risoluzioni delle possibili liti o eventuali problemi interpretativi, in modo da limitare al minimo il ricorso alla legge regolatrice del contratto.

Va purtroppo riconosciuto che, per quanto elaborato, un contratto avrà comunque alcune lacune, riguardanti magari aspetti specifici, e si dovrà fare riferimento alla legge regolatrice del contratto³⁷.

Questo anche perché il principio dell'autonomia negoziale delle parti e il principio *pacta sunt servanda*, su cui si basa la tesi del contratto senza legge, non esistono di per sé, ma devono venire a esistenza all'interno di un ordinamento giuridico di riferimento³⁸.

Possiamo dire che non esistono contratti senza legge ma che l'autosufficienza del contratto porterà gli arbitri a preferire, nella soluzione delle controversie, le disposizioni

37 S. SPECCHIA, *L'arbitrato internazionale*, cit., pag. 54.

38 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 259.

dettate dalle parti all'interno del contratto stesso.

Le parti possono anche effettuare questa scelta in maniera tacita, per fatti concludenti; per comprendere come si siano orientate le parti gli arbitri devono fare molta attenzione.

L'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 ci elenca indici intrinseci al contratto, come le disposizioni in esso contenute, e indici estrinseci, come i comportamenti tenuti dalle parti durante e dopo la conclusione del contratto (più in generale le circostanze).

Abbiamo due classificazioni di questi indici³⁹:

1. nella classificazione della dottrina francese, abbiamo indici generali comuni a ogni tipo di contratto (quali il luogo di conclusione e di esecuzione del contratto) ed indici particolari tipici di specifiche figure contrattuali; quest'ultimo aspetto si divide in indici intrinseci al contratto (come la qualità dei contraenti, della forma e dell'oggetto del contratto), e estrinseci (come i comportamenti tenuti dalle parti successivamente alla conclusione del contratto), secondo questa classificazione gli indici estrinseci sono da ritenere superiori a quelli intrinseci, e all'interno degli indici intrinseci occorre tenere

³⁹ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 133-134.

maggiormente in considerazione la scelta del luogo in cui l'arbitrato si svolgerà;

2. nella classificazione della dottrina italiana, abbiamo indici costanti rilevabili in ogni tipo contrattuale (luogo di conclusione e esecuzione del contratto), e indici eventuali rilevabili nelle singole figure contrattuali, questi ultimi ulteriormente divisibili in indici intrinseci (nazionalità o domicilio dei contraenti, forma, oggetto e scelta del foro competente) e estrinseci (comportamento delle parti successivamente alla stipulazione contrattuale e rinvio a una legge o a una consuetudine specifica); anche secondo questa classificazione sono da ritenere prevalenti gli indici estrinseci, e fra quelli intrinseci è preponderante la sede dell'arbitrato.

Possiamo fare alcuni esempi di indizi utilizzati nella prassi per rilevare la volontà tacita delle parti⁴⁰:

- il contratto utilizzato dalle parti è tipico di un determinato ordinamento;
- le parti, all'interno del contratto hanno utilizzato definizioni o istituti tipici di un certo ordinamento;
- sono intercorsi tra le parti rapporti precedenti della

40 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 131.

stessa natura, nei quali è stata utilizzata una certa legge;

- durante l'istruzione probatoria, entrambe le parti, nel presentare le varie prove, hanno seguito le norme di un determinato Stato.

Questa scelta tacita può avere anche contenuto negativo e l'interpretazione in tal senso degli arbitri porta all'applicazione del principio del *tronc commun*⁴¹; in pratica le parti, non esprimendosi sulla legge applicabile al contratto, avrebbero voluto escludere l'applicazione delle norme dell'ordinamento di appartenenza dell'altra, cosicché gli arbitri si orientino nell'applicazione di principi comuni a entrambi gli ordinamenti di appartenenza.

Ma come agiscono in concreto gli arbitri quando viene loro lasciata la libertà di decidere le norme applicabili al merito della controversia, quando cioè le parti non si sono espresse in alcun modo, nemmeno per *facta cuncludentia*? È una grossa responsabilità per loro, visto che di questa decisione dovranno dare spiegazioni all'interno della motivazione del lodo.

L'art. VII della Convenzione di Ginevra, senza elencare dei criteri specifici, dice che gli arbitri applicheranno la regola

41 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 144-145.

di conflitto che ritengono più appropriata, ovvero gli usi e le consuetudini del commercio internazionale.

L'art. 28 della Legge modello Uncitral è dello stesso avviso.

Il regolamento ICC, all'art. 21, afferma che in mancanza di accordo delle parti saranno gli arbitri a scegliere la legge che ritengono più appropriata; notiamo che la soluzione di matrice conflittuale prospettata nella Convenzione di Ginevra e nella Legge modello Uncitral viene superata: viene data ancora più libertà agli arbitri in questa scelta svincolandoli dalle norme di conflitto.

In ogni caso nella ricerca della legge applicabile gli arbitri devono preferire la legge che ritiene valido quel contratto⁴², rispetto a quella che ne comporta la nullità.

Le norme di conflitto della sede dell'arbitrato sono state utilizzate per molto tempo come criterio preponderante, oggi nella prassi gli arbitri se ne servono solo se ciò risulta conveniente tenendo conto delle specialità del contratto e del rapporto controverso.

Gli arbitri possono optare per un ricorso cumulativo a più regole di conflitto⁴³, in quanto queste raggiungono lo stesso risultato; lo possono fare utilizzando le norme di conflitto

42 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag.132.

43 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 177 e ss.

proprie dei Paesi che hanno una connessione con la lite (sede dell'arbitrato e ordinamenti di appartenenza delle parti), ovvero facendo una valutazione dell'universalità (nei limiti del possibile) degli ordinamenti esistenti.

Spesso invece il collegio arbitrale opta per regole di conflitto transnazionali, riconosciute dagli operatori del commercio e dai vari ordinamenti, regole e principi che nascono dalla prassi arbitrale tramite l'analisi dei vari sistemi normativi e dalle convenzioni internazionali.

Esiste anche il meccanismo di diretta applicazione di norme di sostanza, senza che occorra precedentemente individuare la regola di conflitto che porti a quel risultato⁴⁴. Si cerca l'ordinamento in cui è maggiormente tutelato lo scopo economico-sociale per cui le parti hanno posto in essere quel contratto.

Gli arbitri si orientano verso tale meccanismo quando il collegamento tra il contratto e tale ordinamento risulta in maniera chiara e univoca.

Abbiamo anche dei criteri specifici, a seconda del tipo di contratto che le parti hanno posto in essere:

- nei contratti di compravendita si guarda alla legge di domicilio del venditore o del luogo di trasferimento

⁴⁴ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 187-188

del rischio;

- nei contratti di appalto si utilizza la legge del luogo di consegna del bene;
- nei contratti di distribuzione esclusiva gli arbitri si servono della legge di domicilio del venditore.

In generale si guarda al luogo in cui avverrà la prestazione caratteristica.

Come dicevamo precedentemente, gli arbitri incontrano dei limiti nell'individuazione della legge applicabile al merito della controversia.

Il rispetto dell'ordine pubblico internazionale assume rilevanza, per il collegio arbitrale, all'interno del più ampio obbligo di pronunciare una sentenza arbitrale valida ed efficace negli ordinamenti in cui presumibilmente ne verrà chiesta l'esecuzione⁴⁵.

Possiamo qualificare l'ordine pubblico internazionale come quell'insieme di principi universali condivisi da molti Stati di civiltà affine, sanciti anche da varie Convenzioni internazionali; chiaramente in questa materia parliamo di principi operanti all'interno del commercio internazionale⁴⁶.

Mentre le norme di applicazione necessaria, all'interno

45 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 210 e ss.

46 www.mediazionearbitrati.com/magazine/2011/11/ordine-pubblico-norme-imperative-e-justificato-motivo-clausole-generalis-da-riempire-di-contenuto/

della legge oggetto di scelta, devono essere rispettate dagli arbitri a prescindere da ogni valutazione sulla validità del lodo o del contratto.

È possibile che gli arbitri rispettino anche norme di applicazione necessaria di ordinamenti diversi da quello scelto come disciplinante il merito della controversia, quando ciò sia giustificato dall'evidenza del collegamento tra questo ordinamento e l'oggetto della controversia.

ARBITRATO INTERNAZIONALE E LEX MERCATORIA

In dottrina possiamo individuare due nozioni di *lex mercatoria*⁴⁷:

1. si tratta di una legge che nasce dalle Convenzioni internazionali e dalle norme nazionali che disciplinano il commercio con l'estero (*law proper to international economic relations*), questa è una nozione che appare decisamente troppo ampia;
2. sono le regole usate comunemente dai *mercatores*, gli operatori del commercio le rispettano nella convinzione che si tratti di regole giuridiche, siamo in presenza di un diritto di formazione spontanea nella comunità economica internazionale.

La nostra Corte di cassazione si è espressa in maniera favorevole sull'esistenza della *lex mercatoria* per l'ordinamento italiano affermando che⁴⁸ :

(...)gli operatori del commercio, prescindendo dal vincolo di appartenenza ad un determinato Stato o dall'ubicazione della loro attività in uno Stato, applicano determinate norme in quanto le ritengono vincolanti (...).

47 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 136.

48 Cass. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1982, 835.

Si trattava di una controversia riguardante la validità di una sentenza arbitrale emanata a Londra sulla base della sola *lex mercatoria*. Per la nostra Corte, l'arbitrato internazionale ha proprio la caratteristica di essere svincolato dalle leggi dei singoli Stati ed è per questo motivo che va ritenuta applicabile anche una legge come questa che nasce dalla reiterazione di certi comportamenti da parte degli operatori del commercio.

Anche la *Cour de cassation* francese ha rilevato l'esistenza di detta legge all'interno della sentenza 22 ottobre 1991, infatti ha ritenuto valida una sentenza arbitrale che aveva applicato al merito della controversia solo norme non statali sulla base del fatto che si trattava di norme comunemente rispettate e riconosciute nel commercio internazionale⁴⁹.

Le fonti della *lex mercatoria* sono i principi generali del diritto, gli usi del commercio internazionale, la prassi arbitrale, le convenzioni di diritto uniforme e le norme scaturenti da organizzazioni o enti internazionali.

Chiaramente anche le sentenze arbitrali hanno un ruolo importante nella formazione della *lex mercatoria*, la decisione ICC n. 4131 del 1982 sottolineò come la giurisprudenza arbitrale deducesse le proprie statuizioni

⁴⁹ Il testo della sentenza si trova in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1992, pag. 645.

dalla realtà economica internazionale e quindi di tale giurisprudenza si dovesse tener conto.

I principi generali a livello internazionale sono simili a quelli interni ma vi si differenziano per l'oggetto cui si applicano (i rapporti del commercio internazionale), ed è diverso il contenuto (si cerca un'interpretazione uniforme a livello internazionale)⁵⁰.

Le norme di cui è composta la *lex mercatoria* sono in continuo divenire ed è impossibile arrivare a una elencazione esaustiva.

Possiamo provare a elencare quelle norme e quei principi maggiormente utilizzati nella prassi arbitrale⁵¹:

- il principio *pacta sunt servanda*, in quanto anche l'arbitrato nasce grazie a un accordo vincolante delle parti;
- la buona fede, principio da rispettare sia prima della stipula del contratto che dopo, al momento della sua esecuzione, principio che incarna i criteri di lealtà e correttezza all'interno delle relazioni commerciali;
- l'invalidità del contratto per vizi del consenso, tenendo a mente che a livello internazionale le parti si presumono capaci;

50 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 139.

51 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pagg. 140 e ss.

- l'affidamento incolpevole sui poteri di rappresentanza della persona con cui si stipula il contratto;
- l'accettazione tacita mediante l'esecuzione spontanea del rapporto contrattuale;
- la nullità del contratto per violazione dell'ordine pubblico, delle norme imperative, del buon costume e della morale;
- l'obbligo di interpretare il contratto secondo buona fede, guardando non esclusivamente alle clausole espresse nel contratto, ma anche alla reale intenzione delle parti;
- *ut res magis valeat quam pareat*, vale a dire che bisogna interpretare il contratto in modo che questo conservi la sua validità;
- serve osservare la condotta tenuta dalle parti prima, durante e dopo la stipula del contratto per interpretarlo al meglio;
- l'interpretazione *contra proferentem*, cioè se una o più clausole risultano ambigue devono essere interpretate nel modo più favorevole alla parte che aderisce al contratto (è il caso, ad esempio, dei contratti con i consumatori);
- principio dell'irrelevanza del nome dato dalle parti al

contratto: come in tutto il diritto internazionale privato si preferisce dare rilevanza alla realtà fattuale e non al *nomen iuris* scelto dai contraenti;

- l'eccezione a una regola va interpretata in maniera restrittiva;
- il dovere di cooperazione fra le parti per ottemperare alle obbligazioni contrattuali;
- la risoluzione del contratto in caso di impossibilità oggettiva e forza maggiore;
- *inadimplenti non est adimplendum*, principio per cui all'inadempiente non è dovuto l'adempimento;
- divieto di *venire contra factum proprium*, ossia chi ha tollerato per un lungo lasso di tempo una certa situazione non può invocarla all'improvviso per chiedere la risoluzione del contratto;
- all'inadempimento corrisponde l'obbligo di risarcire il danno alla controparte;
- il dovere di limitare i danni;
- all'interno dei danni bisogna annoverare anche la diminuzione del profitto;
- l'obbligo di corrispondere gli interessi;
- la possibilità di compensazione.

È opportuno sottolineare come queste norme e questi

principi nascano dal loro intenzionale e reiterato impiego da parte della universalità degli operatori del commercio internazionale.

Ci sono stati alcuni tentativi di codificazione della *lex mercatoria*:

- le regole uniformi sulle garanzie contrattuali (URDG in vigore dal 1° luglio 2010 emanate dall'ICC);
- i cosiddetti *Incoterms*, raccolte periodiche pubblicate dall'ICC di usi riguardanti la vendita internazionale con trasporto;
- le norme uniformi in tema di credito documentario.

Assumono rilevanza anche i contratti standardizzati ma il loro peso specifico deriva dall'organismo che li ha emanati; ad esempio, vengono maggiormente prese in considerazione le associazioni private che si occupano di commercio internazionale rispetto agli organismi intergovernativi.

I principi UNIDROIT rappresentano il tentativo maggiormente riuscito di codificazione delle norme generali relative al commercio internazionale⁵².

Questi principi furono emanati nel 1994 dall'istituto per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT).

⁵² F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 246.

Si tratta non solo di norme derivanti dai valori comuni riconosciuti dai vari Stati, ma anche di norme che sono nate dalla prassi del commercio internazionale grazie all'operare dei *mercatores*.

Nel preambolo dei principi UNIDROIT viene indicata la loro finalità:

I presenti Principi enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali.

I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato.

I Principi possono applicarsi quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “lex mercatoria” o simili.

I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto.

I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme.

I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione del diritto nazionale applicabile.

I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali.

Nella decisione CCI n. 7110 del 1995 si afferma che le

regole e gli usi del commercio internazionale derivano perlopiù dai principi UNIDROIT⁵³, dando diverse ragioni a sostegno di questa tesi, tra le altre ricordiamo:

The UNIDROIT principles are a restatement of international legal principles applicable to international commercial contracts made by a distinguished group of international experts coming from all prevailing legal systems of the world, without the intervention of States or governments, both circumstances redounding to the high quality and neutrality of the product and its ability to reflect the present stage of consensus on international legal rules and principles governing international contractual obligations in the world, primarily on the basis of their fairness and appropriateness for international commercial transactions falling within their purview.

In questo caso gli arbitri interpretarono la clausola, in cui le parti indicavano come applicabile al contratto la *natural justice*, come un rinvio ai principi UNIDROIT.

A livello europeo riscontriamo che le stesse finalità perseguite dai principi UNIDROIT hanno ispirato anche l'Unione Europea; il Parlamento europeo ha emanato, tramite delle risoluzioni, i principi di diritto europeo dei contratti (PECL) nel 1995, la prima edizione, e nel 2010 la

⁵³ A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010, pag. 67.

seconda.

Questi principi nacquero grazie alla Commissione di diritto europeo dei contratti presieduta da Ole Lando, composta da giuristi appartenenti ai vari Stati membri per cercare di dare un sistema uniforme di diritto privato all'Europa.

Possiamo rilevare tre modalità con cui assumono rilevanza giuridica gli usi del commercio internazionale⁵⁴:

1. contrattuale, nel caso in cui le parti vi facciano espresso riferimento; questa volontà può risultare anche dal potere conferito all'arbitro di pronunciarsi secondo equità, o dal rinvio a regolamenti precostituiti presso organismi internazionali che contemplino questi usi;
2. meta-contrattuale, quando gli usi vengono utilizzati per il completamento di lacune nei contratti ovvero per interpretare le clausole contrattuali, il ricorso agli usi può essere una scelta effettuata dagli arbitri oppure può essere previsto all'interno di una disposizione del diritto nazionale applicabile;
3. convenzionale, le Convenzioni internazionali vi fanno riferimento.

È da escludere che l'applicazione della *lex mercatoria* possa derivare dall'applicazione di norme di conflitto, che

⁵⁴ A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 158.

solitamente rinviano a norme di origine statale⁵⁵.

Sono stati sollevati alcuni dubbi in ordine all'effettività della *lex mercatoria*, vale a dire la sua obbligatorietà e il suo essere corredata da sanzioni in caso di mancato rispetto.

Ciò che rende la *lex mercatoria* effettiva è il suo riconoscimento da parte di coloro che la devono usare; è infatti applicata dai mercanti ed è riconosciuta dai vari ordinamenti nazionali⁵⁶.

Le sanzioni, invece, sono già previste all'interno del contratto, inoltre rinveniamo sanzioni indirette all'interno del commercio internazionale (come l'esclusione dai rapporti commerciali in un determinato settore).

In ogni caso il diritto internazionale, pur non presentando un sistema sanzionatorio, è riconosciuto come ordinamento autonomo.

Possiamo notare come gli ordinamenti nazionali si siano progressivamente aperti verso la *lex mercatoria*⁵⁷:

- il modello francese di cui all'art. 1496 n.c.p.c. in cui è previsto il ricorso agli usi del commercio in ogni caso, e la risposta della giurisprudenza che si è

55 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 264.

56 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 159.

57 F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 251 e ss.

allineata a tale apertura dando validità a pronunce basate esclusivamente sugli usi e sulle consuetudini internazionali;

- il modello italiano in cui nel vecchio art. 834 c.p.c., comma 2 si stabiliva che in entrambi i casi previsti dal comma 1 (legge scelta dalle parti o applicazione della legge con cui il contratto aveva il collegamento più stretto) l'arbitro doveva fare riferimento alle indicazioni contenute nel contratto e agli usi del commercio; l'abrogazione, avvenuta nel 2006, non ci deve far pensare a un allontanamento dal modello ginevrino ma semplicemente a una piena applicabilità di tale Convenzione anche senza l'intermediazione del codice di procedura civile. Anche la giurisprudenza italiana ha riconosciuto l'esistenza e l'effettività della *lex mercatoria* nella già citata sent. n. 722 del 1982 della Corte di cassazione.

Gli arbitri, nel decidere quali tra i molteplici principi di cui è composta la *lex mercatoria* applicare, devono fare un'attività di comparazione tra i principali sistemi giuridici e specificamente tra quei sistemi che presentano collegamenti stretti con l'oggetto della controversia.

È un'operazione delicata, finalizzata alla ricerca di valori

comuni ai principali sistemi giuridici ma che siano anche espressione dei valori di giustizia e di buon senso.

L'ARBITRATO SECONDO EQUITÀ

Le varie Convenzioni internazionali in materia di arbitrato prevedono tutte la possibilità di ricorrere all'equità al fine di risolvere la questione controversa.

Abbiamo due dottrine diverse sulla natura dell'equità e sul suo rapporto con il diritto⁵⁸:

1. l'arbitro deve comunque servirsi del diritto, attenuando la sua rigidità proprio attraverso una valutazione equitativa;
2. l'equità rappresenta un percorso alternativo al diritto, la decisione si baserà pertanto solo sulla coscienza dell'arbitro e sul suo sentimento di giustizia.

Nella prassi arbitrale notiamo che viene maggiormente accolto il primo dei due orientamenti sopra citati.

Infatti la nostra Corte di cassazione nel 1991 affermò che l'arbitrato secondo equità ha la funzione di integrare le norme di diritto⁵⁹.

In ogni caso l'equità allontana ancora di più l'arbitrato internazionale dagli ordinamenti interni, fondando la risoluzione delle controversie su principi che un giudice nazionale non applicherà mai se decide secondo diritto, e

58 A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pagg. 163 e ss.

59 Cass. 11 novembre 1991, n. 12014, in *Foro.it*, 1992, I, 2442.

difficilmente anche quando gli venga richiesto un giudizio equitativo *ex art. 114 c.p.c.*, come il comune sentire o il sentimento di giustizia sostanziale.

Il richiamo all'equità agisce non solo ai fini dell'individuazione della legge sostanziale da applicare ma anche, in un momento precedente, ai fini dell'individuazione della regola di conflitto di cui servirsi per trovare la suddetta legge applicabile⁶⁰.

L'arbitro procede come un amichevole compositore solo se le parti si sono espresse in tal senso, inoltre serve che il diritto applicabile al contratto preveda la possibilità dell'arbitrato di equità.

Bisogna chiedersi se i concetti di equità e di amichevole composizione siano la stessa cosa oppure no.

Ci sono alcuni testi, come la Convenzione di Ginevra, che parlano solo di amichevole composizione e altri, come la Legge modello UNCITRAL, che, invece, parlano solo di equità.

Sia l'amichevole composizione che la soluzione della questione *ex aequo et bono* hanno come risultato l'attribuzione di un ampio margine di discrezionalità all'arbitro, ma è diverso il modo con cui viene utilizzata

⁶⁰ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 283.

tale discrezionalità⁶¹.

Mentre l'equità si distacca del tutto dal diritto in senso stretto, l'amichevole composizione permette all'arbitro di optare sia per valutazioni totalmente equitative che per valutazioni che maggiormente si avvicinano al diritto in senso proprio.

Nell'effettuare tale scelta l'amichevole compositore cerca la soluzione che si avvicina di più alle aspettative delle parti.

Possiamo constatare che l'amichevole compositore ha, quindi, una discrezionalità maggiore rispetto a quella che nasce dal conferimento del potere di decidere la controversia *ex aequo et bono*.

Altra questione da porre sotto la nostra attenzione è l'analisi del rapporto tra *lex mercatoria* e amichevole composizione.

La questione può essere presa in considerazione da due prospettive diverse:

- l'attribuzione all'arbitro del potere di decidere attraverso la *lex mercatoria* può essere interpretata come un'implicita volontà delle parti ad avere un arbitro in veste di amichevole compositore?
- l'attribuzione all'arbitro del potere di decidere come

⁶¹ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 286 e ss.

amichevole compositore può portare all'applicazione di regole del commercio internazionale?

Il primo quesito trova una risposta negativa in quanto, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, la *lex mercatoria* ha comunque suoi principi guida e norme che l'arbitro non può ignorare; perciò, in assenza di una volontà esplicita delle parti al riguardo, il riferimento alle regole del commercio internazionale non può essere interpretato come volontà di procedere con un'amichevole composizione.

Al secondo quesito rispondono due teorie contrastanti⁶²:

1. l'arbitro in veste di amichevole compositore sarebbe autorizzato a tenere conto dei principi della *lex mercatoria*; questa tesi fa leva sull'ampia discrezionalità sia dell'amichevole compositore che dell'arbitro il quale si trovi ad applicare i principi del commercio internazionale. Quest'ultimo, come abbiamo visto, farà una ricerca di quei principi che maggiormente rispondono alle esigenze delle parti in lite;
2. l'amichevole composizione esclude l'applicazione della *lex mercatoria*, in quanto l'amichevole

⁶² F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 291 e ss.

compositore può discostarsi dalle norme mentre quando le parti optano per i principi del commercio internazionale ciò non è possibile.

Appare preferibile il primo orientamento: i risultati cui perviene l'arbitro che applica la *lex mercatoria* e quelli ottenuti dall'amichevole compositore che sceglie di applicare i principi del commercio internazionale perché più affini al suo personale sentimento di giustizia sono gli stessi.

L'arbitro in veste di amichevole compositore potrà applicare i suddetti principi senza inquadrarli all'interno di uno specifico ordinamento, ma lo dovrà fare stando attento a non esorbitare dall'oggetto della controversia e a non rinegoziare il contratto, senza un'espressa volontà delle parti in tal senso⁶³.

In conclusione gli arbitri che giudicano in veste di amichevoli compositori possono anche utilizzare principi generali di un determinato ordinamento o un diritto nazionale se secondo il loro giudizio questa è la soluzione migliore per le parti in lite.

Ci sono stati tentativi di codificazione dei principi di equità soprattutto in Inghilterra, Stati Uniti, Canada; ciò in quanto

⁶³ Cfr. la pronuncia ICC del 1981 nella causa n. 3327, in JARVIN, DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985*, Paris, pag. 437.

in tali ordinamenti bisognava tenere in considerazione la giurisprudenza delle Corti di *equity* e gli istituti che erano nati grazie ad esse⁶⁴.

Sono stati redatti anche codici deontologici per cercare di delimitare il potere degli arbitri o dei giudici quando si devono confrontare con il concetto di equità.

I tentativi di codificazione e i codici deontologici sono il riflesso di un timore che gli ordinamenti giuridici hanno nei confronti dell'equità; un potere e una discrezionalità troppo ampi nelle mani di un soggetto giudicante, sia esso l'arbitro o il giudice ordinario.

64 [Www.diritto.it/articoli/civile/alpa.html](http://www.diritto.it/articoli/civile/alpa.html)

IL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* E L'ARBITRATO INTERNAZIONALE

Il principio *iura novit curia* impernia tutto il diritto processuale moderno.

Tradotto in italiano sta a significare che “la legge la conosce il giudice”. Ovvero: le parti sono tenute a provare i fatti costitutivi dei diritti che vogliono far valere e gli avvenimenti del caso concreto, ma non è loro compito provare la legge.

La legge è di competenza esclusiva del giudice, il quale estrapola dai fatti che gli vengono presentati le eventuali violazioni di legge.

Questo principio non era noto nel diritto romano; all'epoca erano le parti a presentare e provare le leggi di fronte al giudice, e lo stesso accadeva nel diritto medievale, in cui le consuetudini, su cui si basava tutta la giurisprudenza, dovevano essere provate dalle parti in causa⁶⁵.

È un principio che nasce nel 1495 in Germania con l'istituzione del Tribunale della Camera Imperiale, il primo esempio di tribunale centralizzato le cui sentenze dovevano essere emanate sulla base del diritto romano (testi

⁶⁵ [Http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_6_Trebastoni_Disabili_e_parcheggi.htm#_ftn8](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_6_Trebastoni_Disabili_e_parcheggi.htm#_ftn8)

giustiniani, commenti e glosse).

È, inoltre, un principio che ha visto un'importante espansione grazie alle legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale n. 218 del 1995, dove l'art. 14 sancisce che anche l'accertamento della legge straniera è effettuato d'ufficio dal giudice.

Questo pilastro del diritto processuale incontra il limite della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il giudice non può eccedere nella sentenza dai motivi di impugnazione.

È pur vero, però, che il giudice è chiamato a interpretare i motivi addotti dalle parti come fondamento delle loro richieste, per far sì che la giurisprudenza raggiunga il suo vero scopo: applicare il diritto alla vita concreta dei cittadini.

Interpretando le domande che gli vengono sottoposte, il giudice sviluppa appieno la denuncia proposta dal ricorrente e applica in maniera maggiormente pregnante il diritto.

Infatti la funzione dei motivi proposti dalle parti è quella di delimitare ciò che il giudice deve conoscere, ma non ciò su cui giudicherà⁶⁶.

⁶⁶ http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_6_Trebastoni_Disabili_e_parchegi.htm#_ftn8

Ecco che possiamo notare la funzione estremamente delicata che il nostro ordinamento affida al giudice.

Ci si è chiesti se questo principio possa essere compatibile con un arbitrato internazionale in cui sono le parti a indicare all'arbitro quale legge applicare alla questione controversa.

Dobbiamo premettere che tutte le Convenzioni esaminate nel primo capitolo, e i vari regolamenti arbitrali esistenti, obbligano gli arbitri a pronunciarsi secondo diritto tenendo in considerazione anche gli usi del commercio internazionale, salva l'espressa volontà delle parti di optare per un arbitrato secondo equità.

D'altro canto, come abbiamo illustrato in precedenza, le parti hanno il potere di indicare agli arbitri sia la legge da seguire a livello procedurale che per la risoluzione del merito della controversia.

Abbiamo avuto diverse volte modo di verificare come, anche se l'arbitrato si contrappone alla giurisdizione ordinaria, l'arbitro si comporti come un giudice nonostante sia un soggetto privato, infatti la sua attività è quella di *dicere ius*.

Per questo motivo il principio *iura novit curia* si applica anche all'arbitro ma in maniera più temperata⁶⁷.

⁶⁷ S. M. CARBONE, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*

A differenza del giudice, l'arbitro non è vincolato a una *lex fori* e quindi gode di una maggiore discrezionalità sia a livello procedurale che nell'individuazione della legge applicabile al merito della controversia, che lo porta a poter applicare principi emersi in ambito internazionale (essendo l'arbitrato internazionale in certa misura autonomo rispetto ai vari ordinamenti statali).

Notiamo nella prassi arbitrale che è difficile che gli arbitri si trovino di fronte a una convenzione arbitrale in cui le parti hanno fatto una scelta chiara e univoca sulla legge applicabile o sui contenuti della disciplina del rapporto controverso⁶⁸.

Spesso esse fanno semplicemente riferimento a un determinato ordinamento giuridico ma non si soffermano sulle norme che specificamente regolano il loro rapporto contrattuale.

Ecco quindi riaffiorare il principio *iura novit curia* nell'individuazione e nell'accertamento dei contenuti delle norme applicabili fatti in concreto dall'arbitro.

Questo potere è ancora più pregnante se si pensa all'insindacabilità degli errori di diritto in sede di impugnazione del lodo.

Priv. e Proc., 2010, n. 2, pag. 357.

68 S. M. CARBONE, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 360.

Non dimentichiamoci inoltre che l'arbitro ha un dovere primario: quello di emettere un lodo che sia in grado di essere riconosciuto ed eseguito nell'ordinamento in cui ha sede l'arbitrato e in tutti gli ordinamenti che ne garantiscano la piena effettività.

Per emettere un lodo con tali caratteristiche gli arbitri devono osservare, a prescindere dalla volontà delle parti, le norme di applicazione necessaria (come ad esempio le discipline anticorruzione, le disposizioni sul lavoro o sulla previdenza, i vincoli sulla locazione di immobili, etc.).

Le norme di applicazione necessaria sono norme che, all'interno di un determinato ordinamento, sono dotate di una sfera di applicazione spaziale-personale del tutto diversa dai normali criteri fissati dal diritto internazionale privato⁶⁹.

A differenza dell'ordine pubblico che consta di norme di natura pubblicistica, le norme di applicazione necessaria sono norme privatistiche che rientrerebbero, quindi, nel campo di applicazione delle disposizioni di diritto internazionale privato ma che per ragioni di interesse nazionale si applicano in deroga alle norme di conflitto.

Sono norme che si applicano a prescindere dalla presenza di quegli elementi di estraneità (cittadinanza delle parti,

⁶⁹ G. NOVELLI, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, cit., pag. 57.

luogo di conclusione e/o esecuzione del contratto etc.) che normalmente avrebbero portato all'applicazione di un diritto straniero.

Le norme di applicazione necessaria sono espressione di interessi nazionali volti a garantire equilibri macroeconomici e a perseguire obiettivi di carattere sociale⁷⁰.

Rileviamo che anche nell'individuazione delle norme di applicazione necessaria rilevanti nel caso concreto trova applicazione il principio *iura novit curia*.

Infatti, non essendoci una *lex fori* di riferimento, l'individuazione di tali norme e la loro priorità rispetto a tutte le norme di applicazione necessaria astrattamente applicabili spetta all'arbitro (non dovendo far prevalere, come invece fa il giudice ordinario, quelle appartenenti alla *lex fori* rispetto alle altre).

Nell'effettuare questa scelta l'arbitro non pone la sua attenzione solo all'oggetto e alla natura della controversia, ma si sofferma anche sulle conseguenze che questa scelta può comportare, sia in fase di esecuzione sia all'interno della comunità internazionale.

Osiamo affermare che il principio *iura novit curia* si impone anche nell'arbitrato internazionale proprio per evitare che un'eccessivo utilizzo dell'autonomia privata

⁷⁰ S. M. CARBONE, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, cit., pag. 362.

porti all'emanazione di lodi inefficaci e pertanto a una perdita di tempo e denaro da parte delle parti.

In ogni caso le parti, per il principio del rispetto del contraddittorio, dovranno essere chiamate dall'arbitro a conoscere e discutere su leggi o disposizioni che esso stesso ha autonomamente deciso essere rilevanti, e necessarie nella risoluzione del caso concreto.

IL PROBLEMA DELLE NORME APPLICABILI NEI CONTRATTI TRA STATI E PRIVATI STRANIERI

La Convenzione di Washington del 1965 (resa esecutiva in Italia con l. 1093/1970) ha come scopo quello di creare un metodo di risoluzione delle controversie relative ai contratti in materia di investimento tra Stati contraenti e cittadini di altri Stati contraenti.

Per raggiungere tale scopo viene istituito il Centro per la risoluzione delle controversie relative ad investimenti internazionali (ICSID); scopo del Centro è quello di mettere a disposizione delle parti i mezzi per la conciliazione e l'arbitrato.

Le parti contraenti devono esprimere il loro consenso per iscritto ex art. 26 della Convenzione:

Il consenso delle parti a sottoporsi ad arbitrato nel quadro della presente Convenzione viene considerato, salvo stipulazione contraria, come implicante la rinuncia ad ogni altra forma di ricorso. Uno Stato contraente può esigere, come condizione al suo consenso a sottoporsi ad arbitrato nel quadro della presente Convenzione, che siano esauriti i ricorsi amministrativi o giudiziari interni.

Il combinato disposto degli artt. 27 e 54 della presente

Convenzione pone due questioni delicate, che ci fanno comprendere l'estrema attenzione posta all'equilibrio contrattuale in questa materia, per evitare che lo Stato contraente si trovi in una posizione di egemonia:

1. ogni Stato contraente deve rispettare il divieto di accordare protezione diplomatica o di avanzare pretese a livello internazionale in relazione a una controversia che dovrà essere oggetto o è stata oggetto di arbitrato nel quadro della presente Convenzione;
2. ogni Stato contraente ha l'obbligo di riconoscere come vincolante tutte le sentenze rese in conformità della presente Convenzione e di assicurare l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie da queste disposte.

Ma cosa ha di speciale questa forma di arbitrato rispetto all'arbitrato internazionale visto finora?

È un arbitrato completamente autonomo rispetto agli ordinamenti statali, infatti la soluzione delle controversie è disciplinata interamente all'interno della Convenzione di Washington⁷¹.

La Corte Permanente di Giustizia Internazionale aveva

⁷¹ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 16.

prospettato, affrontando il caso dei prestiti serbi e brasiliani, che i contratti di investimento tra uno Stato e un privato cittadino di un altro Stato, in mancanza di una scelta riguardante la legge applicabile, fossero automaticamente assoggettati alla legge dello Stato contraente stesso⁷².

L'esistenza di questa presunzione generale è stata duramente criticata dalla dottrina, in quanto si tratta di un criterio giustificabile solo dalla presenza di un contraente pubblico.

Ma il fatto che tra i contraenti ci sia uno Stato o un'entità statale non è l'unico elemento da tenere in considerazione, e di sicuro non è il maggiormente rilevante.

Questo orientamento della Corte Permanente di Giustizia Internazionale è stato superato dalla prassi arbitrale, gli arbitri infatti quando devono procedere alla determinazione delle norme applicabili, in mancanza di scelta delle parti, non fanno riferimento a criteri presuntivi, ma alle norme che presentano il collegamento più stretto con la questione controversa⁷³.

L'art. 42 della Convenzione di Washington afferma:

⁷² Il testo della sentenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale si trova in *Riv. Dir. Int.*, 1929, pagg. 549 e ss.

⁷³ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 308.

Il tribunale si pronuncia sulla controversia conformemente alle norme di diritto convenute dalle parti. In difetto di accordo tra le parti, il Tribunale applica la legge dello Stato contraente parte della controversia - ivi comprese le norme relative ai conflitti di legge - come pure i principi di diritto internazionale in materia.

L'applicazione di queste norme di origine internazionale serve soprattutto nei casi in cui l'applicazione delle norme statali porti alla violazione della parità delle parti (avvantaggiando lo Stato o l'entità statale) ovvero porti all'inosservanza di valori fortemente tutelati a livello internazionale.

Notiamo inoltre che il suddetto articolo non crea una gerarchia tra le norme dell'ordinamento parte del contratto e i principi di diritto internazionale, lasciando liberi gli arbitri di fare le proprie valutazioni.

In dottrina la formulazione dell'art. 42 della Convenzione di Washington ha suscitato un vivace dibattito.

Ci si è chiesti se si potesse applicare a questo tipo di contratti il diritto internazionale pubblico.

Questo quesito trova risposta negativa, in quanto è vero che gli arbitri applicano norme che derivano dalla reiterazione di specifici comportamenti contrattuali nell'ordinamento

internazionale, ma non si tratta di diritto internazionale pubblico quanto piuttosto di principi generali che prendono vita dalla realtà internazionale⁷⁴.

Inoltre appare in maniera evidente l'impossibilità di applicare il diritto internazionale pubblico a questo tipo di contratti a causa della mancanza di soggettività giuridica internazionale del contraente privato.

Le parti possono scegliere come legge applicabile al merito della controversia i principi generali del diritto.

Quando si parla di principi generali del diritto ci si riferisce non solo a quei principi riconosciuti all'interno dell'ordinamento dello Stato contraente, ma anche ai principi riconosciuti dalle nazioni civili in genere.

Gli arbitri inoltre possono optare per tali principi anche in assenza di una scelta espressa delle parti se ciò risulta conforme all'oggetto della questione sottoposta alla loro attenzione.

Nello scegliere quali tra i vari principi generali esistenti utilizzare per la risoluzione della lite, gli arbitri fanno una comparazione tra gli ordinamenti coinvolti, facendo leva su criteri comuni di logica giuridica oppure a canoni ampiamente riconosciuti (come il principio di buona fede

⁷⁴ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pag. 309.

nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti), ovvero a criteri di equità, guardando all'obiettivo che le parti intendevano perseguire in concreto con la stipula di quel contratto⁷⁵.

È prassi all'interno del commercio internazionale, e soprattutto nella redazione di contratti di investimento tra Stati e privati cittadini, inserire le clausole di stabilizzazione del diritto applicabile o *freezing clauses*.

Si tratta di clausole che, nel sottoporre il contratto alla legge di un determinato Stato, prevedono il congelamento e la cristallizzazione di tale legge e l'esclusione della normativa sopravvenuta⁷⁶.

Questa è chiaramente una clausola posta a tutela del contraente privato, che altrimenti si troverebbe in balia di mutamenti di norme in grado di alterare considerevolmente la sua posizione contrattuale.

La clausola può obbligare direttamente lo Stato a non modificare la propria normativa interna, ovvero può far sì che lo Stato si impegni a favorire l'esecuzione del contratto prevedendo che ogni modifica delle originarie posizioni contrattuali debba passare dal consenso unanime delle

⁷⁵ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 316 e ss.

⁷⁶ F. GALGANO, F. MARELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, pag. 355.

parti⁷⁷.

La violazione di clausole di questo tipo può portare a due conseguenze diverse⁷⁸:

1. conseguenze dal punto di vista contrattuale: lo Stato, impegnandosi a non modificare la sua legislazione in maniera incompatibile con gli impegni contrattuali assunti, fa nascere in capo al contraente privato il diritto di non vedersi opposte questo tipo di modifiche normative; se ciò dovesse avvenire lo Stato sarebbe responsabile per inadempimento contrattuale;
2. le modifiche apportate alla propria legislazione interna da parte dello Stato contraente possono inoltre comportare le responsabilità dello stesso per illecito internazionale ogniqualvolta la modifica sia posta in essere con il solo scopo di danneggiare il privato investitore, ovvero ciò porti a un'ipotesi di diniego di giustizia o di invasione di giurisdizione altrui (siamo all'interno degli illeciti internazionali che vedono il coinvolgimento di privati stranieri).

⁷⁷ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 326 e ss.

⁷⁸ F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, cit., pagg. 330 e ss.

Rilievi conclusivi

In questo mio elaborato ho cercato di mettere in evidenza le peculiarità dell'arbitrato commerciale internazionale.

L'arbitrato internazionale è una modalità di risoluzione delle controversie alternativa alla giurisdizione ordinaria, scelta tramite una convenzione di arbitrato stipulata da soggetti tra i quali intercorre un rapporto inerente al commercio internazionale.

Questi scambi commerciali sono caratterizzati da alcuni elementi di estraneità rispetto al luogo di stipula del contratto: le parti del rapporto hanno la loro residenza o la loro sede in Stati diversi, una parte sostanziale delle obbligazioni scaturenti da tale rapporto deve essere eseguita all'estero, il luogo con il quale il rapporto controverso presenta il collegamento più stretto si trova all'estero, le parti convengono espressamente che l'arbitrato debba svolgersi all'estero o che l'oggetto della convenzione di arbitrato sia collegato con più Stati diversi.

Il motivo per cui le parti si orientano verso l'arbitrato internazionale è facilmente intuibile se ci soffermiamo ad analizzare il procedimento in questione. Si tratta di un procedimento con minori formalità e meno oneri rispetto

alla giurisdizione ordinaria. Inoltre gli arbitri garantiscono la riservatezza su tutta la procedura. Agli arbitri è sempre riconosciuto il potere di decidere sulla propria competenza e quindi di pronunciarsi sulla validità della convenzione arbitrale. Il riconoscimento e l'esecuzione della pronuncia sono facilitati grazie alla Convenzione di New York del 1958. I motivi di impugnazione della sentenza arbitrale sono notevolmente ridotti. Le parti si vedono riconosciuto un ruolo primario e centrale: nominano gli arbitri, dettano le scadenze e i termini del procedimento e indicano agli stessi arbitri le norme da seguire sia a livello procedurale che sostanziale; possono addirittura scegliere come legge applicabile la *lex mercatoria* e i principi del commercio internazionale oppure possono optare per un arbitrato secondo equità.

In caso di mancanza di scelta delle parti sulla legge applicabile saranno gli arbitri a prendere tale risoluzione; la peculiarità dell'istituto sta anche nel fatto che le varie convenzioni internazionali e i diversi ordinamenti statali cercano di dare indicazioni in tal senso ma gli arbitri godono di un'ampia discrezionalità al riguardo, grazie all'assenza di una *lex fori* in questo tipo di arbitrato.

Infatti gli arbitri sostanzialmente perseguono un duplice

obiettivo nell'effettuare la scelta: dare molta rilevanza alle aspettative delle parti (per ottenere una decisione che riceva da queste spontanea adesione) e fornire una sentenza arbitrale suscettibile di trovare riconoscimento ed esecuzione nel maggior numero di ordinamenti nazionali (o comunque negli ordinamenti che presentano un certo collegamento con la questione controversa).

A mio avviso è proprio questa la caratteristica che suscita più curiosità nei confronti dell'arbitrato internazionale: una grande libertà riconosciuta alle parti e un'ampia discrezionalità in capo agli arbitri.

Tale assetto fa sì che gli esiti di un arbitrato internazionale il più possibile estesi e che le sentenze arbitrali siano sempre in grado di adeguarsi alla realtà del commercio e dei rapporti internazionali.

Bibliografia

A. ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale*, Milano, 2009.

A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 2009.

S.M. CARBONE, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010.

DE SANCTIS- WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico*, Milano, 2011.

E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1992.

A. FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Padova, 2004.

A. FRIGNANI- M.TORSELLO, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010.

F. GALGANO- F. MARELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010.

G. NOVELLI, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, Napoli, 2013.

S. SPECCHIA, *L'arbitrato internazionale*, Torino, 2013.

F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2001.

Siti web consultati

www.MONDAQ.com/x/286450/arbitration+dispute+resolution/belgium+strengthns+position+on+international+arbitration+stage

www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_36.pdf

www.diritto.it/articoli/civile/nicolosi.html

www.camcom.gov.it/regolazione-del-mercato/arbitrato/materiale-convegno-11.05.2012/clausole_arbitrali.pdf

www.diritto.it/docs/26297-breve-compendio-sulla-convenzione-di-roma-e-sulla-legge-applicabile-ai-contratti-internazionali

www.mediazioniearbitrati.com/magazine/2011/11/ordine-pubblico-norme-imperative-e-giustificato-motivo-clausole-general-da-riempire-di-contenuto/

www.diritto.it/articoli/civile/alpa.html

www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_6_Trebastoni_Disabili_e_parcheggi.htm#_ftn8

Ringraziamenti

Ringrazio la mia relatrice, la Prof.ssa Maria Angela Zumpano, per l'aiuto e l'attenzione che mi ha riservato nell'arco di questo cammino.

Ringrazio mia madre e mio padre perché senza di loro non sarei arrivata fin qui, per non avermi mai fatto mancare il loro affetto e la loro stima.

Ringrazio mia sorella Lela per la simpatia con cui mi ha sempre sostenuta e incoraggiata, per tutte le pause studio che ci siamo concesse, per il rapporto speciale che abbiamo.

Un grazie sentito a mia Nonna Elena per tutte le volte in cui mi ha interrogata e risentita in questi cinque anni, solo l'amore di una nonna poteva sopportare questi innumerevoli esami.

Ringrazio tutti gli altri membri della mia famiglia, Zia Monica, Sara, Zio Giò e Zio Rob per l'appoggio che mi hanno sempre offerto.

Ringrazio tutti i miei amici per i momenti di svago e il supporto che non mi hanno mai fatto mancare in questi cinque lunghi anni, dalle mie amiche storiche Cri, Giù, Chia, Chebba e Ire al gruppo della tenda del Flora.

Ringrazio il mio fidanzato Alessio per avermi sempre aiutata e incoraggiata a superare ogni momento di crisi, per essere stato la roccia su cui contare in ogni momento, per l'amore che mi ha sempre dimostrato con i fatti più che con le parole.

Ringrazio i miei colleghi universitari Ila, Brogio, Nicole, Antonella e Pri perché grazie a loro il mio cammino a Giurisprudenza è stato meno faticoso.

Infine è d'obbligo ringraziare la mia “socia” Cristina per questo cammino universitario fianco a fianco, per l'aiuto e la comprensione nei momenti difficili, per il nostro leggerci nel pensiero, per le risate sul treno, per la nostra amicizia che è cresciuta insieme a noi in questi anni.