



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVI - N. 2/2016  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

**Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina**



GIUFFRÈ EDITORE

**comitato scientifico**

GUIDO ALPA - FERRUCCIO AULETTA - PIERO BERNARDINI - PAOLO BIAVATI - MAURO BOVE - FEDERICO CARPI - CLAUDIO CONSOLO - DIEGO CORAPI - GABRIELE CRESPI REGHIZZI - FABRIZIO CRISCUOLO - GIORGIO GAJA - FRANCESCO PAOLO LUIO - RICCARDO LUZZATTO - NICOLA PICARDI - EUGENIO PICOZZA - CARMINE PUNZI - LUCA RADICATI DI BROZOLO - PIETRO RESCIGNO - GIORGIO SACERDOTI - LAURA SALVANESCHI - FERRUCCIO TOMMASEO - ROMANO VACCARELLA - GIOVANNI VERDE - VINCENZO VIGORITI - ATTILIO ZIMATORE.

**già diretta da** ELIO FAZZALARI.

**direzione:** ANTONIO BRIGUGLIO - GIORGIO DE NOVA - ANDREA GIARDINA.

MARIA BEATRICE DELI (*direttore responsabile*).

**redazione**

ANDREA BANDINI - LAURA BERGAMINI - ALDO BERLINGUER - ANDREA CARLEVARIS - CLAUDIO CECHELLA - MASSIMO COCCIA - ALESSANDRA COLOSIMO - FLAVIA CONTE - ELENA D'ALESSANDRO - ANNA DE LUCA - FERDINANDO EMANUELE - ALESSANDRO FUSILLO - DANTE GROSSI - MAURO LONGO - ROBERTO MARENCO † - FABRIZIO MARRELLA - ELENA OCCHIPINTI - ANDREW G. PATON - FRANCESCA PIETRANGELI - SIMONA SCIPIONI - ROBERTO VACCARELLA

*Segretari di redazione:* ANDREA ATTERITANO - MARIANGELA ZUMPARO.

La *Direzione* e la *Redazione* della Rivista hanno sede presso l'Associazione Italiana per l'Arbitrato, in Roma, Via Barnaba Oriani, 34 (c.a.p. 00197) tel. 06/42014749 - 06/42014665; fax 06/4882677; [www.arbitratoaia.org](http://www.arbitratoaia.org)  
e-mail: [info@arbitratoaia.org](mailto:info@arbitratoaia.org)

L'*Amministrazione* ha sede presso la Casa Editrice, in Milano (c.a.p. 20151), Via Busto Arsizio, 40 - Internet: <http://www.giuffre.it>  
e-mail: [vendite@giuffre.it](mailto:vendite@giuffre.it)



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale  
Anno XXVI - N. 2/2016  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

**Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina**



**GIUFFRÈ EDITORE**

## INDICE

### DOTTRINA

“Arbitrato e fallimento”

Convegno A.I.A. - Rivista dell'Arbitrato

Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 4 dicembre 2015

PIERO BERNARDINI, *Intervento introduttivo*..... 213

*Relazioni*

MAURO BOVE, *Convenzione arbitrale e fallimento* ..... 217

ANGELO CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento* ..... 227

ANTONIO BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*..... 239

DIEGO CORAPI - DOMENICO BENINCASA, *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento* ..... 249

STEFANIA BARIATTI, *The European Insolvency Regulation and Arbitration*. 267

RICHARD H. KREINDLER, *The New York Convention And Insolvency: Challenges and Questions Based on Recent Case Law and Practice*. 283

### GIURISPRUDENZA ORDINARIA

#### I) CEDU e Italiana

*Sentenze annotate:*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 24 marzo 2016, con nota di G. ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* ..... 293

Cass., Sez. I, 26 settembre 2015, n. 21709, con nota di F. LOCATELLI, *Contratti collegati ed arbitrato: principio di ambulatorietà della clausola compromissoria anche “a ritroso” se il secondo contratto è integrativo di quello originario* ..... 317

Trib. Lucca 13 gennaio 2016, n. 66 con nota di A. MOTTO, *Domanda di accertamento dell'efficacia soggettiva del lodo: competenza degli arbitri o del giudice dello Stato?* ..... 335

## II) Straniera

*Sentenze annotate:*

Svizzera - Tribunal Fédéral 21 maggio 2015, con nota di I. FELLRATH e D. FRANCHINI, <i>L'ammissibilità di consulenti esterni del tribunale arbitrale nel diritto svizzero</i> .....	353
---	-----

### RASSEGNE E COMMENTI

PIERO BERNARDINI, <i>La nozione di "investimento" in base alla Convenzione di Washington</i> (in margine ad un articolo su questa Rivista).	371
FRANCESCA TIZI, <i>La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti Pubblici</i> .....	375
RACHELE POLIDORI, <i>Arbitrato rituale e questioni penali: corruzione di arbitri, falsa testimonianza e falsa perizia</i> .....	399

## “Arbitrato e fallimento”

**Convegno A.I.A. - Rivista dell'Arbitrato  
Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 4 dicembre 2015 (\*)**

### *Intervento introduttivo*

PIERO BERNARDINI (\*\*)

Un cordiale saluto a tutti i partecipanti ed un particolare ringraziamento per una così numerosa presenza.

Dopo il Convegno dell'anno scorso della nostra Associazione nel corso del quale abbiamo esplorato alcuni dei problemi posti dall'arbitrato in materia di investimenti, abbiamo scelto per il Convegno di quest'anno uno dei temi di maggiore complessità per l'arbitrato interno ed internazionale, quello del rapporto tra arbitrato e fallimento. A segnalare la complessità del tema basta un breve inventario delle questioni poste da questo rapporto con riguardo al nostro ordinamento:

- a) La compromettibilità delle controversie endofallimentari;
- b) La sottoscrizione della convenzione arbitrale da parte del curatore;
- c) L'opponibilità al fallimento della convenzione arbitrale stipulata dal fallito *in bonis*;
- d) La sorte del procedimento arbitrale pendente alla data del fallimento;
- e) L'opponibilità del lodo nei confronti del fallimento.

Con riguardo a questi diversi aspetti mi limito a brevi cenni, lasciando ai ben più esperti relatori l'approfondimento dei vari problemi.

---

(\*) Si pubblicano qui di seguito l'intervento introduttivo e le relazioni nei testi che gli Autori hanno fatto pervenire alla *Rivista*.

(\*\*) Presidente dell'A.I.A.

In che misura la procedura fallimentare, volta a realizzare la liquidazione concorsuale nel rispetto della *par condicio creditorum* impedisce l'arbitrato per l'indisponibilità del diritto oggetto della lite? Vale questo anche quando oggetto della lite sono crediti a favore della massa fallimentare? E ancora: quali gli effetti del fallimento sulla convenzione arbitrale e sul processo arbitrale pendente alla data del fallimento? Prosegue il procedimento arbitrale con il subentro del curatore al fallito stante la perdita di capacità legale di quest'ultimo (art. 816 *sexies*) o vale anche per questo procedimento l'interruzione del processo prevista dalla legge fallimentare in caso di apertura del fallimento (art. 43.3)? Sono questi interrogativi sui quali non mi avventuro al di là della loro prospettazione stanti i pregevoli scritti in materia di due dei nostri relatori, i Proff. Bove e Castagnola, con conclusioni, mi pare, non del tutto coincidenti.

Quanto agli effetti del lodo già pronunciato sul fallimento, la legge fallimentare ammette al passivo i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario (art. 96, 2° co). La disposizione dovrebbe valere anche per il lodo arbitrale stante l'assimilazione operata dall'art. 824 *bis* c.p.c del lodo alla sentenza del giudice ordinario, ferma la possibilità per il curatore di contrastare il lodo con l'impugnazione per nullità (o con l'opposizione di terzo, ove il curatore si ponga come terzo rispetto all'oggetto del lodo da cui lamenta un pregiudizio). Al termine della prima sessione, il Prof. Briguglio ci illustrerà i problemi posti dal diverso rapporto tra arbitrato e concordato preventivo.

L'esame delle questioni poste nel nostro ordinamento sarà integrato nelle successive sessioni dai dati offerti da una comparazione con alcuni dei più significativi sistemi giuridici stranieri (principalmente quelli inglese, statunitense e francese), di cui ci parlerà il Prof. Corapi, nonché dai profili di diritto comunitario offerti dal Regolamento CEE sulla procedura d'insolvenza transfrontaliera, tema affidato alla Prof. Bariatti. Seguirà un altro tema di grande interesse, quello del rapporto tra arbitrato e fallimento in base alla Convenzione di New York. Ciò, sotto un duplice profilo: quello della validità della convenzione arbitrale stipulata dal fallito o relativa a controversie non compromettibili per arbitri (è l'art. II della Convenzione), con conseguente possibile rifiuto del riconoscimento e della esecuzione della sentenza arbitrale per questi motivi (è l'art. V(1) della Convenzione); e quello del rifiuto del riconoscimento e della esecuzione della sentenza arbitrale da parte del giudice adito, d'ufficio, per la non arbitrabilità della controversia o per contrasto della sentenza con l'ordine pubblico, entrambi i motivi secondo la legge del proprio Stato (è l'Articolo V(2) della Convenzione). Se poi la sentenza arbitrale, annullata da una corte dello Stato di origine, possa essere riconosciuta ed eseguita in un altro Stato è problema al quale vari Stati (in particolare la Francia) hanno dato risposta positiva. Di questo come degli altri problemi posti dal rapporto tra arbitrato e Convenzione di New York ci parlerà un esperto della materia, Richard Kreindler.

La chiusura dei lavori di questa giornata sarà affidata al Prof. Floriano d'Alessandro.

Non mi resta che augurare a tutti un buon lavoro ed al Convegno il migliore successo.





## Relazioni

### Convenzione arbitrale e fallimento

MAURO BOVE (\*)

1. Premesse e scopo dell'indagine. — 2. Il ruolo limitato dell'art. 83-bis l.f. — 3. Contro la prospettiva c.d. dicotomica. — 4. A favore del principio di autonomia della convenzione di arbitrato. — 5. Sopravvivenza della convenzione di arbitrato.

1. Scopo del presente scritto è rispondere alla seguente domanda: la dichiarazione di fallimento determina la cessazione della convenzione arbitrale in precedenza stipulata dall'imprenditore? O, se si vuole: il patto compromissorio, che in precedenza vincolava l'imprenditore, è opponibile anche all'amministrazione fallimentare dopo che l'imprenditore abbia subito la dichiarazione di fallimento?

Per attuare questo scopo è necessaria una premessa ed una delimitazione in negativo dell'indagine.

La premessa attiene alla delimitazione dei confini dell'arbitrabilità in relazione alle liti collegate alla procedura fallimentare, posto che ormai è ampiamente superata l'idea secondo la quale vi sarebbe incompatibilità tra arbitrato e fallimento, visto che, oltre a considerazioni sistematiche <sup>(1)</sup>, il diritto positivo fornisce chiari segnali in questa direzione. Ciò sia nell'art. 25, 1° comma, n. 7) l.f., ai sensi del quale il giudice delegato nomina gli arbitri su proposta del curatore sia nell'art. 35 sempre della l.f., in cui si prevede che il curatore possa stipulare patti compromissori, previa autorizzazione del comitato dei creditori.

Volendo qui solo enunciare i risultati di un'indagine già svolta in altro luogo <sup>(2)</sup>, e che sarebbe ora inutile riproporre più distesamente, si ricorda

---

(\*) Professore ordinario nella Università di Perugia.

(1) Per un approfondimento, qui non necessario, sia consentito il rinvio a BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* a cura di Vassalli, Luiso, Gabrielli, III, *Gli effetti del fallimento*, Torino, 2014, 484 ss.

(2) BOVE, *Arbitrato e fallimento*, loc. cit.

che lo spazio concesso all'arbitrato in relazione al fallimento coincide con lo spazio che si può ricavare a favore di un'attività di giurisdizione contenziosa esterna al fallimento, ma a questo opponibile. Insomma la celebrazione di un giudizio arbitrale in cui sia parte l'amministrazione fallimentare è concepibile nella misura in cui sarebbe concepibile un processo statale contenzioso che vedesse come parte quella stessa amministrazione fallimentare.

Tale assunto significa, in negativo, che è certamente messo fuori gioco un arbitrato ove si voglia far valere un credito nei confronti del fallito, dovendosi detti crediti, visto l'art. 52 l.f., essere accertati secondo le procedure disciplinate dagli articoli 92 e seguenti della legge fallimentare<sup>(3)</sup>. Inoltre esso significa, in positivo, che sono arbitrabili le azioni revocatorie, le liti che possono sorgere nell'esercizio provvisorio dell'impresa, tutte le liti attive che l'imprenditore può esercitare, sia in riferimento a rapporti che, pendenti all'apertura del fallimento, sopravvivono a questa sia in riferimento a pretese (essenzialmente restitutorie) che possono residuare dallo scioglimento di detti rapporti.

La delimitazione in negativo dell'indagine attiene alla questione relativa alla stipula della convenzione arbitrale ad opera della stessa amministrazione fallimentare. Che la cosa sia possibile e che la scelta stia essenzialmente nelle mani del curatore non vi è dubbio. Ma non interessa qui affrontare le problematiche inerenti la mancanza dell'autorizzazione del comitato dei creditori o la diversa disciplina prospettabile a seconda che si scelga la forma del compromesso o della clausola compromissoria<sup>(4)</sup>.

2. Concentrandoci ora sulla domanda sopra posta, si comincia col rilevare che la legge fallimentare non fornisce ad essa una risposta chiara, limitandosi la legge nello specifico a dettare l'art. 83-*bis* in cui si legge: « Se

---

<sup>(3)</sup> Il principio è pacifico. Tra le ultime sentenze si veda Cass. (S.U.), 21 luglio 2015, n. 15200; Cass. 24 giugno 2015, n. 13089; Cass. 17 febbraio 2011, n. 3918, in *Foro it.*, 2012, I, 558. Questo principio, però, non dovrebbe escludere la perseguibilità di un giudizio arbitrale su detto oggetto iniziato prima della dichiarazione di fallimento, salvo diversa volontà delle parti e fermo restando l'inopponibilità del lodo all'amministrazione fallimentare (BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015, 160-161). Ma, in ordine a tale aspetto la giurisprudenza non è mai stata univoca. Così per l'affermativa vedi Cass. 28 maggio 2003, n. 8545, in questa *Rivista*, 2004, 713 (in cui, affermatosi che i crediti verso il fallito vanno accertati nel fallimento, si aggiunge che il già pendente giudizio arbitrale può proseguire nei confronti del fallito nel disinteresse del curatore, ponendo capo ad un lodo che può valere solo nei confronti del fallito tornato *in bonis*). Si sono schierate, invece, a favore dell'improcedibilità di un simile giudizio arbitrale col detto oggetto Cass. 4 settembre 2004, n. 17891, in *Foro it.*, 2005, I, 744; Cass. 6 giugno 2003, n. 9070, in questa *Rivista*, 2004, 299.

<sup>(4)</sup> Per un approfondimento ritorna sempre a BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., 507-508, a cui si aggiunga ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, in questa *Rivista*, 2014, 1 ss., spec. 4-5.

il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione, il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito »<sup>(5)</sup>.

Questa norma dice con certezza solo qualcosa in negativo, ossia che, pendendo un giudizio arbitrale su un dato effetto contrattuale, ove sovrappiunga il fallimento ed il curatore decida di sciogliersi dal rapporto contrattuale da cui quell'effetto scaturiva ovvero esso sia sciolto *ex lege*, viene meno il detto giudizio per il semplice fatto che viene meno la lite sostanziale che ne costituisce oggetto.

Detto in altri termini, la disposizione in parola fa certamente chiarezza solo su uno dei casi che si possono prospettare, prevedendo essa in fondo una conseguenza abbastanza ovvia, dato che un giudizio contenzioso non potrebbe continuare ove esso, per così dire, perda il suo oggetto sostanziale. E una tale evenienza prescinde certo dalla forma che abbia assunto l'accordo arbitrale, per cui quanto abbiamo appena detto vale sia che la scelta a favore dell'arbitrato sia stata fatta con un compromesso sia che essa sia stata fatta con la più usuale clausola compromissoria, l'unica che esplicitamente viene citata nella norma in parola.

Ma, a parte questo, non mi pare che dall'art. 83-*bis* l.f. sia ricavabile altro. Tantomeno un principio ispiratore di carattere generale che possa fornire una risposta appagante al nostro problema.

3. In primo luogo l'art. 83-*bis* l.f. non potrebbe ridare fiato alla c.d. prospettiva dicotomica, vale a dire all'idea per cui, se non fosse opponibile all'amministrazione fallimentare una convenzione arbitrale in precedenza stipulata dall'imprenditore poi fallito, sarebbe invece ad essa opponibile un giudizio arbitrale già pendente al momento della dichiarazione di fallimento.

---

<sup>(5)</sup> Questa norma è stata inserita nella legge fallimentare con la riforma del 2006. In precedenza, in mancanza di norme specifiche, la questione sul tappeto era assai discussa, sostenendosi praticamente ogni soluzione in astratto prospettabile: 1) l'estinzione del patto compromissorio con l'apertura del fallimento, 2) la sua sopravvivenza in ogni caso, 3) la sua sopravvivenza solo in caso di sopravvivenza del rapporto sostanziale collegato, 4) la sopravvivenza solo del giudizio arbitrale già pendente, 5) la sopravvivenza dell'accordo arbitrale solo in caso di scelta in tal senso operata da parte del curatore. Per le citazioni di dottrina si veda, fra i tanti, VECCHIONE, *Compromessi in arbitri e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1956, II, 294 ss.; CAPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 1959, 526 ss.; ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1964, II, 12 ss.; PIEGROSSI, *Rapporti tra fallimento e arbitro*, in *La legge fallimentare. Bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione*, Milano, 1975, 637 ss.; DEL VECCHIO, *Clausola compromissoria, compromesso e lodo di fronte al successivo fallimento di una delle parti*, in *Dir. Fall.*, 1986, I, 285 ss.; PROFETA, *L'opponibilità dell'arbitrato rituale al fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1991, I, 1173 ss.; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Il fallimento*, 1993, 477 ss.; BERLINGUER, *L'arbitrato nelle procedure concorsuali*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, in *Giur. Sist. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, II, Torino 1999, 977 ss., spec. 983 ss.; BONSIGNORI, *Compromesso, clausola compromissoria e fallimento*, in *Scritti in onore di E. Fazzolari*, IV, Milano, 1993, 345 ss.; ID., *Arbitrati e fallimento*, Padova, 2000, 1 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 388 ss.; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato* a cura di G. Verde, Torino, 2005, 71 ss., spec. 80 ss.; TIZI, *Fallimento e giudizi arbitrali pendenti su crediti*, in *Dir. Fall.*, 2005, II, 430 ss.

Invero, se l'art. 83-*bis* l.f. si limita a dare le indicazioni in negativo nei termini sopra detti, non si vede come esso potrebbe in positivo fondare una simile prospettiva.

Né questa, allargando lo sguardo ad altre norme e principi, potrebbe essere sostenuta in virtù di ulteriori argomentazioni.

Non sulla base dell'art. 5 c.p.c. (principio c.d. della *perpetuatio iurisdictionis*), perché, se è vero che esso, rappresentando una delle applicazioni del principio chiovendiano per cui il tempo necessario per celebrare un giudizio non deve andare a danno della parte che ha ragione, deve evidentemente trovare, in linea di principio <sup>(6)</sup>, la sua applicazione anche nel campo della giustizia privata, è anche vero, però, che non si vede la ragione (di diritto positivo) per cui la dichiarazione di fallimento dovrebbe rappresentare un fatto che in astratto sottrarrebbe la *potestas iudicandi* agli arbitri già investiti del giudizio. Invero, presupponendo di trovarsi nell'ambito di quelle controversie che sono arbitrabili anche in collegamento al fallimento, evidentemente qui non sovviene uno di quei mutamenti di cui tratta l'art. 5 c.p.c., che trova, invece, applicazione quando ad esempio interviene una legge che sottragga all'arbitrabilità una lite che in precedenza era devolvibile agli arbitri. Né, ammettendo che eventuali fatti estintivi del patto compromissorio possano ripercuotersi sul giudizio arbitrale pendente, sembra che si possa ravvisare nella dichiarazione di fallimento uno di quei fatti estintivi da cui in ipotesi doversi parare, non essendovi alcun appiglio normativo in tal senso.

Né si potrebbe, a seguito della dichiarazione di fallimento, affermare la sopravvivenza del giudizio arbitrale in sé sulla base dell'idea per cui la pendenza di questo rappresenterebbe l'attuazione della convenzione arbitrale ovvero la costituzione di un mandato collettivo conferito anche nell'interesse del mandatario (l'arbitro), rapporto che, in deroga all'art. 78, 3° comma, l.f., non può sciogliersi <sup>(7)</sup>.

La pendenza del giudizio arbitrale, sia pure seguita dal perfezionamento del rapporto tra le parti e gli arbitri, non rappresenta l'attuazione del patto compromissorio, quindi il perfezionamento di una situazione compiuta, come tale intangibile a fronte dell'amministrazione fallimen-

---

<sup>(6)</sup> Ci si vuol qui riferire all'esclusione dell'operatività dell'art. 5 c.p.c. al caso dell'estinzione del patto compromissorio a giudizio arbitrale pendente. Sulle fattispecie di estinzione del patto compromissorio vedi, se vuoi, BOVE, *La giustizia privata*, cit., 46 ss.

<sup>(7)</sup> La giurisprudenza parla della sopravvivenza del patto compromissorio, quindi facendo mostra di non distinguere a seconda che già penda o meno il giudizio arbitrale, proprio in virtù del secondo principio enunciato nel testo. Cfr.: Cass. (Sez. Un.) 26 maggio 2015, n. 10800, la quale aggiunge che il principio troverebbe indiretta conferma nell'art. 83-*bis* l.f., che implicitamente affermerebbe la perseguibilità dei giudizi arbitrali ove il curatore subentri nel rapporto sostanziale, quindi mantenendo la vincolatività della clausola compromissoria, che non potrebbe essere svincolata dalla vincolatività di tutte le clausole del rapporto contrattuale in cui avviene il subentro. In senso adesivo Cass. 27 febbraio 2010, n. 3803; Cass. 8 settembre 2006, n. 19298.

tare. Innanzitutto, se così fosse, allora la ragione della sopravvivenza del giudizio arbitrale a fronte dell'amministrazione fallimentare non starebbe tanto nella pendenza del giudizio arbitrale in sé, che si ha con la notificazione della domanda, quanto piuttosto nel perfezionamento della sequenza nomina-accettazione nell'ambito della dinamica tra le parti e gli arbitri. Ma, a parte questo rilievo, la verità è che, quand'anche si voglia parlare di una "attuazione" del programma negoziale contenuto nel patto compromissorio, un simile risultato si ha solo con la realizzazione dello scopo della convenzione stessa, meta che si raggiunge, non certo con la nomina degli arbitri, quanto piuttosto con la pronuncia del lodo. Per cui, al più, seguendo questa logica, nella sequenza nomina-accettazione che fonda la costituzione del rapporto tra parti ed arbitri si avrebbe solo una parziale attuazione del patto compromissorio, con la conseguenza che, rimanendo sempre nell'ambito della stessa logica, resterebbe intatto il problema della sua opponibilità all'amministrazione fallimentare, la cui soluzione dovrebbe comunque cercarsi altrove.

Quanto all'intangibilità del mandato collettivo, peraltro conferito anche nell'interesse del mandatario (l'arbitro), è vero che qui si deve derogare al terzo comma dell'art. 78 l.f. e quindi ritenere quel rapporto vincolante anche a fronte dell'amministrazione fallimentare, ma è anche vero che ciò nulla ha a che fare con la sopravvivenza della convenzione di arbitrato ovvero del giudizio arbitrale pendente.

Insomma, quest'ultimo principio serve ad affermare che, se la scelta della via arbitrale in precedenza fatta dall'imprenditore poi fallito sopravvive, allora gli arbitri già nominati manterranno il loro ufficio anche a fronte dell'amministrazione fallimentare<sup>(8)</sup>. Ma, da altra parte si deve risolvere il problema pregiudiziale, ossia appunto il problema della sopravvivenza della scelta della via arbitrale.

Così, se i rilievi critici appena svolti appaiono ragionevoli, si può trarre almeno una conclusione in positivo: il problema della sopravvivenza della scelta in favore della via arbitrale fatta dall'imprenditore poi fallito è unico, prescindendo la sua soluzione dalla pendenza o meno del giudizio arbitrale al momento della dichiarazione di fallimento. Insomma, non sono ipotizzabili casi in cui potrebbe proseguire il giudizio arbitrale là dove, se non fosse già pendente detto giudizio, cadrebbe, invece, il patto compromissorio. In verità la sopravvivenza della scelta in favore della via arbitrale effettuata dall'imprenditore poi fallito dipende sempre e solo dalla sopravvivenza della convenzione di arbitrato, non essendovi ragioni peculiari attinenti al giudizio in sé che militino comunque a favore della sua opponibilità all'amministrazione fallimentare. Detta affermazione a me sembra abbastanza certa, anche se essa non è certo esplicitata nella legge fallimentare.

---

(8) Principio ribadito anche in Cass. 24 giugno 2015, n. 13089.

4. In fondo seguendo la logica appena esposta, gran parte della dottrina ritiene che l'art. 83-bis l.f., ancorché con un'espressione un po' contorta, fornirebbe all'interprete proprio il principio generale per stabilire la sopravvivenza della convenzione di arbitrato, principio che suonerebbe così: la clausola compromissoria segue le sorti del contratto sostanziale a cui accede, per cui il curatore, se subentra in questo, subentra anche nella clausola compromissoria, mentre in caso contrario, ossia sciogliendosi dal contratto (*rectius* dal rapporto) sostanziale, egli si scioglie anche dalla detta clausola.

Insomma, secondo gli interpreti più recenti, una volta aperta la procedura fallimentare, non si potrebbe distinguere a seconda che penda o meno il giudizio arbitrale, restando il problema della sopravvivenza della scelta della via arbitrale a fronte dell'amministrazione fallimentare sempre identico. Ad esso il legislatore del 2006 avrebbe risposto escludendo ogni autonomia del patto compromissorio rispetto al rapporto sostanziale a cui accede (<sup>9</sup>).

Questa soluzione non convince per svariati motivi.

Innanzitutto, facendo dire all'art. 83-bis l.f. molto di più di quel che esso non dica, si finisce per vulnerare il principio di autonomia della convenzione di arbitrato che, legato alla sua processualità, quindi alla sua eterogeneità rispetto al rapporto (pur) contrattuale a cui accede, a mio parere dovrebbe essere abbandonato solo in caso di una chiara volontà del legislatore che qui non emerge.

In secondo luogo, un simile ragionamento potrebbe attagliarsi solo al caso in cui la scelta della via arbitrale sia stata fatta per mezzo della stipula di una clausola compromissoria e non anche nell'eventualità che essa abbia assunto una forma diversa. Ma, francamente, non si vede il motivo

---

(<sup>9</sup>) DIMUNDO, in *Il diritto fallimentare riformato* a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 290 ss.; CANALE, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, sub art. 83-bis, 1345 (il quale specifica che non si può distinguere tra clausola compromissoria e compromesso: il patto compromissorio, quale che sia la sua forma, sopravvive se sopravvive il rapporto sostanziale a cui si riferisce, altrimenti viene meno); ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 806, in *Arbitrato*, Commentario diretto da F. Carpi, Bologna, 2007, 116-117 (la quale, invece, distingue tra compromesso e clausola compromissoria, applicando a questa l'art. 83-bis l.f. ed a quello il principio ricavabile dall'art. 72 l.f., che dà al curatore il potere di scelta); FRASCAROLI SANTI, *op. cit.*, 377; DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione di arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, 2010, 357 ss. (il quale fa due precisazioni: a) in linea di principio il patto compromissorio è opponibile al fallimento; b) si potrebbe contestare la legittimità della scelta di scioglimento dal contratto ad opera del curatore, ma detta contestazione va sollevata a fronte del tribunale fallimentare); CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, cit., 169. Legge in modo limitativo l'art. 83-bis VELLANI, *L'art. 83-bis l. fall. e l'art. 15 regolamento CE n. 1346 del 2000*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, cit., 861 (il quale ritiene che la norma non si occupi né del caso in cui la scelta della via arbitrale sia fondata su compromesso né del caso in cui all'apertura del fallimento non penda ancora il giudizio arbitrale).

che dovrebbe imporre risposte diverse alla unitaria domanda sulla sopravvivenza della scelta della via arbitrale a fronte della dichiarazione di fallimento.

In terzo luogo, una simile soluzione imporrebbe, a mio parere non ragionevolmente, di sostenere che, se si scioglie il rapporto contrattuale sostanziale, si scioglie anche l'accessoria clausola compromissoria, con la conseguenza che eventuali effetti giuridici sostanziali che residuino da quello scioglimento dovrebbero essere azionati di fronte al giudice statale e non più di fronte all'arbitro<sup>(10)</sup>.

A quest'ultimo proposito non si comprende perché il curatore dovrebbe essere visto come un successore del fallito in caso di subentro nel contratto sostanziale pendente, per cui egli sarebbe successore in tutte le clausole del detto contratto, compresa quella processuale attinente all'arbitrato, e poi, invece, come un terzo in caso di scioglimento del rapporto pendente da cui residuino pretese restitutorie. A me francamente sembra che l'amministrazione fallimentare, dotata di un potere esecutivo che gli deriva dallo Stato, operi comunque e sempre, sul piano sostanziale, in sostituzione dei poteri del debitore, sia per gli effetti principali di un rapporto contrattuale che sopravvive sia per le pretese restitutorie che, in ipotesi, sopravvivano da un rapporto contrattuale che muore. Ed in questo secondo caso non vedo la ragione che dovrebbe portare alla caduta di una clausola compromissoria là dove questa mantiene un ancoraggio al rapporto contrattuale nel cui ambito era stata stipulata, ancorché non più alle pretese sostanziali principali derivanti dal contratto, bensì a quelle residue derivanti dal suo scioglimento.

Inoltre, sempre trattando il caso delle pretese restitutorie derivanti dallo scioglimento del rapporto pendente, non si comprende la ragione che dovrebbe consentire l'applicazione al fallimento di un principio opposto a quello esplicitamente canonizzato per il concordato preventivo nel terzo comma dell'art. 169-*bis* l.f., in cui si legge: « Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in essa contenuta ». Anzi, a me sembra che il problema della sopravvivenza del patto compromissorio a fronte della dichiarazione di fallimento debba trovare una soluzione anche alla luce della chiarificazione contenuta nel citato art. 169-*bis* l.f., norma temporalmente successiva all'art. 83-*bis* contenuto nel medesimo articolato.

Ed, allora, torniamo sempre allo stesso punto. Per risolvere la questione che ci occupa non si deve dare troppo peso all'art. 83-*bis* l.f.: questo non ha sancito il principio della non autonomia del patto compromissorio rispetto ai rapporti pendenti a fronte della dichiarazione di fallimento, avendo esso solo stabilito in negativo il principio per cui un giudizio arbitrale viene meno se esso non ha più oggetto sostanziale.

---

<sup>(10)</sup> Questo è chiaramente esplicitato in ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., 9 ss.



5. Resta, allora, da trovare la risposta alla domanda posta all'inizio. Se essa non è ricavabile dall'art. 83-*bis* l.f. né dal ragionamento della Corte di cassazione, che se la cava rinviando alla figura del mandato collettivo anche nell'interesse del mandatario (arbitro) <sup>(11)</sup>, le uniche possibili soluzioni, non ideologiche ma di diritto positivo, che restano all'interprete sono due: applicare l'art. 72 l.f. ovvero rifarsi al principio generale di cui all'art. 1372 c.c.

L'art. 72 l.f. è oggi una norma che, per il suo tenore, si presenta come l'espressione di un principio generale e residuale sulla sopravvivenza dei rapporti pendenti a seguito della dichiarazione di fallimento, norma che distingue a seconda che il contratto pendente sia già stato compiutamente eseguito, anche solo da una parte, ovvero sia stato solo parzialmente eseguito o del tutto non eseguito <sup>(12)</sup>. Nelle due ultime eventualità la legge, disposta la sospensione dell'esecuzione del contratto, dà al curatore un potere di scelta, in base evidentemente ad una valutazione di opportunità, anche corroborata dal comitato dei creditori.

Ci si chiede: si può ritenere che anche a fronte della convenzione di arbitrato, che penda o meno già il giudizio arbitrale, emerga la necessità di detta valutazione autonoma, per cui il curatore ben possa, ad esempio, subentrare nel contratto sostanziale e non anche nel connesso patto compromissorio, a prescindere dalla forma da esso assunto?

Si potrebbe affermare che le parole utilizzate dall'art. 72 l.f. vadano intese in termini ampi. Così, in particolare, si potrebbe ritenere che detta norma, quando parla di esecuzione del contratto, voglia riferirsi, non necessariamente ad adempimenti in senso stretto, quanto piuttosto, più genericamente, all'attuazione del programma negoziale, insomma alla realizzazione dello scopo del contratto. Ma, anche a voler forzare la mano in questo senso, resterebbe sempre da spiegare come si possa aggirare il concetto di assunzione di "tutti i relativi obblighi", di cui pur tratta l'articolo in parola, quando in esso si immagina un curatore che scelga di subentrare nel contratto sotto osservazione. Invero, il patto compromissorio non è un contratto sostanziale, bensì processuale, per cui da esso non deriva alcun rapporto obbligatorio tra le parti, ma solo effetti processuali, fondando esso, in negativo, l'eccezione di patto compromissorio di cui all'art. 819-*ter* c.p.c., che porta alla pronuncia di una sentenza di rigetto in rito nell'ambito del processo statale instaurato inavvedutamente nonostante la scelta della via arbitrale, ed, in positivo, l'efficacia vincolante della (futura) sentenza privata.

Inoltre, se da un certo punto di vista l'effettività del patto compro-

---

<sup>(11)</sup> Torna *retro* alla nota 7 e a quanto detto nel testo in corrispondenza.

<sup>(12)</sup> Su questa disciplina vedi da ultimo e per tutti GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., III, *Gli effetti del fallimento*, cit., 121 ss.

missorio è garantita, non dalla nascita di un rapporto obbligatorio avente come contenuto l'obbligo di non agire di fronte ad un giudice statale, bensì dalla detta eccezione di patto compromissorio, da altro punto di vista non ha consistenza immaginare la nascita da esso di un ulteriore obbligo di cooperazione al fine di rendere possibile l'attuazione della giustizia privata, essendo più verosimile l'utilizzazione della figura dell'onere, visto che l'eventuale inerzia di una parte, ad esempio nella nomina dell'arbitro che le spetta, può danneggiare solo la parte inerte, avendo l'altra ogni strumento di legge per rimediare facendo a meno della cooperazione dell'altra.

Ma, allora, appare veramente arduo immaginare qui l'applicabilità dell'art. 72 l.f. ed affermare, quindi, che il patto compromissorio possa essere oggetto di quella autonoma valutazione da parte del curatore che è prevista dalla norma in parola. Questa, forse, potrebbe anche essere in astratto una soluzione ragionevole. Ma non sembra che essa sia stata concretamente scelta dal legislatore nella formulazione dell'art. 72 l.f.

Tuttavia, se nessuna norma consente lo scioglimento dell'amministrazione fallimentare dalla convenzione di arbitrato in precedenza stipulata dall'imprenditore poi fallito, né per scelta né quale effetto automatico, francamente a me sembra che all'interprete resti qui solo la necessità di applicare il principio di cui all'art. 1372 c.c. e così affermare che la scelta della via arbitrale sopravvive alla dichiarazione di fallimento. Sia che il giudizio arbitrale serva a far valere effetti principali derivanti da un rapporto sostanziale che sopravvive sia che esso serva a far valere pretese restitutorie emergenti a favore del fallito dal venir meno di rapporti pendenti.

Ovviamente, se un patto compromissorio sopravvive rispetto ad un rapporto sostanziale che a sua volta sopravvive, è possibile che al momento della dichiarazione di fallimento penda già un giudizio arbitrale avente ad oggetto una pretesa contrattuale dell'imprenditore. In tal caso quel giudizio continuerà<sup>(13)</sup>, si ripete, non perché in sé opponibile all'amministrazione fallimentare, ma perché a questa è opponibile la convenzione di arbitrato.

Se, invece, si tratta di un patto compromissorio che accede ad un rapporto sostanziale che in occasione della procedura fallimentare si scioglie, allora evidentemente, sopravvivendo la scelta della via arbitrale in riferimento a pretese restitutorie che residuano da quello scioglimento, non è concepibile un giudizio arbitrale già pendente all'apertura del fallimento e, in ipotesi, da proseguire. Invero, le dette pretese, scaturendo da una vicenda successiva alla dichiarazione di fallimento (scioglimento

---

<sup>(13)</sup> A mio parere in applicazione dell'art. 816-*sexies* c.p.c., non potendosi qui applicare l'istituto dell'interruzione. Sulle diverse prospettive, che ora non merita approfondire, vedi, per la prima, BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., 503 ss. e, per la seconda, CASTAGNOLA, *op. cit.*, 170 ss.

del rapporto pendente), evidentemente non potevano già essere oggetto di una precedente attività di giurisdizione dichiarativa. Per queste pretese si tratterà sempre di instaurare un giudizio arbitrale ad iniziativa dell'amministrazione fallimentare.

La costruzione proposta è certamente confermata anche dalla già citata previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 169-*bis* l.f. Né ciò può essere smentito dal secondo comma del medesimo art. 1372 c.c., ai sensi del quale il contratto non produce effetti rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge, perché l'amministrazione fallimentare non è un terzo, operando essa in sostituzione del debitore fallito, ossia dei diritti e delle azioni di questo <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Sul principio generale vedi da ultimo GUGLIELMUCCI, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., III, *Gli effetti del fallimento*, cit., 1 ss., spec. 18 ss.

## Procedimento arbitrale, lodo e fallimento

ANGELO CASTAGNOLA (\*)

1. Premessa. — 2. Procedimento arbitrale pendente e fallimento. — 3. Lodo e fallimento.

1. Quando gli studiosi americani parlano dei rapporti intercorrenti tra arbitrato e fallimento, manifestano opinioni che a noi possono apparire stravaganti: ad esempio sostengono che, nel conflitto tra i due istituti, è il fallimento che deve prevalere, in considerazione della maggior velocità con la quale, nell'ambito del fallimento, le controversie vengono decise dai giudici fallimentari (1). A questa affermazione, il giurista italiano non può non alzare il sopracciglio; ma ve ne sono altre che invece anche noi potremmo sottoscrivere, ad esempio quella per cui tra arbitrato e fallimento c'è un conflitto "*come tra poli quasi opposti*" (2).

Se è vero, infatti, che la compatibilità tra i due istituti è sicura — basti pensare alle norme della legge fallimentare che la presuppongono, quali la previsione del compromesso del curatore come atto da autorizzarsi da parte del comitato dei creditori, e la previsione della nomina dell'arbitro da parte del giudice delegato — non è meno vero che il fallimento ha esigenze pubblicistiche che l'arbitrato non ha. L'arbitrato — anche quello rituale, del quale solo mi occuperò — si fonda sul consenso, ed ha quindi carattere contrattuale; ed il lodo che ne costituisce l'esito è un atto strettamente privato nella sua formazione (sino a che venga introdotto nell'ordinamento con l'esecuzione), anche se non nei suoi effetti. Il fallimento invece ha la funzione, di rango pubblicistico, di attuare la responsabilità patrimoniale degli imprenditori commerciali insolventi; e ciò non può non comportare la conseguenza che, tra le esigenze del fallimento e quelle dell'arbitrato, siano le prime a dover prevalere.

---

(\*) Professore ordinario nella Università degli Studi di Milano.

(1) *In re Cross Electric Co., Inc.*, in 9 *Bankr.* 408 (*Bankr. W.D. Va.* 1981); ed anche W.E. DEITRICK, *The Conflicting Policies Between Arbitration and Bankruptcy*, in *Business Lawyer*, 40 (1984), p. 33 ss., ivi alla p. 36.

(2) *In re United States Lines*, 197 *F3d* 631 (640) (2d *Circ.* 1999); ed anche *Bankruptcy Court of Massachusetts, Sonatrach v. Distrigas*, in 80 *BR* 606, 610.

Del resto, nell'attuazione della responsabilità patrimoniale tramite fallimento, la disciplina dei contratti subisce vistose modificazioni; ma anche i processi davanti ai giudici — per quanto anch'essi dotati di natura pubblica — risultano pesantemente influenzati dal fallimento. Non credo quindi che si possa dubitare che anche il procedimento arbitrale possa risentire degli effetti del fallimento (e non viceversa).

2. E proprio dagli effetti del fallimento su un processo arbitrale pendente bisogna partire.

Quando infatti si parla di procedimenti arbitrali e fallimento, le ipotesi sono due: il procedimento arbitrale iniziato prima del fallimento, ed il procedimento arbitrale iniziato dopo di esso.

Per semplicità, possiamo identificare le due ipotesi come il procedimento arbitrale del fallito, e il procedimento arbitrale del curatore; e a questa semplificazione io mi atterrò scrupolosamente; ma l'onestà intellettuale vorrebbe che nel novero dei procedimenti arbitrali iniziati dopo il fallimento noi ricomprendessimo anche i procedimenti arbitrali del fallito. Così come, secondo la tesi di Corrado Vocino <sup>(3)</sup> e soprattutto di Edoardo Ricci <sup>(4)</sup>, il fallito può fare processi in corso di fallimento, salvo ritenerne l'esito inefficace nei confronti dei creditori concorsuali, allo stesso titolo il fallito dovrebbe essere ammesso a fare arbitrati: la tesi di Ricci è troppo nota per esporla qui; ma, essendo rimasta una tesi purtroppo di minoranza, la lascio in disparte ai fini di questa relazione.

Quindi la prima ipotesi è costituita dall'arbitrato del fallito precedente il fallimento; e la prima e fondamentale domanda che ci si deve porre è che cosa accada al procedimento arbitrale pendente, quando una parte fallisce.

La premessa dalla quale occorre partire è una premessa sicura, perché su di essa tutti concordano sulla base di ciò che prevede l'art. 43 l. fall.: nelle controversie, anche in corso, relative a diritti patrimoniale ricompresi nel fallimento sta in giudizio il curatore. Il termine "controversia" viene concordemente interpretato come ricomprendente anche gli arbitrati (rituali) <sup>(5)</sup>, sicché è pacifico che negli arbitrati, anche in corso, deve stare in giudizio il curatore, tutte le volte in cui il procedimento abbia ad oggetto un rapporto patrimoniale ricompreso nel fallimento (e l'oggetto del giudizio lo consenta). Se l'arbitrato non pendeva al momento del fallimento, siamo in presenza della seconda delle ipotesi alle quali facevo

---

<sup>(3)</sup> Si veda *Il fallito nel suo processo*, in *Dir. fall.*, 1972, I, p. 249 ss.

<sup>(4)</sup> Si veda almeno *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 1021 ss..

<sup>(5)</sup> F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito, alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra e N. Rascio, Napoli, 2010, p. 357 ss., ivi alla p. 361.

riferimento più sopra, vale a dire l'arbitrato del curatore; ma, se il procedimento era già pendente, dovrebbe continuare ad applicarsi il medesimo art. 43, già (pacificamente) utilizzato nella sua prima parte per affermare la necessità di partecipazione al giudizio del curatore, e solo del curatore.

Questa norma contiene infatti un terzo comma, in forza del quale l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo.

Poiché non si possono nutrire dubbi sul fatto che il procedimento arbitrale sia un processo, in quanto procedimento caratterizzato dal contraddittorio <sup>(6)</sup>, a me pare — e ho già sostenuto <sup>(7)</sup> — che la soluzione sia necessitata: il procedimento arbitrale si interrompe.

Non tutti sono però d'accordo, e avanzano principalmente quattro argomenti in contrario.

Il primo è quello secondo il quale il terzo comma si applicherebbe solo ai processi davanti al giudice togato <sup>(8)</sup>.

Questo argomento faccio un po' fatica a comprenderlo: in mancanza di indicazioni contrarie provenienti dalla legge, dal sistema o dagli interessi in gioco, per quale motivo il primo comma dell'art. 43 l. fall. dovrebbe (pacificamente) applicarsi all'arbitrato, e il terzo comma no? Se nell'arbitrato sta in giudizio il curatore ai sensi del primo comma della norma, e questo è sicuro, quando l'arbitrato incontra sulla sua strada il fallimento deve subire la sorte che la medesima norma prevede, e quindi deve interrompersi ai sensi del terzo comma.

Il secondo argomento è quello, in virtù del quale l'interruzione sarebbe un istituto estraneo e sconosciuto all'arbitrato <sup>(9)</sup>.

Questo secondo argomento lo comprendo, ma non lo posso condividere. Può darsi che l'interruzione — che non è istituto ontologicamente incompatibile con l'arbitrato, visto che ad esempio l'ordinamento francese lo prevede — fosse un istituto sconosciuto all'arbitrato fino al 2006 (ammesso e non concesso che questa circostanza potesse determinare anche allora la sua inapplicabilità in mancanza di norma espressa: l'applicazione delle norme del codice di rito ai procedimenti arbitrali, anche in assenza di rinvii espressi, è all'ordine del giorno in qualsiasi procedimento arbitrale rituale), ma dal 2006 non è più così, perché esiste il terzo comma dell'art. 43, che disciplina espressamente l'interruzione dei processi pendenti aventi ad oggetto rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento; e, se questo processo è un arbitrato, ciò significa che nel 2006 l'arbitrato ha fatto la conoscenza dell'istituto dell'interruzione.

---

<sup>(6)</sup> Si veda E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1975, p. 28 ss.; ID., voce "procedimento e processo (teoria generale)", in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, XIV, Torino, 1996, p. 648 ss.

<sup>(7)</sup> Si veda *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto contenente la clausola compromissoria*, in AA.Vv., *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 169 ss.

<sup>(8)</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, p. 129.

<sup>(9)</sup> M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in questa *Rivista*, 2012, p. 293 ss., ivi alla p. 314.

E si noti che l'interruzione di cui all'art. 43 non è esattamente l'interruzione del codice di rito<sup>(10)</sup>: il che non è senza motivo.

Si tratta infatti di una interruzione automatica, che prescinde dalla dichiarazione in udienza dell'evento interruttivo. Ciò significa che, al verificarsi dell'evento-fallimento, il processo si interrompe per effetto automatico di quest'ultimo, senza che sia necessaria attività di chicchessia affinché l'evento venga dichiarato, od il processo interrotto. Questo si spiega perché, in presenza di un evento interruttivo particolare come il fallimento, che investe un imprenditore commerciale, il quale è parte di una congerie di rapporti anche processuali, e che sarà una procedura nella quale dovranno confluire un vasto numero di processi, sia attivi sia passivi, aventi ad oggetto beni compresi nel fallimento, il legislatore ha ritenuto necessario — e qui emergono le ragioni pubblicistiche alle quali accennavo più sopra — che l'interruzione non sia subordinata ad attività o condizioni di sorta, perché evidentemente non desidera che il processo possa proseguire indisturbato malgrado il fallimento, nel caso in cui queste attività non vengano compiute.

L'esigenza che giustifica l'interruzione automatica dei processi statali vale ad eguale titolo per i processi arbitrali; e, se anche si potesse ritenere che il terzo comma riguardi solo i primi, una applicazione analogica ai secondi sarebbe necessitata: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

Se così è, a più forte ragione non può corrispondere alla volontà del legislatore che la tutela degli interessi pubblicistici sottesi al fallimento sia rimessa alla diligenza degli arbitri, i quali dovrebbero assumere “*le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio*”.

Il terzo argomento consiste infatti nella pretesa applicabilità dell'art. 816-*sexies* cod. proc. civ., ai sensi del quale, quando la parte viene meno ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le suddette misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio<sup>(11)</sup>.

Io non credo che nel caso in esame questa norma possa trovare applicazione: anzitutto, nel momento in cui fallisce, l'imprenditore non solo non viene meno (il che è ovvio), ma neppure perde la capacità legale (il che è meno ovvio, ma sufficientemente sicuro). Ma soprattutto la norma non può trovare applicazione perché si tratta di una disposizione dettata per casi generali, che deve cedere di fronte alla disposizione di settore dettata per il caso specifico in cui si verifichi l'evento fallimento. Manca dunque quella *lacuna legis* che dovrebbe o potrebbe consentire l'applicazione analogica (perché di questo si tratterebbe in considerazione del fatto che il fallito mantiene l'esistenza in vita e la capacità legale) dell'art. 816-*sexies*.

---

<sup>(10)</sup> L. SALVANESCHI, *Dell'arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, p. 545.

<sup>(11)</sup> M. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 293 ss., ivi alla p. 314 s.

Infine c'è un quarto argomento, che viene utilizzato per sostenere la mancata interruzione: si tratta dell'art. 83-*bis* l. fall., in forza del quale, se il contratto contenente la clausola compromissoria è sciolto per effetto delle norme sui contratti in corso di esecuzione, l'arbitrato pendente non può essere proseguito <sup>(12)</sup>.

Da questa norma si dovrebbe ricavare *a contrario* che, se invece il contratto prosegue, lo stesso debba accadere al procedimento arbitrale.

Io credo che l'*argumentum a contrario* sia sempre debole, perché si basa sul non detto; ma credo che lo sia particolarmente in questo caso, che trova la sua disciplina specifica ed espressa nell'art. 43, comma 3: sicché il procedimento arbitrale deve interrompersi anche se il curatore è subentrato nel contratto. Non ho mai letto, né sentito, nessuno sostenere che un processo statale possa proseguire malgrado il fallimento, per il solo fatto che il curatore sia subentrato nel contratto di cui si tratta nel processo; quindi non vedo motivi per sostenerlo con riferimento ad un procedimento arbitrale.

Se non può consentire la prosecuzione del procedimento arbitrale in caso di fallimento, l'art. 83-*bis* ha invece un altro significato, particolarmente importante: quello di dirci che cosa accade, o può accadere, al processo arbitrale pendente, dopo che esso si è interrotto.

Siccome, dopo l'interruzione, il problema è quello della prosecuzione o riassunzione nei confronti della parte legittimata, qualora il contratto contenente la clausola sia sciolto il processo arbitrale non può essere riassunto nei confronti del curatore, perché questi non è vincolato dalla convenzione di arbitrato.

Viceversa, se il contratto prosegue, l'arbitrato può essere proseguito dal curatore o può essere riassunto nei suoi confronti, ed egli non può disconoscere i poteri degli arbitri perché, essendo subentrato nel contratto, è vincolato anche dalla clausola compromissoria ivi contenuta.

Naturalmente, è ovvio che tutto ciò presuppone che, per il suo oggetto, il procedimento possa svolgersi al di fuori del fallimento, e non debba confluire a pena di inammissibilità nell'alveo di quest'ultimo (come, ad esempio, le controversie relative al passivo fallimentare).

Con la prosecuzione nei confronti del curatore non si passa ancora alla seconda delle ipotesi sopra viste, vale a dire all'arbitrato del curatore, perché in realtà in questo caso ci troviamo in un'ipotesi in certo senso intermedia, nella quale il curatore subentra al fallito in un arbitrato già iniziato, nel quale una parte dell'attività è stata svolta dal fallito; sicché si tratta di vedere in quale posizione il curatore si trovi rispetto a simile attività.

---

<sup>(12)</sup> S. BONFATTI e P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2009, p. 332.



Anzitutto, non credo che il curatore possa disconoscere la nomina dell'arbitro posta in essere dal fallito, e pretendere di nominarne, o meglio farne nominare dal giudice delegato, uno nuovo.

Da un lato, il rapporto che lega le parti — entrambe le parti — agli arbitri — a tutti gli arbitri — è un mandato, oltretutto collettivo, sul quale il fallimento non produce effetti; e se anche non lo si configuri come mandato, ma come contratto di arbitrato o contratto d'opera, credo che la natura comunque collettiva impedisca una revoca od un recesso unilaterali.

Dall'altro lato, il presupposto per la continuazione dell'arbitrato nei confronti del curatore è che quest'ultimo sia subentrato nel contratto contenente la convenzione di arbitrato; nel momento in cui il curatore subentra nel contratto posto a base dell'arbitrato, credo che subentri anche nel contratto di mandato, o di arbitrato, che di questo rappresenta l'esecuzione.

Diverso è per la nomina dell'avvocato, posto che sicuramente il curatore può revocargli l'incarico, non diversamente da quanto accadrebbe se l'avesse nominato lui stesso.

Per il resto, ed in particolare per quanto riguarda l'attività istruttoria già compiuta, non credo che valgano regole diverse da quelle applicabili nel caso in cui venga riassunto nei confronti del curatore un giudizio che si svolge davanti ad un giudice togato.

La seconda ipotesi è l'arbitrato del curatore, vale a dire il procedimento arbitrale iniziato *ex novo* dal curatore, o perché vincolato da una clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato dal fallito ma nel quale il curatore sia subentrato, o perché si ritenga che il curatore sia vincolato da clausole compromissorie stipulate dal fallito, pur senza essere subentrato nel contratto (come ad esempio contratti non più in corso al momento del fallimento, come qualcuno sostiene, ma a mio avviso a torto); o perché il curatore abbia stipulato un compromesso in corso di fallimento con riferimento a rapporti o propri del fallito, o propri del curatore; o perché il curatore, ad esempio nell'esercizio provvisorio dell'impresa, abbia stipulato contratti contenenti clausole compromissorie.

In tutti questi casi, e forse in altri ancora, il curatore può attivare l'arbitrato, e per farlo — così come per resistere in un arbitrato iniziato da altri contro di lui — non deve richiedere l'autorizzazione del giudice delegato come dovrebbe fare per agire o resistere davanti al giudice togato. La legge prevede infatti che simile autorizzazione non sia necessaria, tutte le volte in cui il curatore possa stare in giudizio senza il ministero di un difensore; e nell'arbitrato il ministero del difensore non è richiesto.

La nomina dell'arbitro, per contro, spetta al giudice delegato per espressa disposizione di legge. Ove poi il curatore, pur non essendo

obbligato, decida di avvalersi del patrocinio di un avvocato, la nomina di quest'ultimo spetta a lui, come a lui spetta di conferirgli i necessari poteri mediante la procura alle liti.

Per il resto, mi pare che ciò che differenzia l'arbitrato del curatore da un qualsiasi altro arbitrato sia il fatto che il curatore non ha la libera disponibilità del diritto in contesa; ma ciò non è diverso da quanto accade in un processo ordinario che veda il curatore come parte.

3. Si tratta ora di vedere — e con questo si passa alla seconda parte della relazione — che cosa accade se il fallimento sia dichiarato quando un lodo che vede come parte il fallito sia già stato emesso (con ciò intendendosi deliberato e firmato).

In alcuni casi, il curatore può disconoscerne gli effetti senza dover porre in essere una particolare attività (in particolare, senza doverlo impugnare).

In primo luogo, infatti, credo che, per poter essere opponibile al curatore, il lodo debba essere munito di data certa anteriore al fallimento, così come qualsiasi atto con il quale il fallito abbia disposto di un diritto od assunto un'obbligazione prima del fallimento; e, non essendo gli arbitri pubblici ufficiali, non è la loro firma con l'indicazione della data che può conferire certezza a quest'ultima.

Diverso, invece, se il lodo è stato registrato o depositato per l'*exequatur*, o se è stato comunicato alle parti a mezzo plico raccomandato (salvo vedere, in quest'ultimo caso, come si debba risolvere il noto problema della necessità che il timbro postale faccia corpo unico con il documento).

In secondo luogo, si devono considerare i lodi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari, che non siano stati trascritti prima della sentenza dichiarativa di fallimento (e di cui non sia stata trascritta la relativa domanda). L'art. 45 l. fall. conduce *de plano* alla inefficacia del lodo, sicché il curatore potrà senz'altro prescindere, senza porsi il problema di doverlo impugnare<sup>(13)</sup>.

Appurato che il lodo privo di data certa o non rispettoso delle norme sulla trascrizione non è opponibile al curatore, non ci si può non chiedere se il lodo possa essere inopponibile anche per una terza e diversa ragione: la revocabilità.

Se noi attribuiamo natura negoziale al lodo, come dottrina autorevolissima<sup>(14)</sup> fa ancora oggi dopo la riforma del 2006, non credo che potremmo negare che il lodo sia revocabile, almeno con la revocatoria fallimentare.

---

<sup>(13)</sup> S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 115.

<sup>(14)</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., Padova, 2012, spec. II, p. 392 ss..

Premesso infatti che anche atti di terzi, e non solo del fallito, rientrano nell'ambito di quest'ultima, ed ammesso che il lodo sia atto degli arbitri, benché per incarico anche del fallito, non vedo differenza alcuna tra l'esercizio di un diritto di riscatto, con il quale un terzo avoca a sé un bene di proprietà dell'imprenditore prima del fallimento (atto sicuramente revocabile, a condizione, beninteso, che ricorra l'estremo della conoscenza dello stato di insolvenza), e un lodo costitutivo che accolga una domanda di trasferimento di un bene dall'imprenditore ad un terzo che ha dato inizio all'arbitrato (sempre a condizione che ricorra l'idoneo elemento soggettivo, che dovrebbe essere valutato, almeno io credo, in capo all'attore in arbitrato e non certo in capo agli arbitri).

Il problema sorge se invece riconosciamo al lodo, come io credo si debba fare, natura di sentenza.

La revocabilità della sentenza è qualcosa alla quale non siamo abituati; e quindi la tentazione di rispondere negativamente in modo deciso è forte; e questa tentazione ho anch'io.

Poi peraltro mi viene in mente che la revocabilità non è altro che una forma di inefficacia (soprattutto per chi riconosce alla revocatoria fallimentare natura dichiarativa); che l'inefficacia è molto vicina, se non coincidente, con l'inopponibilità (e il lodo immobiliare inopponibile perché non rispettoso delle norme sulla trascrizione non scandalizza nessuno); e che, quando non esisteva l'interruzione automatica dei processi pendenti a seguito di fallimento, il processo che non veniva dichiarato interrotto perché non era stato fatto constare in udienza l'evento interruttivo-fallimento conduceva ad una sentenza che la dottrina e la giurisprudenza non esitavano a definire inefficace o inopponibile rispetto ai creditori<sup>(15)</sup>. Anche questa definizione non scandalizzava nessuno, ed anzi veniva ritenuta coerente con il sistema dettato dagli artt. 42 ss. l. fall.

Inoltre, il diritto vivente ci pone di fronte alla revocatoria di pagamenti coattivi, anche se non alla revocatoria delle vendite coattive (che tuttavia è propugnata da una parte della dottrina, e con argomenti non disprezzabili)<sup>(16)</sup>.

Credo dunque che un margine di dubbio sussista, e che, almeno come ipotesi di lavoro, la revocabilità del lodo possa essere coltivata<sup>(17)</sup>.

La mancanza di data certa e il mancato rispetto delle norme sulla trascrizione (e forse la revocabilità, se la si accetta) rendono irrilevante una distinzione altrimenti fondamentale, che è quella tra lodi, se mi si passa il termine, passati in giudicato, e lodi ancora impugnabili. In questi casi il lodo è infatti comunque inopponibile ai creditori fallimentari.

---

<sup>(15)</sup> E.F. RICCI, *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, cit., p. 1031.

<sup>(16)</sup> F. VERDE, *Revocatoria fallimentare delle vendite giudiziali*, in *Riv. notariato*, 1968, p. 458 ss.

<sup>(17)</sup> Per il solo caso di lodi costitutivi S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 126.

Se invece il lodo è opponibile ai creditori, la distinzione tra lodi ancora impugnabili e lodi che non lo sono più è di basilare importanza.

Sulla posizione del curatore di fronte ad un lodo emesso prima del fallimento credo che si debbano necessariamente prendere le mosse dall'art. 96, comma 2, n. 3, l. fall. per il quale, se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, il giudice delegato lo ammette con riserva, e il curatore può proporre o proseguire l'impugnazione.

Assumo come dato di partenza che la norma, dettata per le sentenze, si applichi anche ai lodi, come sostiene l'opinione che credo maggioritaria<sup>(18)</sup>, anche alla luce della ormai riconosciuta efficacia di sentenza da attribuire al lodo (ma anche studiosi che propendono per ritenerlo di natura negoziale arrivano alla medesima conclusione)<sup>(19)</sup>.

Questa norma è importante non solo per quello che dice, ma anche per quello che presuppone: vale a dire che, se il credito è accertato con sentenza (e quindi con lodo) non più impugnabile, esso deve essere ammesso al passivo in via definitiva.

A questa regola legale si accompagna un corollario giurisprudenziale e dottrinale, secondo il quale il giudice fallimentare è vincolato tuttavia solo a ritenere il credito esistente, ma è libero nelle sue valutazioni circa l'opponibilità dello stesso ai creditori concorsuali.

E la norma è altresì importante perché è dettata in materia di accertamento del passivo, ma stabilisce un principio che va oltre questo limitato settore<sup>(20)</sup>: essa è l'emersione del principio secondo il quale il curatore risente degli accertamenti contenuti in lodi precedenti il fallimento, ancorché essi non abbiano ad oggetto crediti da insinuarsi.

Il problema degli effetti dei lodi rituali nei confronti dei terzi — quale è il curatore — è noto, e su di esso Maestri illustri hanno scritto delle pagine fondamentali<sup>(21)</sup>.

Nell'ambito di queste pagine, non è difficile trovare la motivazione per la quale il lodo emesso e divenuto definitivo prima del fallimento è vincolante, quanto all'accertamento e agli effetti costitutivi, per il curatore (salvi sempre i profili di inopponibilità): da un lato, si può pensare che il curatore sia titolare, in forza degli artt. 31 e 42 l. fall. che gli attribuiscono l'amministrazione e la disponibilità del patrimonio fallimentare, di una situazione giuridica dipendente da quella decisa, e subisca per ciò gli effetti riflessi della decisione contenuta nel lodo; dall'altro lato, si può pensare che il curatore sia avente causa del fallito con titolo posteriore al

---

<sup>(18)</sup> N. SOTGIU, *Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., cit., III, p. 469 ss., ivi alla p. 495.

<sup>(19)</sup> M. MONTANARI, *Lodi rituali e verifica dei crediti nel fallimento dopo la riforma*, in AA.Vv., *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 529 ss..

<sup>(20)</sup> S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 119.

<sup>(21)</sup> Si vedano E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 655 ss.; e F.P. LUISO, *Il lodo arbitrale e i terzi*, in *www.judicium.it*.

lodo, e che per lui sia quindi rilevante la situazione pregiudiziale, oggetto della decisione, così come essa è al momento in cui sorge la sua situazione dipendente. In entrambi i casi, il curatore assume l'amministrazione del patrimonio fallimentare così come esso è, e come è diventato per effetto di sentenze, lodi o contratti.

Si tratta di vedere se, a prescindere dalla mancanza di data certa, dal mancato rispetto delle norme sulla trascrizione o dalla revocabilità, il curatore possa contestare il lodo: secondo la prima visione, lo può fare con l'opposizione di terzo ordinaria; secondo l'altra visione, con l'opposizione di terzo revocatoria se il lodo è frutto di collusione o dolo ai danni dei creditori.

Se invece il lodo è ancora soggetto ad impugnazione al momento del fallimento, è ancora e proprio all'art. 96, comma 2, n. 3, che dobbiamo guardare: assumendo che esso contenga non solo le sentenze ma anche i lodi, un lodo che abbia accertato un credito verso il fallito è la base per una ammissione al passivo con riserva; e la norma in esame attribuisce al curatore la possibilità di proporre o proseguire l'impugnazione della sentenza — e quindi del lodo — se vuole impedire che l'ammissione con riserva si trasformi in ammissione piena.

Questa disposizione ha dunque una grande importanza sistematica: non solo ci fa capire che gli accertamenti contenuti in un lodo passato in giudicato sono vincolanti per il curatore; non solo ci dice espressamente che anche gli accertamenti contenuti in un lodo ancora impugnabile sono anch'essi vincolanti (sia pure *sub condicione*); ma ci dice anche che, in quest'ultimo caso, le impugnazioni che il curatore può proporre — potendo proseguire l'impugnazione della parte — sono le impugnazioni di quest'ultima (e non del terzo), e ciò in un caso in cui il curatore è terzo rispetto al rapporto del fallito, come sicuramente è nell'accertamento del passivo.

Se ne deduce che la distinzione tra rapporti nei quali il curatore sia subentrato, e rapporti nei quali non sia invece subentrato, che è basilare quando si tratti di procedimenti arbitrali in corso, lo è molto meno quando si tratti di procedimenti conclusi con lodo.

Certo, se il curatore è subentrato nel rapporto sostanziale, la sua soggezione agli effetti del lodo, e la sua possibilità di impugnare con i mezzi della parte, corrispondono ai principi; ma l'art. 96 mi sembra che detti una regola speciale, per la quale queste conseguenze si producono a prescindere da un subentro del curatore nel rapporto contrattuale.

Del resto, credo che tutto ciò si componga in un sistema coerente: come il curatore è soggetto agli effetti del lodo passato in giudicato, ad eguale titolo è soggetto agli effetti del lodo ancora impugnabile; e la possibilità di impugnazione con gli strumenti della parte discende anche dall'art. 43, per il quale nelle controversie in corso sta in giudizio il curatore.

Tra le controversie in corso, in quanto in stato di litispendenza attenuata, infatti, secondo la teoria classica dobbiamo ricomprendere anche le controversie già decise, sino a che il provvedimento decisorio non sia passato in giudicato <sup>(22)</sup>; ed i precedenti giurisprudenziali che negano la pendenza della lite nella fase successiva alla pronuncia della sentenza non mi paiono convincenti.

Alla luce dell'art. 43, dunque, non credo che si possano avere dubbi a ritenere estensibile il principio emergente dall'art. 96 non solo ai lodi che abbiano accertato crediti verso il fallito, ma a tutti i lodi: indipendentemente dall'oggetto della decisione, credo che si possa sostenere che il lodo possa sempre essere impugnato dal curatore con lo strumento della impugnazione per nullità dettato dall'art. 828 a tutela della parte <sup>(23)</sup>, e ciò anche qualora il curatore non sia subentrato nel rapporto sostanziale.

---

<sup>(22)</sup> Applica questo principio ai lodi S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 117.

<sup>(23)</sup> Così S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 120, n. 193.



## Arbitrato e concordato preventivo

ANTONIO BRIGUGLIO (\*)

1. Il binomio arbitrato/concordato preventivo: cornice sociologica e sistematica (con un cenno al concordato con cessione dei beni). — 2. I dati normativi. — 3. L'art. 167 l. fall. e la autorizzazione alla stipula dell'accordo compromissorio successivo alla domanda di concordato. — 4. La vincolatività della convenzione di arbitrato preesistente; un precedente assai dubbio sulla fantomatica necessità di autorizzazione alla "accettazione" dell'arbitrato. — 5. Lo scioglimento dalla convenzione di arbitrato. — 6. *Segue*: lo scioglimento dalla convenzione compromissoria ad arbitrato in corso. — 7. Lo scioglimento dal contratto di arbitrato. — 8. L'ambito oggettivo della clausola compromissoria tuttora efficace e la riconducibilità ad esso della controversia sull'indennizzo conseguente allo scioglimento dal contratto principale.

1. Arbitrato e concordato preventivo costituiscono binomio potenzialmente assai problematico e distonico già sul piano della sociologia del diritto. L'uno è fra gli strumenti più nobili ma anche fra i più complessi e fragili della autonomia privata (ogni volta che vedo avviarsi un arbitrato in situazioni che non siano di assoluto fair play mi pare di osservare con apprensione un bambino alla prima esperienza sulla bicicletta senza le rotelline posteriori); l'altro è lo strumento che più si presta a sabotare i poteri di autonomia privata ..... degli altri, e cioè di creditori e terzi contraenti (ogni volta che vedo avviarsi un concordato preventivo, soprattutto se con domanda di concordato "in bianco", scorgo in controluce — e sono in ottima compagnia soprattutto fra i giudici del settore — la figura del callido debitore).

Quanto alla cornice generale e sistematica entro la quale deve muoversi ogni discorso su arbitrato e concordato preventivo, due differenze fondamentali connotano la relazione fra il concordato e la cognizione solutoria delle liti (cui l'arbitrato pertiene a pieno titolo), rispetto a quanto attiene alla relazione fra giudizio di cognizione e fallimento: *a*) il concordato preventivo (la domanda, l'ammissione, l'omologazione) non priva il

---

(\*) Professore ordinario nella Università di Roma "Tor Vergata".



debitore concordatario della legittimazione sostanziale e processuale <sup>(1)</sup>; b) non essendovi accertamento del passivo in senso proprio nulla è precluso alla cognizione ordinaria o arbitrale circa i rapporti fra debitore e terzi (fermo il divieto di azioni esecutive e cautelari, divieto che ovviamente con l'arbitrato in quanto cognizione ha ben poco a che fare).

Queste due differenze sono evidentemente semplificatorie anche riguardo ai rapporti fra concordato e arbitrato, rispetto a quanto non sia per i rapporti fra arbitrato e fallimento.

C'è però un'altra differenza, occasionale perché legata alla particolare ipotesi del concordato con cessione dei beni, che invece complica la faccenda riguardo all'arbitrato, e se ne dice qui per mettere tale ipotesi subito in parentesi ed *à côté* delle riflessioni che seguiranno.

Nel concordato con cessione dei beni sorge ad un tratto dalla terra, dopo l'omologazione, una singolare figura (inesistente nel fallimento): il liquidatore giudiziale quale litisconsorte necessario almeno in certe liti di cui sia parte attrice o convenuta il debitore concordatario. Ed è un litisconsorte necessario al quale è ovviamente impossibile assegnare la veste di successore a titolo universale o particolare, ed al quale è molto difficile attribuire una successione sostanziale nella convenzione di arbitrato stipulata prima del concordato.

A prescindere da quanto diremo da qui in poi, dunque, si porranno in questa particolare ipotesi tutti i problemi relativi alla necessità di adesione all'arbitrato del litisconsorte estraneo all'accordo compromissorio, a pena di improcedibilità, e poi comunque gli intricati problemi di costituzione del collegio (art. 816 *quater* c.p.c.) sempre col rischio della improcedibilità.

Vi è addirittura un caso in cui il liquidatore giudiziale è legittimato a stare in giudizio in via esclusiva (con estromissione definitiva del debitore concordatario): quello della omologazione del concordato con cessione dei beni e con efficacia immediatamente traslativa dei beni ai creditori ed immediata liberazione del debitore (la c.d. cessione *pro soluto*). In quest'ultimo caso vi è fenomeno successorio a titolo particolare, e perciò può valere, se l'arbitrato è già in corso ed ha ad oggetto il bene ceduto, l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. oggi espressamente prevista 816 *quinquies*, u.c.. Inoltre, e volta per volta, può valutarsi il subentro del liquidatore nella clausola compromissoria stipulata a suo tempo dal debitore ove il bene ceduto sia un contratto, e cioè un insieme di diritti ma anche di obblighi contrattuali.

2. Assunta questa generale cornice, guardiamo ora ai dati normativi concernenti il rapporto fra arbitrato e concordato.

---

<sup>(1)</sup> Su tale aspetto, con riguardo all'arbitrato, cfr. FRASCAROLI SANTI, *Arbitrato e procedure concorsuali minori*, in *Fall.*, 1996, V, 419 ss.

Il primo dato rilevante è che non esiste per il concordato un rinvio generale alla disciplina fallimentare e perciò alle norme e principi che regolano il rapporto fra arbitrato e fallimento.

Le disposizioni sul fallimento applicabili al concordato sono quelle elencate puntualmente dall'art. 169 l. fall.. E fra queste non vi è l'art. 83 bis <sup>(2)</sup> secondo cui “*se il contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è sciolto a norma delle disposizioni della presente sezione [quella che regola il rapporto tra fallimento e contratti pendenti] il procedimento arbitrale pendente non può più essere proseguito*”.

Anzi il legislatore del 2012 — nel recepire espressamente la prassi giurisprudenziale introduttiva della facoltà del debitore di scioglimento autorizzato dai contratti in corso di esecuzione — ha dettato a scanso di equivoci (ma la cosa, a mio avviso, era chiara anche prima) una esplicita disposizione di segno diametralmente opposto: l'art. 169 bis, c. III, ai sensi del quale “*lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta*” (né è pensabile — attese le premesse sistematiche generali cennate *sub* 1 — che l'inefficacia dell'accordo compromissorio discenda in qualche modo dell'art. 72 l. fall. o da una, per vero cervelottica, applicazione dell'art. 1372, c. II c.c.).

3. L'unica altra disposizione “concordataria” che riguarda direttamente l'arbitrato è l'art. 167, c. II l. fall., ove si stabilisce che la stipula del compromesso [*rectius*: della convenzione arbitrale] dopo la domanda di concordato senza autorizzazione del giudice è — siccome atto di straordinaria amministrazione — inefficace rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Il che vuol dire — per farla davvero breve — che il lodo emanato sulla base di quell'accordo compromissorio stipulato dal debitore in concordato è valido ed efficace *inter partes*, ma è inopponibile ai creditori anteriori.

È inopponibile ai creditori anteriori, terzi rispetto all'arbitrato, in sede concordataria e perciò ai fini del voto ed anche ai fini della soddisfazione in ambito concordatario. Fuori dall'ambito concordatario, e nell'indefinito prosieguo della esperienza giuridica, si dovrebbe ritenere che l'efficacia d'accertamento o costitutiva del lodo non subisca menomazioni e valga dunque per i terzi (già creditori) per quel tanto (o poco) che in generale può valere per i terzi.

Ben diversamente accade se parte dell'accordo compromissorio sia proprio uno dei creditori anteriori. In proposito occorre rammentare che la inopponibilità prevista dall'art. 167 è una prerogativa del creditore, non del debitore concordatario. Se il creditore anteriore ha accettato la con-

---

<sup>(2)</sup> In *arg.*, e per l'esatto inquadramento sistematico di ciò, v. APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2013, II, 263 ss.

venzione arbitrale non autorizzata (successiva al concordato) sarà in pieno vincolato dagli effetti di questa e dagli effetti del lodo perché *a*) è come se avesse rinunciato per fatti concludenti o per *contrarius actus* a quella prerogativa; *b*) o comunque perché l'efficacia di giudicato del lodo prevale sulla inopponibilità *ex art. 167*. E tali effetti varranno in primo luogo in sede concordataria. Dunque quel creditore sarà soddisfatto in percentuale concordataria, per ciò che il lodo accerta quanto al suo effettivo credito.

La necessità di autorizzare significa per altro che se il debitore stipula un accordo compromissorio non autorizzato rischia teoricamente il fallimento a mente del severo art. 173, c. III, l. fall.

Circola comunque l'idea <sup>(3)</sup>, tutt'altro che trascurabile, secondo cui l'art. 167 l. fall. sarebbe stato ormai e progressivamente abrogato *in parte qua* a seguito della progressiva espunzione dell'accordo compromissorio degli atti di straordinaria amministrazione nell'ambito della disciplina di diritto comune (già con la novellazione dell'art. 808 nel 1994 e poi con quella dell'art. 807 nel 2006) e non sarebbe dunque più necessaria l'autorizzazione per la stipula di nuovi accordi compromissori. Ma resterei un po' più formalista, ove il formalismo equivale a bilanciata prudenza: la specialità della materia concorsuale è tale da consentire senz'altro di intendere la elencazione specifica di cui all'art. 167 c. II (che comprende appunto l'accordo compromissorio) come prescindente dal *discrimen* generale fra ordinaria e straordinaria amministrazione, sebbene a quella elencazione si affianchi poi, aggiuntivamente appunto, il riferimento "in genere" agli "atti eccedenti l'ordinaria amministrazione".

4. Quanto alla convenzione arbitrale preesistente al concordato, essa resta in piedi e vincola le parti compreso il debitore concordatario. Lo stesso art. 167 lo conferma, sia pur ellitticamente, *a contrario*; e lo conferma altresì ed ovviamente l'assenza di disposizioni di segno diverso.

Secondo Cass. Sez. Lav. 27 luglio 2006, n. 17159, resa in un caso per vero molto particolare di concordato con cessione dei beni e rimasta pressoché isolata, sembra richiedersi, però, ferma la perdurante astratta efficacia dell'accordo compromissorio precedente, la autorizzazione del giudice per l'*accettazione* dell'arbitrato.

L'accettazione dell'arbitrato (attiva o passiva) sarebbe dunque atto di straordinaria amministrazione.

A parte il fatto che se così fosse la conseguenza dell'adesione non autorizzata all'arbitrato (attiva o passiva) sarebbe pur sempre quella dell'art. 167 e cioè la inefficacia relativa dell'adesione e di quel che segue (e cioè del lodo) rispetto ai creditori anteriori, non credo proprio che

---

<sup>(3)</sup> V. ad es. CAVALLINI, *Nuovi orizzonti dell'arbitrato nel quadro della procedura di concordato preventivo*, in <http://www.ilfallimentarista.it>.

quell'isolato precedente meriti di essere confermato in termini generali; credo anzi si tratti nella sostanza di uno pseudo-precedente o, se non tale, di un precedente assai poco persuasivo.

L'accettazione dell'arbitrato fondato su convenzione arbitrale pregressa non è atto di straordinaria amministrazione già per il solo fatto che l'art. 167 considera tale la stipula di un nuovo accordo compromissorio. È più che evidente come le situazioni siano ben diverse.

E nel caso deciso dalla Sezione Lavoro della S.C. la situazione era in realtà sostanzialmente ragguagliabile più alla stipula di un nuovo accordo compromissorio che all'ossequio ad un accordo preesistente mediante semplice "adesione" dell'arbitrato. La clausola compromissoria era infatti contenuta in contratto collettivo di lavoro e lasciava alle parti il potere di svincolarsi. Perciò l'accettazione in concreto dell'arbitrato altro non era che il completamento di una incompleta volontà compromissoria.

Dire, come poi dice la Cassazione del 2006, che l'arbitrato è atto a realizzare la "ricognizione di diritti di terzi", e cioè di soggetti diversi dal debitore concordatario, è dire una ovvietà irrilevante. La "ricognizione dei diritti di terzi", menzionata come atto di straordinaria amministrazione dall'art. 167, è però la ricognizione negoziale, non certo quella giustiziale (e qui gioca senz'altro la equiparazione funzionale ed effettuale fra lodo e sentenza oggi sancita a chiare lettere dall'art. 824 *bis* del c.p.c.): altrimenti dovremmo pensare che anche la azione in giudizio o la costituzione in giudizio ordinario del debitore concordatario siano sempre atti di straordinaria amministrazione.

Ed è improduttivo ribattere che l'accettazione dell'arbitrato è diversa dalla semplice azione o costituzione in giudizio perché è sottomissione della lite, e perciò della eventuale ricognizione di diritti dei terzi, alla giustizia alternativa di privati. Di ciò si è già occupato il legislatore vincolando alla previa autorizzazione giudiziale la stipula di un nuovo accordo compromissorio da parte del debitore concordatario. *Ergo* ed *a contrario*: la semplice esecuzione di quell'accordo non richiede apposita autorizzazione.

È inutile poi evocare, come fa la sentenza in discorso, il principio secondo cui "*tra gli atti del debitore assoggettati ad autorizzazione del giudice delegato rientrano anche quelli che costituiscono attuazione di impegni assunti con atti negoziali precedenti*", e richiamare in proposito Cass. n. 11144/1996. Lì si trattava di un contratto di compravendita immobiliare stipulato dopo il concordato in base ad un preliminare stipulato prima. La fattispecie è evidentemente diversa.

Se questo pseudo-precedente, o precedente comunque tutt'altro che persuasivo, si consolidasse e si generalizzasse avremmo un bel po' di pasticci.

Non solo e non tanto il debitore concordatario attore in arbitrato, in base a convenzione compromissoria pregressa, dovrebbe farsi autorizzare

a proporre la domanda di arbitrato; ma il debitore concordatario che volesse adire il giudice ordinario nonostante la clausola pregressa potrebbe farlo *sit et simpliciter*, rispondendo poi, alla eccezione della controparte, che ha scelto ... di non farsi autorizzare a dare esecuzione alla clausola? Tanto varrebbe dire che egli si può sciogliere *ad libitum* dal vincolo compromissorio pregresso. Ad evitare siffatto assurdo sarebbe allora gioco forza dire che egli dovrebbe chiedere prima l'autorizzazione ... per farsela espressamente negare e poi agire in giudizio.

E il compromittente *in bonis* che volesse adire gli arbitri utilmente cosa dovrebbe mai fare? Interpellare formalmente il debitore chiedendogli di farsi autorizzare?

5. Capitolo diverso è ovviamente quello dello scioglimento dalla convenzione di arbitrato precedente considerata come contratto autonomo. I casi possono essere due.

Uno molto teorico, quello dello scioglimento automatico della clausola compromissoria convenzionalmente previsto *ab origine* nella medesima per il caso di apertura della procedura di concordato preventivo. Previsione questa che è inefficace *ex art. art 186 bis, c. III, l. fall.*, ma — si ritiene — solo in ipotesi di concordato con continuità aziendale, non nelle altre.

Il caso ben più concreto e praticamente interessante è invece quello di scioglimento della clausola come contratto autonomo, su istanza del debitore concordatario, da rivolgersi al tribunale prima del decreto di ammissione o al giudice delegato dopo.

L'art. 169 *bis* l. fall. prevede, come è noto, tale facoltà in termini generali ed in relazione a tutti i contratti in corso di esecuzione. È applicabile alla convenzione di arbitrato? Vi sono almeno tre buone ragioni per rispondere affermativamente.

— Sì perché essa è un contratto come un altro: la sua portata prevalentemente processuale non elide la sostanza economica delle cose ed è alla sostanza economica delle cose che guarda l'art. 169 *bis* contemplando facoltà del debitore concordatario (in relazione evidentemente alla realizzazione del piano) di sciogliersi dai contratti pendenti previa autorizzazione del giudice (es. convenzione di arbitrato che esponga il debitore a oneri eccessivi, o gli impedisca un efficace recupero dei crediti precludendogli il ricorso efficace alla tutela monitoria).

— Sì perché così emerge a contrario all'art. 169 *bis, c. III*: se tale disposizione stabilisce che lo scioglimento del contratto “non si estende” — ed intende chiaramente dire non si estende automaticamente (e non che “non può mai estendersi”) — alla clausola compromissoria, ciò significa che posso chiedere l'autorizzazione a sciogliermi in una dal contratto e dalla clausola compromissoria che vi accede. E allora perché non consentire la richiesta di scioglimento dalla sola clausola?

— Sì perché se la clausola è autonoma ciò vuol dire appunto che da essa ci si può svincolare anche a prescindere dallo scioglimento o meno del contratto cui accede.

In caso di scioglimento dalla convenzione di arbitrato in quanto tale vi sarà il problema dell'indennizzo per l'altra parte. Sarà per altro difficile, perfino mediante scontato ricorso a criteri equitativi e forfettari, quantificare l'indennizzo anzi affermare *tout court* che un indennizzo da mancata operatività del patto di arbitrato sia dovuto, a fronte oltretutto di una disposizione (il c. II dell'art. 169 *bis*) che accentua piuttosto che sfumare l'inevitabile fondamento risarcitorio dell'"indennizzo" ("*un indennizzo equivalente al risarcimento del danno da mancato adempimento*").

Certamente non bisognerà indennizzare gli arbitri già nominati e che abbiano cominciato a lavorare: ci si scioglie dalla convenzione di arbitrato non dal contratto parti-arbitri; il quale resta in piedi, salvo che la sua esecuzione si esaurisce (come può accadere anche in altri casi) a prescindere dalla volontà degli arbitri, i quali giustificheranno le loro spettanze per il lavoro svolto e se la vedranno, come ogni altro creditore, in sede concordataria.

6. Sennonché questo ultimo cenno richiama un problema molto più serio: davvero è possibile ed entro che limiti lo scioglimento dalla clausola ad arbitrato in corso?

Una risposta radicalmente positiva ripugna in virtù di un elementare buon senso. Come però rivestire di argomenti tale buon senso?

a) Il principio della *perpetuatio iurisdictionis* <sup>(4)</sup> può in proposito convincere in astratto. Sennonché l'applicazione della *perpetuatio iurisdictionis* all'arbitrato è faccenda molto scivolosa <sup>(5)</sup>.

E soprattutto la convenzione di arbitrato non è solo un insieme di fatti e diritti che delimita la competenza degli arbitri, ma è il fattore genetico della stessa possibilità dell'arbitrato e della vincolatività del lodo. A dire che la sopravvenuta inefficacia della convenzione di arbitrato non può rilevare in corso di giudizio in ragione della *perpetuatio iurisdictionis* si rischia la petizione di principio. Si assumano, su altro versante, questi contrapposti esempi: se una convenzione di arbitrato è, per volontà delle parti, condizionata quanto alla sua efficacia ad un fatto — ad esempio controversie contrattuali devolute agli arbitri se le parti hanno sede in paesi diversi, deferite al tribunale di Milano se le parti hanno sede entrambe in Italia — il mutamento del fatto — spostamento della sede di

---

<sup>(4)</sup> Cui si riferisce, ad es., *Coll. Arb.* Roma, 16 aprile 2004, in *Foro. It. Rep.*, 2005, voce *Arbitrato*, 87.

<sup>(5)</sup> V. in generale CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, I, 260 ss. In senso tendenzialmente contrario alla soluzione di problemi di tal genere in termini di *perpetuatio iurisdictionis*, cfr. BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in questa *Rivista*, 2012, 293 ss.

una parte pendente l'arbitrato — non incide certamente. Ma se una legge sopravvenuta rende incompromettibile una controversia pur senza nulla dire quanto alla efficacia nel tempo? Non mi pare davvero che si possa affermare che gli arbitri restano competenti. Ed a quale somiglia maggiormente la nostra situazione? Con ogni probabilità al secondo esempio. Ed assai più semplicemente: se le parti in corso di arbitrato risolvono consensualmente l'accordo compromissorio nessuna *perpetuatio iurisdictionis* può certo valere a far proseguire il procedimento arbitrale. E se dunque il potere di scioglimento è affidato dalla legge, a certe condizioni, alla volontà unilaterale di una sola parte la conseguenza non può che essere la medesima; (in base alla stessa considerazione andrebbe a mio avviso scartato l'argomento secondo cui non ci si può sciogliere dalla convenzione compromissoria ad arbitrato in corso in ragione del carattere congiunto del mandato conferito agli arbitri).

b) Preferisco dunque questa diversa spiegazione: se il debitore concordatario ha attivato la clausola o ha risposto alla altrui domanda di arbitrato accedendo a quest'ultimo, il contratto compromissorio è già eseguito con riferimento a quella lite. È come se fosse un contratto a consegne ripartite. Ci si può sciogliere da esso *pro futuro* (e cioè in relazione ad altre liti derivanti dal medesimo contatto principale cui la convenzione di arbitrato accede), ma non si può “ripetere” l'esecuzione compiuta, così come il debitore concordatario attraverso lo scioglimento *ex art. 169 bis* non può pretendere di ripetere le prestazioni eseguite.

La differenza concreta fra la prima (a) e la seconda soluzione (b) non è indifferente.

Se si sceglie la via della *perpetuatio iurisdictionis* lo scioglimento *ex art. 169 bis* (efficace sempre *pro futuro*) è però irrilevante se intervenuto dopo la notifica della domanda di arbitrato ad opera del compromittente diverso dal debitore concordatario.

Se si sceglie la seconda soluzione, pur dopo quella domanda il debitore concordatario può ancora chiedere efficacemente l'autorizzazione allo scioglimento ed impedire l'arbitrato; non più invece una volta che abbia a questo aderito.

Mi pare tutto sommato, questa seconda, una soluzione anche praticamente più equilibrata perché tutela adeguatamente e ragionevolmente il debitore concordatario dai rischi dell'arbitrato, senza obbligarlo a chiedere subito scioglimenti in via preventiva. E però lo scioglimento provocato dalla domanda di arbitrato altrui non è automatico, bensì filtrato da una autorizzazione giudiziaria che dovrebbe essere adeguatamente soppesata (si confida che il giudice non si faccia complice del debitore concordatario che voglia semplicemente fuggire dal giudizio e far perdere tempo alla controparte).

A questo punto, tuttavia, si pone il problema del rapporto con l'art. 817, c. II c.p.c. nelle sue due possibili letture.

Se si ritiene che il “convenuto in arbitrato” abbia in assoluto l'onere

di eccepire la inefficacia o invalidità della convenzione e perciò abbia l'onere di partecipare all'arbitrato al solo scopo di eccepire l'inefficacia della convenzione, si avrà che il debitore concordatario dovrà farsi autorizzare allo scioglimento e poi comunque "costituirsì" nel giudizio arbitrale per eccepire <sup>(6)</sup>.

Se invece si ritiene (come molti, me compreso, ritengono) che il convenuto in arbitrato non abbia in assoluto l'onere di costituirsi ma solo di proporre subito l'eccezione se si costituisce, allora il debitore concordatario potrà ben restare fuori dall'arbitrato, incamerare l'autorizzazione allo scioglimento e riservarsi di impugnare il lodo per la ragione della inefficacia della clausola dalla quale è stato autorizzato a sciogliersi.

Ma potrà davvero conservare nel cassetto quella autorizzazione e tirarla fuori al momento della impugnazione? Ovviamente no. La fattispecie scioglimento del contratto *ex art. 169 bis* si compone della autorizzazione e del successivo esercizio della autorizzata facoltà mediante comunicazione recettizia all'altro contraente. Il debitore concordatario dovrà dunque comunicare all'attore in arbitrato di essere stato autorizzato a sciogliersi e di volersi sciogliere (oggi l'ultima parte dell'*art. 169 bis*, c. I, dopo la novella del 2015, lo dice espressamente a scanso di equivoci). Peggio per l'attore se a questo punto prosegue nonostante tale comunicazione. Condotte extravaganti e più o meno scorrette (comunicazione ad orologeria subito prima dell'emanazione del lodo o ad arbitrato avanzato) andrebbero trattate *cum grano salis*, eventualmente mediante il ricorso al sempre più opportuno ma delicato parametro dell'abuso del diritto.

7. Pur a malincuore devo ammettere che il debitore concordatario, in corso di arbitrato, può sciogliersi, previa autorizzazione, dal contratto parti-arbitri che è un contratto come un altro (e per di più a prevalente contenuto sostanziale).

Ma non si sogni egli di poter con ciò sabotare l'arbitrato in corso e gli effetti del lodo <sup>(7)</sup>.

Nella peggiore delle ipotesi, e cioè se si opina che lo scioglimento sia radicale e risolva anche il rapporto fra *quegli* arbitri e le controparti e perciò il rapporto fra *quegli* arbitri e le lite, avremo una semplice sostituzione del collegio arbitrale e il procedimento arbitrale proseguirà.

Nella migliore delle ipotesi, e cioè se si considera possibile che il debitore si sciogla solo dal proprio rapporto con gli arbitri e cioè dai propri

---

<sup>(6)</sup> Se passasse anche la tesi della necessità di autorizzazione giudiziale per l'accettazione dell'arbitrato e perciò per la costituzione in esso, il debitore concordatario dovrebbe assurdamente chiedere al giudice la doppia autorizzazione: per sciogliersi dalla clausola e per costituirsi in arbitrato al fine di far valere lo scioglimento.

<sup>(7)</sup> Vedi invece aperture in tal senso in ARMELI, *Concordato preventivo e rapporti pendenti: l'operatività della clausola arbitrale*, in *Il Fallimentarista*, 2013, 6 ss.



impegni economici nei riguardi degli arbitri, non avremo neppure questa conseguenza ed il collegio arbitrale resterà incardinato. Ma appunto per ciò ci si rende conto che questa non è una ipotesi praticabile. Non resta dunque che l'altra ipotesi, quella dello scioglimento con venir meno e sostituzione del collegio. E vorrei proprio vedere quale giudice delegato riterrà conveniente autorizzare un siffatto scioglimento (con il conseguente inevitabile indennizzo in favore degli arbitri).

8. Una ultima questione riguarda l'ambito oggettivo della clausola compromissoria precedente il concordato e dalla quale il debitore non sia sciolto essendosi però sciolto dal contratto cui quella clausola accede.

L'art. 169 *bis*, c. II, l. fall., prevede — come già rammentato — che, in caso di scioglimento del contratto, l'altro contraente ha diritto “*ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento*”; il credito per indennizzo è poi trattato e soddisfatto come credito anteriore al concordato, salva la sacrosanta precisazione, aggiunta nel 2015, quanto al credito per corrispettivo di prestazioni già rese dall'altro contraente dopo la domanda di concordato, che va invece in prededuzione.

Normalmente l'entità dell'indennizzo è prospettata dal debitore nel piano o comunque nella successiva richiesta di autorizzazione allo scioglimento, e normalmente dunque essa riceve una prima valutazione dallo stesso giudice che autorizza lo scioglimento.

Pacificamente però non si tratta di valutazione vincolante. L'altro contraente che non ci sta se la potrà e dovrà vedere in sede di ordinaria cognizione. Né credo che la situazione sia mutata a seguito delle modifiche apportate nel 2015 al c. I dell'art. in discorso (“sentito l'altro contraente” ed “assunte sommarie informazioni” non paiono elementi sufficienti a precludere o limitare, dopo la cennata sommaria valutazione, il diritto di azione all'altro contraente).

Orbene: la lite sull'indennizzo (o anche quella sul credito corrispettivo che deve andare in prededuzione) è una lite arbitrabile? Ovviamente sì, non essendovi all'evidenza ragioni in senso contrario.

È una lite ricompresa nell'ambito oggettivo sulla clausola compromissoria non sciolta <sup>(8)</sup> (in quanto comunque lite riconnessa al contratto principale sciolto)? Ancora una volta sì, *a fortiori* oggi dopo la consacrazione, nell'art. 808 *quater* c.p.c., del criterio “*in dubio pro* efficacia oggettiva della convenzione d'arbitrato”.

---

<sup>(8)</sup> Non sciolta perché il debitore concordatario non si è da essa, in quanto negozio autonomo, svincolato, e perché lo scioglimento del contratto principale non si è esteso alla clausola secondo quanto stabilito dall'art. 169 *bis*, c. III, l. fall..

## Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento (\*)

DIEGO CORAPI (\*\*) - DOMENICO BENINCASA (\*\*\*)

1. Introduzione. — 2. L'ordinamento inglese. — 3. L'ordinamento statunitense. —
4. L'ordinamento francese. — 5. Conclusioni.

1. Le legislazioni nazionali delle procedure concorsuali, per garantire il rispetto della *par condicio creditorum* (*pari passu principle* — per gli ordinamenti di *common law*) e, più in generale, un trattamento *fair and equitable* degli interessi coinvolti, prevedono, in genere, che l'autonomia contrattuale dei debitori e dei creditori e i principi generali del diritto dei contratti ad esse riconnessi siano limitati.

Il diritto di agire in giudizio davanti a giudici ordinari ovvero dinanzi a collegi arbitrali è subordinato all'interesse generale di assicurare che, salvo alcune eccezioni, tutte le vertenze relative al patrimonio dell'insolvente (e alla conseguente ripartizione del ricavato della sua liquidazione e/o della eventuale prosecuzione della attività tra i vari soggetti interessati) siano accentrate e sottoposte alla medesima procedura o, quanto meno, siano oggetto di un — preventivo e/o ulteriore — vaglio demandato ad uno o più organi della procedura.

La legittimità della introduzione in ogni ordinamento di limitazioni all'arbitrabilità di controversie nel caso di procedura concorsuale è confermata dalle norme della Convenzione di New York del 1958, le quali prevedono, all'art. II e V (2)(a), che il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo possono essere rifiutati quando lo stesso riguardi una materia non arbitrabile <sup>(1)</sup>.

Con riferimento all'ordinamento italiano, il carattere esclusivo e

---

(\*) Seppure frutto di comuni ricerche ed approfondimenti, i paragrafi 1, 4 e 5 sono attribuibili a Diego Corapi, i paragrafi 2 e 3 a Domenico Benincasa.

(\*\*) Professore emerito nella Università di Roma La Sapienza.

(\*\*\*) Dottore di ricerca nella Università di Roma La Sapienza.

(1) Per una disamina della questione sotto il profilo della normativa applicabile all'ar-

inderogabile del procedimento di formazione dello stato passivo sancito dall'art. 52 l.f. comporta l'impossibilità di ricorrere al procedimento arbitrale nel caso in cui la controversia sia potenzialmente idonea ad incidere sulla formazione dello stato passivo, posto che il mancato rispetto del procedimento concorsuale non consentirebbe di ottenere un risultato opponibile alla procedura <sup>(2)</sup>.

Peraltro, pur riconoscendosi in generale la compatibilità tra arbitrato e fallimento, le norme introdotte con la recente riforma del diritto fallimentare non hanno, però, definitivamente risolto diverse questioni che permangono sull'individuazione di questo limite all'uso dello strumento arbitrale, in quanto una (l'art. 83-bis l.f.) regola soltanto una fattispecie (la sorte del procedimento arbitrale pendente nell'ipotesi in cui il curatore non subentri nel contratto stipulato dal soggetto fallito in cui è contenuta una clausola compromissoria) <sup>(3)</sup> e l'altra (l'art. 169-bis l.f.) invece, affermando che l'eventuale scioglimento dei contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo non si estende alla clausola compromissoria che sia in essi contenuta, soltanto conferma la generale compatibilità dell'arbitrato con una procedura di concordato, che — pur essendo anch'essa concorsuale — ha caratteri e conseguenze ben diverse da quella fallimentare.

Nell'ambito della disciplina fallimentare italiana sembra tuttora per-

---

bitrato internazionale, cfr. POUURET & BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, London 2007; KRÖLL, *Arbitration and Insolvency Proceedings*, in Mistelis and Lew (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Netherlands, 2006, para. 18.

<sup>(2)</sup> Sul tema si veda, di recente, DE SANTIS, *La formazione e le impugnazioni dello stato passivo nella l.c.a. dell'impresa bancaria: tracce per una riflessione de jure condendo*, in *Fall.*, 2015, p. 129, il quale, richiamando il principio espresso anche da Cass. 24 novembre 2011, n. 24847, ricorda che “nel fallimento ogni credito verso la massa deve essere accertato con le modalità degli artt. 93 ss. l. fall., e che il giudizio di accertamento dello stato passivo si fonda sul principio di esclusività, di cui all'art. 52, in virtù del quale i creditori hanno diritto di soddisfarsi sul ricavato della liquidazione dell'attivo solo in proporzione delle rispettive ragioni (fatti salvi i diritti di prelazione), ed i crediti devono essere accertati unitariamente, quali che siano i titoli e le domande a cui possono dar luogo”.

<sup>(3)</sup> FARINA, sub art. 83-bis, in *Trattato delle Procedure Concorsuali*, a cura di Ghia, Piccininni, Severini vol., II, Torino, 2012, sottolinea come la relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo sul fallimento riporti soltanto che la *ratio* della norma è quella di “evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento che era destinato a risolvere” e individua alcune ipotesi (quali un arbitrato avviato dal fallito in base a clausole di un contratto preliminare, ovvero un arbitrato avviato dal fallito nei confronti della società di persone di cui era socio) cui la formulazione dell'art. 83-bis l. fall. non appare in grado di offrire soluzioni certe. Sulla questione anche CASTAGNOLA, *Arbitrato pendente e subentro del curatore nel contratto con clausola compromissoria*, in *Sull'arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 167. FARINA, *Art. 83-bis l. fall. Clausola arbitrale*, in *Trattato*, cit., p. 628, rileva che questa norma “disciplina un aspetto tutto sommato limitato della più complessa tematica relativa alla generale compatibilità tra arbitrato e fallimento”; GHIGNONE, sub art. 83-bis l. fall., in *Commentario breve alla legge fallimentare* a cura di A. Maffei Alberti, 5<sup>a</sup> ed. 2009, p. 454 e p. 553; LAZZARA, sub art. 83 bis, in *Il nuovo fallimento* a cura di Santangeli, Milano, 2006, p. 365 e ss..

manere qualche difficoltà a considerare il giudizio arbitrale un'alternativa di pari significato rispetto a quello ordinario, nonostante il suo netto inquadramento, da parte della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Cassazione, quale procedimento giurisdizionale non dissimile da quello dinanzi ai giudici togati <sup>(4)</sup>.

La questione dell'arbitrabilità nel fallimento continua, insomma, ad essere controversa <sup>(5)</sup>.

Continua ad essere rimessa alla giurisprudenza la definizione bilanciata delle contrapposte esigenze del riconoscimento, da un lato, della giurisdizione arbitrale scelta dall'autonomia privata e della preservazione, d'altro lato, della giurisdizione statale quando siano coinvolti una pluralità di interessi.

Sembra comunque prevalere in giurisprudenza e dottrina la considerazione che il giudizio arbitrale è ammissibile quando abbia ad oggetto un credito del soggetto fallito, mentre nel caso opposto il giudizio arbitrale (in particolare se di condanna) non potrà essere proposto o proseguito.

La questione dell'arbitrabilità si pone anche in altri ordinamenti, dove, come in Italia, si devono fare i conti con la stessa esigenza di accentrare tutte le vertenze relative al patrimonio dell'insolvente per assicurare il rispetto della *par condicio*.

Anche negli ordinamenti stranieri si discute (i) della opponibilità al fallimento della convenzione arbitrale stipulata dal fallito *in bonis* e (ii) della sorte del procedimento arbitrale pendente alla data del fallimento.

È interessante e, vista la sempre più stretta integrazione delle regole che governano l'attività delle imprese nei diversi mercati, ormai necessario un esame comparatistico delle soluzioni che su tali questioni vengono presentate nei diversi ordinamenti.

In questa sede si esamineranno, dunque, alcuni di tali ordinamenti, quelli che, non solo per il loro tradizionale maggior rilievo, ma anche per alcuni aspetti delle soluzioni che presentano, possono risultare di maggior interesse.

Uno sguardo alle loro esperienze mettendo in luce come in ognuno di essi queste difficoltà vengano affrontate e superate con diverse tecniche e nell'ambito dei diversi loro istituti, può contribuire alla riflessione sulle ragioni dei limiti dell'arbitrabilità nel fallimento e sulle modalità della loro regolamentazione anche nel nostro ordinamento.

2. Nell'ordinamento inglese, che è l'ordinamento di *common law*, dove, sino dalla metà del secolo scorso, si è registrato probabilmente il

---

<sup>(4)</sup> Così Corte Cost. sentenze n. 376 del 28 novembre 2001 e n. 223 del 19 luglio 2013; Corte di Cass. S.U. ordinanza n. 24153 dell'8 ottobre 2013.

<sup>(5)</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitro rituale e fallimento*, in questa *Rivista*, 2014, 1.

maggior numero di arbitrati in rapporto a quello delle controversie di natura privatistica insorte e decise, le soluzioni della questione dell'arbitrabilità del fallimento sono diverse a seconda della diversa procedura concorsuale interessata, pure lì essendo pacifico che comunque, in linea generale, “*arbitration and insolvency are not easy bedfellows*” (6).

In proposito si deve anzitutto tenere a mente la tipica partizione in due distinti procedimenti, *bankruptcy* per le persone fisiche e *insolvency* per quelle giuridiche, presente nel Regno Unito, anche dopo la loro riunificazione “formale” attuata con l'*Insolvency Act (IA)* 1986.

Nelle *personal bankruptcies* la possibilità per il *trustee* di sciogliersi da *unprofitable contracts*, compresi *arbitration agreements* o contratti contenenti tali clausole, è pressoché illimitata (sec. 31).

Prendendo, invece, in considerazione esclusivamente le principali procedure applicabili in caso di *insolvency* alle *companies* e (seppure con significative peculiarità) alle *partnerships* (7), si può preliminarmente rilevare che nell'ordinamento inglese la sopravvenuta insolvenza di una società non compromette *ex se* la validità di una clausola arbitrale e che, come sancito dalla giurisprudenza (8), la norma relativa alla facoltà “*to bring or defend any legal proceedings*” ai sensi della sec. 4, para. 4, *IA* 1986 è applicabile anche ai procedimenti arbitrari.

La questione dell'arbitrabilità non si pone nel caso di *voluntary liquidation* (simile alla nostra liquidazione *ex artt.* 2484 e ss., cod. civ.), né dei *company voluntary arrangements* (“CVAs”) disciplinati per la prima volta dall'*IA* 1986. Questi accordi rappresentano uno dei principali strumenti della c.d. *rescue culture* che il legislatore inglese ha adottato a partire dai risultati del *Cork Committee* del 1984. I CVAs sono volti al risanamento di una *company* non necessariamente in stato di insolvenza ma anche soltanto in situazione di difficoltà. L'accordo con i creditori è raggiunto se c'è il consenso di chi rappresenta almeno il 75% del valore dei crediti e almeno il 50% di quello delle azioni o quote.

L'accordo si esegue in modo volontario e non interrompe né so-

---

(6) Così SUTCLIFFE & ROGERS, *Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times*, in (2010) 76 *Arbitration*, 227.

(7) Ad esclusione delle *Limited Liability Partnerships*, che sono state introdotte con l'omonimo *Act* del 2000 e che — anche in termini di disciplina concorsuale applicabile — sono più direttamente assimilabili alle *companies*, per le altre *partnerships* (sia *general* che *limited*), che sono prive di una *legal personality* distinta da quella dei *partners*, trova applicazione la *Part V* dell'*IA* 1986, analogamente a quanto avviene nel caso di *winding up* di una *unregistered company*. Va tenuto presente, invero che *companies* (società di capitali) e *partnerships* (società di persone) sono organismi completamente distinti, mancando negli ordinamenti di *common law* una unitaria nozione di contratto di società: sul punto CORAPI, *The contractual dimension of companies in Europe*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 571.

(8) *Paramount Airways Ltd (No.1)*, *Re* [1990], B.C.C. 130. Sul punto HARGROVE-LIBORIO, *Arbitration and Insolvency: English and Swiss Perspectives*, (2009) 75 *Arbitration*, 49, rilevano che “*there is no effect under English law [on the agreement itself] when a company becomes insolvent*”.

spende la regolare prosecuzione dell'attività imprenditoriale, che è soltanto supervisionata da un organo di controllo (il c.d. *supervisor*). L'attuazione di un CVA non pone pertanto alcun limite all'accertamento e all'*enforceability* di pretese creditorie, in particolare anche se *secured*. Del resto in arbitrato la proposizione di un CVA non comporta neppure uno *statutory moratorium*, salvo che per un limitato periodo di tempo (28 giorni) e per imprese di minori dimensioni (che abbiano così un *turnover* inferiore a £ 6,5 milioni; *assets* non superiori a £ 3,26 milioni, e numero di dipendenti non superiore a 50 unità) <sup>(9)</sup>.

La questione dell'arbitrabilità si pone, invece, nel caso delle altre procedure che hanno come presupposto l'*insolvency liquidation (winding up)* o l'*administration*.

Diversi sono infatti gli effetti che si producono su una clausola compromissoria o su un giudizio arbitrale in corso a seconda della apertura dell'una o dell'altra procedura concorsuale, e ciò, principalmente, per via della diversità di obiettivi delle due procedure.

L'*administration*, vista con particolare favore dall'*Enterprise Act 2002*, si prefigge come obiettivo primario quello di *rescuing the company* <sup>(10)</sup>, seppure con la notevole diversità rispetto alla analoga e ormai ben nota procedura statunitense del c.d. *Chapter 11*, di prevedere comunque uno spossessamento del debitore <sup>(11)</sup>.

Nell'*administration* la instaurazione di un giudizio arbitrale da parte dell'*administrator* della società assoggettata a tale procedura è sempre possibile (sec. 1 para. 5 e 6 *IA*, 1986). Il *leave* (autorizzazione) *of the Court* è richiesto invece per l'introduzione di un giudizio arbitrale da parte di un creditore nei confronti della società *in administration* (salvo che l'*administrator* spontaneamente aderisca all'accordo).

Va peraltro notato che in questa procedura, per disporre di un *breathing spell* dalle pressioni creditorie che consenta di elaborare, con il tempo e l'attenzione necessari, un piano che abbia concrete prospettive di riuscita, viene fissato un c.d. *moratorium* iniziale, cioè il divieto di avviare

---

<sup>(9)</sup> Sui CVA si veda *ex multis*, FINCH, *Re-Invigorating Corporate Rescue*, in (2003) *Jour.Bus.L.*, 527; KEAY & WALTON, *Insolvency Law*, 2003, London, p. 9 e ss. KEAY-WALTON, *op. cit.*, p. 126 e ss.; An *Overview of Company Voluntary Arrangements*, in *Quickguides*, Ashurst LLP, 2012; TRIBE, *The Reform of UK Corporate Insolvency Laws: CVAs, the Conservatives and Chapter 11*, in (2009) 47 *Int.Accountant*, 1.

<sup>(10)</sup> Ai sensi della sec. 8(3) *IA* 1986, gli obiettivi a cui deve tendere la procedura sono indicati nel seguente ordine: "(i) *the survival of the company, and the whole or any part of its undertaking, as a going concern*; (ii) *the approval of a voluntary arrangement under Part I of the Act*; (iii) *the sanctioning of a scheme of arrangement under section 425 Companies Act 1985*. (iv) *a more advantageous realization of the company's assets than would be effected on a winding up*".

<sup>(11)</sup> È noto, al riguardo, come uno degli aspetti caratteristici del *Chapter 11* del *Bankruptcy Act* sia, appunto, il meccanismo del *debtor in possession* che è, invece, assente nell'*administration*, dove l'assoggettamento a tale procedura determina un *management displacement*. Cfr. McCORMACK, *Control and Corporate Rescue - An Anglo-American Evaluation*, in (2007) 56 *Int.Comp.L.Quart.*, 3, p. 515.

o proseguire procedimenti di qualsivoglia natura, ivi compresi i procedimenti arbitrali<sup>(12)</sup> per tutto il lasso di tempo in cui l'*administrator* è impegnato a predisporre tale piano<sup>(13)</sup>.

Nella procedura di *compulsory liquidation (winding up)* il *leave of the Court* è imprescindibile, invece, per la instaurazione di un giudizio arbitrale nell'interesse della società in liquidazione.

Per quanto riguarda, invece, la diversa ipotesi in cui sia il soggetto in *bonis* a volere iniziare o proseguire un giudizio arbitrale, il *leave* della Corte è necessario, al pari di quanto avviene nella *administration*, anche nella *compulsory liquidation (winding up)*.

In questo caso peraltro sono parzialmente diversi i criteri di valutazione che la *Court* adotta per concedere il *leave*<sup>(14)</sup>.

Nel caso di *compulsory liquidation (winding up)* il criterio costantemente seguito per concedere o no il *leave*, dopo il *leading case Exchange and Commodities Ltd*<sup>(15)</sup>, è la considerazione del migliore o peggiore risultato economico che potrebbe sortire dall'avviamento o prosecuzione di una procedura arbitrale. Si muove dall'assunto che *the application (should) be granted unless the claim can be dealt with more efficiency in the liquidation proceedings*. L'autorizzazione, ad esempio, non verrà rilasciata nel caso in cui la *Court* (finendo per entrare in una preliminare valutazione nel merito) dovesse ritenere che "*the claim is of such little merit*" che sarebbe respinto, laddove essa ne fosse direttamente investita.

Nell'*administration*, invece, in considerazione della sua diversa finalità, viene riposta maggiore attenzione ad una comparazione tra il "probabile danno" che può prodursi in capo alla parte *in bonis* in caso di diniego, e l'incidenza che l'accoglimento della richiesta avrebbe sulle prospettive della procedura.

In tal senso, un elenco di condizioni, che assurgono a rango di *guidelines*, al ricorrere delle quali la *Court* dovrebbe concedere il *leave* è dettagliato nel *leading case Atlantic Computer System Plc.*<sup>(16)</sup>, nel quale, oltre a darsi massimo rilievo ad un corretto *balancing exercise of the parties' interest*, ulteriori criteri, vengono confermati (come quello della necessaria parvenza — noi diremmo *fumus* — di fondatezza della pretesa attorea) o enucleati *ex novo* (come quello della minore rilevanza dell'interesse dei creditori chirografari rispetto a quello dei creditori privilegiati<sup>(17)</sup>).

Il citato *leading case* definisce così i criteri rilevanti per il *leave*: "(a)

---

<sup>(12)</sup> *A Straume (UK) Ltd v. Bradlor Developments Ltd* [2000] B.C.C.33.

<sup>(13)</sup> Il termine entro cui l'*administrator's proposal* deve essere formalizzata non può eccedere le 8 settimane. Cfr. KEAY & WALTON, *op. cit.*, p. 112.

<sup>(14)</sup> Cfr. SUTCLIFFE & ROGERS, *cit.*, p. 279.

<sup>(15)</sup> *In Re Exchange and Commodities Ltd*, [1983] B.C.L.C. 186.

<sup>(16)</sup> *In Re Atlantic Computer System Plc.*, [1992] Ch. 505

<sup>(17)</sup> Sul tema si veda ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra*, Torino, 2008, p. 8 e ss..



*there must be a good case made out by the applicant, (b) if the question relates to proprietary rights and will not affect the administration, [...] is normally granted, (c) otherwise the Court must conduct a balancing exercise of the parties' interest, (d) [...] the interest of proprietary creditors outweigh the interest of unsecured creditors, (e) the Court will not make any decision on the validity of security unless it is very straightforward*".

Un ulteriore aspetto della disciplina inglese in materia può essere infine segnalato. Ai sensi della *sec. 38 dell'Arbitration Act 1996*, un Tribunale arbitrale ha il potere di imporre all'attore *to pay security* in ordine ai probabili costi della procedura, su richiesta del *defendant* ovvero d'ufficio<sup>(18)</sup>. Vista la notevole probabilità (*likelihood*) che l'attore che è assoggettato ad una procedura concorsuale non sarà in grado di pagare i costi del procedimento arbitrale, accade di frequente che il Tribunale arbitrale accolga tale richiesta. Di qui la conseguenza che la probabile incapacità del *claimant* di far fronte ad una richiesta di anticipazione pecuniaria legittima il *defendant*, che è la parte *in bonis*, a chiedere già alla *Court* il rigetto dell'istanza di avvio o di prosecuzione del procedimento arbitrale. Tale profilo disciplinare, *almost unique to England*<sup>(19)</sup>, viene così a rappresentare, nella prassi, un serio pregiudizio per il rappresentante della procedura o il soggetto insolvente che vogliono far valere le proprie ragioni.

3. Rispetto alle soluzioni dettate nell'ordinamento inglese, con riferimento alla questione dell'arbitrabilità nel fallimento notevoli differenze presentano le soluzioni dell'ordinamento nordamericano, nonostante entrambi appartengano alla stessa tradizione di *common law*.

In primo luogo, negli Stati Uniti, le soluzioni della questione non risultano in linea di principio differenziate a seconda del tipo di procedura concorsuale cui una delle parti si trovi ad essere assoggettata. Si prescinde, quindi, dalla circostanza che essa abbia finalità liquidatorie (come quella del *Chapter 7* del *Bankruptcy Act (BA)* invece che di *reorganization* (come quella, divenuta paradigmatica in tanti ordinamenti, del *Chapter 11* dello stesso *BA*).

Significativa è poi anche la circostanza che nell'individuare tali soluzioni la giurisprudenza abbia assunto un ruolo di maggiore rilevanza, come appare evidente dal costante richiamo ai precedenti giudiziari che la stessa dottrina sulla questione effettua.

---

<sup>(18)</sup> *In Re HIH Casualty & General Insurance Ltd.* [2005] EWHC 485 *Atlantic*, [1992] Ch. 505.

<sup>(19)</sup> Così HARGROVE & LIBORIO, *op. cit.*, p. 51. Tale condizione risulta dunque molto più incisiva e priva di soluzioni rimediali alternative, rispetto a quella contemplata dal nostro art. 816-septies c.p.c. (*anticipazione delle spese*). Appare altrettanto singolare che, sempre ai sensi della *sec. 38 dell'Arbitration Act* tale prerogativa dell'*Arbitral Tribunal* venga meno se il "*claimant is [...] (b) a corporation or association incorporated or formed under the law of a country outside the United Kingdom, or whose central management and control is exercised outside the United Kingdom*".



Lo stesso intervento legislativo più rilevante in materia, costituito dagli emendamenti apportati al BA dal *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act* (BAFJA) del 1984 che, allo scopo di delimitare la competenza delle *bankruptcy courts* rispetto alle *district courts* (entrambe peraltro federali), hanno introdotto la distinzione (su cui si tornerà più avanti) tra *core* e *non-core proceedings*, trova la propria origine nella necessità di ovviare alla incostituzionalità della legge fallimentare del 1978 ove si attribuisce ai *non-Article III bankruptcy judges* il potere di statuire in merito a diversi *claims not created by bankruptcy law*, sancita proprio dalla Corte Suprema nel caso *Northern Pipeline Constr. Co.* (20).

Nell'evoluzione delle soluzioni della questione dell'arbitrabilità nel fallimento negli Stati Uniti va riconosciuto un ruolo rilevante alla circostanza che sia il diritto concorsuale (il cui testo fondamentale è tuttora il *Bankruptcy Reform Act* del 1978 e successive modifiche quali quelle introdotte con il BAPCPA del 2005) sia il diritto dell'arbitrato (emanato per la prima volta nel 1925: *Federal Arbitration Act* — FAA), sono entrambi di matrice federale e, pertanto, il necessario bilanciamento tra le esigenze contrapposte dell'arbitrato e delle procedure concorsuali deve essere trovato applicando fonti normative di uguale livello. È nota, poi la tortuosità degli interventi normativi del Congresso nelle materie ad esso riservate, ogni qualvolta i *boundaries* delle stesse tendessero ad incidere su altra disciplina non contemplata dalla *Federal clause* della Costituzione.

Ciò premesso, va notato come in una prima fase l'arbitrato sia stato considerato come un'alternativa meno preferibile, perché meno efficace del procedimento davanti al giudice della *bankruptcy*, sebbene un maggior favore verso il sotteso meccanismo di *collective creditor collection action*, comportasse inevitabilmente una forte incidenza su materie di competenza statale (quale quella delle obbligazioni) e sui fondamentali principi da tempo consolidatisi in tale materia (quale la *sanctity of contracts*) (21).

La tendenza a non considerare *enforceable* clausole e/o giudizi arbitrari in corso in caso di assoggettamento a procedura concorsuale di una delle parti, per il rischio che accordi tra le parti possano pregiudicare gli interessi di carattere generale alla cui tutela il *Bankruptcy Code* è preposto, era emersa, invero, ancor prima della emanazione del *Bankru-*

---

(20) 458 U.S. 50 (1982), para. 76.

(21) Cfr. NEUFELD, *Enforcement of Contractual Arbitration Agreement Under the Bankruptcy Code*, 65 *Am. Bankr.L.J.* 525 (1991) p. 526; RESNOCK, *The Enforceability of Arbitration Clauses in Bankruptcy*, 15 *Am.Bankr.Inst.L.Rev.* 183, (2007). Per una ricostruzione della evoluzione della normative in tema di arbitrato e delle loro diverse fasi (da quella iniziale, in cui l'*arbitration* era sempre e comunque considerato "a second-class alternative to formal adjudication", come nel caso *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953), alla fase successiva di espansione, a partire dalla fine anni Sessanta), si veda KIRGIS, *The Contractarian Model of Arbitration and its Implications for Judicial Review of Arbitral Awards*, 85 *R.L.Rev.* 1 (2006), p. 9 e ss.

*ruptcy Reform Act* 1978. Così la sentenza *Curvell v. Mazur* <sup>(22)</sup> nell'ambito di un contenzioso afferente ad un *breach of contract*, considerava *rebuttable* la clausola arbitrale in esso contenuta ed eccepita dalla controparte *in bonis* convenuta dal *trustee in bankruptcy* in ragione delle esigenze di speditezza e centralizzazione meglio garantite dal procedimento ordinario di accertamento del credito concorsuale.

In seguito, con una decisione divenuta *leading precedent*, nel potenziale *conflict of near polar extremes*, arbitrato (che è un *decentralized approach towards dispute resolution*) e legge fallimentare (che al contrario è una procedura accentrata), si affermò espressamente il principio per cui la scelta di attribuire o meno efficacia ad una clausola arbitrale (ovvero di concedere il *leave* per la prosecuzione di un giudizio arbitrale già in corso) *was within the sound discretion of the bankruptcy courts* <sup>(23)</sup>.

Si individuò così nel *broad grant of jurisdiction* attribuito alle *bankruptcy courts* dal BAFJA una implicita deroga ai principi fondamentali del FAA (quali quello generale del riconoscimento e *enforceability* di clausole o lodi arbitrali) ogni qualvolta una delle parti fosse assoggettata ad una procedura concorsuale. Tale approccio si consolidò nel caso *Zimmerman v. Continental Airlines, Inc* <sup>(24)</sup>, in merito ad una vicenda analoga a quella sopra menzionata del caso *Curvell v. Mazur*, con la differenza, però, che in questa il *trustee in bankruptcy* era anche subentrato in un *executory contract* (in un contratto cioè in cui la prestazione ancora era da eseguire).

La giurisprudenza e, inizialmente, anche la dottrina <sup>(25)</sup>, hanno riconosciuto al procedimento davanti alle *Bankruptcy Courts* *greater importance than the arbitration system to the smooth functioning of the nation's commercial activities* <sup>(26)</sup>.

Gradualmente si sono sviluppate soluzioni più equilibrate, quali

---

<sup>(22)</sup> *In re F&T Contractors, Inc.*, 649 F.2d 1229 (6<sup>th</sup> Cir. 1981). Altro precedente frequentemente richiamato, relativo al medesimo periodo, è *Allegaert v. Perot*, 548 F.2d 432 (2<sup>nd</sup> Cir. 1977), afferente, però, a *fraudulent, preferential and post-bankruptcy transfers*.

<sup>(23)</sup> *In re United States Lines*, 197 F. 3d 631 (1999). In tale sentenza si sanciva che il primario obiettivo del diritto concorsuale è *to facilitate the expeditious and relatively inexpensive resolution of all matters related to bankruptcy as to make reorganization possible, enable the debtor's fresh start and maximize value and expedite recovery of creditors*. Rileva al riguardo Sussman, *Arbitration Agreements and Bankruptcy - Which Law Trumps When?*, in 2 NYSBA 38, (2009), che *"the principal purpose of the Bankruptcy Code is to allow the bankruptcy court to centralize all disputes concerning all property of the debtor's estate"*.

<sup>(24)</sup> 712 F.2d 55 (3<sup>rd</sup> Cir. 1983), dove si legge, al riguardo, che *"the intentions of Congress will be better realized if the Bankruptcy Reform Act is read to impliedly modify the Arbitration Act. Thus... the power to stay [bankruptcy] proceedings pending arbitration... is left"* alla piena discrezionalità della *bankruptcy court*.

<sup>(25)</sup> Cfr. DETRICK, *The Conflicting Policies Between Arbitration and Bankruptcy*, 40 *Bu.Law.* 33 (1984); PEARSON & PROCTOR, *Treatment of Contractual Arbitration Agreements under the 1978 Bankruptcy Code*, 1984 *Ann.Surv.B.R.L.* 85.

<sup>(26)</sup> Cfr. NEUFELD, *op. cit.*, p. 531, parafrasando la decisione del *Third Circuit nel caso Zimmermann*.

quella della c.d. *intertwining doctrine*, secondo cui, essendo scopo primario del FAA quello di garantire speditezza ed efficienza nel *decision making process*, altrimenti ostacolato in caso di “biforcazione di procedimenti”, le clausole arbitrali non avrebbero potuto essere azionate solo ove l’oggetto dello specifico contenzioso avesse riguardato al contempo materie arbitrabili ed altre materie, invece, di diretta derivazione di una specifica normativa che ne impediva la devoluzione ad un giudizio arbitrale (27).

Fu, però, proprio nella fase di maggiore oscillazione interpretativa, caratterizzata dall’assenza di orientamenti definitivi o consolidati — basti pensare che la *intertwining doctrine* venne recisamente respinta dalla *Supreme Court* (28) — che intervennero a definire la questione due veri e propri *watershed event* (29).

*In primis*, con le già menzionate modifiche, apportate al BA dal BAFJA 1984, venne cambiata la precedente *allocation of judicial power over bankruptcy matters*, attraverso la qualificazione di *core* e *non-core proceedings*.

I primi sono *civil proceedings arising under the Bankruptcy Code* (quali le cc.dd. *preference actions* o controversie afferenti a durata, proroga e revoca dell’*automatic stay* (30)). I secondi sono procedimenti soltanto “*related*” alla normativa fallimentare (quali, a titolo esemplificativo, le controversie in tema di *breach of contract*, *fraud actions* e giudizi promossi *to collect pre-petition accounts receivable*) (31).

Nel caso di *core proceedings*, una *Bankruptcy Court* può definire direttamente il giudizio emettendo *final orders*; nel caso di *non-core*

---

(27) Sul tema si veda KURTH, *op. cit.*, p. 1019, il quale riferisce la *intertwining doctrine* agli “*arbitrable and non-arbitrable claims arising out of the same transaction were so intertwined that they could not be separated*”, citando *Belke v. Merrill Lynch, Pierce, Fener & Smith, Inc.* 693 F.2d 1023 (11<sup>th</sup> Cir. 1982) e *Miley v. Oppenheimer & Co.*, 637 F.2d 318 (5<sup>th</sup> Cir.).

(28) Nel caso *Dean itter Reynolds Inc. v. Byrd* 470 U.S. 213 (1985).

(29) Così KIRGIS, *The Contractarian Model of Arbitration and its Implication for Judicial Review of Arbitral Awards*, 85 *Or. L. Rev.*, 1 (2006).

(30) *Core proceedings* è definito *as one involving a right created by federal bankruptcy law and which would only arise in bankruptcy*: cfr. *In re Wood*, 825 F.2d 90 (5<sup>th</sup> Cir.1987). Il para. 157 (b) del *Bankruptcy Code* contiene un elenco di *core proceedings*. Le fattispecie più significative, sono così indicate da KIRGIS, *cit.*, p. 8: “*objections to a creditor’s proof of claim, preference actions, counterclaims against persons filing claims against the estate, and challenges to the automatic stay or to the discharge of debts*”, tenendo a mente comunque che *the list is non-exhaustive*, in quanto *core proceedings also include any other proceedings that involve the administration of the bankruptcy estate*. Lo stesso A. rileva che anche in un caso di giudizio arbitrale avviato prima dell’assoggettamento a procedura concorsuale e in cui si disquisiva se “*pre-filing advances ... constituted loans or contributions to capital*”, la *bankruptcy court* non ha consentito la sua prosecuzione ritenendo che “*even though the claims were not created by bankruptcy law, this was a core proceedings because it involved the allowance or disallowance of claims against the estate*”. Cfr. *In Re White Mountain Mining Co.*, 403 F.3d 164 (4<sup>th</sup> Cir.2005).

(31) Cfr. NEUFELD, *op. cit.*, p. 528. *Non-core proceedings* è definito “*as a civil proceedings which could have been brought in a federal or state court in the absence of a bankruptcy petition*” in *Re Colorado Energy Supply, Inc.*, 728 F.2d 1283, 1286 (10<sup>th</sup> Cir. 1984).

*proceedings*, è invece necessario l'assenso delle parti affinché la *Court* possa pronunciarsi senza possibilità che il caso venga rimesso alla *District Court* per una sua *de novo review*.

Questa distinzione ha, quindi, trovato applicazione anche per definire l'equilibrio tra gli *extreme polars* dell'arbitrato e del procedimento concorsuale. Fondamentale è stato in proposito, il caso *Shearson/American Express Inc. v. McMahon* <sup>(32)</sup>, relativo peraltro non già al rapporto tra il procedimento arbitrale e quello fallimentare, bensì a quello tra arbitrato e la disciplina in materia di mercati finanziari — anch'essa di competenza federale — rappresentata, nel caso di specie, dal *Securities Act 1934* e dal *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO) 1970*.

In questo caso per decidere dell'efficacia di una clausola arbitrale contenuta in un *brokerage agreement* ai fini dell'avvio di un giudizio volto all'accertamento di pratiche fraudolente e ricattatorie nell'ambito del rapporto negoziale intercorso con una parte poi fallita, si affermò che “*to overcome the federal policy favoring arbitration [...] the burden is on the party opposing arbitration to show that Congress intended to preclude a waiver of judicial remedies for the statutory rights at issue*”. E tale *dictum*, riconosciuto come valido ed attuale ancora oggi (c.d. principio dell'*irreconciliable conflict of interest*), potrà essere “*deducible from a [statute's] text or its legislative history*”.

Questo cambiamento di impostazione in tema di arbitrato, ebbe di lì a breve i suoi riflessi anche con riferimento ai procedimenti concorsuali con il *leading case Hays* del 1989 <sup>(33)</sup>. In totale riforma della (ormai risalente) decisione nella vicenda *Zimmermann*, si diede in questo caso particolare rilievo alla distinzione normativa tra *core* e *non-core proceedings*.

Sull'assunto che una convenzione di arbitrato è un *non executory contract*, che non può essere, quindi, liberamente *rejected* dal *trustee* (ovvero nel procedimento ai sensi del *Chapter 11*, dal *debtor in possession*), si è affermato che una *District Court* non ha il potere to *deny enforcement of an arbitration clause in a non-core proceedings*, ma che l'unico motivo per considerare la clausola arbitrale *unenforceable* in tali questioni, è rappresentato dal rischio che l'arbitrato *would seriously jeopardize the objectives of the Bankruptcy Code* <sup>(34)</sup>. Nell'esperienza successiva, peraltro, non risulta che tale rischio sia stato mai ravvisato <sup>(35)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> 482 U.S. 220 (1987).

<sup>(33)</sup> *Hays & Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 885 F.2d 1149 (3<sup>rd</sup> Cir, 1989).

<sup>(34)</sup> *Hays* (cit.), 1161. Tale espressione è stata ripresa, seppure nell'opposto contesto di un *arbitration agreement involving core proceedings*, in *MBNA American Bank, N.A. v. Hill*, 436 F.2d 104, 110 (2<sup>nd</sup> Cir. 2006).

<sup>(35)</sup> Cfr. KIRGIS, cit., p. 18; CULHANE & WHITE, *Enforcing (or not) Arbitration Clauses in Bankruptcy*, in *PLI Corporate Law and Practice Course Handbook Series: Consumer Financing Services Litigation*, 2003, 41 (March-May 2003).

D'altro lato, come osservato dalla dottrina <sup>(36)</sup>, il principio affermato per i *non-core proceedings* non comporta che automaticamente il contrario principio valga per i *core-proceedings*. Anche per questi *claims that are not derivative but are rather statutory created by the Bankruptcy Code*, vi è discrezionalità assoluta da parte delle Corti e non è ravvisabile ancora una uniformità di vedute.

Questi *discretionary standards* sono stati individuati e applicati in modo non uniforme.

Non sono mancate, ad esempio, pronunzie che, pedissequamente applicando l'*irreconcilable conflict text* reso nel caso *McMahon*, hanno sancito che un *core-proceedings* rappresentasse un *inherent conflict between arbitration and the underlying purpose* della legge fallimentare <sup>(37)</sup>.

In generale, laddove il soggetto interessato ad avviare un procedimento arbitrale era la parte *in bonis* nei confronti del *trustee* o del debitore stesso, è stata registrata una minore propensione delle Corti a rilasciare il *leave* dall'*automatic stay* <sup>(38)</sup>, che impone, nella fase iniziale della procedura, una sospensione automatica di qualunque tipo di procedimento. Nell'ipotesi contrapposta, trovandosi l'*estate* del fallito in una posizione potenzialmente attiva, si riscontra una maggiore inclinazione a ritenere comunque valida una siffatta clausola <sup>(39)</sup>.

Secondo un'ulteriore e diversa impostazione, e sempre constatando che ancora oggi, sussiste "*very little clear guidance...as to when an arbitration agreement should be enforced in bankruptcy*" <sup>(40)</sup> si sono registrati anche casi in cui l'arbitrabilità o meno di una controversia è stata fatta dipendere dalla rilevanza che il contratto sottostante assumeva nell'ambito della procedura concorsuale e dalla incidenza della decisione sui suoi risultati <sup>(41)</sup>.

È interessante notare che con questa impostazione si finisce col ritenere che l'arbitrato non abbia incidenza negativa sull'interesse generale perseguito dalle procedure di riorganizzazione e prosecuzione dell'attività. Contrariamente al principio generalmente seguito, si introduce così una distinzione tra una procedura liquidatoria e un *reorganization proceedings* ai sensi del *Chapter 11*.

Da ultimo, la menzionata circostanza che lo stesso elenco di *core-*

---

<sup>(36)</sup> KIRGIS, cit., p. 17; KURTH, cit., p. 1022.

<sup>(37)</sup> Cfr. *In re Gandy*, 299 F.3d 489 (5<sup>th</sup> Cir.2002); *Mintze v. American Financial Services, Inc.*, 434 F.3d 222 (3<sup>rd</sup> Cir.2006).

<sup>(38)</sup> Cfr. *In re FRG* 115 B.R. 72 (E.D. Pa. 1990).

<sup>(39)</sup> Cfr. *Bender Shipbuilding & Repair Co. v. Morgan*, 28 B.R. 3 (Bankr. 9<sup>th</sup> Cir. 1983). *In re Hart Sky Mfg. Co.*, 711 F.2d 845 (8<sup>th</sup> Cir. 1983), poi, è stata chiarita l'irrilevanza, sempre in un caso di *core proceedings*, che il *defendant* a sua volta esperisca in via riconvenzionale una richiesta restitutoria.

<sup>(40)</sup> Così KIRGIS, cit., p. 20; analogamente Sussman, cit., p. 39.

<sup>(41)</sup> Cfr. *In re U.S. Lines Inc.*, 197 F. 3d 631 (1999).

*proceedings* contenuto nella sec. 157 (b) del BA non sia esaustivo, conferma che siamo di fronte ad una delle *most difficult areas of constitutional law* <sup>(42)</sup>, in cui è ardua la prospettiva di individuare *ex ante* parametri sufficientemente certi <sup>(43)</sup>.

In conclusione, alle diverse soluzioni proposte in dottrina, tra cui quella di considerare le clausole arbitrali come *executory contracts* e consentire così al debitore insolvente ovvero al *trustee in bankruptcy* di sciogliersi da esse <sup>(44)</sup>, ancora oggi si preferisce in giurisprudenza seguire il tradizionale *case-to-case approach*, che può garantire un più equo contemperamento dei diversi interessi coinvolti <sup>(45)</sup>.

4. Al pari degli altri ordinamenti sin qui esaminati, anche in quello francese è assai diffusa la considerazione che “*la rencontre d’une procédure collective et d’une procédure d’arbitrage suscite aisément l’inquietude, la méfiance, ou même l’incompréhension*” <sup>(46)</sup>.

Invero, anche le principali *procédures collectives* <sup>(47)</sup> previste nell’ordinamento francese — che, a partire dalla l. n. 84-148 del 1984, sono la *sauvegarde*, il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire* <sup>(48)</sup> nonché quella di *alerte* che non può però essere considerata in senso stretto “giurisdizionale” e che comunque non esplica effetti sui rapporti giuridici in corso con soggetti terzi <sup>(49)</sup>, presuppongono una competenza giudiziaria esclusiva dal momento che *les difficultés ou la défaillance d’une entité*

---

<sup>(42)</sup> Così MATSON, *Running Circles Around Marathon: The Effects of Accounts Receivable as Core or Non-core Proceedings in Article III Courts*, 20 *Emory Bankr.Dev.J.*, 451, (2004).

<sup>(43)</sup> A prescindere da quelli che, come rileva SUSSMAN, cit., p. 40, sono sempre presenti, cioè il *lack of predictability and costly and time-consuming litigation*.

<sup>(44)</sup> Sul tema si veda, *ex multis*, KIRGIS, cit., p. 20 e ss.. Questa soluzione sarebbe quindi analoga a quella del nostro art. 83 bis l.f..

<sup>(45)</sup> Così SUSSMAN, cit., p. 40, rileva che “*the correct solution requires careful thought and analysis and must continue to give due deference not only to the needs of the debtor and the creditors but also to the contractual choice made by the parties to have any dispute resolved in the forum selected by the parties, a choice that can have significant impact on whether a deal is struck and on the economics of the transaction*”. In senso analogo, per la giurisprudenza, *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 129 S.Ct. 1456, (2009).

<sup>(46)</sup> Così VIDAL, *Procédures collectives et procédures d’arbitrage: quelle rencontre?*, in *Gaz.Pal.* 31 oct. 2009, n. 304, p. 3.

<sup>(47)</sup> Sulle principali caratteristiche di queste procedure, come delineate a seguito dell’ultima grande riforma del diritto concorsuale, costituita dalla l. 2005-845 del 26 luglio 2005 (*Loi de sauvegarde des entreprises*), con le successive modifiche, (l’ordinanza 18 dicembre 2008, n. 1345, l. 22 ottobre 2010, n. 1249 e l. 12 marzo 2012, n. 346), cfr. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia ed in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 257 e ss.; PASQUARIELLO, *Strumenti di prevenzione della crisi d’impresa*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 578.

<sup>(48)</sup> La riforma del 1984 ha riguardato, tra l’altro, la *prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, introducendo una serie di strumenti volti a permettere una rilevazione tempestiva di situazioni di difficoltà aziendale. Tale sistema è stato riformato dapprima con la l. n. 94-475 del 1994 e, poi, con la l. n. 845 del 2005, che ha perfezionato le procedure preventive, potenziando il *règlement amiable* (ora *conciliation*).

<sup>(49)</sup> Così SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> ed., Paris 2014, p. 51 e ss.



*économique provoquent un désordre “multilateral” dans lequel, selon l’image du jeu de mikado, chaque touche d’un élément risque d’avoir une ou plusieurs répercussions sur les autres”* <sup>(50)</sup>.

Anche in Francia, pertanto, il concorso paritetico dei creditori e soprattutto oggi, l’eventuale risanamento e continuazione dell’attività del debitore in difficoltà o insolvente richiede la concentrazione della formazione dello stato passivo.

Ciò è espressione di un principio *d’ordre public interne et international* che ha imposto *l’arrêt des poursuites individuelles* (art. L 621-40 del *Code de Commerce*) e *l’obligation de déclarer sa créance pour tout créancier antérieur au jugement d’ouverture* della procedura concorsuale (art. L. 622-24 del *Code de Commerce*). Il credito deve, dunque, essere dichiarato per essere sottoposto a *vérification* ovvero presentato al *juge commissaire* della procedura.

Le azioni in corso davanti a giudici diversamente competenti sono *interrompues* fintanto che la relativa *déclaration* non è presentata. Successivamente sono *reprises de plein droit* con la chiamata in giudizio del rappresentante della procedura concorsuale (*mandataire judiciaire, administrateur o commissaire à l’exécution*) <sup>(51)</sup>. Le azioni però possono allora soltanto avere ad oggetto l’accertamento dei crediti e del loro importo, non la condanna all’esecuzione (art. L 622-22 del *Code de Commerce*).

Si tratta in definitiva di procedura analoga alla presentazione della domanda di ammissione al passivo prevista nel nostro ordinamento dall’art. 93 l.f., e alla ammissione con riserva dei crediti in fase di accertamento.

Orbene, nell’ordinamento francese, la rilevanza, anch’essa *d’ordre public*, riconosciuta all’arbitrato quale strumento di autonomia contrattuale per la risoluzione delle controversie e al tempo stesso procedimento alternativo ma di natura non diversa da quella dei procedimenti davanti ai giudici ordinari, ha come conseguenza che le stesse regole si applichino ai crediti oggetto di procedimenti arbitrali in corso.

Confermandosi Paese *arbitration friendly*, l’ordinamento francese prevede soltanto che, quando interviene una procedura concorsuale, anche la prosecuzione di un arbitrato in corso sia sottoposta all’onere della previa presentazione al *juge commissaire* di una *déclaration de créance*.

Il *juge commissaire* dovrà verificare aspetti di carattere formale quali la legittimazione dell’istante, e che egli non sia incorso in alcun tipo di *forclusion* e che non si tratti comunque di controversie che non possono

---

<sup>(50)</sup> Così VIDAL, cit., p. 3.

<sup>(51)</sup> È necessario che l’organo gestore della procedura sia *dûment appelé*, anche se le formalità richieste in caso di giudizio arbitrale sono meno rigide di quelle del giudizio ordinario, in cui *l’instance ne peut que l’être par la voie de la citation* (cfr. Cass. Ch. I<sup>re</sup>, 6 mai 2009, in *RTD Com.* 2009, 546).

essere risolte in arbitrato quali quelle relative *aux nullités de la période suspecte, aux pouvoirs de gestion du débiteur après le jugement d'ouverture, aux sanctions que la loi edicte à l'encontre des dirigeants de l'entreprise* <sup>(52)</sup>. In sostanza, come statuito dalla *Cour de Cassation*, Ch. Comm., 2 juin 2004 <sup>(53)</sup>, la *vérification* riguarda soltanto la *régularité de la déclaration de créance*.

Anche il procedimento arbitrale ripreso dopo l'interruzione non potrà più concludersi con una pronuncia di condanna, ma dovrà essere limitato ad una pronuncia di accertamento o che tutt'al più determini l'importo del credito in contenzioso.

È opportuno però precisare che — diversamente da quanto si ritiene nel sistema italiano <sup>(54)</sup> — il momento in cui il procedimento arbitrale può considerarsi avviato non coincide più in Francia, come invece ritenuto in passato dalla dottrina e dalla giurisprudenza <sup>(55)</sup>, con la data *de reception de la demande* proveniente dalla parte istante. Un importante *arrêt* della *Cour de Cassation* del 2004 ha, al riguardo, statuito che il procedimento può considerarsi effettivamente in corso soltanto dal giorno in cui il Tribunale arbitrale è costituito <sup>(56)</sup>.

Si è rilevato, ad ogni modo, che la soluzione della questione del rapporto tra procedimento arbitrale e procedimento concorsuale consente la tutela nel contempo dell'interesse generale alla pubblicità dei crediti in concorso e della libertà negoziale, e soddisfa l'esigenza di celerità ed efficienza processuale, dal momento che *“il apparaît contraire aux nécessités d'une bonne administration de la justice d'arrêter en cours de route le travail commencé, ces nécessités paraissant l'emporter sur l'impératif de concentrer le règlement des litiges touchant le débiteur”* <sup>(57)</sup>.

Altrettanto in linea con l'assunto che *la convention d'arbitrage continue de lier le débiteur* in forme e portata più ampie rispetto a quanto avviene nell'ordinamento italiano, è poi, anche la soluzione (di matrice

---

<sup>(52)</sup> Cfr., al riguardo, DELVOLVÉ, POINTON, ROUCHE, *op. cit.*, p. 38, i quali rilevano che, ai sensi degli artt. 2059 ss. del *Code Civil* delle succitate disposizioni, non possono essere sottoposte a giudizio arbitrale controversie in materia di stato civile e capacità, o afferenti a rapporti personali tra coniugi, separazione e divorzio e, più in generale, controversie che possano incidere su situazioni di ordine pubblico. Per la giurisprudenza, si veda Cass. Com., 2 juin 2004, in *Bull. civ.*, 2004, IV, n. 110, p. 114 (si tratta del famoso caso *“Stè Industry c. Ste Alstom”*).

<sup>(53)</sup> In *Bull. civ.* IV, n. 112.

<sup>(54)</sup> Dopo la sentenza Cass. 8 aprile 2003, n. 5457 in *Foro it.*, 2003, I, 1385. Sul punto SALVANESCHI, *Dell'arbitrato in Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, p. 243.

<sup>(55)</sup> Così FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, n. 1211 e 1225.

<sup>(56)</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Ch. Civ., 30 mars 2004.

<sup>(57)</sup> ANCEL, *L'ouverture d'une procédure collective porte une atteinte limitée à la compétence de l'arbitre mais perturbe le déroulement de la procédure arbitrale*, in *Rev. arb.*, 2004, n. 3, p. 611.



giurisprudenziale) adottata nel caso in cui l'assoggettamento di una delle parti ad una procedura concorsuale avvenga prima che la clausola arbitrale sia stata azionata.

La regola di fondo in questa materia si può dedurre dall'art. L 632.1 del *Code de Commerce* che non ricomprende la *convention d'arbitrage* tra gli atti dichiarati nulli se intervenuti in un lasso temporale anteriore o contestuale alla *cessation des paiements*. Sulla validità ed efficacia della clausola, pertanto, non interferisce la procedura concorsuale.

La *Cour de Cassation* ha recentemente ribadito che “*le liquidateur* <sup>(58)</sup> *était tenu d'observer la clause compromissoire d'un contrat dont il avait décidé la continuation*” <sup>(59)</sup>. Inoltre la giurisprudenza nell'ipotesi di controversia relativa ad un contratto che sia venuto meno ai sensi di legge e/o per volontà degli organi della procedura, ha statuito che l'*opposabilité* di una clausola compromissoria eventualmente contenuta in tale contratto e non ancora azionata prima dell'inizio della procedura non è esclusa, ma soggiace alla *vérification*, volta a tutelare l'interesse dei creditori in concorso.

Va, infine, notato che in ogni caso la controparte negoziale *in bonis* che intenda far valere il proprio credito derivante da un contratto contenente una clausola compromissoria, non sarà solo tenuta alla *déclaration*, ma sarà assoggettata all'esito della *vérification*, che riguarderà però solo questioni di carattere preliminare relative all'istanza del creditore — quali l'assenza di *forclusion*, ovvero questioni relative all'*auteur, les délais et la forme de la déclaration de créance* <sup>(60)</sup>.

In questo caso, infatti, oltre alla verifica di carattere formale, è ritenuto necessario anche un preliminare esame della validità della clausola perché ancora non effettuato in nessuna altra sede <sup>(61)</sup>.

Una volta che sia stato positivamente concluso il vaglio di tali condizioni, “*la convention d'arbitrage retrouve son empire*” <sup>(62)</sup> e l'eventuale procedimento arbitrale potrà essere iniziato.

---

<sup>(58)</sup> Il termine *liquidateur* è utilizzato in ragione della specifica procedura concorsuale che astringeva la società, ma il principio giurisprudenziale *de quo* ha il medesimo valore anche nei confronti dell'*administrateur* o del *commissaire* presente negli altri tipi di procedura.

<sup>(59)</sup> Cass. Ch. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> avril 2015, 345, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2015 (2), p. 303. Nell'ambito della medesima vicenda, la Corte ha “*également jugé qu'un créancier — soumis obligatoirement à la procédure de vérification des créances et qui s'abstiendrait de faire état au cours de cette procédure de l'existence d'une clause compromissoire — ne saurait être considéré comme ayant renoncé à son bénéfice dès lors qu'aucun débat sur le fond n'a eu lieu*” (ACHILLE, *Efficacité de la clause compromissoire et procédures collectives*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2015 (2), p. 303 ss). Così ragionando, la Corte ha rigettato l'argomento portato dal *liquidateur* che, subentrato in un contratto contenente una clausola compromissoria, aveva agito dinanzi al giudice ordinario e non arbitrale, per ottenere la condanna di controparte al pagamento di una determinata somma a titolo di risarcimento da inadempimento contrattuale).

<sup>(60)</sup> Cour de Paris, 28 févr. 2002, in *Rev. arb.* 2003, 223.

<sup>(61)</sup> Cfr. LOQUIN, *Les obligations du tribunal arbitral en cas d'ouverture d'une procédure collective: un arrêt “pédagogique” de la Cour de cassation*, in *RTD Com.* 2009, p. 546, il quale rileva che, in questo caso, “*la procédure engagée devant le tribunal arbitral sera alors sans objet*”.

<sup>(62)</sup> RIET, *L'Arbitrage et les procédures collectives*, Thesis, Univ. Toulouse, 2010, p. 42.

5. Quali insegnamenti in conclusione, si possono trarre da una considerazione comparatistica delle normative presenti negli ordinamenti passati in rassegna?

In Inghilterra e negli Stati Uniti, ordinamenti di *common law*, la disciplina legislativa dell'arbitrato e delle procedure concorsuali è stata ovviamente integrata da una giurisprudenza che ha efficacia di precedente vincolante e che per sua natura detta regole comunque legate alla soluzione del caso sottoposto della sua decisione. Così, in particolare, la arbitrabilità della controversia che la legislazione statunitense definisce sulla base della distinzione tra *core* e *non core proceedings* viene poi decisa in concreto sulla base di criteri basati su *standards* gradualmente elaborati dai precedenti giudiziari.

Con riferimento all'ordinamento inglese, poi, uno spunto interessante è costituito dalla più marcata diversità della soluzione che viene data alla arbitrabilità delle controversie a seconda che la procedura concorsuale abbia finalità di risanamento e continuazione dell'attività ovvero di sua liquidazione.

La normativa dell'ordinamento francese in materia risulta, com'era prevedibile, più vicina a quella italiana. Si deve però segnalare la maggiore e, si può dire, definitiva apertura di questa normativa verso la considerazione dell'arbitrato come un procedimento con carattere uguale a quello davanti a giudici ordinari.

A differenza di quel che nel nostro ordinamento la dottrina maggioritaria continua a ritenere, la competenza funzionale del giudice delegato all'accertamento dei crediti verso il fallito può, invero, essere derogata per effetto della clausola compromissoria, sempre che il Tribunale arbitrale sia validamente costituito prima della apertura della procedura concorsuale. Anche in Francia, tuttavia, resta improcedibile un lodo arbitrale di condanna (l'eventuale accertamento può comportare però non solo l'*an* ma anche il *quantum*).

Da ultimo, vale la pena di notare che anche negli ordinamenti qui considerati la questione dell'arbitrabilità è affrontata distinguendo la situazione in cui creditore è la procedura da quelle in cui creditore è un terzo *in bonis*.

In quest'ultimo caso, invero, maggiori sono le difficoltà per trovare una soluzione equilibrata tra le esigenze della formazione dello stato passivo in modo accentrato e il rispetto dell'autonomia delle parti espresso dalla scelta dell'arbitrato per la soluzione di eventuali controversie.

Anche qui merita attenzione la soluzione francese, secondo cui, quando è la parte *in bonis* che vuol far valere il proprio credito nei confronti della procedura concorsuale, la prosecuzione di un arbitrato in corso è condizionata solo alla presentazione della *déclaration* (uguale alla nostra domanda di ammissione al passivo), mentre quando la stessa parte *in bonis* intende instaurare *ex novo* un arbitrato sulla base di una clausola

compromissoria non ancora azionata, la sua *déclaration* sarà sottoposta alla *vérification* da parte del giudice non solo della sussistenza dei requisiti formali di legittimità ma anche della validità della clausola compromissoria in base alla quale si intende agire.

Resta ferma però nell'ordinamento francese, la compatibilità in generale dell'arbitrato con le procedure concorsuali.

# The European Insolvency Regulation and Arbitration

STEFANIA BARIATTI (\*)

1. Introduction. — 2. Arbitration and Regulation (EC) No 1346/2000 (EIR): 2.1. Article 15 EIR as an exception to the application of the *lex concursus*. — 2.2. Does Article 15 cover pending arbitral proceedings? — 2.3. The effects of inclusion of arbitration in Article 15. — 2.4. The case-law: (i) *Elektrim*. — 2.5. (ii) *X Lda v Y Ltd*. — 2.6. (iii) *Valtur*. — 2.7. (iv) *Jean Lion*. — 3. Arbitration and Regulation (EU) No 2015/848 (EIR Recast). — 4. The validity of arbitration agreements: *Elektrim* and *Aeradria/Ryanair*.

1. The issue of the effects of insolvency proceedings on arbitration has been debated in legal literature with reference to both purely domestic cases and cross-border cases. The issues at stake are substantially the same in both cases, i.e. they concern mainly the effects of insolvency proceedings on the validity and effectiveness of the arbitral agreement and on the capacity of the insolvent party to be party to arbitration, as well as the destiny of pending arbitration proceedings, in particular the question of the stay of the arbitration proceedings. With regard to cross-border cases, however, the arguments to be raised and the possible solutions are more complex insofar as two or more legal orders may come into the picture.

This issue had not been explicitly addressed in Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings (EIR), that has recently undergone a major recast through Regulation (EU) No 2015/848 (EIR Recast), that will apply after 26 June 2017. The latter Regulation has amended the provision that deals with the effect of insolvency proceedings on pending lawsuits mentioning arbitral proceedings explicitly, but the assessment of the actual impact of this amendment depends upon the position adopted vis-à-vis the silence of EIR on this matter.

2.1. As stated in Recital 24 EIR, in order to protect the legitimate

---

(\*) Full Professor of International Law, University of Milan.

expectations of the parties and the certainty of transactions in Member States other than the Member State where insolvency proceedings are opened, a number of exceptions to the application of the *lex concursus* has been provided. Thus, according to Article 4(2)(e) and (f) EIR the *lex concursus* governs the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is a party and the effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by individual creditors, with the exception of lawsuits pending, respectively. However, Article 15 provides that “[t]he effects of insolvency proceedings on a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending” (1).

Article 15 applies only when the lawsuit is pending in a Member State other than the Member State where insolvency proceedings have been opened, irrespective of whether such proceedings are main or secondary proceedings. Its rationale lays on the argument that national rules “differ from one another with regard to the effects of insolvency proceedings on a pending lawsuit to which the debtor is party. These differences concern not only the forcible interruption of proceedings by virtue of an automatic stay, but also the possible removal of litigation from the civil or commercial court which would normally have jurisdiction, into the exclusive control of the bankruptcy court, under the principle known as *vis attractiva concursus*. ... Potentially, much confusion and uncertainty could result in a given case due to the presence of conflicting rules contained respectively in the *lex concursus* and in the law of the state in which the litigation is pending. Article 15 EIR imposes a uniform choice of law rule in favour of the sole application of the law of the forum in which the lawsuit is pending” (2).

Article 15 EIR covers the effects of the opening of insolvency proceedings on assets or rights of which the debtor has been divested, i.e. assets or rights that belong to the insolvency estate. It has been noted that the notion of “asset” and “right” have to be interpreted according to the *lex concursus*, i.e. the law of the Member State where insolvency proceedings have been opened, that applies also in order to determine whether an asset or a right is part of the insolvency (3). Indeed, Article 15 EIR does not cover those assets or rights that for some reason are excluded from the debtor’s insolvency.

---

(1) An extensive and updated bibliography on the issues addressed in this paper may be found in PENADÉS FONTS, *Insolencia Transfronteriza y Arbitraje Comercial Internacional*, Ph.D. thesis, University of Valencia, 2015, 459-521.

(2) FLETCHER, in MOSS, FLETCHER, ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2016, 4.43-4.44; see also WESSELS, *International Insolvency Law*, 3<sup>rd</sup> ed, 2012, 10712b. Article 15 covers only lawsuits pending in a Member State: litigation and arbitration pending in third countries fall outside this provision.

(3) WESSELS, *op. loc. cit.*

In this provision “solely” means that all procedural questions concerning the possible effect of insolvency on pending lawsuits are governed exclusively by the procedural law of the State where litigation is pending. Such law determines whether the local proceedings have to be suspended or they may continue, and if so, at which conditions <sup>(4)</sup>. To this end, not only the rules on procedure, but also the insolvency provisions of that Member State apply <sup>(5)</sup>.

In order to understand which types of lawsuits come into consideration, Article 15 EIR should be read together with Article 4(2)(f). As explained in the Virgós-Schmit Report to the 1995 Convention, that is a valuable tool for interpreting the EIR, the Regulation distinguishes between the effects of insolvency on (pending) individual enforcement proceedings and on other (pending) proceedings: “[t]he effects on individual enforcement actions are governed by the law of the State of the opening (see Article 4(2)(f)) so that the collective insolvency proceedings may stay or prevent any individual enforcement action brought by creditors against the debtor’s assets. Effects of the insolvency proceedings on other legal proceedings concerning the assets or rights of the estate are governed (*ex* Article 15) by the law of the Contracting State where these proceedings are under way. The procedural law of this State shall decide whether or not the proceedings are to be suspended, how they are to be continued and whether any appropriate procedural modifications are needed in order to reflect the loss or the restriction of the powers of disposal and administration of the debtor and the intervention of the liquidator in his place” <sup>(6)</sup>.

The Court of justice has endorsed this approach in *AMI Semiconductor* <sup>(7)</sup>, where the Commission had asked the Court to order that several companies pay it a sum as reimbursement of advances made by the Commission under a contract concluded with those companies in the context of an Esprit Project. The contract had an arbitration clause according to which “[t]he Court of First Instance of the European Communities, and in the case of appeal, the Court of Justice of the European Communities shall have exclusive jurisdiction in any dispute between the Commission and the contractors concerning the validity, application and interpretation of this contract.” This type of clauses is considered an arbitral agreement under EU law.

---

<sup>(4)</sup> FLETCHER (fn 2), 4,44; WESSELS (fn 2), 10712d.

<sup>(5)</sup> WESSELS (fn 2), 10712e.

<sup>(6)</sup> VIRGÓS-SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, in Moss, FLETCHER, ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 2016, 555-618, § 142. Enforcement proceedings are proceedings brought by individual creditors, such as distress, execution, attachment, sequestration. In most countries enforcement proceedings are stayed when insolvency proceedings are opened and creditors must lodge their claims in the proceedings on the basis of the *pari passu* principle (with some exceptions).

<sup>(7)</sup> 17 March 2005, C-294/02, ECLI:EU:C:2005:172.

A German company and an Austrian company had entered insolvency proceedings in the respective COMI Member State a few weeks before the Commission lodged the claims in Luxembourg. Thus, no arbitration proceedings at the CJEU were pending when the insolvency was opened. The action brought by the Commission aimed at obtaining an enforcement order rather than a declaratory relief confirming the existence of the debt.

In order to answer the question “of how that jurisdiction is to be exercised vis-à-vis a party against which insolvency proceedings have been instituted” in the light of the procedural law applicable in the Court of Justice, the Court first examined whether its statute or its rules of procedure contain any specific provisions concerning the treatment of applications brought against parties against which insolvency proceedings have been commenced. Lacking any such specific provisions, the CJEU referred to the principles common to the procedural laws of the Member States in this area: “[i]n that connection, it appears that in the procedural laws of most of the Member States a creditor is not entitled to pursue his claims before the courts on an individual basis against a person who is the subject of insolvency proceedings but is required to observe the specific rules of the applicable procedure and that, if he fails to observe those rules, his action will be inadmissible. Moreover, the Member States are required, on a mutual basis, to respect proceedings commenced in any one of them. That is clear from Article 4(2)(f) of Regulation No 1346/2000 according to which the law governing the effects of insolvency proceedings brought by individual creditors is that of the State in which they were opened, which in this case means Austrian law and German law.” The Commission was thus precluded from bringing individual enforcement actions against the insolvent counterparties in the CJEU <sup>(8)</sup>.

More recently, in a case concerning Directive 2001/24 on the reorganisation and winding up of credit institutions, that contains at Article 32 a provision identical to Article 15 EIR, the Court of Justice has stated that it is necessary to distinguish, as regards determining the law applicable to the effects of reorganisation measures or winding-up proceedings, between lawsuits pending and individual enforcement actions arising from those lawsuits”. The expression “lawsuits pending” covers only proceedings on the substance <sup>(9)</sup>.

Article 15 EIR thus covers other pending lawsuits, such as actions aimed at determining the existence, the validity, the content and the amount of a claim vis-à-vis the estate. Such claims may be brought by the

---

<sup>(8)</sup> It is worth mentioning that the CJEU did not mention Article 4(2)(e) in order to assess the validity of the arbitral clause, it first looked at EU law for an answer. Whether this means that the CJEU would favour a *lex arbitri* approach to this question is a long shot.

<sup>(9)</sup> 24 October 2013, C-85/12, *Landesbank*, ECLI:EU:C:2013:697, § 54.

insolvent debtor or by a creditor even outside insolvency proceedings and in principle they are currently covered by Regulation No 1215/2012 on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Recast) <sup>(10)</sup>.

The boundaries between the two regulations have been defined by the CJEU in several judgments. In particular, the Court has stated that the Brussels I Regulation applies to

(i) an action lodged by the seller based on reservation of title against a purchaser who is insolvent, where the assets covered by the reservation of title are situated in the Member State of opening when proceedings are opened <sup>(11)</sup>;

(ii) an action brought by the assignee of claims of the insolvency, the subject matter of which is the right to have a transaction set aside that the liquidator derives from the *lex concursus* <sup>(12)</sup>;

(iii) an action for the payment of a debt based on the provision of carriage services brought by the insolvency administrator of an insolvent undertaking in the course of insolvency proceedings opened in one Member State and directed against the recipient of those services, established in another Member State <sup>(13)</sup>;

(iv) actions brought by the creditor of a limited company seeking to hold liable for its debts a member of the board of directors and one of that company's shareholders, as they have allowed it to continue to carry on business although it was undercapitalised and was forced to go into liquidation, even if such actions are based on provisions according to which limited companies with insufficient capital must be put into liquidation since (a) such actions do not constitute insolvency proceedings but were brought after the company had been subject to a company reconstruction order and (b) they do not concern the exclusive prerogative of the liquidator to be exercised in the interests of the general body of creditors, but of rights which the company is free to exercise in its own interests <sup>(14)</sup>;

(v) an action in which national legislation renders a person liable for the debts of a company which he controls, where that person did not comply with the reporting obligations following the acquisition of that company, even if the claim of the bank is brought on the basis that the debtor established in a Member State could not pay its debt within the insolvency proceedings since the action of the bank does not seem to be

---

<sup>(10)</sup> In fact, INSOL Europe had proposed to specify that lawsuits under Article 15 include all civil and commercial matters which are subject to the Brussels I Regulation.

<sup>(11)</sup> 10 September 2009, C-292/08, *German Graphics*, ECLI:EU:C:2009:544.

<sup>(12)</sup> 19 April 2012, C-213/10, *F-Tex*, ECLI:EU:C:2012:215.

<sup>(13)</sup> 4 September 2014, C-157/13, *Nickel & Goeldner*, ECLI:EU:C:2014:2145.

<sup>(14)</sup> 18 July 2013, C-147/12, *ÖFAB*, ECLI:EU:C:2013:490.



directly based upon insolvency law and to be closely linked to the insolvency proceedings concerning the debtor, which the national court has to verify <sup>(15)</sup>.

The relationships and interaction between the two regulations is very important as far as the arbitrability of the dispute is concerned. Indeed, if a claim falls under the Brussels I Recast Regulation it means that it is not strictly connected to the insolvency proceedings and thus it may be subject to arbitration. However, it should be borne in mind that it may then prove impossible to enforce a judgment rendered according to the Brussels I Regulation against the insolvent debtor: the unsecured creditor will have to lodge his/her claim in the insolvency proceedings according to the *lex concursus*.

On the contrary, the EIR applies to actions deriving directly from the insolvency proceedings and which are closely linked with them, such as avoidance actions <sup>(16)</sup>.

2.2. Some doubts had been raised on whether Article 15 EIR covers also arbitral proceedings.

The various language versions of the text leave the question open and inconsistencies appear between Articles 4(2)(f) and 15: while some versions seem to limit the provision to court proceedings, the majority adopt a neutral wording <sup>(17)</sup>.

Some scholars have underlined that the application of the exception to Article 4 EIR also in case of pending arbitral proceedings would help in reaching the aim of Article 15, i.e. to protect the legitimate expectations of the parties as provides Recital 24 <sup>(18)</sup>. Indeed, the enforceability of arbitration agreements is part of the legitimate expectations of the parties and of the certainty of transaction mentioned in Recital 24. Moreover, equivalence of court proceedings and arbitral proceedings would assure equal treatment of the counterparties of the insolvent debtor <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> 17 October 2013, C-519/12, *OTP Bank*, ECLI:EU:C:2013:674.

<sup>(16)</sup> 12 February 2009, C-339/07, *Deko Marty*, ECLI:EU:C:2009:83; 2 July 2009, C-111/08, *SCT*, ECLI:EU:C:2009:419; 16 January 2014, C-328/12, *Schmid*, ECLI:EU:C:2014:6; 4 December 2014, C-295/13, *H. acting as liquidator of G.T.*, ECLI:EU:C:2014:2410. See also Recital 16 and Article 6(1) EIR Recast.

<sup>(17)</sup> See Clarke J, in (Syska) *Elektrim v. Vivendi* ([2008] EWHC 2155 (Comm)).

<sup>(18)</sup> MOSS/SMITH, in MOSS, FLETCHER, ISAACS (fn 2), 8-286; VELLANI, *L'art. 83-bis 1. fall. e l'art. 15 regolamento CE n. 1346 del 2000*, in *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 861-869; VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, 141.

<sup>(19)</sup> The majority of scholars have supported the inclusion of arbitral proceedings in Article 15. See also PFEIFFER, in HESS, OBERHAMMER, PFEIFFER, *European Insolvency Law. Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, München, 2013, § 856; BENEDETTI, *Cross-border insolvencies and international arbitration in the EU: a playing field for regulated forum shopping?*, (2012) 4 *Cahiers de l'arbitrage*, 783, at 813; ROBERTSON, *Cross-border insolvency and international commercial arbitration: characterisation and choice of law issues in light of Elektrim*

If we look at the object of disputes that are usually submitted to arbitration, they relate to the non-performance of a contractual or non-contractual obligation, the amount of damages, i.e., the same disputes that fall under the Brussels I Regulation. They neither derive from the insolvency, nor are closely connected with insolvency proceedings<sup>(20)</sup>. In this respect very few arguments may be raised against the inclusion of arbitration proceedings in Article 15 EIR since its adoption<sup>(21)</sup>.

2.3. What are then the effects of the inclusion of arbitration in Article 15 EIR?

In case of court proceedings, Article 15 imposes the automatic recognition of the decision opening insolvency proceedings in all Member States, i.e. every court is bound to recognize such decision and to draw the consequences thereof on the lawsuit pending there.

As far as arbitral tribunals are concerned, they will have to take it into due consideration and recognize that insolvency proceedings have been opened vis-à-vis one of the parties to the arbitration proceedings, and to assess according to the *lex concursus* whether the debtor remains in possession or is divested, whether an administrator of the estate has been designated and approved by the court, what are his/her powers etc.

It will also have to decide the destiny of the arbitral proceedings on the basis of the local law. If the arbitration proceedings will continue, the local law will also determine whether and which procedural acts have to be performed in order to assure that the succession between the debtor and the administrator is carried out correctly. At the end of the arbitral proceedings the award will then be binding upon the insolvency estate, provided that the conditions set forth by the 1958 New York Convention are satisfied, including those based upon the *lex concursus*, being the law of the country where recognition/enforcement of the award is sought, and unless the administrator challenges it successfully in the Member State of the seat of the arbitration.

2.4. A few arbitral tribunals and courts have dealt with this issue recently. The leading case is *Elektrim*<sup>(22)</sup>, that was brought in England and in Switzerland.

---

*S.A. v Vivendi S.A. and analysis of the European insolvency regulation*, (2009) 12(6) *International Arbitration Law Review* 125, 126; GIORGINI, *Arbitrage et droit européen des faillites*, (2005) *Revue des Affaires Européennes/Law & European Affairs* 259, 271-273.

<sup>(20)</sup> As stated by the Court of Justice in *Deko Marty* (fn. 16), according to Recital 6, “the regulation should be confined to provision governing jurisdiction for opening insolvency proceedings and judgments which are delivered directly on the basis of the insolvency proceedings and are closely connected with such proceedings”.

<sup>(21)</sup> For the position opposing the inclusion of arbitral proceedings in Article 15 EIR see DAMMANN, *Article 15*, in Pannen (ed.), *European Insolvency Law*, Berlin, 2007, 298, 300.

<sup>(22)</sup> (*Syska Elektrim v. Vivendi* ([2008] EWHC 2155 (Comm)) and *Syska v Vivendi Universal* [2009] EWCA Civ 677. As reported by LAZIĆ, *Cross-Border Insolvency and Arbitra-*

The case arose out of an investment agreement entered into in 2001 between a Polish company (Elektrim, the seller) and a French company (Vivendi, the buyer) concerning a 48% stake in a Polish company. The agreement contained an arbitral clause for arbitration in England under LCIA rules. Another dispute, to which also Deutsche Telekom was a party, concerned a settlement agreement, entered into in 2006, that contained an arbitral clause for arbitration to be held in Switzerland under ICC rules.

Insolvency proceedings of Elektrim were opened in Poland (August 2007) after arbitration proceedings had commenced in England (August 2003) and in Switzerland (April 2006).

In England the liquidator of Elektrim had objected to the competence of the arbitral tribunal on the basis of Article 142 of the Polish Bankruptcy and Reorganisation Law, that provides that “Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued”. Polish law would thus nullify the arbitration agreement, terminating the arbitration reference, while English law and a wide interpretation of Article 15 EIR would confirm the validity of the agreement and would allow the arbitral proceedings pending in England to continue.

Vivendi had defended the argument that if the validity of the arbitral agreement were governed by the *lex concursus*, Article 15 EIR would remain dead letter since the basis for the competence of the arbitral tribunal would be suppressed. On the contrary, Article 4(2)(e) EIR (and the *lex concursus*) should apply only to the substance of contracts and not to the procedural effects of the arbitral clause.

In an interim award rendered in March 2008 the LCIA arbitral tribunal held that both the validity of the arbitration agreement vis-à-vis the insolvent debtor and the effect of the opening of insolvency proceedings on the arbitration proceedings were governed by English law and affirmed jurisdiction. It subsequently decided on the merits in favour of Vivendi between the end of 2008 and the beginning of 2009.

The High Court (October 2008) and the Court of Appeal (July 2009) confirmed the interim award and decided — albeit on the basis of different grounds — that the notion of “lawsuits pending” of Article 15 EIR includes also arbitral proceedings and that the law applicable to the effects of the Polish insolvency over the pending arbitration was English law as the *lex loci arbitri*. As Clarke, J., stated, “I can see no good reason why ‘lawsuit’ should not be regarded as including a reference to arbitration. If

---

*ton: Which Consequences of Insolvency Proceedings should be given effect in Arbitration, in Liber amicorum Eric Bergsten. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, London, 2011, 337, at 354, fn 44.*

the draftsman intended only to exclude lawsuits pending in court, he could easily have used phraseology which was unequivocally clear when translated into each of the languages of the Community. Moreover, if he intended to exempt pending actions from the operation of the law of the opening State there is no sensible reason why he should have left arbitrations out of the exception. The Regulation is part of the legal framework of the Community designed to establish a common internal market. Thousands of commercial transactions within that market will be the subject of arbitration agreements. It would border on the irrational to protect the legitimate expectations of those who had commenced an action against the insolvent but not those who had initiated a reference. ... It is, also, noticeable that European instruments, if they intend to exclude arbitration, do so expressly: e.g. Article 1(2)(d) of EC Regulation No. 44/2001; Article 1(2)(d) of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. See similarly: Article 2(4) of the Convention on Choice of Courts Agreement (the Hague Convention) <sup>(23)</sup>.

This approach was recently confirmed in *Tchenguiz & Ors v. Grant Thornton & Ors*, a case related to Iceland, where the natural expectations of businesses were invoked <sup>(24)</sup>. According to the court, that cited *Elektrim*, “the logic for that exception is that if litigation or arbitration has begun before insolvency occurs, the natural expectation of businesses would be that it should be that law that should determine whether the proceedings should continue”.

According to this case-law, thus, Article 4(2)(e) EIR applies when insolvency proceedings are opened before arbitration is commenced, while Article 15 is the only rule applicable when insolvency proceedings are opened after arbitral proceedings are commenced.

The Warsaw District Court, however, refused to enforce the award rendered by the LCIA tribunal in *Elektrim* on the basis of the 1958 New York Convention since it characterized the Polish provision as an internationally overriding mandatory provision (*lois d'application immédiate*) and excluded the application of Article 15 EIR. This judgment was then overruled by the Warsaw Court of Appeal that recognized the award, stating that its recognition did not clash with Polish public policy if the law of the place of arbitration permits the continuation.

As said above, between the same parties arbitration proceedings had started also in Switzerland, under the ICC rules, before the opening of insolvency proceedings vis-à-vis *Elektrim* in Poland. The EIR did not apply in this case since Switzerland is not a party to the European Union, but the case is worth mentioning.

---

<sup>(23)</sup> At paras. 52 and 55.

<sup>(24)</sup> *Tchenguiz & Ors v. Grant Thornton & Ors*, [2015] EWHC 1864 (Comm).

The ICC tribunal treated this issue as an issue of capacity to be party to the arbitral proceedings, to be governed by Polish law according to Article 154 of the Swiss Private International Law Act (Swiss PIL Act). It thus decided that Elektrim lacked capacity on the basis of Article 142 of the Polish law and the arbitral proceedings were stayed.

The Swiss Federal Court confirmed this solution with a much criticised judgment<sup>(25)</sup>. This decision, however, was not unanimous: some judges believed that the issue at stake concerned the validity of the arbitral agreement and thus was subject to the *lex arbitri*, ie Swiss law, according to which the arbitration agreement was valid as per Article 178(2) Swiss PIL Act. Interesting enough, this judgment of the Swiss Federal Court was not reported in the official reporter of leading cases.

2.5. A different approach was followed three years later by another ICC tribunal with seat in Switzerland, confirmed by the Swiss Federal Court, in a case concerning a Portuguese company<sup>(26)</sup>. In this case the arbitral proceedings had commenced in August 2010, after the opening of insolvency proceedings in Portugal (November 2009)<sup>(27)</sup>. While also this case does not concern the EIR, the solution that was adopted is interesting since the arbitral proceedings were not pending when the insolvency proceedings were opened.

The debtor contested the jurisdiction of the arbitral tribunal on the basis of Article 87(1) of the Portuguese Insolvency Act, according to which “[w]ithout prejudice to provisions contained in applicable international treaties, the efficacy of arbitral agreements relating to disputes that may potentially affect the value of the insolvency estate and to which the insolvent is party shall be suspended”.

The ICC Tribunal stated that this provision does not concern the capacity of the insolvent debtor to be part to the arbitral proceedings but the validity of the arbitral agreement that is governed by the law of the seat of the tribunal, ie Swiss law. Since the agreement was valid under Swiss law, the tribunal affirmed jurisdiction. It also declared that the *Elektrim/Vivendi* decision of 2009 should not be generalised.

This interim award was then confirmed by the Swiss Federal Court in October 2012 and — unlike *Elektrim/Vivendi* — this judgment was published in the official reporter of leading cases. According to the Federal Court, the legal capacity of a company is governed by the law of the country of incorporation/registration pursuant to Article 154(1) of the Swiss PIL Act and if a foreign company has legal capacity according to

---

<sup>(25)</sup> 31 March 2009, 4A\_428/2008, *Vivendi et al. v Deutsche Telekom*.

<sup>(26)</sup> 16 October 2012, A\_50/2012, 138 III 714, *X Lda v Y Ltd*.

<sup>(27)</sup> From the text of the judgment of the Federal Court it appears that the action was aimed at ascertaining the breach of contract and the amount of damages.

such law, it has legal capacity to be party to international arbitration proceedings with seat in Switzerland. Any restrictions imposed by the foreign law with regard to arbitration proceedings which do not impact the party's legal capacity as such are irrelevant for the party's capacity in the arbitration proceedings in this country.

The Federal Court also adopted a restrictive interpretation of its *Elektrim/Vivendi* judgment, stating that it did not establish a principle that a party loses its legal capacity to be a party to an arbitration procedure if the foreign law provides for the invalidation of the arbitration agreement in the case of insolvency and that is was confined to cases related to Poland. It further declared that Article 87(1) of the Portuguese Insolvency Act is not an internationally overriding mandatory provision.

2.6. The Italian Corte di Cassazione has addressed these issues in a recent judgment<sup>(28)</sup>. The case concerned arbitral proceedings against Valtur for the assessment of the amount of damages for breach of contract assertedly due by the company to an Egyptian company. Arbitral proceedings had already commenced in Paris under the ICC rules when insolvency proceedings of Valtur (*amministrazione straordinaria*) were opened in Italy. The Milan Tribunal had conditionally admitted the claim lodged by the Egyptian company, subject to the outcome of the pending arbitral proceedings concerning the assessment of the damages. The ranking of the claim would then be determined according to Italian insolvency law.

The Corte di Cassazione has stated that the EIR applies only to the relationships deriving from insolvency proceedings and established between parties having their residence or seat within the EU. This interpretation, according to the Supreme Court, derives from Articles 39 and 40 EIR, according to which, respectively, “[a]ny creditor who has his habitual residence, domicile or registered office in a Member State other than the State of the opening of proceedings ... shall have the right to lodge claims in the insolvency proceedings in writing” and “[a]s soon as insolvency proceedings are opened in a Member State, the court of that State having jurisdiction or the liquidator appointed by it shall immediately inform known creditors who have their habitual residences, domiciles or registered offices in the other Member States”. Moreover, the Court highlighted that the Commission, in the report on the application of the EIR, had stated that “even where the COMI is within the EU, limitations of the scope exist with regard to assets, creditors or establishments located

---

<sup>(28)</sup> Order 21 July 2015, No 15200.

abroad. In such situations, the Regulation applies only partially, to the actors and assets located in a Member State. Issues outside the Regulation's scope are covered by national law" (29).

Consequently, according to the Corte di Cassazione, in this case even if the arbitral proceedings were subject to French law, the effect of the opening of insolvency proceedings on the pending arbitration proceedings was governed by Italian law, that establishes that arbitration proceedings have to stop and that the claim has to be decided by the insolvency court.

This outcome is questionable since it discriminates arbitration proceedings governed by the law of a Member State (in this case, France) depending upon the seat/nationality of the parties involved: only those proceedings between parties and relating to assets located in a Member State would fall within and benefit of the exception of Article 15 EIR. It is also at odds with the principles and rationale of the *Schmid* judgment of the Court of Justice (30), that underlined that for the EIR to apply a cross-border element is required, but that, according to Recital 14, the application of the Regulation is precluded only if the centre of the debtor's main interests is located outside the European Union (§ 21). The Court also stated that "the application of a number of the Regulation's provisions requires the presence of connecting factors with the territory or the legal system of at least two Member States", citing Article 5 EIR (§ 22). Since this latter provision serves the same function as Article 15 EIR (31), the rationale of the case-law of the Court of Justice seems to suggest that the fact that (i) the defendant in an avoidance action brought by the liquidator (as in *Schmid*) or (ii) the counterparty in arbitral proceedings (as in *Valtur*) is located in a third country does not preclude the application of the EIR.

For the purposes of this paper, however, it is worth underlining that in *Valtur* the Corte di Cassazione did not state that Article 15 EIR does not cover arbitration proceedings.

#### 2.7. A few cases are reported, though, that adopt a different view.

In France, for example, a case is reported concerning an award issued in London between a French company and an Egyptian company after the former had been placed in *liquidation judiciaire*. The Tribunal had ordered the French company to pay an amount to the Egyptian company (32).

---

(29) Report on the application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, COM (2012) 743 final of 12 December 2012, at 8.

(30) Cited above, fn 16.

(31) The Court of Justice explicitly stated also that "other provisions of the Regulation, such as Articles 6 and 14, do not contain express restrictions of this kind" (§ 23).

(32) Cour de Cassation, 6 May 2009 No 5 09, *Jean Lion*.



According to Article L621-41 Code Comm., pending actions against the insolvency are stayed until the creditor has stated his claim. They may restart, but only in order to obtain a declaration of the debt and the determination of its amount.

The Cour de Cassation held that the principle of stay of the individual actions belongs to international public policy and that the award violated this principle since it did not only determine the existence of the debt, but it also ordered the French company to pay<sup>(33)</sup>.

3. Following the suggestion of the Heidelberg-Vienna study on the application of the EIR<sup>(34)</sup> and of the INSOL Europe proposal for a revision of the Regulation<sup>(35)</sup>, the Commission has proposed to explicitly mention arbitration in Article 15. Both supported the view that arbitration proceedings were already included in this provision, but that for the sake of certainty, clarity and uniformity it was better to mention them explicitly. The proposal was accepted by the working group of experts that assisted the Commission almost without any discussion. The Commission's proposal and the Impact Assessment do not explain the new text, thus implying that it did not actually amend the EIR, but that it rather made explicit what was already in the Regulation.

Article 18 EIR Recast, that now bears the title “Effects of insolvency proceedings on pending lawsuits or arbitral proceedings”, states that “[t]he effects of insolvency proceedings on a pending lawsuit or pending arbitral proceedings concerning an asset or a right which forms part of a debtor's insolvency estate shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending or in which the arbitral tribunal has its seat”.

This provision indirectly makes clear that Article 7(2)(f) EIR Recast (4(2)(f) EIR) applies to arbitration proceedings. If arbitration proceedings are pending when insolvency proceedings of one of the parties are opened, the effects of the opening are governed by the *lex concursus* unless the seat of the arbitral tribunal is located in a Member State other than the Member State where insolvency proceedings are opened.

Article 18 EIR Recast has amended Article 15 EIR as regards the object of pending proceedings. Since the scope of the EIR Recast is wider than the scope of the EIR — i.e. it covers also pre-insolvency proceedings and debtor-in-possession proceedings — it may be that the debtor is not divested. Thus, the new wording refers to pending lawsuits or pending arbitral proceedings concerning “an asset or right which forms part of a debtor's insolvency estate”.

---

<sup>(33)</sup> A Czech judgment of 2008 is reported by WESSELS, (fn 2), at 640.

<sup>(34)</sup> PFEIFFER, in HESS, OBERHAMMER, PFEIFFER, (fn 19), at 856.

<sup>(35)</sup> *Revision of the European Insolvency Regulation, Proposals by INSOL Europe*, Nottingham, 2012, at 15.7.



4. The EIR Recast does not address the destiny of arbitration agreements, in particular whether they fall under Article 7(2)(e) — i.e. under the *lex concursus* — or not. The parallelism between Article 7(2)(e) and (f) suggests a negative answer to this question. This solution was indeed adopted in *Elektrim* by the arbitral tribunal and the English courts, that stated that the validity of the agreement was governed by English law being the law of the tribunal's seat (*lex arbitri*).

A recent Italian case has addressed this issue <sup>(36)</sup>. The case concerned a contract for the provision of services entered into between the Rimini airport operator (Aeradria) and Ryanair in 2007. The contract contained an arbitration agreement for arbitration to be held in London under the LCIA rules. Aeradria had obtained a European order for payment against Ryanair pursuant to Regulation No 1896/2006. At that time Aeradria was under *concordato preventivo* proceedings, that later ended up with a *fallimento*.

When Ryanair had lodged the opposition to the European order of payment according to Article 16 EIR, it had contested the jurisdiction of Italian courts and had also lodged a claim for a preliminary ruling on jurisdiction in the Corte di Cassazione. It then commenced arbitration in London.

The Corte di Cassazione stated that Italian courts lacked jurisdiction — thus confirming the validity and effectiveness of the arbitral agreement — on the basis of several grounds. First, the liquidator cannot prevail himself of a contract in the court of the insolvency proceedings on the assumption that the agreement continues to operate and at the same time refuse to submit to the arbitration proceedings under the same contract: cherry-picking is not permitted. Second, the exclusive competence of the insolvency court does not extend to claims that are already in the estate when insolvency proceedings are opened and could have been brought by the debtor if he had not been insolvent. Third, the *concordato preventivo* does not make the arbitration agreement invalid or ineffective.

While the outcome is substantially correct, the reasoning of the Court is not fully in line with the EIR.

First, the Court states that the Regulation did not apply since the case did not concern the establishment of the jurisdiction to open insolvency proceedings, but the jurisdiction on an action for payment of a claim of the insolvent debtor. Following this line, however, Article 7(2)(e) and (f) and Article 18 EIR would never come into consideration for this type of claims, while their goal is precisely to apply when the liquidator objects to the validity of an arbitral agreement or to the carrying on of arbitration proceedings, respectively, in a Member State other than the Member State

---

<sup>(36)</sup> Corte di Cassazione, Plenary, 25 May 2015 No 10800.

where insolvency proceedings have been opened. Indeed, after and apart from the establishment of jurisdiction to open insolvency proceedings, many issues may and do arise in the course of proceedings that find their solution in the Regulation. Moreover, in that case the EIR applied also because the insolvent debtor was an Italian company with COMI in Italy and the case had clear cross-border elements, since Aeradria had requested a European order for payment against Ryanair.

Second, the Corte di Cassazione assessed the validity and effectiveness of the arbitration agreement according to Italian law, while it should have applied English law, being the *lex arbitri*.

This judgment shows that some aspects of the EIR have to be further analyzed by Italian courts and that the relationship between insolvency law and arbitration in cross-border cases deserves full attention in order to avoid to interpret Italian law to the detriment of arbitration if we wish to support the development of arbitration both in Italy and at international level.



## The New York Convention and Insolvency: Challenges and Questions Based on Recent Case Law and Practice

RICHARD H. KREINDLER (\*)

I. Introduction. — II. Deferral to Arbitration (Article II). — III. Refusal to Enforce (Article V). — IV. Conclusion.

I. The issue of capacity and the existence and validity of arbitration agreements involving an insolvent party can arise when one of the parties requests a court to recognize the arbitration agreement under Article II of the New York Convention.

Insolvency laws *generally* do not operate as a bar to arbitration proceedings against insolvent entities. Rather, the arbitration agreement usually remains valid, and disputes regarding non-core insolvency issues are generally deemed arbitrable.

However, in certain circumstances, Article V of the New York Convention may be invoked as a basis for refusing to recognize or enforce a foreign arbitral award that was rendered while insolvency proceedings were taking place in parallel. The grounds for invoking Article V include:

- Lack of capacity / invalid arbitration agreement (Article V(1)(a))
- Violation of due process (Article V(1)(b))
- Scope of the arbitration agreement is exceeded (Article V(1)(c))
- Set-aside of award (Article V(1)(e))
- Lack of arbitrability (Article V(2)(a))
- Violation of public policy <sup>(1)</sup> (Article V(2)(b))

It is noteworthy that foreign assets outside the insolvency estate may give the award creditor a higher chance of success since the award may be enforceable in countries outside of the country of insolvency.

---

(\*) Partner at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

<sup>(1)</sup> The most likely ground on which an insolvent entity can succeed in defeating the recognition or enforcement of an arbitral award is the public policy exception where enforcement of the award would violate fundamental insolvency law principles where these are seen as part of international public policy. The outcome will, of course, depend on the award at issue and the approach of the enforcing jurisdiction.

This article will explore these issues in turn, beginning with Article II's general deferral to arbitration agreements, followed by an analysis of the various grounds for refusing to recognize or enforce arbitral awards that are embodied in Article V.

II. The language of Article II provides for the recognition of arbitration agreements and the deferral of cognizable disputes to arbitration by Contracting States:

*1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.*

...  
*3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed* <sup>(2)</sup>.

As a preliminary matter, the insolvency laws of Contracting States must be consistent with the New York Convention's prohibition against discriminatory legislation. For example, a legal regime that would invalidate an arbitration agreement upon the insolvency of a party but would not invalidate other contracts in the same circumstances would be inconsistent with Article II <sup>(3)</sup>. In practice, courts of Contracting States are likely to engage in a case-by-case analysis in order to determine if an arbitration agreement which involves an insolvent party should be given effect (with a presumption in favor of giving effect to international arbitration agreements) <sup>(4)</sup>.

Under Article II, insolvent parties seeking to avoid arbitration may object to referral on the grounds that the agreement is "null and void," "inoperative," or "incapable of being performed." With respect to the "null and void" defense, because arbitration agreements are typically treated as separable from the overarching contract, lack of capacity defenses must be proven as to the arbitration agreement specifically and not just the broader contract more generally <sup>(5)</sup>.

The mere fact that one party to an agreement is insolvent is also unlikely to render the contract "inoperative" as a result. For instance, English courts have found that insolvency does not obviate a party's

---

<sup>(2)</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards art II(1), (3), June 10, 1958, 330 U.N.T.S. 38 (the "New York Convention") (emphasis added).

<sup>(3)</sup> GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 1007 (2<sup>d</sup> ed. 2014).

<sup>(4)</sup> *Id.*

<sup>(5)</sup> See Samantha J. LORD, *When Two Polar Extremes Collide: An Exploration into the Effects of Insolvency on International Arbitration*, 15 *Int'l Trade & Bus. L. Rev.* 316, 325-27, 335 (2012).

ability to perform its duties under an arbitration agreement<sup>(6)</sup>. The question of whether an arbitration agreement is “incapable of being performed” due to insolvency has also been explored by the courts of Contracting States. Although English, French, and U.S. courts have held that insufficient funds do not preclude performance, this view is not universal — courts in Austria and Germany have viewed insolvency as an impediment to performance<sup>(7)</sup>.

Ultimately, although the approach may vary from jurisdiction to jurisdiction one overarching principle that does emerge is that so-called *core* issues of insolvency are considered non-arbitrable while *non-core* insolvency issues are usually arbitrable<sup>(8)</sup>. However, Contracting States may adopt differing views as to the treatment of disputes involving insolvent parties<sup>(9)</sup>. While one jurisdiction may choose not to give effect to an arbitration agreement in its courts this does not preclude other states from reaching the opposite conclusion (though many may refrain from doing so for reasons of public policy)<sup>(10)</sup>.

III. The New York Convention also provides a number of mechanisms for insolvent parties to object to the recognition or enforcement of arbitral awards under Article V:

“Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that ...”<sup>(11)</sup>.

A. Lack of Capacity or Invalid Arbitration Agreement (Article V(1)(a))

The first objection under Article V deals with the insolvent party’s capacity and the validity of the arbitration agreement:

“The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made”<sup>(12)</sup>.

Clearly, insolvency can affect a party’s capacity to enter into agree-

---

<sup>(6)</sup> *Id.*

<sup>(7)</sup> *Id.*

<sup>(8)</sup> *Id.* Core insolvency issues involve matters of personal status such management of the estate, appointment of a trustee, management of assets and the like. *See id.*

<sup>(9)</sup> The New York Convention defers to national legislatures to define the rules of objective arbitrability. *See* LOUKAS A. MISTELIS & Julian D.M. LEW eds., *Pervasive Problems in International Arbitration* 363, 365-67 (2006).

<sup>(10)</sup> BORN, *supra* note 3, at 1007. *See also* ROBERT B. KOVACS, *International Arbitration and Insolvency: A Question of Applicable Law*, ICC Publication No. 764E (2015).

<sup>(11)</sup> New York Convention art V(1).

<sup>(12)</sup> New York Convention art (V)(1)(a) (emphasis added).

ments that bind the insolvent estate <sup>(13)</sup>. There is, however, some dispute as to the proper time to assess such incapacity. The majority opinion is that incapacity should be assessed at the time the parties entered into the arbitration agreement <sup>(14)</sup>. Under this view the subsequent insolvency of a party would have no effect on a previously valid arbitration agreement. On the other hand, the minority opinion holds that the capacity assessment should instead occur at the time the arbitration proceedings commence. This view relies on the historical background of Article V(1)(a) and the perceived concern on the part of its drafters that parties should be adequately represented during arbitral proceedings <sup>(15)</sup>. Although this opinion has not gained widespread support there are some examples of national courts adopting the same view <sup>(16)</sup>.

There are other important considerations to consider when assessing a party's capacity. First, the law applicable to assessing the capacity of a party is generally the "personal law" applicable to each party <sup>(17)</sup>. In this context the notion of "incapacity" includes the applicable laws governing both traditional notions of capacity as well as authority; problems of incapacity may then be cured through the involvement of a trustee or insolvency administrator <sup>(18)</sup>.

Therefore, an arbitration agreement would likely be considered invalid on the basis of incapacity only where (1) the law applicable to the insolvent party retroactively removes capacity <sup>(19)</sup>, or (2) if such law provides for the invalidity of arbitration agreements and the arbitration agreement at issues is governed by the same law <sup>(20)</sup>. Ultimately, incapacity or invalidity under this provision of the New York Convention is rarely invoked as a ground for refusing recognition or enforcement <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Sara NADEAU-SÉGUIN, *When Bankruptcy and Arbitration Meet: A Look at Recent ICC Practice*, 5 *Disp. Resol. Int'l* 79, 96-97 (2011).

<sup>(14)</sup> See, e.g., LORD, *supra* note 5, at 331-32, 343-47; Simon VORBURGER, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives* 208-215 (2014); Neil HANNAN, *International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency*, 17 *Int'l Trade & Bus. L. Rev.* 447, 466 (2014).

<sup>(15)</sup> Jay L. WESTBROOK, *International Arbitration and Multinational Insolvency*, 29 *Penn State Int'l L. Rev.* 635, 637-640 (2010-2011).

<sup>(16)</sup> See NADEAU-SÉGUIN, *supra* note 13, at 96-97 citing *Corcoran v. Ardra Ins. Co. Ltd* 156 A.D.2d 70 (N.Y. App. Div. 1990); WESTBROOK, *supra* note 15, at 637-40 citing *Vivendi S.A. v. Deutsche Telekom A.G. (Elektrim)*, Bundesgericht [BGer] [Federal Supreme Court] Mar. 31, 2009, 4A 428/2008, ASA Bulletin 1/2010 at 104 (Switz.); *contra Syska v. Vivendi Universal SA*, (2010) B.C.C. 348.

<sup>(17)</sup> See LORD, *supra* note 5, at 331-32, 343-47; KOVACS, *supra* note 10, at 152-53. *But c.f.* Born, *supra* note 3, at 1006-07 (advocating that the capacity should be defined by a uniform international standard rather than *ad hoc* national laws).

<sup>(18)</sup> VORBURGER, *supra* note 14, at 208-15.

<sup>(19)</sup> See, e.g. KOVACS, *supra* note 10, at 142, 152-53; and WESTBROOK, *supra* note 15, at 637-40 (pointing to the application of Polish insolvency law in a Swiss proceeding where capacity was deemed lost).

<sup>(20)</sup> LORD, *supra* note 5, at 331-32, 343-47.

<sup>(21)</sup> HANNAN, *supra* note 14, at 466; Nadeau, *supra* note 13, at 96-97; LORD, *supra* note 5, at 331-32, 343-47.

### B. Violation of Due Process (Article V(1)(b))

Article V also provides for the refusal to recognize or enforce an award based on a violation of due process:

“The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case” (22).

However, the issuance of an arbitral award against an insolvent party while insolvency proceedings are pending *does not* — on its own — violate Article V(1)(b) (23). Due process requirements may dictate an adjustment to arbitral procedure when an insolvent party is administered by a trustee (24). For example, there is some debate as to whether “proper notice” — usually understood to concern proper representation in arbitral proceedings — also applies where an insolvent party is not properly represented by a trustee (25). Other examples where due process protections would apply include conducting diligence to discover a trustee’s contact information and granting possible extensions of case management deadlines to allow trustees to time to become familiar with the facts (26).

### C. Scope of Arbitration Agreement Exceeded (Article V(1)(c))

In limited cases Article V provides a remedy when an arbitral award touches on issues outside the scope of the arbitration agreement:

“The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced” (27).

Parties are unlikely to succeed invoking this provision. First, courts are disposed to construe the provision extremely narrowly (28). Furthermore, the decision by the arbitral tribunal in the first instance — that the insolvency falls within the scope of the arbitration agreement — will likely be shown great deference at the recognition and enforcement stage of proceedings (29).

---

(22) New York Convention art (V)(1)(b) (emphasis added).

(23) LORD, *supra* note 5, at 347-49.

(24) *Id.*

(25) VORBURGER, *supra* note 14, at 213-14. In any case, such a situation would be protected by Article V(2)(b) public policy exception. *Id.*

(26) LORD, *supra* note 5, at 347-49.

(27) New York Convention art (V)(1)(c) (emphasis added).

(28) VORBURGER, *supra* note 14.

(29) *Id.*



#### D. Award Set Aside (Article V(1)(e))

Under Article V, insolvent parties may also seek to prevent enforcement of an award that has already been set aside in a national court:

“The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made”<sup>(30)</sup>.

Where the place of arbitration coincides with the place where the insolvency proceedings are taking place, an arbitral award issued in violation of certain key provisions of the national insolvency law may be grounds for setting the award aside in that country<sup>(31)</sup>. In this scenario, the enforcement of such an award would be tantamount to a violation of public policy.

Where an award has been annulled at the seat of arbitration, the party seeking enforcement of the award against the insolvent party may still seek enforcement elsewhere. Although an annulment in one jurisdiction would provide grounds for refusing enforcement of the award in another — under Article V(1)(e) — parties should be aware how much weight enforcing courts give to annulments from other jurisdictions<sup>(32)</sup>.

#### E. Lack of Arbitrability (Article V(2)(a))

An insolvent party may also an award, under Article V, based on lack of arbitrability of the underlying dispute.

“The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country”<sup>(33)</sup>.

The New York Convention does not provide for substantive rules on objective arbitrability but instead relies on the rules promulgated by national legislatures<sup>(34)</sup>. As discussed earlier, core insolvency issues are generally treated as non-arbitrable while non-core issues are arbitrable<sup>(35)</sup>. Thus, certain states may choose to treat some disputes involving insolvent parties as non-arbitrable and not give effect to an arbitral award in their own courts.<sup>(36)</sup> This does not preclude other states from choosing to give effect to the same awards or from refusing to do so for public policy reasons<sup>(37)</sup>.

Under the New York Convention’s framework, each jurisdiction must decide whether a particular arbitral award is violative of that jurisdiction’s

---

<sup>(30)</sup> New York Convention art (V)(1)(e) (emphasis added).

<sup>(31)</sup> MISTELIS & LEW, *supra* note 9, at 374-75.

<sup>(32)</sup> LORD, *supra* note 5, at 347-49.

<sup>(33)</sup> New York Convention art (V)(2)(a).

<sup>(34)</sup> MISTELIS & LEW, *supra* note 9, at 363, 365-67.

<sup>(35)</sup> See *supra* text accompanying note 8.

<sup>(36)</sup> BORN, *supra* note 3, at 1007.

<sup>(37)</sup> *Id.*

rules on objective arbitrability<sup>(38)</sup>. Where exclusive jurisdiction over matters of insolvency has been conferred on a local court, that jurisdiction may refuse to recognize or enforce an award against an insolvent party<sup>(39)</sup>.

It should be emphasized that, at the point in the proceedings of recognition and enforcement, objective arbitrability is governed by the law of the enforcing jurisdiction rather than the law of the seat of arbitration<sup>(40)</sup>. As a result, the significant variation in objective arbitrability with respect to insolvency from jurisdiction to jurisdiction may complicate eventual enforcement depending on what stage the parties find themselves at<sup>(41)</sup>.

In the end, there are very few examples where national courts have invoked Article V(2)(a) to refuse enforcement of an arbitral award<sup>(42)</sup>.

#### F. Violation of Public Policy (Article V(2)(b))

Finally, where an arbitral award violates certain fundamental principles of insolvency law, this may be deemed a violation of public policy and enforcement may be refused on the basis of Article V(2)(b):

“The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country”<sup>(43)</sup>.

Nevertheless, there is an inherent tension between fundamental principles of insolvency law (e.g., collective proceedings and equitable treatment of creditors) and the public policy interest in supporting private dispute resolution mechanisms including the enforcement of arbitral awards. These principles both form part of the international public policy that the New York Convention safeguards<sup>(44)</sup>. Arbitral awards against insolvent parties which order payment are arguably against public policy in that they disrupt the status quo of ranking of debts and priority of creditors<sup>(45)</sup>.

French courts have enforced an arbitral award against an insolvent party but only if it determines the existence and amount of a claim but does not order payment<sup>(46)</sup>. A creditor may seek recognition, but not enforcement, to prove an existing debt against the insolvent party so that

---

<sup>(38)</sup> LORD, *supra* note 5, at 335, 351-52.

<sup>(39)</sup> *Id.*

<sup>(40)</sup> VORBURGER, *supra* note 14, at 215-16.

<sup>(41)</sup> *Id.*

<sup>(42)</sup> See NADAEU-SÉGUIN, *supra* note 13, at 97.

<sup>(43)</sup> New York Convention art (V)(2)(b).

<sup>(44)</sup> LORD, *supra* note 5, at 335, 352-56.

<sup>(45)</sup> HANNAN, *supra* note 14, at 476.

<sup>(46)</sup> VORBURGER, *supra* note 14, at 216-24.

it can partake in eventual payouts from the insolvent estate<sup>(47)</sup>. If such recognition is sought in the country where insolvency proceedings are pending it is unlikely to be refused on public policy grounds<sup>(48)</sup>.

States have adopted differing approaches with respect to what constitutes public policy under Article V. The so-called *restrictive* approach construes Article V conservatively; for example the German Court of Appeal finding that an award against an insolvent party was not barred by public policy<sup>(49)</sup>. German courts have also distinguished between domestic public policy, where failure to file a claim with a trustee in a domestic arbitration would be violative, versus international public policy where it would not be (even if the insolvency proceeding is in Germany)<sup>(50)</sup>. Outside of Germany, case law in the U.S. and Ireland also show some support for this view<sup>(51)</sup>.

The so-called *comity* approach construes Article V more liberally, showing greater deference to foreign insolvency principles and law<sup>(52)</sup>. In France, awards will not be recognized or enforced if principles of insolvency law which are deemed international public policy are violated — this includes the equitable treatment of creditors and automatic stays<sup>(53)</sup>. Other national courts in the U.S., Canada, Finland, and Brazil have also adopted the same type of approach<sup>(54)</sup>.

Many jurisdictions end up in somewhere in the middle. As illustrated above, different courts in the U.S. have applied both approaches at times. In the United Kingdom the equitable treatment of creditors may be a fundamental principle of domestic public policy, but it is unclear if it also in the international context; while non-compliance with automatic stay requirements may also be a violation of public policy<sup>(55)</sup>. In the Swiss context, an arbitral award that is violative of the fundamental principles of insolvency law does *not* violate international public policy, but a violation of the fundamental principles of the arbitral process (e.g. due process) may be a violation of international public policy<sup>(56)</sup>.

Of all the remedies available under Article V, insolvent entities are most like to succeed in defending against the recognition or enforcement of an arbitral award by arguing that such recognition or enforcement would be violative of public policy.

---

<sup>(47)</sup> DEYAN DRAGUIEV, *The Effect of Insolvency on Pending International Arbitration: What Is and What Should Not Be*, 32 *J. Int'l Arb.* 511, 526-31 (2015)

<sup>(48)</sup> *Id.*

<sup>(49)</sup> NADAEU-SÉGUIN, *supra* note 13, at 97-99.

<sup>(50)</sup> VORBURGER, *supra* note 14, at 216-24.

<sup>(51)</sup> See BORN, *supra* note 3, at 3676-77; NADAEU-SÉGUIN, *supra* note 13, at 97-99.

<sup>(52)</sup> NADAEU-SÉGUIN, *supra* note 13, at 97-99.

<sup>(53)</sup> VORBURGER, *supra* note 14, at 216-24.

<sup>(54)</sup> BORN, *supra* note 3, at 3676-77; NADAEU-SÉGUIN, *supra* note 13, at 97-99.

<sup>(55)</sup> VORBURGER, *supra* note 14, at 216-24.

<sup>(56)</sup> *Id.*

IV. Insolvency laws generally do not bar arbitration proceedings against insolvent entities. For purposes of the New York Convention, if an arbitration agreement was made before the commencement of insolvency proceedings, the insolvent party likely had the requisite capacity at the relevant point in time. The involvement of a trustee or administrator may cure a possible incapacity challenge; but it is important to remember that capacity will be assessed based on the personal law of the party.

With respect to objective arbitrability, disputes regarding non-core insolvency issues are generally arbitrable while those regarding core insolvency issues are generally not, including at the seat, but such a decision does not bind other states' courts.

Principles of due process and procedure may require extra steps to be taken to ensure proper notice and to protect the right to present the case, especially where a trustee has been appointed over the insolvent estate.

Issues of competence are highly unlikely to be invoked to oppose enforcement once an arbitrator deems the dispute involving the insolvent party to be encompassed by the arbitration agreement.

Where the seat of the arbitration and of the insolvency proceedings are the same, violations of the core provisions of national insolvency law may result in an award being annulled or set aside as a public policy violation.

Objective arbitrability is governed by law of attempted enforcement, which may be different than the *lex arbitri*, so the recognition or enforcement of awards may still be refused, but there are very few examples of such refusals.

With respect to violations of public policy there are two approaches: *restrictive* versus *comity*. There is also an inherent tension between the fundamental principles of insolvency law (e.g., the priority of creditors) and fundamental pro-arbitration/pro-enforcement principles.

There is also an important distinction between award recognition and enforcement: the *recognition* of the existence and amount of debt of an insolvent party may be more easily obtained than the enforcement of an order of payment against it.



## I) CEDU E ITALIANA

### Sentenze annotate

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sez. III, sentenza 24 marzo 2016, ricorso n. 31069/12; LÓPEZ GUERRA *Pres ed Est.*; Tabbane c. Svizzera.

**Lodo arbitrale - Ricorso per annullamento - Appello nel merito - Rinuncia preventiva - Art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato (e disposizioni analoghe) - Compatibilità con l'art. 6 CEDU - Condizioni.**

*Non viola l'art. 6 della CEDU la possibilità di una rinuncia preventiva (effettuata in via contrattuale) ai mezzi di impugnazione contro un lodo arbitrale, a condizione che questa rinuncia sia frutto di una scelta libera e consapevole e che sia effettuata per iscritto. L'art. 6 della CEDU non va interpretato in termini assoluti, ossia nel senso che vada sempre garantito l'accesso ad una giurisdizione nazionale; quest'ultima, infatti, può essere anche sostituita da forme alternative di soluzione delle controversie, a condizione che queste siano state liberamente e spontaneamente scelte dalle parti.*

EN FAIT. — 1. Le requérant, M. Nouredine Tabbane (« le requérant »), est un ressortissant tunisien né en 1944 et résidant à El Menzah. Il a été représenté devant la Cour par Me Y. Gaubiac, avocat à Paris.

2. Le requérant décéda le 28 mars 2013. Par une lettre du 23 mai 2013, sa veuve, Saida Tabbane née Zaouche et ses trois fils, Mohamed Hedi, Mohamed Ali et Mahmoud Tabbane, entendirent reprendre l'instance.

#### **A. Les circonstances de l'espèce**

3. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant, peuvent se résumer comme suit.

4. Le requérant, homme d'affaires de nationalité tunisienne décida, au cours de l'année 2000, de créer un partenariat industriel et commercial avec la société Colgate-Palmolive Services SA (ci-après: « Colgate »), société de droit français ayant son siège à Bois-Colombes, France. À cette fin, une société de participations et de services, dénommée « Hysys », qui détenait la quasi-totalité du capital d'une société de distribution appelée « Genese », fut constituée. De plus, pour concrétiser ce partenariat, un contrat « *option agreement* » fut signé entre les parties, le

4 septembre 2000, qui réglait toutes les questions financières et juridiques entre les parties.

5. Ce contrat contenait une clause compromissoire en cas de litige, libellée comme suit:

« 8 a) To the extent possible without violating the laws of the Territory, this Agreement shall be governed by and constructed in accordance with the laws of the State of New-York, United States of America

b) Any dispute, controversy or claim arising out of or in connection with this Agreement or the breach, termination or validity thereof that cannot be satisfactorily settled by mutual conference within 30 days of the declaration by either party of a dispute, shall be settled by arbitration in accordance with the rules and procedures then in force of the International Chamber of Commerce (“ICC”). The arbitration will be heard and determined by three arbitrators. Colgate and the Grantors will each select one arbitrator; the third arbitrator will be selected by mutual agreement of the two party-appointed arbitrators. If within ten (10) days of appointment they cannot agree on a third arbitrator, the third arbitrator will be selected by the ICC; provided, however, that the third may not be of the same nationality as either party or of either party-appointed arbitrator. The arbitration shall be held in a country to be selected by the arbitrators, except that it shall not be the country of either party to this Agreement. Neither Colgate nor the Grantors shall be entitled to commence or maintain any action in a court of law upon any matter in dispute arising from or concerning this Agreement or a breach thereof except for the enforcement of any award rendered pursuant to arbitration under this Agreement. *The decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law.* » (*c’est la Cour qui souligne*).

6. Le 4 août 2008, la société Colgate introduisit une requête d’arbitrage contre le requérant et ses trois fils devant la Cour internationale d’arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ci-après « Cour de l’ICC ») dont le siège se trouve à Paris.

7. Conformément à la procédure devant cet organe, chaque partie à l’arbitrage nomma un arbitre. Devant l’impossibilité des deux arbitres de désigner le troisième arbitre, la Cour de l’ICC désigna le troisième arbitre. Conformément à la clause compromissoire du contrat du 4 septembre 2000, il revint aux trois arbitres de déterminer le siège du tribunal d’arbitrage. Ce lieu fut fixé le 2 avril 2009 à Genève.

8. Pendant la procédure devant le tribunal arbitral, le requérant demanda au tribunal arbitral de nommer un expert financier qui procéderait à un audit des finances des sociétés « Hysys » et « Genese » ou, subsidiairement, de laisser l’expert financier désigné par le requérant procéder à l’audit. Le tribunal arbitral rejeta cette demande, considérant en particulier que la demanderesse, la société Colgate, avait déjà produit des preuves financières d’un expert, et qu’il suffisait, pour l’établissement de son propre rapport, de permettre à l’expert privé des défendeurs, le requérant et ses trois fils, d’obtenir l’accès aux mêmes documents comptables que ceux utilisés par l’expert de la demanderesse.

9. Le 9 mars 2011, le tribunal arbitral rendit sa sentence finale. Il fut ordonné au requérant et à ses fils de transmettre toutes leurs actions à la société Colgate et à payer les dépens ainsi que les frais d’avocats.

10. Le 13 avril 2011, le requérant forma un recours en matière civile au Tribunal fédéral afin d'obtenir l'annulation de cette sentence. Dans un argument subsidiaire, le requérant soutint que l'art. 192 alinéa 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (paragraphe 12 ci-dessous) n'était pas conforme à la Convention.

11. Le 4 janvier 2012, le Tribunal fédéral déclara la requête du requérant irrecevable au motif que les parties avaient valablement renoncé à recourir contre toute décision du tribunal arbitral, conformément à l'article 192 de la loi fédérale sur le droit international privé (paragraphe 9 ci-dessous). Il a considéré en particulier ce qui suit:

« 2.2.4.1 Selon le recourant, la prise en compte de « la culture juridique familière aux parties » montrerait que celles-ci n'ont pu avoir à l'esprit qu'une notion étroite du terme « appeal » figurant dans la clause de renonciation, c'est-à-dire qu'elles ont eu en vue, en utilisant ce terme, la seule voie de recours ordinaire, dévolutive et réformatrice ainsi dénommée (cf. ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.2 p. 180). Aussi bien, tant le droit de l'État de New York, comme *lex causae*, que les droits tunisien et français, comme droits des pays où les parties ont respectivement leur domicile et leur siège, attribueraient-ils une telle signification au terme en question. Dès lors, les parties, en renonçant à tout « right of appeal » contre une éventuelle sentence à venir, n'auraient entendu renoncer qu'à l'appel au sens strict du terme, à l'exclusion des recours extraordinaires. [...]

2.2.4.2. Force est de souligner d'emblée que la dernière remarque formulée par le recourant se heurte au texte même de la clause litigieuse dans lequel le terme « appeal » est utilisé, non pas comme substantif (avec la préposition « of », qui n'y figure pas), mais comme verbe transitif direct (après la préposition « to »; « right to appeal such decision »). Cela étant, si l'on considère ce verbe, non pas isolément, mais en le replaçant dans son contexte, il n'y a aucune raison d'admettre que les parties l'auraient utilisé à dessein pour n'exclure que la voie de l'appel *stricto sensu*. Il apparaît, au contraire, qu'elles en ont usé afin d'exclure la possibilité pour chacune d'elles de recourir contre la sentence (cf. consid. 2.2.2 ci-dessus). [...] Il appert de cette brève étude de droit comparé qu'aucune des législations invoquées par le recourant ne permet d'attaquer une sentence en matière d'arbitrage international par la voie de l'appel ordinaire. Aussi le recourant, en signant le contrat d'option incluant la convention d'arbitrage dans laquelle figure la clause de d'exclusion litigieuse, n'a-t-il pu renoncer qu'au seul moyen de droit dont il disposerait pour attaquer une éventuelle sentence future, c'est-à-dire au recours en matière civile prévu par les deux dernières dispositions citées [l'art. 77 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 et l'art. 190 al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987]. [...]

3.2. [...] La controverse porte, en l'espèce, sur la question de savoir s'il est possible de renoncer à recourir contre une sentence arbitrale à venir sans violer l'art. 6 par. 1 CEDH. Cette question doit être tranchée par l'affirmative. Sans doute la renonciation au recours implique-t-elle l'impossibilité pour la partie qui a succombé de faire constater par le Tribunal fédéral que la sentence attaquée a été rendue en violation des garanties procédurales fondamentales prévues par cette norme conventionnelle. Toutefois, ni la lettre ni l'esprit de celle-ci n'empêchent une personne de renoncer à de telles garanties de son plein gré, pour autant que pareille renonciation ne soit pas équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public



important (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 mai 1997 dans l'affaire Pauer c. Autriche [requête no 16717/90], § 58 et l'arrêt cité; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3e éd. 2009, no 3 ad art. 6 CEDH et les précédents cités à la page 145, note de pied 7). Or, l'art. 192 al. 1 LDIP satisfait à ces exigences puisqu'il commande que la renonciation soit expresse et, de surcroît, qu'elle fasse l'objet d'un accord entre les parties, ce qui exclut toute renonciation unilatérale. De plus, une renonciation qui ne serait pas faite de son plein gré par une partie, mais sous l'empire d'un vice du consentement, pourrait être invalidée de ce chef (arrêt 4A\_514/2010 du 1er mars 2011 consid. 4.2). Au demeurant, comme l'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des litiges par des juge privés — les arbitres — que les parties peuvent choisir, on ne voit pas, a priori, à quel intérêt public important une renonciation anticipée au recours, intervenant dans ce cadre procédural, serait susceptible de porter atteinte dans le cours ordinaire des choses. Force est ainsi de conclure à la conformité de l'art. 192 al. 1 LDIP avec l'art. 6 par. 1 CEDH. »

### **B. Le droit et la pratique internes pertinents**

12. La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après LDIP; recueil systématique du droit fédéral no 291) dispose dans ses articles pertinents:

#### **Article 190 - IX. Caractère définitif. Recours**

« 1. Principe

1. La sentence[d'arbitrage] est définitive dès sa communication.

2. Elle ne peut être attaquée que:

a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé;

b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent;

c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande;

d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté;

e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.

3. En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'al. 2, let. a et b, est ouvert; le délai court dès la communication de la décision.

#### **Article 191 - 2. Autorité de recours**

Le recours n'est ouvert que devant le Tribunal fédéral. La procédure est régie par l'art. 77 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral.

#### **Article 192 - X. Renonciation au recours**

1. Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du

tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.

2. Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>1</sup> s'applique par analogie. »

13. Dans plusieurs arrêts (voir notamment l'arrêt ATF 4P.198/2005 du 31 octobre 2005), le Tribunal fédéral expliqua les motifs du législateur de prévoir l'exclusion des recours au regard de l'article 192 LDIP. Dans l'arrêt ATF 133 III 235 (22 mars 2007), il s'exprima comme il suit:

« 4.3.2.1. En introduisant, à l'art. 192 LDIP, la possibilité pour les parties de renoncer au recours contre la sentence, le législateur poursuivait deux buts: d'une part, renforcer l'attractivité de la place arbitrale suisse en matière d'arbitrage international, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle de l'autorité de recours et du juge de l'exequatur; d'autre part, décharger le Tribunal fédéral (...) L'idée sous-jacente au premier de ces deux buts était que la sentence internationale serait de toute façon soumise à un contrôle judiciaire au stade de l'exécution forcée, en application de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12), et l'art. 192 al. 2 LDIP visait à ce qu'il en allât de même au cas où la sentence serait exécutée en Suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 concernant la LDIP, FF 1983 I 255 ss, p. 451; voir aussi: BO 1986 CN p. 1365 [Hess]). La ratio legis de l'art. 192 LDIP établit donc clairement que, dans l'esprit du législateur, cette disposition avait vocation à s'appliquer, au premier chef, à l'arbitrage commercial international et, plus particulièrement, aux sentences condamnatoires devant être soumises au juge de l'*exequatur* (...) »

14. La Suisse est État partie à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée à New York le 10 juin 1958. Le champ d'application de cet instrument est défini dans son article I:

« 1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

(...) »

15. L'article V de la Convention de New York prévoit certaines exceptions à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, libellées comme il suit:

« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b. Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été

dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c. Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d. Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e. Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a. Que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

b. Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

## GRIEFS

16. Sur la base des articles 6 et 13 de la Convention, le requérant se plaignait d'avoir été privé de l'accès à un tribunal en Suisse pour contester le caractère inéquitable de la procédure d'arbitrage. Il alléguait que l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral de la clause de renonciation était extrêmement restrictive dans le sens que les parties ne voulaient pas exclure toute voie de recours, mais simplement le droit d'appel contre la sentence. De plus, le requérant alléguait que l'article 192 alinéa 1 LDIP n'était pas compatible avec l'article 6 § 1 de la Convention.

17. Invoquant l'article 6 de la Convention, le requérant se plaignait de ce que le refus du tribunal arbitral d'ordonner une expertise à la demande du requérant avait méconnu son droit à un procès équitable et, en particulier, le principe de l'égalité des armes. Il faisait également valoir que le Tribunal fédéral n'avait pas pris en compte plusieurs de ses arguments.

### EN DROIT. — A. Le maintien de la requête par les héritiers du requérant

18-22. (*Omissis*)

### B. Grief tiré du droit d'accès à un tribunal

#### 1. Principes généraux

23. L'article 6 § 1 de la Convention garantit à toute personne le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le "droit à un tribunal", dont le droit

d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36, série A no 18).

24. La Cour rappelle que le droit d'accès aux tribunaux, reconnu par l'article 6 § 1, n'est pourtant pas absolu: il se prête à des limitations implicitement admises, car il commande de par sa nature même une réglementation par l'État. Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention; elle doit se convaincre que les limitations mises en oeuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), no 1742/05, 15 septembre 2009; *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 147, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], no 26083/94, § 59, CEDH 1999-I).

25. Ce droit d'accès à un tribunal n'implique pas nécessairement le droit de pouvoir saisir une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays; ainsi, un organe chargé de trancher un nombre restreint de litiges déterminés peut s'analyser en un tribunal à condition d'offrir les garanties voulues (*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, § 201, série A no 102). L'article 6 ne s'oppose donc pas à la création de tribunaux arbitraux afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers (*Suda c. République tchèque*, no 1643/06, § 48, 28 octobre 2010). Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, les clauses contractuelles d'arbitrage ne se heurtent pas en principe à la Convention (*Deweer*, précité, § 49).

26. En outre, il convient de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. S'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention (*Bramelid et Malmström c. Suède*, nos 8588/79 et 8589/79, décision de la Commission du 12 octobre 1989, DR no 29).

27. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire consenti librement, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l'article 6. En effet, les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l'exécution d'un contrat. En souscrivant à une clause d'arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle soit libre, licite et sans équivoque (*Eiffage S.A. et autres* (décision précitée); *Suda*, précité, § 48; *R. c. Suisse*, no 10881/84, décision de la Commission du 4 mars 1987, Décisions et rapports (DR) no 51; *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande* (déc.), no 31737/96, 23 février 1999, et *Transportes Fluviais do Sado S.A. c. Portugal* (déc.), no 35943/02, 16 décembre 2003). De plus, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, la renonciation à certains droits garantis par la Convention doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (*Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, § 37, série A no 227).

## 2. Application des principes susmentionnés au cas d'espèce

28. La Cour considère opportun d'examiner le grief de la privation d'accès à un tribunal en Suisse exclusivement sous l'angle de l'article 6 de la Convention, le grief tiré de l'article 13 étant absorbé par la première disposition.

29. Dans la présente affaire, la Cour observe d'emblée que le requérant était un homme d'affaires tunisien domicilié à El Menzah en Tunisie qui entrait en collaboration avec la société Colgate, société de droit français ayant son siège en France. Il ne prétend pas que l'arbitrage était imposé par la loi. Bien au contraire, en exerçant sa liberté contractuelle, il a signé une convention d'arbitrage avec la société Colgate contenant une clause compromissoire pour résoudre des litiges qui pourraient naître entre eux (voir texte de la clause compromissoire reproduit au paragraphe 3 ci-dessus). En concluant ce compromis d'arbitrage, le requérant a expressément et librement renoncé à la possibilité de soumettre les litiges pouvant potentiellement surgir à l'avenir à un tribunal ordinaire qui lui aurait offert l'ensemble des garanties de l'article 6 de la Convention. Il n'existe aucune indication que le requérant ait agi sous la contrainte en signant la convention d'arbitrage. Par ailleurs, le requérant ne le prétend pas.

30. La renonciation au droit à un tribunal (ordinaire) en faveur d'un arbitrage doit être intervenue sans équivoque. En l'espèce, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion, par voie d'interprétation des volontés des parties, que celles-ci, par l'inclusion d'une clause de renonciation dans l'article 8 b du compromis (paragraphe 4 ci-dessus) ont exclu tout recours contre la sentence arbitrale. A la lumière du texte de la clause (« *neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law* ») et dans la mesure où elle est compétente pour trancher cette question, la Cour estime qu'une telle conclusion ne paraît ni arbitraire ni déraisonnable.

31. De plus, rien ne permet de douter que cette renonciation n'était pas entourée du minimum de garanties correspondant à son importance. La Cour note, à cet égard, que le requérant a pu élire un arbitre de son choix. Celui-ci, agissant de concert avec les deux autres arbitres, a été d'accord de choisir le lieu du siège de l'arbitrage à Genève de sorte que le droit suisse est devenu la loi applicable à l'arbitrage, c'est-à-dire la loi qui régit l'arbitrage. Par ailleurs, la Cour observe que le Tribunal fédéral a dûment entendu les arguments du requérant et a pris en compte tous les éléments factuels et juridiques qui étaient objectivement pertinents pour la résolution du litige. L'arrêt du Tribunal fédéral s'avère par ailleurs dûment motivé de sorte qu'aucune apparence d'arbitraire ne puisse être décelée dans le cas d'espèce.

32. Concernant la question de savoir si l'article 192 alinéa 1 LDIP est compatible avec l'art. 6 § 1 de la Convention, à savoir si la possibilité de renoncer à recourir contre une sentence arbitrale ne viole pas l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour rappelle que la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits qui y sont reconnus; elle n'autorise pas non plus à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (*Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, § 31, série A no 142; *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, § 28, 22 décembre 2009).

33. En ce qui concerne la présente affaire, la Cour note que l'article 192 LDIP reflète un choix de politique législative qui répond au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse, en évitant que la sentence soit soumise au double contrôle de l'autorité de recours et du juge de l'*exequatur*, et de décharger le Tribunal fédéral (paragraphe 13 ci-dessus).

34. De plus, il convient de noter qu'une partie, n'ayant ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, n'est nullement obligée d'exclure tout recours; bien au contraire, elle peut librement choisir de saisir cette possibilité qu'offre la loi suisse en renonçant valablement à tout recours à un tribunal ordinaire. La Cour estime que ce moyen offert aux parties qui n'ont pas de liens avec la Suisse est proportionné au but de renforcer l'attractivité de la Suisse en matière d'arbitrage international et de renforcer le principe de la liberté contractuelle des parties.

35. De surcroît, la Cour constate que, si les parties optent pour l'exclusion de tout recours contre une sentence conformément à l'article 192 alinéa 1 LDIP, l'alinéa 2 de cette disposition prévoit que, si celle-ci doit être exécutée en Suisse, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie, ce qui ajoute un contrôle supplémentaire exercé par les tribunaux ordinaires sur les tribunaux arbitraux (voir, dans ce sens, *Zamet - Budowa Maszyn Spółka Akcyjna c. Pologne* (déc.), no 1485/11, 25 août 2015). En effet, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent exceptionnellement être refusées pour les motifs énumérés à l'article V de ladite convention (paragraphe 15 ci-dessus).

36. Compte tenu de ce qui précède, la restriction du droit d'accès à un tribunal a poursuivi un but légitime, à savoir la mise en valeur de la place arbitrale suisse, par des procédures souples et rapides, tout en respectant la liberté contractuelle du requérant, et ne saurait être considérée comme disproportionnée. Dès lors, le droit du requérant d'accès à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même.

Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

### **C. Grief tiré de la violation du procès équitable**

37. Le second grief concerne le refus du tribunal arbitral d'ordonner une expertise à la demande du requérant et le refus du Tribunal fédéral de prendre en compte certains arguments.

38. L'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause — y compris ses preuves — dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (*Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, § 33, série A no 274). Même à supposer que les garanties de l'article 6 soient applicables au cas d'espèce, il convient de rappeler que la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel (*Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, § 34, *Recueil* 1997-II). L'admissibilité des preuves et leur appréciation relèvent en principe du droit interne et des juridictions nationales (*García Ruiz c. Espagne* [GC], no 30544/96, § 28, CEDH 1999-I). Un refus d'ordonner une expertise n'est pas en soi

inéquitable; il convient de l'examiner au vu de la procédure dans son ensemble (*H. c. France*, 24 octobre 1989, §§ 61 et 70, série A no 162-A).

39. Dans le présent cas, le tribunal arbitral a considéré que la société Colgate avait déjà produit des preuves financières d'un expert, et qu'il suffisait de permettre à l'expert privé du requérant d'obtenir l'accès aux mêmes documents comptables que ceux utilisés par l'expert de la demanderesse. Cette motivation ne paraît ni déraisonnable ni arbitraire. Compte tenu du fait que le requérant a eu accès aux documents litigieux, il n'apparaît pas non plus qu'il ait été placé dans une situation de net désavantage par rapport à la société Colgate.

40. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,  
*Déclare* la requête irrecevable.

### **Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.**

1. La sentenza in epigrafe ha posto nuovamente all'attenzione degli interpreti la questione della possibile violazione del diritto di accesso alla giustizia *ex art. 6 CEDU* a seguito di una previsione legislativa che contempra la possibilità di rinunciare preventivamente ai mezzi di impugnazione contro i lodi arbitrali commerciali internazionali. La tematica, che si inserisce nel più ampio dibattito relativo ai rapporti tra l'arbitrato commerciale internazionale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fino a poco tempo fa non era stata oggetto di grande attenzione<sup>(1)</sup>. Tuttavia essa ha — a partire dai primi anni 2000 — riscosso notevole successo, tanto da divenire oggetto di un vivace dibattito<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Si segnalano, a tal riguardo, due contributi che sono stati precursori del dibattito successivo: RECCHIA, *Arbitrato e Convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)*, in questa *Rivista*, 1993, 381 e ss.; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6 § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, 453 e ss.

<sup>(2)</sup> Si segnalano, come contributi monografici, JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, Pieterlen, 2002; KURKELA, TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration* (second edition), Oxford, 2010. Il tema è trattato anche in LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aja, 2003, 95-97. Numerosi sono, invece, i contributi in riviste. V., tra gli altri, POTESTÀ, *La rinuncia preventiva all'impugnabilità del lodo arbitrale è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo? Il Tribunale federale svizzero si pronuncia sulla questione*, in questa *Rivista*, 2013, 177 e ss.; CARELLA, *Arbitrato commerciale internazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, 53 e ss.; ROBINSON, KASOLOWSKY, *Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings?*, in *Arbitration International*, 2002, 453 e ss.; McDONALD, *More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2003, 523 e ss.; BENEDETTELLI, *Human Rights as a litigation tool in*



Di seguito una breve ricostruzione fattuale del caso che si commenta.

Il ricorrente, l'uomo d'affari tunisino Nouredine Tabbane, aveva intrapreso nel 2000 una collaborazione commerciale con la multinazionale francese Colgate-Palmolive Services SA. I termini del rapporto tra le parti erano stati disciplinati nell'ambito di un contratto denominato "*Option Agreement*", nel quale si prevedeva che qualsiasi futura controversia derivante dal contratto avrebbe dovuto essere giudicata da un tribunale arbitrale composto di tre membri ed istituito sotto gli auspici della Camera di Commercio Internazionale. La clausola arbitrale prevedeva altresì che il tribunale arbitrale, una volta costituito, avrebbe dovuto determinare la sede dell'arbitrato, che la decisione scaturente dal procedimento arbitrale avrebbe dovuto essere considerata a tutti gli effetti definitiva e vincolante e che nessuna delle parti avrebbe avuto diritto ad appellare tale decisione dinanzi ad una corte nazionale ("*The decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law*").

Nel 2008, sorta una controversia, la Colgate ha avviato un arbitrato secondo quanto previsto dalla disposizione sopra menzionata e, sempre nel rispetto della previsione contrattuale, il tribunale arbitrale ha disposto che la sede del procedimento fosse Ginevra. Per questo motivo, il Capitolo 12 della legge svizzera sul diritto internazionale privato del 17 dicembre 1987, che disciplina la procedura da adottare negli arbitrati aventi sede in Svizzera, nonché i rapporti tra le corti della sede e la procedura arbitrale, è divenuto automaticamente applicabile alla controversia. Per quanto rileva ai fini del presente caso, interessa in modo particolare l'art. 192 di tale legge, secondo il quale (primo comma) se nessuna delle parti è domiciliata o ha la propria residenza abituale in Svizzera, è possibile che — attraverso una dichiarazione di volontà effettuata per iscritto — le parti convengano di rinunciare a qualsiasi ricorso contro un lodo arbitrale. Il secondo comma della stessa norma, poi, prevede che, laddove la facoltà

---

*international arbitration: reflecting on the ECHR experience*, in *Arbitration International*, 2015, 631 e ss.; BESSON, *Arbitration and Human Rights*, in *ASA Bulletin*, 2006, 395 e ss.; JAKSIC, *Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, 159 e ss.; LANDROVE, *European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration: An Etat des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature*, in BESSON, HOTTELIER, WERRO (a cura di), *Human Rights at the Center*, Basilea, 2006, 73 e ss.; NOVICKA, *Use of the European Convention of Human Rights argumentation in arbitration proceedings: When, how?*, in *RGSL Working Papers no. 17*, 1 e ss.; KUDRNA, *Arbitration and Right to Access to Justice: Tips for a Successful Marriage*, in *New York University Journal of International Law and Politics Online Forum*, 2013, 1 e ss.; EMBERLAND, *The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration: A Comment on Arbitration and Human Rights by Aleksandar Jaksic*, in *Journal of International Arbitration*, 2003, 355 e ss.; SVOBODOVA, *Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration*, reperibile all'indirizzo [http://dfk-online.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll\\_%C3%A9s\\_jog\\_alap\\_%C3%A9rt%C3%A9kei\\_2010/2.%20k%C3%B6tlet/C3%A1ra.pdf](http://dfk-online.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll_%C3%A9s_jog_alap_%C3%A9rt%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6tlet/C3%A1ra.pdf), 2011 (ultimo accesso il 29 aprile 2016), 108 e ss.



prevista dal primo comma sia esercitata, debba applicarsi la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri anche all'esecuzione del lodo emesso in Svizzera.

Il tribunale arbitrale ha emesso il proprio lodo nel 2011. Giova rilevare che, nel corso della procedura arbitrale, il sig. Tabbane aveva richiesto la nomina di un consulente tecnico, allo scopo di poter meglio accertare i termini economici della controversia. Tale richiesta è stata tuttavia rigettata, giacché — secondo il tribunale arbitrale — sufficiente documentazione era già stata prodotta dalle parti e la Colgate, che si era avvalsa del lavoro di due esperti, aveva messo a disposizione della difesa (e dei consulenti tecnici) del sig. Tabbane tutta la documentazione prodotta dai propri esperti.

Poco più di un mese dopo l'emissione del lodo, il soccombente sig. Tabbane ha presentato un ricorso per l'annullamento del lodo al Tribunale federale svizzero (corte federale di ultima istanza) lamentando vari profili di illegittimità dello stesso, tra cui una violazione del principio di parità delle armi nel processo determinata dal rifiuto del tribunale arbitrale di nominare il consulente tecnico richiesto dallo stesso sig. Tabbane. La Corte svizzera — il 4 gennaio 2012 — ha dichiarato il ricorso irricevibile in quanto, avendo le parti rinunciato a qualsivoglia forma di “*appeal*” contro il lodo, trova applicazione la già menzionata previsione dell'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato. In particolare, secondo il Tribunale federale, la parola “*appeal*” non deve essere interpretata facendo riferimento solo ad un ricorso per un riesame nel merito della controversia, ma si estende a qualsiasi doglianza nei confronti del lodo arbitrale.

A seguito di tale conclusiva decisione di irricevibilità il sig. Tabbane ha presentato, il 2 luglio 2012, un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dell'art. 6 CEDU, giacché la previsione legislativa della possibilità di una rinuncia preventiva a qualsivoglia rimedio contro un lodo arbitrale violerebbe, secondo il ricorrente, il diritto di accesso ad un tribunale.

Con la sentenza in epigrafe, la Corte EDU ha dichiarato il ricorso del sig. Tabbane manifestamente infondato e lo ha quindi rigettato in virtù delle disposizioni dei commi 3 lett. a) e 4 dell'art. 35 della CEDU <sup>(3)</sup>.

La Corte ha specificato (rimarcando la propria precedente giurisprudenza sul punto, su cui v. *infra*) che l'art. 6 va interpretato nel senso di

---

<sup>(3)</sup> L'art. 35, comma 3, lett. a) CEDU dispone: “La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che: (a) il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo”.

L'art. 35, comma 4, CEDU dispone: “La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento”.

prevedere implicitamente la possibilità di limitazioni al diritto di accesso ad una corte nazionale, a condizione che queste siano fondate su un rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e gli scopi prefissi. Nello specifico, la Corte ha chiarito che il diritto di accesso ad un tribunale non va inteso necessariamente nel senso che vada sempre garantito l'accesso ad una giurisdizione nazionale; quest'ultima, infatti, può essere anche sostituita da forme alternative di soluzione delle controversie, a condizione che queste siano state liberamente e spontaneamente scelte dalle parti. Distinguendo tra forme arbitrali coattive e volontarie, la Corte ha precisato che, nel secondo caso, la rinuncia alla giurisdizione nazionale è effetto di una libera manifestazione di autonomia privata e che, di conseguenza, questa forma di arbitrato non viola il diritto di accesso ad un tribunale.

Applicando il menzionato principio al caso di specie, la Corte EDU ha affermato che il sig. Tabbane ha spontaneamente sottoscritto una clausola arbitrale che — per come interpretata dal Tribunale federale — costituisce una rinuncia a qualsiasi mezzo di impugnazione del lodo. Alla luce della lettera della disposizione contrattuale in questione, poi, la Corte ha sostenuto che l'interpretazione adottata dal Tribunale federale non può quindi essere considerata né arbitraria né irragionevole: il termine “*appeal*” può ben essere interpretato come ricomprensivo qualsiasi forma di impugnazione contro il lodo e non solo le doglianze relative al merito della controversia.

Sul punto, la Corte ha — infine — evidenziato come l'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato costituisca espressione di una precisa e legittima scelta del legislatore elvetico, volta a rendere più attrattiva la Svizzera come sede di arbitrati internazionali, giustificabile non solo dall'essere la rinuncia basata sul principio della libertà contrattuale, ma anche dalla circostanza che un controllo di legittimità sul lodo arbitrale è comunque previsto in sede di esecuzione alla luce della previsione dell'art. V della Convenzione di New York.

La sentenza è di particolare interesse, in quanto la portata della decisione della Corte EDU va ben oltre i confini dell'ordinamento svizzero (di per sé già notevolmente rilevante, data la popolarità della Svizzera quale sede di arbitrati internazionali). Come si vedrà in seguito, previsioni analoghe a quella dell'art. 192 della legge elvetica sul diritto internazionale privato esistono, infatti, in vari altri ordinamenti e, quindi, la pronuncia che si commenta ha l'effetto di fugare i dubbi sulla compatibilità con l'art. 6 CEDU di tutte queste disposizioni legislative.

Il provvedimento in epigrafe può dunque costituire l'occasione per una riflessione più generale sulla compatibilità delle leggi interne che prevedono la possibilità di una rinuncia ai mezzi di impugnazione contro lodi arbitrali internazionali, nell'ambito della più ampia cornice del rapporto tra processo arbitrale e diritti sanciti dall'art. 6 CEDU.

Si impone, dunque, un'analisi sotto due profili: da un lato, nel presente contributo verrà analizzato l'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato ed il dibattito che da esso ha tratto origine, facendo altresì riferimento alle norme di altri ordinamenti con contenuto analogo. Dall'altro lato si verificherà, brevemente, l'applicabilità (e l'influenza) dell'art. 6 CEDU nell'arbitrato commerciale internazionale. Infine, volendo tirare le somme delle riflessioni svolte, si proverà ad inquadrare la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel dibattito generale sopra ricordato.

2. L'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato, rubricato "*Renonciation au recours*", così come tradotto in lingua inglese dalla Swiss Arbitration Association, dispone come segue (4):

"Waiver of annulment.

1. If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2).

2. If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy."

La norma svizzera, quindi, prevede la possibilità di una rinuncia preventiva al ricorso per chiedere l'annullamento del lodo arbitrale per uno o più dei motivi previsti dal secondo comma dell'art. 190 della stessa legge, nel caso in cui nessuna delle parti abbia un effettivo collegamento con la Svizzera (5). La *ratio* di una simile previsione è duplice: da un lato il legislatore svizzero ha inteso incentivare l'arbitrato internazionale con

---

(4) La traduzione inglese delle norme riportate (ad opera della Swiss Arbitration Association) è tratta dal sito [http://www.arbitration-ch.org/dl/f0dfb3d5405ec0edda11d250406ed322/IPRG\\_English\\_translation.pdf](http://www.arbitration-ch.org/dl/f0dfb3d5405ec0edda11d250406ed322/IPRG_English_translation.pdf). Per la versione francese della norma, si veda il testo della sentenza in epigrafe, paragrafo 12. Per un commento alla norma si veda BAIZEAU, *Commentary on Chapter 12 PILS, Article 192*, in ARROYO (a cura di), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, L'Aja, 2013, 283 e ss. V. anche SCHERER, HEISKANEN, MOSS, *Domestic Review of Investment Treaty Arbitrations: The Swiss Experience*, in *ASA Bulletin*, 2009, 256 e ss.

(5) L'art. 190, comma 2, della legge svizzera sul diritto internazionale privato prevede i motivi tassativi per cui può essere chiesto l'annullamento di un lodo arbitrale internazionale e dispone che: "The award may only be annulled: a. if the sole arbitrator was not properly appointed or if the arbitral tribunal was not properly constituted; b. if the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction; c. if the arbitral tribunal's decision went beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the items of the claim; d. if the principle of equal treatment of the parties or the right of the parties to be heard was violated; e. if the award is incompatible with public policy". Con riguardo a tale norma v. PONCET, *When is a "Swiss" "award" appealable?*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2012, 135 e ss.; GIOVANNINI, *What Are the Grounds on Which Awards Are Most Often Set Aside?*, in *Business Lawyer International*, 2001, 1 e ss.

sede in Svizzera; dall'altro si è tentato, nel rispetto del principio di autonomia delle parti, di non gravare le corti statali con l'esame di controversie che non presentano alcun legame con la Svizzera <sup>(6)</sup>.

Giova rilevare che queste esigenze sono comuni a diversi sistemi giurisdizionali e che l'ordinamento elvetico non è l'unico, tra gli Stati parte della CEDU, a prevedere la possibilità di una rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo arbitrale (il che, come anticipato, espande la portata applicativa ed interpretativa della decisione che si commenta). Il riferimento va, in particolare, all'art. 1522 del codice di procedura civile francese, che — con una previsione ancora più ampia — prevede la possibilità di una rinuncia *tout court* al diritto di impugnare il lodo (escludendo quindi la possibilità di una rinuncia solo per alcuni dei motivi previsti dalla legge) ed a prescindere dalla nazionalità straniera delle parti in causa, a condizione che tale rinuncia sia effettuata espressamente dai contraenti <sup>(7)</sup>. Similmente dispongono anche l'art. 1717 del *Code judiciaire* belga (legge 10 ottobre 1967) <sup>(8)</sup> e l'art. 51 dell'*Arbitration Act* svedese del 1° aprile 1999 <sup>(9)</sup>. L'ordinamento russo, invece, prevede — all'art. 40 della legge federale sull'arbitrato interno del 24 luglio 2002 n. 102-Φ3 — la sola possibilità di rinuncia all'annullamento dei lodi interni, ma non di quelli internazionali. Al contrario, ordinamenti come l'Italia <sup>(10)</sup> e l'In-

---

<sup>(6)</sup> V. KRAUSZ, *Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 137.

<sup>(7)</sup> Si veda, per un commento a tale disposizione, DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte seconda. Il lodo, le impugnazioni e la disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 102-103. Va posto in evidenza che l'art. 1522 del codice di procedura civile francese, innovando rispetto alla precedente disciplina, dispone chiaramente che la rinuncia debba essere effettuata *expressément*.

<sup>(8)</sup> Si noti, con riguardo a questa disposizione, che nel 1985 il legislatore belga aveva — con l'obiettivo di rendere il Belgio una sede più appetibile per arbitrati internazionali — disposto che i lodi arbitrali con sede in Belgio in cui almeno una delle parti non avesse, se persona fisica, cittadinanza o residenza in Belgio, o, se persona giuridica, non fosse stata costituita o avesse una sede (o *branch*) in Belgio, non potessero mai essere annullati. Questa disposizione, dettata dal presupposto secondo cui le azioni di annullamento sarebbero spesso dovute a tattiche dilatorie della parte soccombente, ha tuttavia avuto un effetto *boomerang*, diminuendo il numero di arbitrati internazionali con sede in Belgio. Per questo motivo, nel 1998, il legislatore belga ha ripristinato la possibilità di *opt-out* così come descritta nel testo. V., a tal riguardo, GHARAVI, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, *L'Aja*, 2002, 25-28.

<sup>(9)</sup> Fuori dall'area CEDU si vedano l'art. 78, n. 6, del *Code de l'Arbitrage tunisien* del 26 aprile 1993, l'art. 36 del *Decreto Ley* No. 5 panamense dell'8 luglio 1999, gli art. 15(A)(3) e 15(B)(2) della legge turca n. 4686 del 21 giugno 2001, l'art. 59, comma 4, lett. b), della *Loi mauritanienne portant code de l'arbitrage* e l'art. 63, comma 8 del decreto legislativo peruviano n. 1071 del 28 giugno 2008. La possibilità di rinunciare all'azione di annullamento dei soli lodi arbitrali nazionali è prevista, oltre che in Russia, nella Repubblica Dominicana e negli Emirati Arabi Uniti. Si veda, sul punto, GUGLYA, *Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds — Similar Dreams?)*, in *ssrn.com*, 2012, 1 e ss.

<sup>(10)</sup> Si veda l'art. 829-*bis*, comma 1, del c.p.c., che dispone espressamente che — nei casi ivi indicati — l'impugnazione per nullità è ammessa *nonostante qualunque preventiva rinuncia*.

ghilterra<sup>(11)</sup> non prevedono (ed, anzi, escludono espressamente) la possibilità di una rinuncia all'azione di annullamento del lodo<sup>(12)</sup>.

Ciò posto, l'esame dell'art. 192 della legge svizzera rende necessario effettuare alcune precisazioni terminologiche, essenziali anche nell'ottica del commento alla decisione della Corte EDU in epigrafe. La parola francese "recours", utilizzata nella rubrica della disposizione, è tradotta con l'appellativo inglese "annulment". Con tale termine (che viene considerato sinonimo di "challenge"), la letteratura in lingua inglese usa solitamente definire una particolare forma di impugnazione del lodo arbitrale, ossia quella volta a far sì *non* che la controversia sia nuovamente giudicata nel merito da un giudice interno (si parla, invece, a tal riguardo, di "appeal"), ma ad ottenere una mera pronuncia di nullità del lodo<sup>(13)</sup>, che, quindi, non dovrebbe più (secondo quanto autorevolmente sostenuto)<sup>(14)</sup> produrre i propri effetti<sup>(15)</sup>. La distinzione terminologica ap-

---

Sembra invece possibile una rinuncia successiva all'impugnazione del lodo, giacché questa "costituisce disposizione degli effetti del medesimo, di certo consentita all'autonomia delle parti". Si veda, a tal riguardo, FAZZALARI, *Art. 829*, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 205. Sul tema v. altresì FRISINA, *Sulla rinuncia preventiva alla impugnazione del lodo arbitrale*, in questa *Rivista*, 1992, 276 e ss.. In termini generali, sull'impugnazione per nullità del lodo, v. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, 1 e ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 873 e ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 507 e ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2012, 1075 e ss. Il tema dell'impugnazione per nullità (in particolare per quanto riguarda le questioni di diritto intertemporale attinenti al rapporto tra la disciplina previgente e quella successiva alla riforma del 2006) è stato oggetto di recente analisi da parte delle Sezioni Unite della Cassazione. V. Cass. 9 maggio 2016 n. 9284.

<sup>(11)</sup> Le sezioni 67 e 68 — che disciplinano l'azione di annullamento — sono, infatti, considerate "mandatory provisions" dell'English Arbitration Act 1996, secondo quanto previsto dalla s. 4, comma 1, della stessa legge (che detta l'elenco delle norme inderogabili in essa contenute). L'applicazione di queste norme, quindi, non può essere esclusa da un accordo delle parti. V., a tal riguardo, CHARLWOOD, WOLFSON, *Challenges to Arbitration Awards*, in LEW, BOR, *et.al.* (a cura di), *Arbitration in England*, L'Aja, 2013, 527-562; BAIZEAU, *Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties*, in *International Arbitration Law Review*, 2005, 70.

<sup>(12)</sup> Nulla dispone, a tal riguardo, la legge modello UNCITRAL, che si limita — all'art. 34 — ad indicare i motivi per cui un lodo arbitrale potrebbe essere annullato.

<sup>(13)</sup> Si veda, a tal riguardo, CRAIG, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, in *Arbitration International*, 1988, 177, che afferma che: "to the extent that the word implies a process identical to appellate review of trial courts, appeal is misleading. Appeal in that sense suggests a review of all questions of law, and even some review of findings of fact. The scope of review of arbitral awards in most jurisdictions is considerably narrower" (corsivo aggiunto). Similmente, è possibile verificare un omologo uso della parola "annulment" in numerosi altri contributi, tra cui KAZUTAKE, *Confirmation, Annulment, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, in *The Seinan Law Review*, 2005, 1 e ss.; VAN DEN BERG, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2014, 1 e ss.

<sup>(14)</sup> V., *ex multis*, VAN DEN BERG, *op. cit.*, 1 e ss.

<sup>(15)</sup> La questione degli effetti del lodo arbitrale annullato è, tuttavia, molto problematica e dibattuta in dottrina. È possibile segnalare numerosi contributi apparsi, a tal riguardo, in questa *Rivista*. V., tra gli altri, in ordine cronologico, VINCENT, *L'autonomia del lodo internazionale rispetto all'ordinamento della sede dell'arbitrato secondo la Cassazione francese*, in questa *Rivista*, 1995, 292 e ss.; GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*, in questa *Rivista*, 1997, 796 e ss.; BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione*

pena tracciata è confermata dalle sezioni 67, 68 e 69 dell'English Arbitration Act 1996, le prime due delle quali fanno riferimento all'azione volta ad ottenere la nullità del lodo, mentre la terza prevede (per casi tassativi, eccezionali e comunque rinunciabili dalle parti) il cd. "appeal on a point of law", un rimedio che, come anticipato, prevede un riesame nel merito delle questioni<sup>(16)</sup> e che è poco diffuso (ed a tratti osteggiato) nel diritto dell'arbitrato<sup>(17)</sup>.

Da un attento esame della disposizione dell'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato emerge chiaramente che (come del resto risulta dalla traduzione realizzata dalla Swiss Arbitration Association) il riferimento operato dal legislatore elvetico è al rimedio che la letteratura inglese denomina "annulment", giacché, in primo luogo, la stessa norma fa riferimento all'art. 190 che, a sua volta, enuncia i motivi di nullità del lodo e, in secondo luogo, la legge svizzera non prevede alcuna forma di appello nel merito contro i lodi arbitrari.

Può risultare quindi problematico, come dimostrato dal caso di specie, stabilire se nel caso in cui le parti (soprattutto se appartenenti a diversi paesi) di un contratto intendano rinunciare ad "any right of appeal" esse intendano far riferimento al solo appello nel merito o anche all'azione di annullamento del lodo<sup>(18)</sup>.

---

*dell'arbitrato privato*, in questa *Rivista*, 1998, 453 e ss.; GIARDINA, *Ancora sull'exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine*, in questa *Rivista*, 1998, p. 743 e ss.; CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia della Corte d'appello di Parigi in tema di exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine*, in questa *Rivista*, 2006, 374 e ss.; ATTERITANO, *Il lodo annullato nello Stato sede dell'arbitrato non può essere eseguito o riconosciuto all'estero, perché è un lodo che non esiste*, in questa *Rivista*, 2008, 100 e ss.; VALLAR, *Il riconoscimento dei lodi annullati nel Paese d'origine: l'approccio dei Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, 2012, 101 e ss.; D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento di un lodo annullato nello Stato d'origine: il punto di vista tedesco*, in questa *Rivista*, 2013, 981 e ss.; ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrari annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in questa *Rivista*, 2015, 574 e ss.

<sup>(16)</sup> Si veda, per un comment alla s. 69 dell'English Arbitration Act, ESPOSITO, *The Development of Commercial Law Through Case Law: Is Section 69 of the English Arbitration Act 1996 Stifling Process?*, in *Arbitration*, 2008, 429 e ss.

<sup>(17)</sup> Basti, a tal riguardo, pensare all'evoluzione della normativa italiana in tema di appello nel merito nei riguardi dei lodi arbitrari: l'art. 829-bis c.p.c., infatti, riformando quanto previsto prima del 2006 ha escluso in via generale un'impugnazione del lodo per motivi attinenti al merito della controversia, salvo che le parti (o la legge) dispongano altrimenti. A tal riguardo, va segnalato che la giurisprudenza si è manifestata particolarmente favorevole ad interpretare, in casi dubbi, clausole arbitrali come escludenti l'appello nel merito. Si veda Corte d'appello di Milano, 7 novembre 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), in cui è stato chiarito che l'espressione "il lodo arbitrale sarà definitivo e vincolante" vale ad escludere qualsivoglia forma di appello nel merito. Si veda altresì Corte d'appello di Milano, 18 aprile 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), in cui è stato chiarito che la soluzione adottata dal legislatore nell'intento di evitare una seconda discussione in via giudiziale di quanto deciso in via arbitrale rappresenta una soluzione conforme al principio di autonomia privata e rafforzativa del canone della certezza del diritto.

<sup>(18)</sup> V., a tal riguardo, BAIZEAU, *Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award*, cit., 69, secondo cui "[w]hilst it may be the intention of the parties to ensure that they avoid any appeal on the merits of the award, it may not necessarily be their intention to waive any right of review of the award by the courts of the seat of the arbitration, including on issues pertaining to jurisdiction, procedural irregularity or public policy".

A tal riguardo, va segnalato che — a partire da una pronuncia del 2005 <sup>(19)</sup> — il Tribunale federale svizzero sembra aver assunto un approccio molto flessibile rispetto alle clausole di rinuncia *ex art.* 192. In particolare, nella menzionata pronuncia il Tribunale ha ritenuto che ove le parti di un arbitrato avente sede in Svizzera avessero escluso “all and any rights of appeal”, esse abbiano senza dubbio inteso far riferimento all’azione di annullamento. Nonostante quest’approccio abbia destato notevoli perplessità in dottrina <sup>(20)</sup>, esso ha trovato poi conferma anche in seguito ed in particolare nella pronuncia che ha preceduto la sentenza della Corte EDU che qui si commenta <sup>(21)</sup>.

L’interpretazione adottata dal Tribunale federale (e non oggetto di discussione nel merito, poi, dinnanzi alla Corte EDU) non appare tuttavia priva di profili critici. Dato il già evidenziato rischio di fraintendimenti linguistici, infatti, nel caso che si commenta nulla esclude che le parti — all’atto della stipula del contratto in lingua inglese — intendessero rinunciare al solo ricorso in appello per un riesame del merito della controversia (attribuendo quindi al termine “appeal” il significato che solitamente vi si attribuisce nella letteratura in lingua inglese). Se così fosse effettivamente stato, quindi, non avendo i contraenti scelto preventivamente la sede dell’arbitrato, la conseguenza sarebbe che la rinuncia all’azione di annullamento del lodo, per la quale la stessa legge svizzera chiede una manifestazione espressa, sarebbe invece determinata (solo in via indiretta) dalla individuazione della sede dell’arbitrato in Svizzera ad opera del tribunale arbitrale. Tuttavia, data l’assenza di elementi probatori circa l’effettiva volontà delle parti all’atto della firma del contratto, non sembra possibile censurare a priori l’interpretazione data dal Tribunale federale, sebbene questa appaia basata su una terminologia non sempre comune nel mondo dell’arbitrato commerciale internazionale.

3. Come noto, l’art. 6 CEDU sancisce la sacralità del diritto di accesso alla giustizia (statale), davanti ad un giudice terzo ed imparziale costituito per legge, in pubblica udienza, nel rispetto del principio di parità delle armi tra le parti in causa e prevede altresì l’obbligo (per l’organo giudicante) di emettere una sentenza in un termine ragionevole <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> V. Tribunal fédéral, 4 febbraio 2005, 4P.236/2004.

<sup>(20)</sup> V., anche per la bibliografia ivi citata, KRAUSZ, *op. cit.*, 141-142.

<sup>(21)</sup> V. Tribunal fédéral, 4 gennaio 2012, 4A.238/2011, in questa *Rivista*, 2013, 171 e ss., con nota di POTESTÀ, *op. cit.*, 177 e ss.

<sup>(22)</sup> Si veda, per una dettagliata analisi della menzionata disposizione, CHEMAL, GAMBINI, TANIETTI, *Art. 6*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 173 e ss. Con particolare riguardo all’aspetto dell’accesso alla giustizia, v. MANGANARO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), 2011, 1 e ss.



La discussione circa la compatibilità dell'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato (e delle norme ad esso analoghe) con i summenzionati principi richiede, in via preliminare, una breve analisi dell'applicabilità di quest'ultima disposizione nell'arbitrato commerciale internazionale, in particolare alla luce di quanto già previsto nella giurisprudenza della Corte EDU. Tale analisi è importante per la discussione che qui si compie giacché, innanzitutto, va chiarito se la stessa istituzione di un tribunale arbitrale in deroga alla giurisdizione nazionale possa considerarsi lesiva del dettato della Convenzione. Ciò fatto, è necessario poi accertare se gli arbitri siano tenuti ad assicurare, nel corso del procedimento dinnanzi ad essi, il rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, poiché da questo potrebbe derivare una compressione del ruolo delle corti nazionali nella (eventuale) fase di annullamento del lodo, essendo poi sufficiente un controllo finale della conformità della decisione arbitrale rispetto al dato convenzionale nella successiva fase dell'esecuzione del lodo stesso (su cui v. *infra*).

Per quanto concerne la possibilità di rinunciare alla giurisdizione statale in favore di quella arbitrale, la Corte EDU ha più volte ribadito che il diritto di accesso ad un giudice statale non è assoluto<sup>(23)</sup>, nel senso che “n'implique nécessairement le droit de pouvoir saisir une jurisdiction de type classique”<sup>(24)</sup>. Dunque, in presenza di una dichiarazione espressa, libera ed inequivoca è possibile deferire una certa controversia alla competenza degli arbitri, escludendo quella dei giudici nazionali<sup>(25)</sup>. A tal riguardo, la Corte ha quindi precisato che, mentre l'arbitrato basato su una libera scelta delle parti è compatibile con il dettato convenzionale, l'arbitrato cd. obbligatorio, ossia imposto dalla legge, lede il diritto di ciascuna persona di avere accesso ad un giudice statale<sup>(26)</sup>. Il *discrimen* tra queste due possibilità, come ribadito anche nella sentenza che qui si commenta<sup>(27)</sup>, sta nel rispetto del principio di autonomia delle parti,

---

<sup>(23)</sup> V. Commissione EDU, 13 luglio 1990, ricorso n. 11960/86, *Jon Axelsson ed altri c. Svezia*.

<sup>(24)</sup> V. il par. 25 della sentenza che qui si commenta. V. altresì, *ex multis*, Corte EDU, 28 ottobre 2010, ricorso n. 1643/06, *Suda c. Repubblica Ceca*; Commissione EDU, 8 luglio 1986, ricorsi n. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9268/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *Lithgow e altri c. Regno Unito*. A tal riguardo, è stato chiarito da LANDROVE, *op. cit.*, 91, che “preference should be given to the approach that considers a consensual arbitral tribunal indirectly 'established by law', although not formally. An arbitral tribunal should be guided by the arbitration agreement which established it, but such effect of the arbitration agreement only exists because the State opens the way for arbitration in its statutes”.

<sup>(25)</sup> V., *ex multis*, Commissione EDU, 27 febbraio 1980, ricorso n. 6903/75, *Deweer c. Belgio*, par. 49. Quest'orientamento è pacifico anche in dottrina.

<sup>(26)</sup> Commissione EDU, 12 ottobre 1989, ricorsi n. 8588/79 e 8589/79, *Bramelid e Malmstrom c. Svezia*. A tal riguardo, va posto in evidenza che la Corte Costituzionale italiana, con sentenza dell'8 giugno 2005 n. 221 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'arbitrato obbligatorio per violazione dell'art. 102 della Costituzione.

<sup>(27)</sup> V. par. 26 e 27.



riconosciuto anche dalla Corte di Strasburgo quale fonte di possibili deroghe all'art. 6 CEDU (28).

Ciò posto, è dunque legittimo chiedersi se — una volta devoluta una controversia ad un tribunale arbitrale — questo sia tenuto ad applicare le garanzie procedurali sancite dall'art. 6 CEDU. La dottrina è oggi unanime nell'affermare che la terzietà e l'imparzialità dei giudici, così come il diritto ad un equo processo celebrato nel rispetto del principio di parità delle armi (cd. *due process of law*) siano principi di ordine pubblico internazionale unanimemente riconosciuti, che devono trovare applicazione anche nei procedimenti arbitrali (29) in quanto parte della *lex arbitri* (ossia del diritto procedurale applicabile nel corso dell'arbitrato) (30). Anche la Corte EDU, dopo una più antica pronuncia dal contenuto più ambiguo (31), ha da tempo affermato che le corti nazionali di volta in volta competenti devono rifiutare di dare esecuzione (o, comunque, garantire validità ed efficacia) a lodi arbitrali emessi in violazione degli standard procedurali sanciti dall'art. 6 CEDU (32), con ciò sancendo implicitamente l'obbligo degli arbitri di rispettare tali principi durante il procedimento. Se, infatti, il primario scopo degli arbitri è quello di emettere un lodo che possa trovare esecuzione, ad esempio, alla luce della Convenzione di New York del 1958, essi dovranno garantire che tale lodo sia conforme all'ordine pubblico del luogo in cui l'esecuzione sarà richiesta, per non rischiare di incorrere nel motivo di rifiuto sancito dall'art. V, comma 2, lettera b), della Convenzione stessa (33). Data la vasta accettazione dei principi contenuti nell'art. 6 quali norme di ordine pubblico, è quindi interesse degli stessi arbitri far sì che tali principi (ed in particolare il contraddittorio

---

(28) Controversa è, invece, la compatibilità con l'art. 6 CEDU della rinuncia obbligatoria alla giurisdizione statale fatta in caso di arbitrato sportivo. V., a tal riguardo, POTESTA, *op. cit.*, 183.

(29) V. a tal riguardo BENEDETTI, *op. cit.*, 650; JAKSIC, *op. cit.*, 159; ROBINSON, KASOLOWSKY, *op. cit.*, 457-458; LANDROVE, *op. cit.*, 92; KRAUSZ, *op. cit.*, 156; McDONALD, *op. cit.*, 530-531. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in SANDERS (a cura di), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, L'Aja, 1987, 261, ha affermato che il *due process of law* è da ritenere quale principio di ordine pubblico transnazionale, per sua natura applicabile in tutti i procedimenti arbitrali.

(30) Indiretta conferma di quanto appena affermata è data anche dal fatto che il contenuto dell'art. 6 è sostanzialmente riprodotto anche in alcune norme interne che regolano la procedura arbitrale, come la s. 33 dell'English Arbitration Act 1996. Sulla funzione della *lex arbitri*, v. MISTELIS, *Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to "Lex Arbitri"*, in *The American Review of International Arbitration*, 2006, 155 e ss.

(31) Commissione EDU, 4 marzo 1987, ricorso n. 10881/84, *R. c. Svizzera*. In questa pronuncia, la Commissione sembrava affermare che sullo stato non ricadesse un obbligo del controllo dell'operato degli arbitri alla luce dell'art. 6 CEDU.

(32) Si vedano Corte EDU, 23 febbraio 1999, ricorso n. 31737/96, *Osmo Suovaniemi e altri c. Finlandia*; Commissione EDU, 27 novembre 1996, ricorso n. 28101/95, *Nordstrom-Janzon e Nordstrom-Lethinen c. Paesi Bassi*; 2 dicembre 1991, ricorso n. 18479/91, *Jakob Boss Söhne KG c. Germania*; 2 dicembre 1991, ricorso n. 18805/91, *Schiebler KG c. Germania*.

(33) Tale norma prevede che l'esecuzione di un lodo arbitrale internazionale possa essere rifiutata, anche d'ufficio, in caso di contrarietà all'ordine pubblico dello stato del foro.

su tutti i punti oggetto di decisione) siano rispettati nel corso del procedimento arbitrale.

Per quanto infine concerne la ragionevole durata del processo, non si ritiene che il ricorso all'arbitrato sia da intendersi come una rinuncia a tale diritto<sup>(34)</sup>. Gli operatori del commercio internazionale, infatti, molto spesso scelgono l'arbitrato proprio per evitare le lungaggini processuali del diritto interno. La celerità dei procedimenti è, tuttavia, un primario interesse sia degli arbitri che delle istituzioni arbitrali e, per le informazioni a disposizione, non risulta che vi siano state controversie relative a violazioni di questo diritto nell'ambito di procedimenti arbitrali internazionali.

4. Resta dunque da comprendere se, posto l'obbligo in capo agli arbitri di garantire il rispetto dell'art. 6 CEDU, quest'ultima norma imponga anche allo Stato della sede dell'arbitrato l'obbligo di assicurare *sempre* la possibilità di annullamento di un lodo arbitrale reso sul proprio territorio o se sia possibile e legittimo che una legge interna preveda che le parti possano, a talune condizioni, rinunciare a tale diritto.

Fino alla recente pronuncia della Corte EDU nel caso *Tabbane* che qui si commenta, la dottrina si era espressa in senso favorevole a questa possibilità, anche se in assenza di un'espressa presa di posizione dei giudici di Strasburgo, a condizione che vi fosse un — seppur minimo e potenziale — controllo statale sulla procedura arbitrale. In particolare è stato precisato che “the human right of access to justice does not, in principle, obligate the State in which the arbitral tribunal is situated to allow the annulment of awards. But the waiver of the right to legal protection by national courts is only admissible if the fairness of the proceedings is ensured through the supervision of national courts. Therefore a certain degree of State supervision (through the *setting up* of an effective award annulment procedure) is required under article 6(1) ECHR (...). Such violation of a duty to provide for effective annulment proceedings securing the preservation of fundamental due process guarantees, stemming from art. 6(1) ECHR, is the area where State's liability can be asserted” (corsivo aggiunto)<sup>(35)</sup>. Non si riteneva quindi che il dovere degli Stati

---

<sup>(34)</sup> KRAUSZ, *op. cit.*, 146; FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés: la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, 2001, 120.

<sup>(35)</sup> LANDROVE, *op. cit.*, 93. La necessità di un seppur minimo controllo statale sembra essere prevista anche dalla già citata *Nordstrom-Janzon e Nordstrom-Lehtinen c. Paesi Bassi*, in cui si afferma che “account must be taken (...) of the legislative framework providing for such [arbitration] proceedings in order to determine whether the domestic courts retained some measure of control of the arbitration proceedings and whether this control has been properly exercised in the concrete case”. V., a tal riguardo, anche REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Londra, 2011, 113.

fosse quello di garantire che la procedura di annullamento avesse sempre luogo, ma era considerato sufficiente che lo stato *predisponesse* tale procedura, nulla vietando alle parti di rinunciarvi preventivamente. A questo si aggiunga che, secondo gli studiosi della materia, il controllo giudiziale effettuato nella fase dell'esecuzione è da considerarsi sufficiente ai fini del rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU <sup>(36)</sup>.

A tal riguardo è stato tuttavia sostenuto che se da un lato rimane salvo il controllo che i giudici statali effettuano in sede di esecuzione del lodo (che, si ricorda, viene effettuato dai giudici svizzeri — ai sensi del secondo comma dell'art. 192 della legge sul diritto internazionale privato — anche in caso di lodi emessi in Svizzera rispetto ai quali la facoltà di cui al primo comma della stessa norma è stata esercitata), dall'altro lato questo elemento potrebbe non essere “del tutto determinante, almeno in quei casi in cui non ci sarà alcun giudizio di esecuzione del lodo perché ad esempio il tribunale arbitrale ha rigettato tutte le domande dell'attore o si è dichiarato incompetente” <sup>(37)</sup>.

La decisione dei giudici di Strasburgo nel caso *Tabbane* pone fine a queste perplessità. La Corte EDU ha, infatti, innanzitutto riconosciuto la legittimità della scelta del legislatore elvetico “d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse” attraverso la previsione della facoltà di rinuncia all'azione di annullamento prevista dall'art. 192 della legge sul diritto internazionale privato <sup>(38)</sup>. La stessa Corte ha poi confermato che, ai fini del rispetto dell'art. 6 CEDU, in caso di rinuncia libera ed espressa all'azione di annullamento del lodo, è sufficiente il controllo che i tribunali statali possono esercitare in sede di esecuzione del lodo ai sensi della Convenzione di New York del 1958. Ciò perché, secondo i giudici, gli standard sanciti dallo stesso art. 6 possono subire delle limitazioni in virtù di un esercizio di autonomia privata <sup>(39)</sup>.

La decisione della Corte EDU si pone dunque in continuità con la prassi delle corti e dei legislatori interni (tra cui quello italiano) <sup>(40)</sup>, che sempre più stanno favorendo l'arbitrato come mezzo deflattivo rispetto al grande numero di controversie pendenti nelle corti interne. A ben vedere il provvedimento emesso dai giudici di Strasburgo era, tutto sommato, prevedibile alla luce della pregressa giurisprudenza della Corte, la quale

---

<sup>(36)</sup> BESSON, *op. cit.*, 405; KRAUSZ, *op. cit.*, 157. Quest'ultima autrice menziona, a tal riguardo, il già riportato caso Jakob Boss Sohne KG.

<sup>(37)</sup> POTESTÀ, *op. cit.*, 184.

<sup>(38)</sup> V. par. 33 della sentenza che si commenta.

<sup>(39)</sup> V. par. 35 della stessa sentenza.

<sup>(40)</sup> Si segnala, a tal riguardo, l'art. 1 della legge 162 del 2014, di conversione del d.l. 132 del 2014, il cui comma 1 stabilisce che, nelle cause civili dinanzi al Tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del d.l. 132/2014 (13 settembre 2014), le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale e che in tal caso operi una *translatio iudicii* tra il procedimento giudiziale e quello arbitrale.

aveva già acconsentito a limitazioni della portata applicativa dell'art. 6 CEDU in presenza di una libera ed espressa manifestazione di volontà delle parti, volta ad evitare l'intervento delle corti nazionali ed ad ottenere celermente un giudizio definitivo da parte di un tribunale arbitrale altamente qualificato.

È prevedibile, quindi, che la decisione della Corte EDU influenzi positivamente il ricorso all'arbitrato internazionale, soprattutto in considerazione della portata degli effetti della stessa, non limitati all'ordinamento svizzero ma estesi a tutti i sistemi nazionali dove sussistono previsioni analoghe all'art. 192 della legge svizzera sul diritto internazionale privato.

GIOVANNI ZARRA



CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza 26 ottobre 2015, n. 21709; SALVAGO Pres.; VITRONE Est.; SOLDI P.G. (concl. conf.); D e D S.A.S. (avv.ti Amorelli e Dorodea) c. F.N. (avv.ti Coletta e Perrino).

**Arbitrato - Contratto di locazione - Successiva transazione - Clausola compromissoria - Impugnazione per nullità del lodo.**

*Qualora in un contratto di locazione la parte locatrice sia costituita da più locatori, ciascuno di essi è tenuto, dal lato passivo, nei confronti del conduttore alla medesima prestazione, così come, dal lato attivo, ognuno degli stessi può agire nei riguardi del locatario per l'adempimento delle sue obbligazioni, applicandosi in proposito la disciplina della solidarietà di cui all'art. 1292 cod. civ., che non determina, tuttavia, la nascita di un rapporto unico ed inscindibile e non dà luogo, perciò, a litisconsorzio necessario tra i diversi obbligati o creditori. Pertanto, è corretta la decisione arbitrale di non sospendere il giudizio, a fronte della querela di falso proposta in riferimento alle sottoscrizioni, su rilevanti atti processuali, apparentemente apposte da una delle locatrici.*

*È, altresì, infondata la questione con cui si deduce la nullità della clausola compromissoria in relazione all'art. 447-bis c.p.c., comma 2, che, in materia di locazione, prescrive la nullità delle "clausole di deroga alla competenza", avendo la giurisprudenza di legittimità chiarito la portata di detta norma, nel senso che essa si riferisce unicamente alla competenza territoriale.*

*Nella locazione di immobile per uso diverso da quello abitativo, il locatore è inadempiente ove non abbia ottenuto — in presenza di un obbligo specifico contrattualmente assunto — le autorizzazioni o concessioni amministrative che condizionano la regolarità del bene sotto il profilo edilizio (e, in particolare, la sua abitabilità e la sua idoneità all'esercizio di un'attività commerciale), ovvero quando le carenze intrinseche o le caratteristiche proprie del bene locato ostino all'adozione di tali atti e all'esercizio dell'attività del conduttore in conformità all'uso pattuito.*

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (Omissis) 2. Con il primo motivo, denunciando violazione degli artt. 820, 821 e 825 cod. proc. civ., nonché motivazione contraddittoria e insufficiente, si afferma che la corte territoriale non avrebbe in maniera adeguata esaminato il motivo di impugnazione inerente alla sostanziale inattendibilità del luogo della deliberazione e della data di sottoscrizione del lodo, in quanto apposta a margine di ciascuna sottoscrizione. Si sostiene che tale aspetto, soprattutto con riferimento alla data, comporterebbe significative ricadute anche sulla decadenza dell'arbitro, in quanto, una volta ritenuta inattendibile la data del 16 maggio 2002, avrebbe piena efficacia la notifica, effettuata in data 21 maggio 2002, di far valere la decadenza, ai sensi dell'art. 821 cod. proc. civ., per essere decorso il termine per la pronuncia del lodo.

2.1. La censura è infondata. Deve in primo luogo richiamarsi il principio, ribadito di recente da questa Corte, secondo cui qualora, con l'impugnazione per nullità, si sostenga che il lodo arbitrale sia stato sottoscritto in data diversa da quella da esso risultante, al fine di far accertare la tardività del deposito del lodo medesimo, si deduce una questione di falso, ammissibile solo se proposta con rituale querela, secondo le forme di cui all'art. 221 cod. proc. civ. (Cass., 7 febbraio 2014, n. 2807).

2.2. Analoghe considerazioni valgono per l'indicazione del luogo della deliberazione del lodo, dovendosi rilevare che, in virtù di quanto testè rilevato, rimane superata la caudataria questione della decadenza dell'arbitro, per essere la notifica dell'intimazione *ex art.* 821 cod. proc. civ., pervenuta in un momento successivo al perfezionamento del lodo.

3. Parimenti infondata è la questione dedotta con il secondo mezzo, con cui si deduce la nullità della clausola compromissoria in relazione all'*art.* 447-*bis* c.p.c., comma 2, che, in materia di locazione, prescrive la nullità delle "clausole di deroga alla competenza", avendo la giurisprudenza di legittimità chiarito la portata di detta norma, nel senso che essa si riferisce unicamente alla competenza territoriale (Cass., 22 agosto 2013, n. 19393).

4. Con il terzo motivo si deduce violazione degli artt. 2697, 1418, 1346 e 1343 cod. civ., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, l'arbitro avrebbe considerato provata, pur in assenza di prove documentali, l'affermazione delle locatrici circa la pendenza di una domanda di concessione in sanatoria, escludendo quindi erroneamente la nullità della locazione e della successiva transazione, per essere stato l'immobile che ne formava oggetto realizzato abusivamente ed essendo, quindi, privo di agibilità.

4.1. La censura, in ipotesi fondata laddove censura la sentenza impugnata per aver liquidato la questione come meramente attinente al merito, appare tuttavia priva di decisività, laddove (per altro trascurando il principio di autonomia della clausola compromissoria, secondo cui essa ha un'individualità nettamente distinta dal contratto nel quale inserita, di tal che la nullità del negozio sostanziale non travolge, per trascinamento, la clausola compromissoria in esso contenuta, restando rimesso agli arbitri l'accertamento della dedotta invalidità: Cass., 6 novembre 2013, n. 25024; Cass., 31 ottobre 2011, n. 22608), postula, in contrasto con l'orientamento di questa Corte, la nullità del contratto. Deve in proposito richiamarsi il principio secondo cui il carattere abusivo dell'immobile locato, ovvero la mancanza di certificazione di abitabilità non importa nullità del contratto locatizio, non incidendo i detti vizi sulla liceità dell'oggetto del contratto *ex art.* 1346 cod. civ. (che riguarda la prestazione) o della causa del contratto *ex art.* 1343 cod. civ. (che attiene al contrasto con l'ordine pubblico), né potendo operare la nullità L. n. 47 del 1985, *ex art.* 40, che riguarda solo vicende negoziali con effetti reali (Cass., 24 ottobre 2007, n. 22312; Cass., 27 maggio 2100, n. 12983).

Ancora più recentemente si è affermato che nella locazione di immobile per uso diverso da quello abitativo, il locatore è inadempiente ove non abbia ottenuto — in presenza di un obbligo specifico contrattualmente assunto — le autorizzazioni o concessioni amministrative che condizionano la regolarità del bene sotto il profilo edilizio (e, in particolare, la sua abitabilità e la sua idoneità all'esercizio di un'attività commerciale), ovvero quando le carenze intrinseche o le caratteristiche proprie del bene locato ostino all'adozione di tali atti e all'esercizio dell'attività del conduttore in conformità all'uso pattuito (Cass., 19 dicembre 2014, n. 26907; Cass., 16 giugno 2014, n. 13651).

5. Con il quarto motivo, deducendo violazione dell'*art.* 819 cod. proc. civ. artt. 1100, 1105, 1108 e 1453 cod. civ., si sostiene che erroneamente la corte territoriale avrebbe giudicato corretta la decisione arbitrale di non sospendere il

giudizio, a fronte della querela di falso proposta in riferimento alle sottoscrizioni, su rilevanti atti processuali, apparentemente apposte da S.J..

Il tema, a ben vedere, non investe il rapporto di pregiudizialità fra il giudizio inerente alla querela di falso e il procedimento arbitrale, bensì la possibilità di proseguire il secondo in virtù della non contestata validità degli atti compiuti dall'altra locatrice, F.N..

Sotto tale profilo la censura non appare condivisibile, dovendosi in proposito richiamare il principio secondo il quale nelle vicende del rapporto locatizio l'eventuale pluralità di locatori integra una parte unica, nel cui interno i diversi interessi vengono regolati secondo i criteri che presiedono alla disciplina della comunione.

Conseguentemente, si è affermato che qualora in un contratto di locazione la parte locatrice sia costituita da più locatori, ciascuno di essi è tenuto, dal lato passivo, nei confronti del conduttore alla medesima prestazione, così come, dal lato attivo, ognuno degli stessi può agire nei riguardi del locatario per l'adempimento delle sue obbligazioni, applicandosi in proposito la disciplina della solidarietà di cui all'art. 1292 cod. civ., che non determina, tuttavia, la nascita di un rapporto unico ed inscindibile e non dà luogo, perciò, a litisconsorzio necessario tra i diversi obbligati o creditori (Cass., 22 giugno 2009, n. 14530; Cass., 18 luglio 2008, n. 19929).

6. La quinta censura, con la quale si ripropone la questione della genericità della domanda, deducendosi violazione degli artt. 163 e 164 cod. proc. civ., presenta un ineludibile profilo di inammissibilità, vale a dire l'assoluta carenza nell'indicazione, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso, del complessivo tenore della domanda, maggiormente necessaria a fronte del rilievo della corte d'appello circa la presenza di atti adeguatamente circostanziati.

7. Il sesto motivo, con i quali si deduce, in sostanza, la violazione del principio del contraddittorio, è infondato.

7.1. Vale bene premettere, in linea generale, che, allorché le parti non abbiano previsto l'applicazione nel procedimento arbitrale del rispetto delle forme del giudizio ordinario, la questione della lesione del contraddittorio deve essere esaminata non sotto l'aspetto della violazione, sul piano formale, di una prescrizione preordinata alla realizzazione di tale principio, ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva negazione della possibilità di dedurre e di contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte (Cass., 8 gennaio 2014, n. 131; Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201).

7.2. Giova richiamare, del resto, con riferimento al giudizio ordinario, le tendenze evolutive manifestatesi negli ultimi tempi nella giurisprudenza di questa Corte in merito alle conseguenze della violazione di specifiche disposizioni di natura processuale. Si ritiene, in proposito, che l'art. 360 cod. proc. civ., n. 4, nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non sia inteso a tutelare l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma presidi e tuteli, per converso, un diritto all'eliminazione di eventuali "vulnera" subiti in concreto dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato "error in procedendo". Ne consegue che la nullità della sentenza e del procedimento debbono essere dichiarate solo ove, nell'impugnazione, alla



denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa (Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435; Cass. 27 luglio 2007, n. 16630).

7.3. Nell'ambito dell'arbitrato, poi, e con riferimento alla disciplina anteriore alle modifiche introdotte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, assume pregnante rilevanza il rapporto fra la libertà delle forme che ispira, di regola, tale procedimento (soprattutto quando, come nella specie, non si sia stabilito di assoggettarlo alle regole del giudizio ordinario) e l'esigenza di salvaguardare, nel corso del suo svolgimento, l'effettivo rispetto del contraddittorio. In tale prospettiva, questa Corte ha affermato che nel giudizio arbitrale il principio del contraddittorio deve dirsi osservato quando le parti hanno avuto la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo ed hanno ottenuto il termine per presentare memorie e repliche e di conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse (cfr. la citata Cass. n. 2201/2007, in motivazione).

7.4. Ancora più recentemente, si è affermato che nel procedimento arbitrale l'omessa osservanza del principio del contraddittorio (sancito dall'art. 816 *bis* c.p.c., comma 1, già in precedenza ricondotto all'art. 816 cod. proc. civ.) non è un vizio formale, ma di attività. Ne consegue che, ai fini della declaratoria di nullità, è necessario accertare la menomazione del diritto di difesa, tenendo conto della modalità del confronto tra le parti (avuto riguardo alle rispettive pretese) e delle possibilità, per le stesse, di esercitare, nel rispetto della regola "audiatur et altera pars", su un piano di uguaglianza le facoltà processuali loro attribuite (Cass., 27 dicembre 2013, n. 28660). Deve infine richiamarsi l'orientamento di questa Corte secondo cui la mancata fissazione di un'udienza per la precisazione delle conclusioni non costituisce, di per sé, causa di nullità (Cass., 10 gennaio 2003, n. 142; Cass., 11 dicembre 2012, n. 22618).

8. Il settimo mezzo, con il quale si denuncia violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., artt. 1362 e 1363 cod. civ., nonché vizio motivazionale, attiene all'interpretazione della nozione di "serate musicali con discopub e musica dal vivo o serate danzanti", che la corte territoriale ha ritenuto implicasse una valutazione di merito, riservata all'arbitro. La ricorrente sostiene altresì che l'arbitro avrebbe omesso di interpretare in maniera compiuta la transazione del 29 novembre 1999, e la stessa corte territoriale non avrebbe considerato tali aspetti, né avrebbe valutato la dedotta assenza di colpevolezza nel comportamento della conduttrice.

8.1. Correttamente la Corte di appello ha giudicato inammissibile la censura proposta avverso il lodo, nella quale, oltre a non essere indicata alcuna violazione di regole di diritto, si pone la questione del comportamento della conduttrice in relazione al contenuto della transazione intervenuta fra le parti. Va ancora osservato, e ciò valga anche per quanto attiene alla valutazione dell'elemento della colpevolezza nella condotta della società, che l'esame del motivo di impugnazione induce a confermare il giudizio della corte territoriale circa la sostanziale richiesta di un riesame del merito, ma deve anche precisarsi che l'omessa trascrizione dei passaggi del lodo inerenti alla questione inibisce una valutazione compiuta circa la correttezza o meno dei rilievi contenuti, in parte qua, nell'impugnata decisione.

9. L'ottavo motivo, con il quale si deduce violazione degli artt. 823, 210 e 829 cod. proc. civ., nonché difetto di motivazione, con riferimento all'omessa o inadeguata valutazione del motivo di gravame concernente, ai fini della ricostruzione della vicenda fattuale (identificazione delle "serate"), l'utilizzazione di

locandine che sarebbero state trafugate, è inammissibile, in quanto non tiene conto, proponendo al riguardo idonea censura, dell'ulteriore ed autonoma ratio decidendi, in parte qua, della decisione impugnata, fondata sul rimarchevole rilievo della mancata contestazione, da parte della conduttrice, dell'effettivo svolgimento delle serate indicate nelle suddette locandine.

10. Con l'ultimo motivo, deducendosi "travisamento del lodo", nonché difetto di motivazione su punti decisivi della controversia, si sostiene che la corte territoriale avrebbe erroneamente dichiarato inammissibili le censure al lodo circa l'omessa risposta al quinto e al sesto quesito.

10.1. Il mezzo presenta vari profili di inammissibilità, sia per violazione del principio di autosufficienza, con riferimento alla trascrizione integrale dei brani del lodo che riguardano tali aspetti, sia perché la Corte, correttamente ha rilevato l'insindacabilità in sede rescindente delle questioni attinenti alle valutazioni (con riferimento alla insonorizzazione o meno dei locali) di merito compiute dagli arbitri, sia perché, secondo l'orientamento di questa Corte non può essere contestata a mezzo della impugnazione per nullità del lodo arbitrale la mancata ammissione, da parte degli arbitri, di determinati mezzi di prova per la ritenuta inidoneità probatoria o superfluità di particolari fatti e circostanze per come articolati dal deducente, grattandosi di una valutazione negozialmente rimessa alla competenza istituzionale degli arbitri medesimi (Cass., 3 novembre 2006, n. 23597). (*Omissis*).

### **Contratti collegati ed arbitrato: principio di ambulatorietà della clausola compromissoria anche "a ritroso" se il secondo contratto è integrativo di quello originario.**

1. La decisione in commento si caratterizza per un vasto numero di temi trattati e sottesi ai plurimi motivi di impugnazione; tuttavia, un argomento in particolare emerge con particolare evidenza e merita di essere approfondito. Si tratta dell'annosa questione della possibilità di estendere la portata della clausola compromissoria e, quindi, il giudizio arbitrale, anche ai contratti collegati a quello che contiene la convenzione di arbitrato.

Ed, invero, la fattispecie concreta da cui prende le mosse la sentenza in esame era relativa ad un contratto di locazione di beni immobili da adibirsi a bar e ristorante, seguito poi da una transazione (contenente il patto compromissorio) avente ad oggetto la pattuizione secondo la quale nel locale si sarebbero potute svolgere serate danzanti soltanto in via eccezionale e previa autorizzazione delle locatrici.

Secondo quanto è dato ricostruire, ad un certo momento le locatrici attivavano l'arbitrato onde sentire dichiarare la risoluzione del contratto (di locazione) per violazione ad opera della conduttrice del suddetto obbligo. Il lodo così pronunciato accoglieva tale domanda ed ordinava il

rilascio dei locali, condannando anche la società conduttrice al risarcimento dei danni <sup>(1)</sup>.

La società conduttrice proponeva ricorso per cassazione avverso la decisione dei giudici romani, che aveva rigettato l'impugnazione del lodo, con ben dieci motivi, tra i quali in particolare spiccano quelli relativi a censure che investono, in qualche modo, anche il rapporto principale e segnatamente: —) la deduzione di nullità della clausola compromissoria in relazione l'art. 447 *bis* c.p.c., norma che in tema di locazioni prevede la nullità di "clausole di deroga alla competenza"; —) la deduzione della nullità del contratto di locazione e della successiva transazione perché l'immobile locato era stato realizzato abusivamente ed in difetto di agibilità; —) la deduzione della violazione dell'art. 819 c.p.c. per non aver l'arbitro sospeso il procedimento a fronte della querela di falso proposta in relazione alla procura alle liti sottoscritta da una delle due locatrici <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La Corte d'appello di Roma rigettava il gravame interposto dalla soccombente, ritenendo in particolare infondati i rilievi inerenti la falsità delle indicazioni circa la data ed il luogo di sottoscrizione del lodo e la conseguente nullità del medesimo per emanazione oltre il termine; rigettava, altresì, le censure in punto di divieto di arbitrato in relazione all'art. 447 *bis* c.p.c. e di nullità del contratto di locazione in relazione all'inagibilità dei locali. La Corte riteneva inoltre che correttamente l'arbitro non avesse sospeso il giudizio in ragione della querela di falso proposta con riferimento alla sottoscrizione della procura alle liti di una delle due locatrici; rigettava, oltre a ciò, anche l'eccezione di superamento dei limiti dell'arbitrato, per essere la clausola compromissoria contenuta soltanto nella transazione, osservando in particolare che tale ultimo contratto investiva l'intero rapporto per il quale era intervenuta la controversia, tanto che era in esso prevista la risoluzione del contratto (di locazione, evidentemente), in caso di inadempimento. Infine, escludeva che nel caso in esame la mancata fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni comportasse la nullità del giudizio arbitrale, essendo stato comunque garantito il diritto del contraddittorio tra le parti.

<sup>(2)</sup> Fra gli altri temi investiti dai motivi di ricorso per cassazione, peraltro tutti rigettati dalla S.C., vi erano, poi: 1) la dedotta inattendibilità della data e del luogo di sottoscrizione del lodo (in argomento, in senso conf. alla decisione, v. Cass. 7 febbraio 2014, n. 2807, secondo la quale qualora con l'impugnazione per nullità si sostenga che il lodo arbitrale sia stato sottoscritto in data diversa da quella da esso risultante, al fine di far accertare la tardività del deposito del lodo medesimo si deduce una questione di falso, ammissibile solo se proposta con rituale querela, secondo le forme di cui all'art. 221 cod. proc. civ., sentenza che in punto richiama addirittura un precedente del 1975; *contra*, in un caso parzialmente diverso, v. però Cass. 27 gennaio 2004, n. 1409, la quale chiarisce che gli arbitri non hanno la funzione di pubblici ufficiali e pertanto non sarebbe possibile utilizzare la querela di falso per far valere la difformità di alcune attestazioni da questi compiute, come ad es. quella in ordine all'adozione del provvedimento in conferenza personale di tutti gli arbitri, che deve essere impugnata ai sensi dell'art. 829 c.p.c.); 2) la censura di genericità della domanda *ex artt.* 163-164 c.p.c. (conf. a quanto statuito nella decisione in commento Cass., SU, 22 maggio 2012 n. 8078, secondo la quale la ragione ispiratrice della norma che impone all'attore di specificare sin dall'atto introduttivo, a pena di nullità, l'oggetto della sua domanda risiede nell'esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese — prima ancora che di offrire al giudice l'immediata contezza del *thema decidendum* — con la conseguenza che non può prescindersi, nel valutare il grado d'incertezza della domanda, dalla natura del relativo oggetto e dalla relazione in cui, con esso, si trovi eventualmente la controparte: se tale, cioè, da consentire, comunque, un'agevole individuazione di quanto l'attore richiede e delle ragioni per cui lo fa, o se, viceversa, tale da rendere effettivamente difficile, in difetto di maggiori specificazioni, l'approntamento di una precisa linea di difesa); 3) la presunta violazione del contraddittorio in arbitrato per omessa fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni

La S.C. ha rigettato il ricorso respingendo tutti i motivi di gravame proposti ed osservando, con peculiare riguardo ai profili di impugnazione testé ricordati, che secondo consolidata giurisprudenza di legittimità l'art. 447 *bis* c.p.c. si riferisce unicamente alla competenza territoriale, non potendo dunque essere invocato onde escludere la compromettibilità in arbitri<sup>(3)</sup>; che il carattere abusivo dell'immobile locato o la mancanza della certificazione di abitabilità non comportano in ogni caso la nullità del contratto locativo e che, comunque, anche se fosse stato possibile argomentare diversamente, la nullità del negozio sostanziale non travolgerebbe la clausola compromissoria, che è invece autonoma<sup>(4)</sup>; e, infine, che se la parte locatrice sia costituita da più locatori, essa integra una parte unica che, però, dal punto di vista strettamente processuale non determina una situazione di litisconsorzio necessario ed inscindibile, dovendosi la posizione delle due locatrici inquadrare piuttosto in un rapporto di obbligazioni solidali, in cui ognuno può agire distintamente nei riguardi del conduttore per l'adempimento delle sue obbligazioni: con la conseguenza, quindi, che il dedotto motivo di impugnazione non investe in realtà un problema di eventuale sospensione per pregiudizialità inerente il rapporto tra arbitrato e proposta querela di falso<sup>(5)</sup>.

---

(conf. a quanto enunciato nella decisione in esame Cass. 1 febbraio 2005, n. 1988, secondo la quale nel giudizio arbitrale l'omessa fissazione della udienza di discussione e di precisazione delle conclusioni non è causa di nullità del lodo di per se stessa, ma solo se tale omissione abbia effettivamente inciso, limitandolo, sul diritto di difesa delle parti, o anche di una sola di esse. In generale, deve infatti essere ricordato che in arbitrato il principio del contraddittorio deve essere assicurato in concreto: cfr. art. 816 *bis* c.p.c. e, in dottrina, FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1994, 1 ss.; BUGLIANI, *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, *ibidem*, 2008, 552); 4) vi erano, infine, due distinti motivi inerenti un presunto vizio motivazionale con riguardo all'interpretazione dell'espressione "serate musicali con discopub e musica dal vivo o serate danzanti" e un'asserita omessa valutazione e ricostruzione della vicenda fattuale inerente l'identificazione delle "serate" anche alla stregua di alcune locandine che, a quanto si capisce, sarebbero state trafugate (in punto, molto opportunamente la decisione annotata ha ribadito l'inammissibilità di ogni censura che, sotto la veste apparente del vizio motivazionale, celi una sostanziale richiesta di riesame nel merito, così come non è possibile, in sede rescindente *ex art.* 830 c.p.c., che la Corte d'appello possa effettuare valutazioni circa quanto ritenuto insindacabilmente dagli arbitri nel merito: cfr. Cass. 3 novembre 2006, n. 23597; più in generale Cass. 8 ottobre 2010, n. 20880; v. anche PAOLINO, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale fra giudizio rescindente e giudizio rescissorio*, in *Giur. it.*, 2001, 10 ss.).

(<sup>3</sup>) Conf. Cass. 22 agosto 2013, n. 19393; Cass. 11 maggio 1999, n. 4652, in *Contratti*, 2000, 150, con nota di MANIACI; Pret. Bologna, 1 luglio 1997; Pret. Piacenza, 12 marzo 1996, entrambe in banca dati Sistema Leggi d'Italia IPSOA; nella giurisprudenza arbitrale, sempre in senso conforme, v. anche Coll. Arbitrale, 28 gennaio 1998, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2021 nota di Izzo.

(<sup>4</sup>) Conf. Cass. 24 ottobre 2007, n. 22312; Cass. 27 maggio 2010, n. 12983; *contra*, Cass. 30 ottobre 2007, n. 22886; in dottrina, per un'ampia panoramica, v. DE MARZO - FALABELLA, *La locazione*, Torino, 2011, spec. § 6.3.3.1 e ss.; CARINGELLA, *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2008, 382-383; CARINGELLA - DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2008, III, 230.

(<sup>5</sup>) Conf. Cass. 22 giugno 2009, n. 14530 e Cass. 18 luglio 2008, n. 19929, le quali affermano il principio che in caso di pluralità di locatori non si configura un litisconsorzio

A prescindere dalle ragioni addotte dalla S.C. nella parte motiva della sentenza qui in esame per rigettare il gravame, peraltro in larga parte ricognitive di indirizzi interpretativi e giurisprudenziali già noti, ciò che colpisce e che costituisce il vero punto di interesse sotteso alla decisione è il rilievo che la clausola compromissoria originante l'arbitrato per cui era causa fosse inclusa in una transazione successiva ad un contratto (di locazione) su cui, a ben vedere, le censure oggetto dei motivi di ricorso insistevano.

La pronuncia della S.C. non tratta per vero *ex professo* del problema dell'ambulatorietà della clausola compromissoria nel caso dei contratti collegati, profilo che sembra rimanere solo sullo sfondo ed essere dato per scontato <sup>(6)</sup> dalla decisione in esame, che necessita però di un supple-

---

necessario, con la conseguenza che in caso di vicende che concernono taluno dei coobbligati in solido (creditori) il processo intentato per conseguire l'adempimento del comune conduttore può proseguire senza necessità di sospensione. *Contra* solo un precedente orientamento, che quindi appare in via di superamento: v. Cass. 13 ottobre 1997, n. 9951, la quale ha enunciato che in tema di locazione di immobili urbani, l'azione di accertamento della entità del canone, proposta a norma dell'art. 45 della l. n. 392 del 1978, mirando a determinare un mutamento nell'ambito del rapporto locativo, ha natura costitutiva e, pertanto, in caso di pluralità di locatori, dà luogo, tra i medesimi, sul piano processuale, ad una situazione di litisconsorzio necessario. Conf. anche Cass. 11 dicembre 1984, n. 6504, la quale spiega meglio la *ratio* sottesa al ragionamento, enunciando che quando si eserciti un'azione costitutiva diretta al mutamento di uno stato o di un rapporto plurisoggettivo (nella specie: azione di risoluzione di contratto di locazione con pluralità di locatori), ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario dei relativi soggetti. In epoca più recente, ma in senso più generale, v. anche Cass. 14 luglio 2011, n. 14578, relativa a fattispecie in cui la querela di falso era stata presentata da una sola delle parti ingiunte nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo nel quale il documento era stato prodotto ed in cui la S.C. ha escluso il rapporto di dipendenza necessaria dell'una decisione rispetto all'altra. Si noti che nessuna delle decisioni citate si occupa però del problema della presunta falsità della procura alle liti di una parte e del conseguente incidente di querela di falso, non pronunciandosi circa la necessità o meno di sospendere il procedimento; men che meno risultano esservi casi noti in relazione ad un arbitrato, rito rispetto al quale va comunque detto che le ipotesi di sospensione *ex art. 819 bis c.p.c.* sono assai limitate, pur ricomprendendo il caso della sospensione per pregiudizialità per ogni questione che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato; ebbene, proprio per questo, a parere della scrivente, nel caso di specie non era possibile liquidare la questione sostenendo che non si trattasse di pregiudizialità, perché invece i criteri di cui al menzionato art. 819 *bis c.p.c.* ricorrevano perfettamente, considerato che si può ben aderire alla tesi secondo la quale la questione di falso relativa all'atto pubblico ed alla scrittura privata autenticata integrano un caso di accertamento incidentale (e quindi da risolversi con effetto di giudicato) *ex lege*. Precisamente, esiste infatti un orientamento che, pur condividendo l'idea che il giudizio di falso comporti un'attività di mero accertamento, ritiene che oggetto del procedimento sia una questione di merito connessa in via pregiudiziale alla controversia principale: tale ricostruzione, riconducendo l'oggetto del processo di falso ad un aspetto che si inserisce in un rapporto giuridico sostanziale complesso, ne esclude la natura solamente processuale: CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 149 e 738; ID., *Teoria del falso*, Padova, 1935, 95. Il punto non è di poco conto, perché solo una questione di merito può essere oggetto della disciplina di cui all'art. 34 c.p.c. e, quindi, indagare tale aspetto è imprescindibile per capire se davvero si sia in presenza di un caso di accertamento incidentale *ex lege*. In argomento, si consenta per brevità di rinviare a LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege. Profili*, Milano, 2008, 149 ss.

<sup>(6)</sup> E, fra l'altro, in relazione ad una fattispecie antecedente l'entrata in vigore dell'art. 808 *quater c.p.c.*

mento di riflessione proprio per la peculiarità del caso concreto, che attinge l'ipotesi esattamente inversa rispetto a quella più classica ed oggetto di tradizionale speculazione teorica in punto di arbitrato e negozi collegati e che concerne, di norma, il differente problema dell'applicabilità della convenzione di arbitrato contenuta in un primo contratto al negozio stipulato successivamente (7).

2. La riforma apportata con il D.Lgs. 40/2006 ha introdotto l'art. 808 *quater* c.p.c., il quale tratta del problema della devoluzione in arbitrato delle controversie che derivano dal contratto o dal rapporto a cui la convenzione di arbitrato si riferisce, sancendo il principio secondo il quale, nel dubbio, la competenza arbitrale esistente in forza patto compromissorio si estende anche a tali ipotesi (8).

È stato subito enunciato che la disposizione ha introdotto nell'ordinamento la regola *in dubio pro arbitrato* (9). Il fenomeno va, peraltro, trattato con grande cautela, in quanto la possibilità di attrarre o meno una determinata lite nell'orbita della competenza arbitrale implica una deroga alla giurisdizione del giudice ordinario (10) e, specialmente, tenuto conto della genericità delle espressioni utilizzate dall'art. 808 *quater* c.p.c.

---

(7) In tema di contratti collegati ed arbitrato, cfr. in generale CARBONE, *Arbitrato unico in presenza di più contratti collegati*, in *Corriere Giur.*, 2007, 7, 899 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 59 ss. Un altro caso particolare e, ancora, diverso da quello qui in esame, è costituito dall'ipotesi di diversi contratti caratterizzati dalla medesima clausola arbitrale. In punto v. CONSOLO - MURONI, *Contratti collegati con clausole arbitrali identiche: sempre unica la potestà (e così il processo) arbitrale*, in *Corriere Giur.*, 2008, 9, 1269; LUISO, *Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale*, *ibidem*, 2007, 601 ss.; POLINARI, *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2006, 537 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1119 ss.

(8) Sul nuovo art. 808 *quater* c.p.c. v. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2006; PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss.; E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 955 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 808 quater*, in AA.VV., *Arbitrato. Commento al Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, a cura di Carpi, Bologna, 2008, 193 ss.; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2006; ante riforma, v. TOMMASEO, *Patto compromissorio ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, nota a Trib. Trieste 13 giugno 1992, in questa *Rivista*, 1993; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, *passim*; DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2006.

(9) L'espressione è di ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 808 quater c.p.c.*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 108 ss.

(10) Cfr. recentemente, Cass., S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, la quale ha precisato che l'attività degli arbitri (rituali), anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 5 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, con la conseguenza che il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione. La decisione è stata resa nel solco di Corte costituzionale, 19 luglio 2013, n. 223, che ha acclarato la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale; quale corollario, la S.C. ha anche precisato che con l'eccezione di compromesso per arbitrato estero

Vale quindi la pena di tracciare qualche punto fermo in relazione a tale disposizione, poiché ciò è preliminare alla disamina di ogni questione in tema di ambulatorietà della clausola compromissoria nel caso di contratti collegati <sup>(11)</sup>.

Anzitutto, è assolutamente condivisibile la lettura volta ad individuare nell'art. 808 *quater* c.p.c. una sorta di applicazione speciale del classico canone di ermeneutica contrattuale di cui all'art. 1365 c.c., il quale — come è noto — incarna la regola dell'interpretazione estensiva <sup>(12)</sup>, in virtù della quale nel contratto devono considerarsi compresi anche quei casi che non siano stati espressi, ma ai quali, “secondo ragione”, può estendersi lo stesso patto <sup>(13)</sup>.

---

si deduce un limite della giurisdizione italiana ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 2°, e 11 della L. n. 218/1995, sicché se tale eccezione è contestata la questione può essere sottoposta alla Cassazione mediante regolamento preventivo di giurisdizione, senza che vi osti l'art. 2, comma 3°, della Conv. di New York del 10.6.1958, poiché quest'ultimo non richiede che la rimessione della causa in arbitrato sia compiuta dal giudice fornito di giurisdizione. V. anche GIUSSANI, *Intorno alla deducibilità ex art. 41 cod. proc. civ. dell'eccezione contestata di compromesso per arbitrato estero*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 3, 169; sul tema cfr. anche ROVELLI, *La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento*, in ALPA-VIGORITI, *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013, 95 ss.; in precedenza, in dottrina, sul tema v. BRIGUGLIO, *Le Sezioni unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2004, 41 ss.; Id., *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano*, I Roma, 2004, 114 ss.; CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di New York quanto all'ordine delle questioni di rito e di doppio “merito” e riflessioni sull'art. 4 l. n. 218/1995*, in *Corr. giur.*, 2004, 919 ss.; LIPARI, in LIPARI-GUARINO-GRANDE STEVENS, *La nuova legge sull'arbitrato*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 489 ss., spec. 495.

<sup>(11)</sup> Sul tema dei contratti collegati, cfr. in generale i classici studi di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275; NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1943, II, 1, 328; VELLANI, *In tema di negozi collegati*, *ibidem*, 1951, III, 320; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412; SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, 273; SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375; GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 342; MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, cit., X, 1962, 48; SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. giur.*, 1968, 837; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 279; FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 256; Id., *I contratti collegati*, in AA.VV., *I contratti in generale*, a cura di Alpa-Bessone, III, Torino, 1991, 596; Id., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, 127; CASCIO - ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, IX; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, *passim*; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, *passim*; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, *passim*; AA.VV., *Collegamenti negoziali e le forme di tutela*, cit., *passim*.

<sup>(12)</sup> Ed, invero, in dottrina si reputa che, mentre l'art. 1364 cristallizza il principio dell'interpretazione restrittiva, l'art. 1365 si occupa di fissare il canone dell'interpretazione estensiva; e, così, il primo prevede “un'ipotesi di inadeguatezza della formula per eccesso rispetto alla comune intenzione delle parti”, mentre il secondo il caso opposto di “inadeguatezza per difetto, in quanto la formula “direbbe meno” di quanto le parti vollero”: cfr. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 356; PERLINGIERI, *Appunti di “teoria dell'interpretazione”*, Napoli, 1970, 79.

<sup>(13)</sup> Cfr. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1362-1371, Bologna-Roma, 1992, 62.



In tal senso, l'art. 808 *quater* c.p.c. deve essere interpretato nella direzione che il patto compromissorio, pur nel silenzio della pattuizione letterale, attrae nella competenza degli arbitri tutte quelle liti che, seppure non originate immediatamente dal medesimo contratto a cui la convenzione di arbitrato afferisce <sup>(14)</sup> possano dirsi a questo in qualche modo riconducibili. Del resto, è la stessa lettera della legge ad avvalorare tale conclusione nel momento in cui si riferisce non soltanto al contratto, bensì alla più generica ed ampia nozione di “rapporto” <sup>(15)</sup> a cui la clausola arbitrale si riferisce.

Ne discende che si può ben ritenere che l'art. 808 *quater* c.p.c. fissi la regola per cui, ogni qualvolta un fascio di controversie possa essere considerata attinente a medesimo rapporto, ciascuna di essere è ricompresa nei limiti oggettivi del patto compromissorio anche in difetto di espressa previsione.

3. Il punto nodale della questione, a questo punto, è però stabilire quando possa dirsi ricorrente quell'unicità del rapporto che giustifica l'attrazione nell'arbitrato della controversia non espressamente contemplata. La risposta a tale quesito, a parere di chi scrive, risiede nella possibilità di ravvisare nella pluralità dei negozi la finalità di conseguire un risultato unitario.

I casi di collegamento negoziale sembrano, in tal senso, prestarsi molto bene ad integrare tale fattispecie, poiché essi sono solitamente sorretti — ed in essa trovano la loro ragion d'essere — da una stessa operazione economica <sup>(16)</sup>, che rende molto difficile riuscire ad argomentare l'indipendenza degli uni dagli altri.

Nei casi di collegamento negoziale si ravvisa infatti una sorta di “sinallagma inscindibile” tra differenti contratti pur formalmente autonomi, capace di produrre un vero e proprio nesso di dipendenza fra i vari

---

<sup>(14)</sup> Esempio classico: ogni controversia derivante dall'esecuzione o dall'interpretazione del contratto stesso.

<sup>(15)</sup> La nozione di rapporto è assai ampia e riguarda il tema delle situazioni giuridiche soggettive; la nozione di rapporto in seno all'art. 808 *quater* c.p.c. deve intendersi come riferita a tutte le possibili situazioni giuridiche che scaturiscono in senso lato dal contratto che include il patto compromissorio, anche andando oltre la causa dello stesso: v. RAMPAZZI, sub art. 808 *quater* c.p.c., in AA.VV., *Commentario breve al Codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2006, 2175.

<sup>(16)</sup> La teoria sul collegamento negoziale riecheggia in qualche modo la tesi, di matrice processuale e precisamente in punto di collegamento tra giudizi, elaborata da ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959, in tema *Sinzzusammenhang*. V. in arg. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege*, cit., 57 ss. Con più specifico riguardo al collegamento negoziale in presenza di un'operazione economicamente unitaria, in giurisprudenza v. Cass. 5 giugno 2007, n. 13164; Cass. 27 marzo 2007, n. 7524, in questa *Rivista*, 2008, 132, con nota di Battelli; Cass. 11 giugno 2001, n. 7852; Cass. 5 luglio 1991, n. 7415.



negozi così posti in essere, tale per cui l'esistenza dell'uno o degli altri perderebbe significato se uno di essi venisse meno <sup>(17)</sup>.

Il legame che avvince i diversi contratti, costituito dal fatto di contribuire ad un unico programma negoziale, fa sì che la singola causa di ciascuno di essi sia travalicata dalla più ampia funzione fondamentale di convergere tutti verso un medesimo obiettivo economico/pratico <sup>(18)</sup>.

I tipi di collegamento negoziale che si possono creare sono differenti e, per il discorso che s'intende qui condurre, vale la pena soffermare l'attenzione in particolare sul c.d. collegamento volontario <sup>(19)</sup>, che può essere originario o sopravvenuto a seconda che fin dal principio le parti pongano in essere due o più negozi fra loro collegati oppure che a tale evenienza si giunga in un momento successivo rispetto alla stipula del primo contratto.

L'elemento che in tale tipologia di legame assume rilievo centrale è la volontà delle parti <sup>(20)</sup> di legare indissolubilmente tra loro fattispecie contrattuali che, diversamente, sarebbero perfettamente autonome <sup>(21)</sup>.

Non è detto che, a tal fine, debba sussistere necessariamente una dichiarazione espressa: è invero sufficiente che tale opzione possa essere desunta in via interpretativa <sup>(22)</sup> e, in tal senso, un indice evidente di tale

---

<sup>(17)</sup> GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 306 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, loc. ult. cit.; MESSINEO, *Contratto collegato*, loc. ult. cit.; 2011, 387 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, 59 ss.

<sup>(18)</sup> Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, 2002, 215; GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905 ss.

<sup>(19)</sup> Che si iscrive, a sua volta, nel più ampio *genus* del collegamento funzionale, ossia quel legame in virtù del quale le vicende di un contratto incidono sullo sviluppo di un altro contratto collegato. V. GIORGIANNI, *Negozi giuridici*, cit., 327 ss.; Ferrando, *I contratti collegati*, cit., 263; Gasperoni, *Collegamento e connessione*, cit., 372.

<sup>(20)</sup> Cfr. Cass., S.U., 14 giugno 20017, n. 13894. Per il rilievo che tale nozione di collegamento fondato sulla volontà delle parti tende a corrispondere a quella, pur ontologicamente diversa, di interdipendenza reciproca dei contratti, tale da rendere poco distinguibile l'ipotesi del collegamento volontario da quello del collegamento necessario, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1085 ss.

<sup>(21)</sup> Tra le altre, v. Cass. 6 settembre 1991, n. 9388, secondo la quale le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, possono dar vita a distinti e diversi contratti, contestuali o non contestuali, i quali, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa, conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, vengono concepiti e voluti funzionalmente e teleologicamente collegati fra loro e posti in rapporto di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità o l'efficacia; l'anzidetto collegamento può peraltro assumere carattere unilaterale, nel senso che la dipendenza logica e giuridica è limitata per volontà delle parti ad uno solo dei contratti, destinato quindi a subire l'influenza dell'altro.

<sup>(22)</sup> V. in argomento ROPPO, *Il contratto*, cit., 390. LENER, *Profili del collegamento*, cit., 8 ss.

proposito può essere certamente rinvenuto nel carattere unitario dell'operazione economica <sup>(23)</sup>.

4. Posto tale necessario punto fermo, l'interrogativo che sorge è se l'unità dal punto di vista dell'operazione economica, che si traduce in un'unitarietà del rapporto, in caso di patologie debba tradursi in un'unità di trattamento anche dal punto di vista processuale.

Il quesito è di non poco momento ove in uno dei contratti collegati sia presente una clausola compromissoria, che sottrae la risoluzione della controversia al giudice ordinario per deferirla in arbitrato <sup>(24)</sup>; difatti, è costante l'insegnamento della giurisprudenza secondo il quale se non vi sia consenso sull'esistenza di una situazione di collegamento negoziale, la controparte può manifestare la volontà di tenere distinti gli eventuali procedimenti <sup>(25)</sup>.

Il problema, fra l'altro, permane identico e conserva la medesima delicatezza anche nel caso in cui i diversi contratti tra loro collegati contengano un patto compromissorio di identico tenore <sup>(26)</sup>.

Alla scrivente, ancora una volta, sembra allora che la soluzione della questione sia da ricercare nella volontà delle parti: precisamente, se i negozi si integrano fra loro ovvero emerge in modo netto il collegamento negoziale, non vi è motivo di ritenere che la convenzione di arbitrato non attragga anche le liti generate dal contratto che, in sé considerato, non include la clausola compromissoria. Infatti, in virtù del legame stabilito dalle parti tra le differenti convenzioni contrattuali, non si può non valorizzare la scelta di compromettere in arbitri anche eventuali controverse sorte in relazione a taluno dei contratti che fanno parte del

---

<sup>(23)</sup> Definito come "funzione della fattispecie negoziale nel complesso": cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 216. In giurisprudenza, cfr. Cass. 16 marzo 2006, n. 5851 secondo la quale affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo (costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario), sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale. Conf. Cass. 28 luglio 2004, n. 14244; Cass. 17 dicembre 2004, n. 23470; Cass. 21 luglio 2004, n. 13580; Cass. 23 giugno 2003, n. 9970.

<sup>(24)</sup> È, cioè, il quesito relativo al tema dell'ambulatorietà della clausola compromissoria di cui al titolo del presente contributo.

<sup>(25)</sup> Così CONSOLO - MURONI, *Contratti collegati con clausole arbitrali identiche: sempre unica la potestà (e così il processo) arbitrale?*, in *Corriere Giur.*, 2008, 9, 1269 ss., spec. § 2.

<sup>(26)</sup> E si ponga la domanda se sia dunque possibile attivare un unico procedimento arbitrale, in ragione del fatto che la soluzione della controversia, in virtù del collegamento negoziale, si riverbera anche sugli altri contratti. Cfr. CONSOLO - MURONI *Contratti collegati*, cit., spec. § 3 ss.; v. anche CARBONE, *Arbitrato unico in presenza di più contratti collegati*, in *Corriere Giur.*, 2007, 7, 899 ss.

medesimo programma negoziale, quasi che la scelta così compiuta possa tradursi in una sorta di essenzialità di tale elemento nell'economia complessiva del negozio.

La lettura qui proposta appare, fra l'altro, compatibile con il canone dell'autonomia privata — che in materia di arbitrato assume un rilievo certamente centrale — oltre ad essere conforme alla *ratio* dell'art. 808 *quater* c.p.c.

Sempre in ossequio al rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti, la sola eccezione a tale ricostruzione potrebbe essere costituita dal caso di un'espressa esclusione di uno dei negozi collegati dall'operatività dell'arbitrato mediante apposita dichiarazione espressa oppure attraverso una previsione incompatibile, come ad esempio la scelta di deferire le eventuali liti scaturenti da quel determinato contratto ad un foro (giurisdizionale) convenzionale.

Con riguardo ad entrambe le ipotesi, in mancanza di un'opzione espressa che possa fugare ogni dubbio, si tratterà dunque di ricostruire la volontà negoziale applicando gli ordinari principi di ermeneutica contrattuale<sup>(27)</sup>: operazione certo talvolta non semplice, ma non impossibile se si muove dal presupposto che la novella del 2006 ha facilitato il compito, introducendo il principio *in dubio pro arbitrato* in relazione a tutto il fascio di rapporti riconducibili al contratto in cui è previsto il patto compromissorio.

Da un punto di vista sistematico e di evoluzione del sistema, va poi anche detto che l'impostazione qui suggerita non sembra in contrasto con la tendenza molto più generale, recentemente recepita anche dal legislatore, ad una progressiva perdita di centralità del processo civile ordinario in favore di una fuga verso la degiurisdizionalizzazione, sia per il tramite di a.d.r. che assurgono a condizione di procedibilità della domanda, sia mediante espressa previsione di incanalare nel binario dell'arbitrato la risoluzione di controversie già pendenti innanzi al giudice ordinario<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> Cfr. in generale, sul tema, BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1991, *passim*; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 1987, *passim*; RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, *passim*.

<sup>(28)</sup> In punto v. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di "degiurisdizionalizzazione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 4-5, 1135 ss.; AA.VV., *La nuova riforma del processo civile*, a cura di Santangeli, Milano, 2015, *passim* e spec. DI SALVO, *Trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria*, *ibidem*, 3 ss.; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nero fumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corriere giur.*, 2014, 1174 ss.; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo"*, Messina, 2014, 80; BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *Giustiziacivile.com*, 15 settembre 2014, 11; AA.VV., *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di Luiso, Torino, 2014, *passim* e spec. VALERINI, *Il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria*, *ibidem*, 1 ss.; BUFFONE, *Processo civile: tutte le novità, Il civilista*, Milano, 2015; ID., *L'ottimistico decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in

5. Il tema del rapporto tra arbitrato e contratti collegati assume una peculiare connotazione per il caso in cui il nesso negoziale sia ravvisabile tra un contratto principale ed una successiva transazione avente ad oggetto il medesimo rapporto generato dal primo.

Di norma, l'ipotesi che si pone con maggiore frequenza riguarda un contratto che include il patto compromissorio ed una successiva transazione in relazione a quel rapporto <sup>(29)</sup>.

In tutte queste situazioni, ai fini della risposta al quesito se la convenzione di arbitrato possa estendersi anche alle vicende legate al contratto di transazione, occorre valutare l'impatto di quest'ultima sul negozio originario. La transazione, infatti, è un istituto che costituisce una sorta di via di mezzo tra diritto sostanziale e processuale, perché nel disciplinare una determinata controversia nel merito insorta tra le parti, compone anche la lite <sup>(30)</sup>, sicché — in ragione di tale natura, per così dire, composita — ha senso domandarsi come essa si atteggi in relazione al rapporto primitivo anche sotto il profilo inerente la strada da percorrere per la risoluzione di eventuali controversie.

La giurisprudenza ha già affrontato questo problema e lo risolve nel senso che occorre verificare se la transazione, rispetto al primo negozio, abbia efficacia novativa oppure no. Solo nel primo caso, non è ravvisabile un'ambulatorietà della clausola compromissoria, mentre ogni volta che il rapporto originario possa dirsi ancora esistente e non sostituito dal nuovo regolamento di interessi la convenzione di arbitrato continua ad avere vigore e si estende anche al negozio transattivo <sup>(31)</sup>.

L'indagine relativa a detto profilo è trattata come la verifica di una mera questione di volontà delle parti, da indagarsi mediante l'applicazione al caso concreto delle regole di ermeneutica contrattuale e volte a sondare l'esistenza dell'*animus novandi* e della volontà di porre in essere *aliquid novi* <sup>(32)</sup>.

---

questa *Rivista*, 2014, 633 ss.; NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo" (Art. 1, d.l. 12 settembre 2014 n. 132)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); CERRI, "Degiurisdizionalizzazione" (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti), *ibidem*.

<sup>(29)</sup> GITTI, *La transazione, in I contratti di composizione della lite*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005, 83 ss.

<sup>(30)</sup> SANTORO PASSARELLI, *Nozione della transazione*, in *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, 1986, 288 ss.; FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in AA.VV., *I negozi di composizione delle liti*, a cura di Gabrielli e Luiso, Torino, 2005, 3 ss.

<sup>(31)</sup> In dottrina cfr. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 278-280; AMENDOLAGINE, *Clausola compromissoria e transazione novativa*, in questa *Rivista*, 2011, 87 ss.

<sup>(32)</sup> Cfr. MORESE, *Transazione novativa e transazione conservativa: caratteri distintivi*, in *Vita not.*, 2006, 1311 ss.; SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 21 ss.; NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, 382 ss.; CANTILLO, *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ., e comm.*, fondata da Bigiavi, II, Torino, 1992, 903 ss.

6. I principi sin qui brevemente riassunti sono pianamente condivisibili e, benché il caso oggetto della decisione in commento sia esattamente opposto, le riflessioni sin qui condotte possono essere utili per rispondere al quesito se l'ambulatorietà della clausola compromissoria possa operare anche "a ritroso", ossia estendendosi dal secondo contratto (*id est* la transazione) al primo (ossia quello di locazione).

La pronuncia della S.C. non si diffonde in modo esplicito sul tema e, tuttavia, contiene alcuni importanti elementi che sono assai utili per la finalità dell'indagine.

In *primis* il contratto di locazione, sul quale poi era insorta controversia in relazione alle "serate danzanti", era ancora in essere nel momento in cui l'arbitrato è stato celebrato ed, anzi, è stato il lodo stesso a decretarne la fine mediante la pronuncia di risoluzione per inadempimento della conduttrice. Ciò è indicativo della circostanza che, nel caso di specie, la transazione non aveva certamente efficacia novativa, bensì era volta ad integrare il contratto originario, specificando le modalità con cui le serate danzanti avrebbero potuto aver luogo nell'immobile locato.

Purtroppo la decisione non consente di ricostruire quale fosse, nel caso concreto, il tenore della clausola compromissoria; non è pertanto possibile desumere se la stessa convenzione di arbitrato esplicitasse che il ricorso a tale metodo di risoluzione delle controversie era previsto non solo per le problematiche strettamente inerenti l'interpretazione e l'esecuzione della transazione, ma eventualmente anche per tutto quanto concernente il rapporto di locazione<sup>(33)</sup>. La sentenza ha però deciso il gravame dando per scontato che potesse essere così e si è confrontata con motivi di gravame che attingevano il rapporto originario di locazione senza ravvisare ostacoli di sorta ed anche questo è un altro importante fattore da considerare<sup>(34)</sup>.

È pertanto possibile delineare una conclusione più generale e capace di trascendere il caso di specie, perché la decisione in commento, pur senza affermarlo esplicitamente, consente di comprendere che quando il negozio transattivo sia meramente integrativo e non sostitutivo del rapporto originario è possibile teorizzare un'applicabilità anche "a ritroso" del patto compromissorio previsto per la prima volta solo nella (successiva) transazione.

Ed, invero, preliminarmente va osservato che è plausibile che le parti, nel ridisciplinare l'assetto dei propri interessi nel momento in cui compongono amichevolmente la lite fra loro insorta, *re melius perpensa*

---

<sup>(33)</sup> Il che, forse, spiegherebbe come mai la S.C. sul punto non dica alcunché, dando quasi per scontata la circostanza.

<sup>(34)</sup> A maggior ragione se si tiene conto che la vicenda era antecedente all'introduzione dell'art. 808 *quater* c.p.c.

possano decidere di prevedere la devoluzione ad un arbitrato delle possibili controversie future relative all'intero rapporto, giusta la permanenza in vita del contratto originario, rispetto al quale il secondo negozio (cioè quello transattivo) ha solo lo scopo di dirimere determinate incomprendimenti e, onde prevenirne di nuove, specificare certi aspetti o determinare meglio il contenuto di talune obbligazioni.

Anche ove la clausola compromissoria non precisi in modo espresso il proprio ambito di operatività come riferito al rapporto complessivamente considerato, non paiono in effetti esservi ragioni ostative a che ciò avvenga. Questo perché la relazione tra contratto originario e transazione meramente integrativa includente la convenzione di arbitrato, alla luce dei principi già invalsi sia in dottrina sia in giurisprudenza, rende possibile estendere il patto compromissorio; inoltre, come ricordato, l'art. 808 *quater* c.p.c. consente di devolvere in arbitrato tutte le controversie non solo derivanti dal contratto, ma anche più genericamente al rapporto — nella sua interezza — a cui la clausola arbitrale si riferisce.

Alla stessa conclusione si perviene anche pensando che, in siffatte ipotesi, la decisione nel merito resa all'esito dell'arbitrato necessariamente è raggiunta con riferimento alla nuova configurazione che il rapporto sostanziale ha assunto a seguito della stipula della transazione, posto che l'assetto del rapporto in essere tra le parti, pur nella permanenza in vita del contratto originario, ormai è quello risultante dall'integrazione o la specificazione di qualche profilo compiuto dalla transazione.

Ne deriva che sembra ben possibile enucleare, in questi casi, un principio *in dubio pro arbitrato* operante anche all'indietro, ossia in relazione al primo contratto, sebbene la convenzione di arbitrato fosse inclusa soltanto in una pattuizione successiva (cioè la transazione).

Tutto ciò ferma, naturalmente, una doverosa quanto forse ovvia considerazione: ovverossia che se gli elementi di novità introdotti dall'accordo transattivo siano tanti e tali da far sorgere il dubbio di essere al cospetto di un rapporto completamente nuovo e differente — il che, in assenza di previsione espressa del carattere novativo, va ancora una volta verificato indagando la volontà delle parti alla stregua dei canoni di ermeneutica contrattuale — non si avrà alcuna ambulatorietà a ritroso della clausola arbitrale. Anzi, il porsi detto interrogativo in tale ipotesi non è corretto ed integra un falso problema, poiché se la transazione ha carattere novativo, significa che il precedente rapporto si è ormai estinto. Sicché, in quel caso, è possibile affermare senza margine di dubbio alcuno che, molto semplicemente, la clausola arbitrale si applica unicamente alle controversie che scaturiscono dalla transazione — che per la prima volta tale patto prevede — la quale in detta ipotesi costituisce in effetti il solo ed unico rapporto esistente *inter partes*.

FRANCESCA LOCATELLI



TRIBUNALE DI LUCCA, sentenza 13 gennaio 2016, n. 66; *FORNACIARI Est.*; Azimut Benetti s.p.a. (avv. Marchetto) c. Alain Dumenil (avv.ti Radice e Lazzaretti).

**Clausola compromissoria - Domanda di accertamento dell'efficacia soggettiva del lodo - Eccezione di compromesso - Infondatezza.**

*La domanda di accertamento dell'efficacia soggettiva di un lodo esula dall'ambito di applicazione del patto compromissorio sulla cui base la pronuncia arbitrare è stata emessa ed è di competenza del giudice dello Stato.*

CENNI DI FATTO. — La parte, che aveva ottenuto nei confronti di una società un lodo di condanna al pagamento del corrispettivo dovuto per i lavori di straordinaria manutenzione svolti sull'imbarcazione a quest'ultima intestata, propone di fronte al Tribunale di Lucca una domanda di accertamento dell'efficacia del lodo nei confronti di una persona fisica, deducendo che la società era un mero schermo di questa. L'eccezione di compromesso rilevata dal convenuto è rigettata dal Tribunale, che, affermata la propria competenza a decidere la domanda proposta dalla parte attrice, la accoglie, dichiarando il lodo efficace nei confronti del convenuto.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — L'attrice ha dedotto: di avere svolto, sull'imbarcazione Nomad, intestata alla Arnan & Sons Company Limtied, lavori di straordinaria manutenzione, sia nel 2004/2005, sia nel 2006; che tali lavori erano sempre stati regolarmente pagati; che nell'ottobre 2007 la Arnan aveva chiesto ulteriori lavori; che, eseguiti tali lavori, l'imbarcazione aveva lasciato il porto di Viareggio senza pagare il corrispettivo dovuto; che, adito, a termini di contratto, un collegio arbitrale, questo aveva condannato la Arnan a versare alla Azimut la somma di € 802.506,18 oltre interessi ed oltre spese di lite, liquidando altresì il compenso degli arbitri a carico della soccombente, salva l'obbligazione solidale in proposito della Azimut; che anche a seguito del lodo non era stato possibile ottenere alcuna somma; che la Arnan era in realtà un mero schermo, dietro la quale stava, quale vero proprietario dell'imbarcazione, il Dumenil, che si era sempre interessato dei lavori, in un'occasione provvedendo anche al saldo direttamente da un proprio conto corrente.

L'attrice ha quindi chiesto: in via principale la declaratoria che il lodo era da ritenersi efficace anche nei confronti del Dumenil, con conseguente condanna di questo al pagamento della somma di € 1.017.870; in via subordinata la riferibilità al Dumenil del rapporto contrattuale con essa attrice e quindi la condanna dello stesso al pagamento della predetta somma; in via ulteriormente subordinata la condanna dello stesso al pagamento della medesima somma a titolo di risarcimento del danno.

Il Dumenil ha eccepito: la carenza di giurisdizione del giudice italiano, in quanto cittadino svizzero ed in quanto agente diplomatico, quale addetto culturale alla rappresentanza permanente del Madagascar presso l'Unesco ed a Ginevra; la devoluzione della controversia alla cognizione arbitrare; la propria estraneità alla Arnan ed alla vicenda, l'unico proprio ruolo, con riferimento all'imbarcazione in discorso, essendo stato quello di conduttore della stessa, fatto questo che spiegava



anche il proprio pagamento diretto di alcuni lavori, ciò di cui si era in proposito trattato essendo stato unicamente di rimettere alla Azimut, su richiesta della Arnan, parte degli importi del canone di locazione dovuti a quest'ultima, al fine di estinguere un debito di questa nei confronti della prima.

Il convenuto ha quindi chiesto: in via pregiudiziale la declaratoria del difetto di giurisdizione o della devoluzione della controversia alla cognizione arbitrale e comunque l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Arnan, avendo l'attore chiesto la condanna del Dumenil in via esclusiva oppure in via solidale con la prima; nel merito il rigetto della domanda.

*Sulla necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti della Arnan*

La tesi del convenuto non può essere condivisa.

L'attrice non ha infatti formulato alcuna domanda nei confronti della Arnan. Né una siffatta domanda può essere ritenuta implicita nel riferimento delle conclusioni attoree alla condanna del Dumenil in via esclusiva oppure in via solidale con quest'ultima. Tale riferimento, di per sé, ha infatti unicamente il significato di ricollegare la domanda ad entrambe le prospettive in questione (quella della responsabilità esclusiva e quella della responsabilità solidale), ferma restando la richiesta unicamente nei confronti del Dumenil.

*Sulla giurisdizione*

Ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Lugano, invocata dal convenuto, le persone domiciliate in uno degli stati contraenti possono essere convenute in un altro degli stati contraenti, "in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita".

Posto che i lavori, del cui corrispettivo si tratta, sono stati pacificamente eseguiti a Viareggio ed ivi — presso il creditore — deve eseguirsi il pagamento del corrispettivo, non v'è dunque dubbio che, anche ammessa la cittadinanza svizzera del convenuto, la giurisdizione italiana sussiste.

Tale giurisdizione sussiste poi, per altro verso, anche con riferimento all'invocata immunità diplomatica del Dumenil.

Anche ammessa la qualifica di agente diplomatico del Dumenil, occorre infatti notare che, tanto ai sensi della convenzione di New York del 21.11.47 (art. V), quanto ai sensi della convenzione di Vienna del 18.4.1961 (art. 31), l'immunità in questione riguarda unicamente gli atti compiuti dell'agente diplomatico nell'esercizio delle sue funzioni, ipotesi che nella fattispecie sicuramente non ricorre.

*Sulla devoluzione in arbitri*

Con la domanda principale, l'attrice chiede di dichiarare che gli effetti del lodo, pronunciato nei confronti della Arnan, sono già allo stato riferibili al Dumenil. In tale prospettiva, ciò di cui si tratta non è, dunque, di decidere sul diritto o meno della Azimut al reclamato corrispettivo, bensì di pronunciarsi sulla portata soggettiva della decisione già resa. In tale ottica, l'eccezione del convenuto è dunque infondata.

Essa è invece fondata con riferimento alla prima domanda subordinata (non anche con riferimento alla terza, che si muove nell'ottica extracontrattuale).

Tale domanda, come vedremo, è però destinata a rimanere assorbita dall'accoglimento della principale.

### *Sul merito*

Che il Dumenil abbia sempre seguito i lavori relativi all'imbarcazione per la quale causa è stato confermato testimonialmente e deve più in radice ritenersi come ammesso, *ex art.* 232 cpc, alla luce delle suddette testimonianze, in virtù della mancata comparizione del convenuto a rendere l'interrogatorio formale deferitogli.

Quanto poi al fatto che egli abbia, almeno in un'occasione, pagato direttamente il relativo corrispettivo, la spiegazione fornita non può ritenersi dimostrata. Sul punto, il convenuto ha invero prodotto una dichiarazione del rappresentante in Svizzera della Arnan, in merito all'aver il Dumenil preso in locazione l'imbarcazione ed all'aver egli chiesto allo stesso di versare il canone direttamente alla Azimut, per pagare le somme dovute al cantiere. Tale dichiarazione appare però scarsamente attendibile in assenza di produzione del contratto di locazione in discorso.

In ultimo, il convenuto non ha contestato che la Arnan abbia un patrimonio di sole 2.000,00 sterline.

Alla luce di tali elementi, è dunque evidente che tale società rappresenta unicamente uno schermo formale della personalità del Dumenil o, per dirla in modo più incisivo, che la Arnan è in realtà il Dumenil e che l'attività della prima, tanto sostanziale quanto processuale, si imputa direttamente al secondo.

Da qui, la conseguenza che il lodo, reso nei confronti della Arnan, deve ritenersi direttamente efficace nei confronti del Dumenil, senza necessità di duplicare, nei confronti di questo, una condanna, quella contenuta in tale lodo, che già allo stato deve ritenersi rivolta nei confronti del Dumenil medesimo, e con assorbimento delle domande proposte in via subordinata. (*Omissis*).

### **Domanda di accertamento dell'efficacia soggettiva del lodo: competenza degli arbitri o del giudice dello Stato?**

1. La sentenza del Tribunale di Lucca affronta una questione di grande interesse: se le controversie sull'efficacia soggettiva del lodo siano o meno di competenza degli arbitri, in base all'originario patto compromissorio.

La fattispecie è la seguente.

La parte, che aveva ottenuto un lodo di condanna nei confronti di una società, ha evocato dinanzi al Tribunale di Lucca una persona fisica, che non aveva assunto la qualità di parte (in senso processuale) nel procedimento arbitrale, affinché — per quanto qui interessa — fosse dichiarato che il lodo era efficace anche nei suoi confronti e fosse pronunciata a suo carico condanna all'adempimento del credito già accertato. Il convenuto si è costituito e, tra le altre difese, ha rilevato l'eccezione di compromesso, affermando che, in base alla convenzione arbitrale, la controversia non era di competenza del giudice dello Stato, bensì degli arbitri.

Il Tribunale osserva, quanto alla prima domanda, che essa, non avendo ad oggetto il diritto dell'attrice al corrispettivo, bensì l'accerta-

mento dell'efficacia soggettiva del lodo, non rientra nell'ambito oggettivo della convenzione arbitrale. Esaminata questa domanda ed accertato che gli effetti del lodo sono riferibili anche alla persona fisica, il Tribunale (esattamente) nega di dover pronunciare nel merito sulla seconda domanda (di pagamento del corrispettivo); invero, una volta dichiarata l'efficacia del lodo nei confronti del terzo, che, in realtà, è ritenuto non essere tale, la pronuncia di condanna degli arbitri è a lui riferibile e non vi è quindi spazio per un'altra decisione sul diritto già accertato <sup>(1)</sup>.

In questo commento non prendiamo in esame il (complesso) problema di diritto sostanziale posto dalla fattispecie (cioè se, come ritenuto dal Tribunale, la società e la persona fisica possano essere considerate effettivamente lo stesso soggetto) e ci occupiamo esclusivamente dei profili di diritto processuale: innanzitutto (§ 2), del tema segnalato in apertura, per poi svolgere (§ 3) alcune considerazioni in ordine all'ammissibilità di un'autonoma domanda volta ad accertare il contenuto e gli effetti di una decisione avente autorità di cosa giudicata (sia essa un lodo rituale o una sentenza).

2. L'affermazione del Tribunale, per cui la domanda di accertamento dell'efficacia soggettiva del lodo arbitrale esula dall'ambito di applicazione dell'originario patto compromissorio, è condivisibile.

Questa controversia rientra nel più ampio *genus* delle liti sull'interpretazione del lodo, cioè sul contenuto e sugli effetti della pronuncia arbitrale. Queste controversie sono diverse, per l'oggetto, da quelle a cui si riferisce il patto compromissorio: questo attribuisce agli arbitri il potere di decidere le liti sui diritti sostanziali che ne sono oggetto, ma non quelle che riguardano direttamente il lodo che quei diritti ha deciso <sup>(2)</sup>.

Alcune legislazioni straniere — come la francese (art. 1485 n.c.p.c.) e la tedesca (§ 1058 ZPO) <sup>(3)</sup> — prevedono che, su istanza della parte interessata, gli arbitri rendano un'interpretazione autentica e vincolante

---

<sup>(1)</sup> La qual cosa fa apprezzare l'importanza di riconoscere alla pronuncia arbitrale (come stabilito dall'art. 824 *bis* c.p.c. per il lodo arbitrale) gli stessi effetti della sentenza (confronta, Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in questa *Rivista*, 2014, con commenti di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI e SASSANI; Cass., ord., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. Giur.*, 2014, 84 ss., con commento di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico* e in questa *Rivista*, 2015, 307 ss., con nota di BERGAMINI, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di Cassazione, tra disciplina interna e Convenzione di New York*); se così non fosse, infatti, dovrebbe essere sempre consentito alla parte vincitrice nel giudizio privato di adire il giudice dello Stato per ottenere il *quid pluris* che la decisione dell'organo pubblico avrebbe rispetto a quella del giudice privato.

<sup>(2)</sup> Come vedremo nel successivo paragrafo, la domanda di interpretazione della pronuncia ha un oggetto non coincidente con quello della domanda concernente i diritti sostanziali decisi.

<sup>(3)</sup> Le due norme, nella parte di interesse, stabiliscono, rispettivamente, che « il lodo "spossesta" il tribunale arbitrale della contestazione che ha risolto. Tuttavia, a domanda di una parte, il tribunale arbitrale può interpretare il lodo (...) » (art. 1475 n.c.p.c.) e che « ciascuna

del lodo emesso <sup>(4)</sup>. Peraltro, tale competenza spetta loro *ex lege* in forza del patto compromissorio, e non è richiesta a tal fine una specifica pattuizione delle parti <sup>(5)</sup>; ciò, a differenza della legge modello Uncitral, che, all'art. 33, comma 1, lett. *b*), prevede che gli arbitri possano interpretare il lodo, se le parti abbiano così stabilito <sup>(6)</sup>.

Il nostro codice, invece, non si occupa di disciplinare questo tema. Occorre, quindi, fare ricorso ai principi generali, al fine di verificare: *a*) se gli arbitri abbiano il potere di risolvere le controversie sull'interpretazione del lodo in base all'originario patto compromissorio; *b*) se tale potere possa essere attribuito loro in forza di un'espressa previsione contenuta nella convenzione arbitrale; *c*) infine, se tali liti siano deferibili in arbitrato, mediante un apposito patto compromissorio, stipulato posteriormente alla pronuncia del lodo in ordine alla cui interpretazione sia sorta (o possa sorgere) una controversia.

Per affrontare correttamente questi problemi è utile compiere una distinzione tra le controversie sull'interpretazione (in senso ampio) del lodo, in ragione del motivo che è a base della lite sul contenuto e sugli effetti della decisione emessa. Talvolta, è contestato che gli arbitri, nel precedente giudizio, avessero il potere di decidere su un certo elemento o con effetti vincolanti nei riguardi di un determinato soggetto; in altri casi, invece, è controverso il valore precettivo del lodo, a causa della sua formulazione ambigua, dubbia o oscura, ma non sono poste in discussione l'esistenza e l'estensione delle attribuzioni degli arbitri.

Quanto alla prima tipologia di liti, che definiamo sull'efficacia (oggettiva e soggettiva) del lodo, mutato quel che vi è da mutare, viene in rilievo il principio, in base a cui gli arbitri non hanno il potere di decidere le controversie sulla convenzione arbitrale, cioè le liti sulla validità e sull'efficacia (oggettiva e soggettiva) del patto compromissorio.

Dall'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., si evince che la domanda avente ad oggetto in via principale la convenzione arbitrale è ammessa, ma essa esula dalla competenza degli arbitri, ed è di competenza del giudice dello Stato: il patto compromissorio conferisce agli arbitri il potere di decidere le liti relative al rapporto sostanziale che ne è oggetto, ma non le controversie che lo riguardano direttamente.

---

parte possa chiedere al tribunale arbitrale (...) 2. di interpretare determinate parti del lodo arbitrale (...)» (§ 1058 ZPO).

<sup>(4)</sup> In modo analogo dispone il regolamento di arbitrato della ICC, all'art. 35, comma 2; un'omologa previsione non è contenuta, invece, nel regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale istituita presso la Camera di Commercio di Milano.

<sup>(5)</sup> In questo modo, espressamente, SCHLOSSER, § 1058, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IX, 22<sup>a</sup> ed., Tubinga, 2002, 582 ss., specie 583; MÜNCH, § 1058, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, III, 4<sup>a</sup> ed., Monaco, 2013, 450 ss., specie 451.

<sup>(6)</sup> L'art. 33, comma 1, lett. *b*), stabilisce che « if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award ».

Per altro verso, quando, nel procedimento arbitrale, con l'eccezione *ex art. 817 c.p.c.*, siano contestate « la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato », gli arbitri « decidono sulla propria competenza » (comma 1). Questa, però, non è, in senso tecnico, una decisione, e più corretto sarebbe dire che gli arbitri conoscono di tale questione ai soli fini della statuizione di merito <sup>(7)</sup>. L'eccezione solleva una questione di rito, concernente la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri, che è da essi risolta, facendo applicazione della norma processuale giusta la quale gli arbitri hanno il potere di decidere nel merito la domanda proposta, se tale potere è loro attribuito da un valido ed efficace patto compromissorio <sup>(8)</sup>. Pertanto, l'errata soluzione della questione costituisce un vizio di attività e non di giudizio: il lodo è impugnabile perché invalido (*ex art. 829, comma 1, nn. 1), 4) e 10), c.p.c.*) e non perché ingiusto (*ex art. 829, comma 3, c.p.c.*); e la Corte d'appello, per decidere sulla fondatezza del motivo di nullità proposto, riesamina liberamente la questione, senza subire alcun vincolo dalla soluzione data dagli arbitri (valuta direttamente, cioè, sulla base degli atti e dei documenti di causa, se la convenzione arbitrale sia valida ed efficace, cioè se gli arbitri avessero o meno il potere di decidere nel merito la causa, e non già se la decisione resa a tale riguardo sia corretta, alla stregua dei criteri di interpretazione dei negozi *ex artt. 1362 ss. c.c.*) <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> Secondo i principi generali, il giudice non “decide”, quando applica la norma processuale, poiché questa detta un precetto a lui indirizzato; non diversamente da ogni altro soggetto dell'ordinamento, il giudice verifica l'integrazione dei presupposti e interpreta il significato della norma che regola lo svolgimento della propria attività, di guisa che la violazione di questa norma è una mera inesecuzione della legge e non è un'errata decisione; in questo modo, CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra « error in iudicando » ed « error in procedendo »*, in *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli, 1979, 285 ss., specie 291, 293; LUIO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 15 ss., specie 22-23; *contra*, con specifico riferimento alla questione *ex art. 817, comma 1, c.p.c.*, RUFFINI, *Art. 817, in La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2011, 281 ss., specie 284-285.

<sup>(8)</sup> Secondo PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2012, 204 ss., specie 212, l'eccezione di incompetenza consiste non solo in un'eccezione di rito, potenzialmente preclusiva dell'esame della domanda nel merito, ma anche in un'eccezione di merito, concernente la validità e l'efficacia della convenzione arbitrale. A nostro avviso, l'eccezione di incompetenza dell'arbitro costituisce solo ed esclusivamente una questione di rito, poiché essa non condiziona l'esistenza e il modo d'essere del diritto oggetto del processo, bensì il potere del giudice di decidere nel merito la domanda. Ciò non toglie che l'arbitro, per risolvere tale questione, debba valutare se la convenzione arbitrale sia valida ed efficace: ma si tratta di verificare (se si vuole, nel merito) la fondatezza di una eccezione di rito (sia consentito il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti, a MORTO, *Concorso di fattispecie*, ne bis in idem e ordine di esame delle questioni di rito, in questa *Rivista*, 2012, 340 ss., specie 350 ss.; nello stesso senso, recentemente, v. l'approfondita indagine di IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino, 2013, 137 ss.). In giurisprudenza, in modo conforme, Cass., ord., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.

<sup>(9)</sup> In questo senso, in dottrina: LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in questa *Rivista*, 2005, 773 ss., specie 781; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice*, in questa *Rivista*, 2007, 357 ss., specie 366; ID., *La giustizia privata*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2013, 70-71; OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 46 ss., specie 54 ss.; MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, 363 ss., specie 387, 390;

La disposizione dell'art. 817, comma 1, c.p.c. (omologa a quella dettata dall'art. 1465 n.c.p.c. e dal § 1040 ZPO) è espressione del principio della *Kompetenz-Kompetenz*, in quella sua declinazione, per cui ogni giudice è giudice della propria competenza: l'arbitro, come il giudice statale della cognizione, ha il compito di esaminare e risolvere tutte le eccezioni, sollevate dalle parti o rilevate d'ufficio, che pongono in discussione le sue attribuzioni circa la domanda proposta<sup>(10)</sup>; ma ciò non significa che la soluzione della questione compiuta dall'arbitro (così come quella resa dal giudice di prima istanza rispetto al giudice dell'appello) sia in grado di vincolare le parti e il giudice dell'impugnazione per nullità, restringendo (o annullando) la tutela delle prime e l'ambito del sindacato del secondo<sup>(11)</sup>.

Astrattamente, perché agli arbitri possa riconoscersi il potere di decidere in modo vincolante le questioni relative alla validità ed all'efficacia del patto compromissorio, occorre una pattuizione espressa che lo preveda; una sorta di patto compromissorio al quadrato<sup>(12)</sup>, ovvero una clausola di *Kompetenz-Kompetenz*<sup>(13)</sup>, avente ad oggetto non il rapporto sostanziale, bensì il patto compromissorio che a questo si riferisce.

Tuttavia, è da escludere che un siffatto accordo sia valido nel nostro ordinamento<sup>(14)</sup>. L'art. 829, comma 1, c.p.c., stabilendo che l'impugnazione per vizi di invalidità del lodo sia ammessa « nonostante qualunque

---

IZZO, *op. cit.*, 230-231; in modo analogo, E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla « natura » della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 1294 ss., specie 1298 ss.; nella dottrina tedesca, espressamente: MÜNCH, § 1040, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., 252 ss., specie 253. In giurisprudenza, in modo conforme, confronta, App. Milano, 1 luglio 2014, § 2.1 della motivazione, in questa *Rivista*, 2015, 83 ss., con nota di M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*, e in *Giur. It.*, 2015, 172 ss., con commento di MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo rituale e poteri della Corte d'appello*, così massimata « Quando il lodo è impugnato per esorbitanza dalla convenzione di arbitrato (art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c.), la Corte d'appello può autonomamente individuare i limiti di quest'ultima, trattandosi di questione processuale e non di merito »; e, implicitamente, Cass., 10 ottobre 2011, n. 20741, in questa *Rivista*, 2014, 115 ss., con commento di SPACCAPELO, *Brevi note sull'ambito oggettivo e soggettivo della clausola compromissoria, nonché sulla sua interpretazione*; *contra*, Cass., 21 settembre 2004, n. 18917; Cass., 9 gennaio 2008, n. 178; v. anche Cass., sez. un., 5 gennaio 2007, n. 35.

<sup>(10)</sup> Così, MENCHINI, *op. cit.*, 381; vedi anche Punzi, *op. cit.*, 197, 213; G.F. RICCI, *Art. 817, in Arbitrato*, a cura di Carpi, 2ª ed., Bologna, 2008, 467 ss., specie 477-478; SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 562, 598-599; Izzo, *op. cit.*, 202. Questo principio era già enunciato dalla dottrina più risalente: PISANELLI, A. SCIALOJA, MANCINI, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Napoli, 1875, 95-96.

<sup>(11)</sup> LUISO, *op. cit.*, 781; SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7ª ed., Monaco, 2005, 48-49, 138.

<sup>(12)</sup> CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3831 ss., specie 3845.

<sup>(13)</sup> Per tutti, SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2ª ed., Tubinga, 1989, 425-426; SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, 49, 138.

<sup>(14)</sup> LUISO, *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 8ª ed., Milano, 2015, 194; MENCHINI, *op. cit.*, 396-397; BOVE, *La giustizia*, cit., 70-71; CONSOLO, *op. cit.*, 3845-3846. Dopo la riforma dell'arbitrato del 1998, tale pattuizione non è

preventiva rinuncia », implica che alle parti non sia consentito attribuire agli arbitri il potere di decidere in modo vincolante in ordine alla validità ed all'efficacia della convenzione arbitrale. Infatti, il divieto di una rinuncia preventiva ai motivi di invalidità del lodo, tra cui vi sono quelli concernenti la sussistenza del potere degli arbitri di decidere nel merito, implica che non sia possibile neppure ridurre indirettamente il controllo del giudice dell'impugnazione, assoggettando la statuizione resa a tale riguardo al (limitato) controllo per ingiustizia proprio delle decisioni di merito, e sottraendola al controllo pieno per invalidità *ex art. 829, comma 1, c.p.c.* <sup>(15)</sup>. La questione concernente il potere decisorio degli arbitri deve poter essere sempre riesaminata, con pienezza di poteri, dal giudice dell'impugnazione, ed è fatta salva soltanto la possibilità, per la parte legittimata, di rinunciare, ma solo dopo la pronuncia del lodo, a far valere tale vizio <sup>(16)</sup>. La scelta dell'ordinamento è chiara: gli arbitri hanno competenza esclusiva, derogatoria di quella del giudice dello Stato, a decidere le controversie loro devolute, purché vi sia un valido ed efficace patto compromissorio; non spetta agli arbitri, però, statuire in modo vincolante se ricorra il presupposto da cui dipende l'investitura del loro potere: chi è (astrattamente) titolare di un potere (di decidere le controversie, come di qualsiasi altro) non può stabilire con efficacia vincolante (cioè in modo non controllabile o solo limitatamente verificabile), e tantomeno nei confronti di coloro che vi sono soggetti, se tale potere gli sia stato validamente attribuito.

All'esito di questi rilievi, risulta che, nel nostro ordinamento, gli arbitri non hanno il potere di decidere in modo vincolante le controversie sull'esistenza e sulla portata della loro *potestas iudicandi*.

Veniamo adesso all'applicazione dei principi esposti alla fattispecie oggetto della nostra attenzione.

La lite sull'efficacia (oggettiva e soggettiva) del lodo pone in contestazione la sussistenza e l'estensione del potere decisorio degli arbitri nel primo giudizio, tutte le volte che tra le parti sia controverso se gli arbitri potessero statuire su un certo elemento o con effetti nei confronti di un determinato soggetto.

Pertanto, questa tipologia di controversie non può essere ritenuta di competenza degli arbitri in forza dell'originario patto compromissorio: ciò equivarrebbe a riconoscere ad essi il potere di decidere in modo vincolante sull'esistenza e sulla portata della loro *potestas iudicandi* nel precedente giudizio, di cui il lodo è espressione.

---

ritenuta valida neppure in Germania, alla luce del § 1040, Abs. III, ZPO; confronta: SCHLOSSER, § 1040, cit., 489; SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, 49.

<sup>(15)</sup> LUIISO, *Rapporti*, cit., 782.

<sup>(16)</sup> SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, 49; LUIISO, *Diritto*, cit., 228.



In particolare, pensando alla fattispecie oggetto di interesse, come gli arbitri non possono decidere se il patto compromissorio sia efficace (o meno) nei confronti di un soggetto, è da escludere che possano risolvere la controversia in ordine alla riferibilità degli effetti del lodo emesso a costui. Se agli arbitri non è dato il potere di rendere una decisione vincolante in ordine alla sussistenza, in base al patto compromissorio, della loro *potestas iudicandi* nei confronti di un soggetto, neppure è dato loro il potere di statuire circa l'efficacia nei riguardi di tale soggetto dell'atto (il lodo), che, come detto, di quella potestà è espressione.

A questo riguardo, occorre precisare che le controversie sull'efficacia (oggettiva e soggettiva) del lodo possono sottendere una contestazione sulla validità e sull'efficacia della originaria convenzione arbitrale, ma ciò non avviene necessariamente; ad esempio, proposta domanda di accertamento dell'efficacia del lodo nei confronti del soggetto che non ha assunto la qualità di parte nel giudizio arbitrale, questi non contesta di essere vincolato al patto compromissorio, ma eccepisce che, essendo rimasto terzo rispetto al processo, il lodo non è per lui vincolante<sup>(17)</sup>. Tuttavia, la conclusione formulata vale tanto per la prima, quanto per la seconda ipotesi. Infatti, anche in quest'ultimo caso, gli arbitri sarebbero chiamati a decidere in modo vincolante sull'esistenza e sulla portata del loro potere decisorio nel precedente giudizio; ciò che muta è solo la ragione in base a cui questo è affermato o negato (non la validità e l'efficacia della convenzione arbitrale, ma un altro presupposto processuale, nell'esempio proposto l'integrazione del contraddittorio con il terzo nel primo giudizio, quale condizione per l'efficacia nei suoi confronti della decisione emessa).

Escluso che, in base al patto compromissorio, gli arbitri siano competenti a decidere tali controversie, si sottolinea che questo potere non potrebbe essere riconosciuto loro, neppure se le parti avessero espressamente pattuito nella convenzione arbitrale di compromettere anche tale tipologia di liti.

Infatti, se lo si ammettesse, si perverrebbe a quel risultato, che l'ordinamento dimostra di non volere: la possibilità per gli arbitri di statuire, con efficacia vincolante, circa la sussistenza e l'estensione del proprio potere. Se non è consentito attribuire agli arbitri la competenza a decidere le controversie che sorgono, per così dire, *ex ante*, sulla convenzione arbitrale che quel potere (astrattamente) attribuisce loro; allora, non è consentito neppure conferire agli arbitri la competenza sulle liti, che, *ex post*, riguardano gli effetti del lodo, che di quel potere è espressione. Infatti, poiché deve essere sempre possibile per la parte interessata suscitare un controllo pieno della Corte d'appello circa la sussistenza e

---

<sup>(17)</sup> Nella fattispecie decisa dal Tribunale di Lucca, il convenuto aveva rilevato l'*exceptio compromissi* e, dunque, non contestava l'efficacia della convenzione arbitrale nei propri confronti.



l'estensione delle attribuzioni degli arbitri; appare contraddittorio consentire che gli arbitri, in forza di una pattuizione anteriore alla pronuncia del lodo, possano decidere le controversie che dovessero insorgere circa i suoi effetti: se lo si ammettesse, la (seconda) decisione, che statuisce sulla sussistenza e sull'estensione della *potestas iudicandi* di cui il primo lodo è espressione, sarebbe assoggettata *in parte qua* al limitato controllo del giudice dell'impugnazione per ingiustizia proprio delle pronunce di merito (art. 829, comma 3, c.p.c.), e sarebbe sottratta al controllo pieno per invalidità (ex art. 829, comma 1, c.p.c.).

Pertanto, anche qualora sia previsto che gli arbitri siano competenti a decidere anche le (eventuali e future) controversie sull'interpretazione del lodo, tale pattuizione è inefficace, tutte le volte che la domanda proposta implichi la risoluzione di questioni attinenti alla sussistenza ed all'estensione del potere decisorio degli arbitri nel primo giudizio.

Ciò che si può ammettere, in base ai principi esposti, è che liti di questo tipo siano deferibili in arbitri, sulla base di un autonomo patto compromissorio, stipulato dalle parti dopo la pronuncia del lodo in ordine al quale è sorta (o può sorgere) contestazione: se è possibile rinunciare ai motivi di invalidità del lodo — tra cui anche quelli concernenti la *potestas iudicandi* degli arbitri — dopo che esso è stato emesso (arg. ex art. 829, comma 1, c.p.c.), si può consentire che le parti deferiscano in arbitrato la controversia sul contenuto e sugli effetti della pronuncia arbitrale.

Prima di concludere, resta da precisare, riprendendo la distinzione compiuta in precedenza, che regole in parte diverse valgono per le liti, che, a differenza di quelle sino ad ora prese in considerazione, non pongono in discussione la *potestas iudicandi* degli arbitri nel primo giudizio, bensì concernono in senso stretto l'interpretazione della decisione emessa: questa ha contenuto (in tutto o in parte) dubbio, oscuro o ambiguo, e la parte chiede di accertarne la reale portata precettiva, senza che sia in contestazione se gli arbitri avessero il potere di decidere su un certo elemento o nei riguardi di un determinato soggetto<sup>(18)</sup>.

Occorre, cioè, distinguere le liti che pongono in contestazione l'*an* del potere decisorio degli arbitri da quelle che concernono il *quomodo* del suo esercizio.

Con riferimento a queste ultime, agli arbitri può essere riconosciuta la competenza a rendere un'interpretazione autentica del lodo emesso<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Questa, infatti, è la tipologia di controversie sull'interpretazione del lodo, a cui fa riferimento la dottrina tedesca in sede di commento del § 1058, Abs. 1, n. 2, ZPO (confronta, SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, 193; vedi anche MÜNCH, § 1058, cit., 452-453; SCHLOSSER, § 1058, cit., 585).

<sup>(19)</sup> Ciò, ovviamente, a condizione che si ritengano tali controversie deferibili in arbitri ex art. 806 c.p.c.; avvertendo che questo profilo non può essere esaminato in questa sede, si segnalano, in senso favorevole, nella nostra dottrina, IRTI, *L'interpretazione del lodo arbitrale*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 527 ss., specie 537; DENTI,

A tal fine, però, non è sufficiente l'originaria convenzione arbitrale, poiché questa attribuisce agli arbitri il potere di risolvere le controversie sui diritti sostanziali che ne sono oggetto, ma non le liti che riguardano direttamente il lodo che quei diritti ha deciso. È necessaria, quindi, una pattuizione espressa<sup>(20)</sup>, eventualmente contenuta nell'originario patto compromissorio, con cui le parti attribuiscono agli arbitri il potere di compiere l'interpretazione vincolante del lodo emesso (come richiesto dall'art. 33, comma 1, lett. b), della legge modello Uncitral)<sup>(21)</sup>.

3. Il secondo tema da affrontare, come si è anticipato, concerne l'ammissibilità di un'autonoma domanda di interpretazione della decisione avente autorità di cosa giudicata (sia essa un lodo rituale o una sentenza); cioè, della domanda che ha per *petitum* l'accertamento del contenuto e degli effetti di una precedente statuizione, in ordine alla quale, a causa della sua formulazione ambigua, oscura o non univoca, vi è incertezza circa il precetto enunciato<sup>(22)</sup>. In base ai rilievi compiuti, questa domanda è di competenza del giudice dello Stato e può essere deferita ad arbitri solo nei limiti ed alle condizioni in precedenza indicati.

La questione riveste un certo interesse, anche in considerazione del fatto che, a differenza di quanto ritenuto dal Tribunale di Lucca, la giurisprudenza — a quanto consta — nei (non numerosi) precedenti editi, vi ha sempre dato risposta negativa<sup>(23)</sup>.

---

*L'interpretazione della sentenza civile*, Pavia 1946, 150-151; SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996, 474-475 (questi ultimi con riferimento alla devoluzione in arbitri della domanda interpretativa di una sentenza del giudice dello Stato); secondo BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti processuali*, Milano 1949, 119, la controversia sull'interpretazione della sentenza rientra nella disponibilità delle parti, ed è suscettibile di risoluzione in via negoziale.

<sup>(20)</sup> In modo conforme, MÜNCH, § 1058, cit., 450 ss., specie 451; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2ª ed., Tubinga, 1989, 425, 522, con riferimento alla legge processuale tedesca, che, prima della riforma, come ancor oggi il nostro codice, non disciplinava il problema (mentre, come si è detto, in base al vigente § 1058 ZPO, la competenza degli arbitri in ordine all'interpretazione del lodo non richiede un'espressa previsione delle parti).

<sup>(21)</sup> Confronta, SANDERS, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, 2ª ed., The Hague, 2004, 125-126, il quale valuta positivamente la scelta di richiedere un espresso accordo delle parti.

<sup>(22)</sup> Tre precisazioni: a) non ci occupiamo dell'ipotesi in cui la sentenza o il lodo non siano ancora passati in giudicato formale (confronta, DENTI, *op. cit.*, 143-144; SANTANGELI, *op. cit.*, 450 ss.); b) non trattiamo specificamente il tema dei criteri da utilizzare nell'interpretazione della sentenza e del lodo (al riguardo, confronta, rispettivamente, DENTI, *op. cit.*, 48 ss.; IRTI, *op. cit.*, 533 ss.); c) l'ambito di operatività della domanda di interpretazione della decisione è condizionato da quello del procedimento di correzione (rispettivamente, art. 287 e art. 826 c.p.c.), in quanto, nelle ipotesi in cui è applicabile quest'ultimo, occorre fare ricorso ad esso e non è esperibile l'autonoma domanda di accertamento (SANTANGELI, *op. cit.*, 454 ss., specie 459; SCHWAB-WALTER, *op. cit.*, 193).

<sup>(23)</sup> Cass., 8 giugno 2005, n. 12013; Cass., 26 aprile 2000, n. 5339, in *Foro It.*, 2001, I, 1015 ss., con commento di CAPONI, *Sull'azione di mero accertamento interpretativa della sentenza civile*, in *Giur. It.*, 2001, 725 ss., con nota senza titolo di TURRONI, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*,

Per affrontare correttamente il problema, è necessario definirne con precisione i termini.

Può accadere, ed anzi frequentemente accade, che un soggetto invochi nei confronti di un altro l'efficacia vincolante di una precedente decisione (non più impugnabile), e che questi neghi che la statuizione espliciti quegli effetti, che il primo le attribuisce. In questa sede, non vengono in rilievo, ovviamente, le contestazioni relative alla « giustizia » della decisione, né quelle attinenti alla validità dell'atto ed alle sue patologie (neppure quelle che deducono vizi, riconducibili o meno alla tradizionale categoria dell'inesistenza, i quali non sono sanati dal giudicato formale e determinano l'inefficacia della statuizione). Ci interessano i casi, in cui la parte, alla quale è opposta la decisione, pur non negando che essa sia esistente ed espliciti autorità di cosa giudicata *ex art. 2909 c.c.*, obietti che l'efficacia vincolante non riguardi un certo *quid* o non operi nei propri confronti. Si tratta, in altri termini, delle contestazioni concernenti la portata del precetto enunciato dalla pronuncia, cioè i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato sostanziale: è negato che sia incontrovertibilmente accertato che un certo elemento esiste (o non esiste) e ha un determinato contenuto; oppure, che la statuizione resa sia vincolante *ex art. 2909 c.c.* nei riguardi della parte a cui è opposta <sup>(24)</sup>.

Così impostato il problema, cade il primo argomento opposto all'ammissibilità della domanda autonoma, che fa leva sull'identità di oggetto tra questa e la prima pronuncia <sup>(25)</sup>. Infatti, la seconda domanda non deduce in giudizio il diritto sostanziale già accertato, chiedendo una nuova decisione su di esso, alla stregua della norma generale ed astratta che disciplina la fattispecie, bensì ha ad oggetto l'accertamento del contenuto e degli effetti della decisione resa in ordine ad esso, cioè della regola di condotta specifica e concreta enunciata dalla statuizione rispetto al bene della vita controverso <sup>(26)</sup>. Ciò emerge con chiarezza dalla pronuncia in commento: dichiarata l'efficacia del lodo nei confronti del convenuto, il Tribunale ha rigettato in rito la (diversa) domanda di condanna all'adempimento del credito già accertato <sup>(27)</sup>.

---

2001, I, 457 ss., con osservazioni di A.A. ROMANO, *L'accertamento del giudicato non intelligibile*; Pret. Macerata, 5 giugno 1992, in *Foro It.*, 1995, I, 965 ss., con nota di richiami di IMPAGNATIELLO; Cass., 26 settembre 1983, n. 5707, in *Arch. Loc.*, 1983, 657; Cass., 22 febbraio 1982, n. 1102, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, 1007 ss.

<sup>(24)</sup> La dottrina che si è occupata del problema, descrive la fattispecie come una controversia sul contenuto precettivo del giudicato sostanziale: DENTI, *op. cit.*, 29 ss.; BETTI, *op. cit.*, 269; NASI, *Interpretazione della sentenza*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 293 ss., specie 306 ss.; CAPONI, *op. cit.*, 1015; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, 218, anche in nota 48.

<sup>(25)</sup> Confronta, Cass., 22 febbraio 1982, n. 1102; Cass., 8 giugno 2005, n. 12013.

<sup>(26)</sup> In modo conforme, CAPONI, *op. cit.*, 1016; *contra*, A.A. ROMANO, *op. cit.*, 462.

<sup>(27)</sup> Nella dottrina tedesca, afferma l'ammissibilità di una domanda autonoma di interpretazione del lodo di fronte al giudice dello Stato ai sensi del § 256, Abs. 1, ZPO (che disciplina

Si potrebbe, peraltro, dubitare che una domanda concernente una precedente decisione deduca in giudizio un'entità, che costituisce oggetto idoneo all'accertamento<sup>(28)</sup>. Il dubbio è legittimo, ma è infondato<sup>(29)</sup>.

La sentenza è un atto produttivo di effetti giuridici, primo tra tutti l'effetto dichiarativo (il giudicato sostanziale): l'accertamento in essa contenuto fa stato ad ogni effetto nei confronti delle parti, i loro eredi e aventi causa (art. 2909 c.c.). La sentenza è dunque un atto normativo, « ossia un atto che racchiude la statuizione delle conseguenze giuridiche cui dà vita, e rivela nel suo tenore oggettivo il collegamento con gli effetti giuridici cui aspira »: l'incontrovertibilità in cui il giudicato sostanziale consiste riguarda ciò che la sentenza ha accertato, ed opera, di norma, soltanto nei confronti di coloro che sono stati parte del giudizio<sup>(30)</sup>.

Può quindi avvenire che sorga un contrasto tra i soggetti, in ordine al contenuto di tale effetto ed alla sua portata soggettiva; cioè, su cosa sia oggetto di incontrovertibile accertamento e nei confronti di chi<sup>(31)</sup>. Ciò accade, in specie, tutte le volte che alla sentenza possano essere attribuiti più significati, a causa di una formulazione oscura, ambigua e non univoca; in tali casi, l'incertezza della dichiarazione può dare luogo ad

---

l'azione di mero accertamento), quando non sia possibile proporla agli arbitri ai sensi del § 1058 ZPO, per decorso del termine di decadenza, MÜNCH, § 1058, cit., 453.

<sup>(28)</sup> È opportuno ricordare che, nel nostro ordinamento, vi sono norme che fanno espressamente riferimento alla domanda in via principale di interpretazione della sentenza: in particolare, in tema di giudizio della Corte dei Conti, l'art. 78 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (per il quale « Spetta alla Corte il giudizio sulle questioni di interpretazione delle sue decisioni ») e l'art. 25 r.d. 13 agosto 1933, n. 1038 (per cui, se nell'esecuzione di una decisione della Corte sorge una questione circa la sua interpretazione, « si deve proporre il giudizio dinanzi allo stesso Collegio che l'ha pronunciata, mediante atto di citazione che deve essere notificato a tutte le parti in causa che vi abbiano interesse »); si veda anche, in materia di diritti di proprietà industriale, l'art. 124, comma 7, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (per il quale, se, nell'esecuzione delle misure correttive disposte con la sentenza che accerta la violazione di un diritto di proprietà industriale, sorgono contestazioni, su di esse decide « con ordinanza non soggetta a gravame, sentite le parti, assunte informazioni sommarie, il giudice che ha emesso la sentenza recante le misure anzidette »). Su queste figure, ed anche per ulteriori riferimenti, SANTANGELI, *op. cit.*, 444 ss., in nota 18.

<sup>(29)</sup> La dottrina prevalente ammette questa domanda: DENTI, *op. cit.*, 115 ss., specie 121 ss.; BETTI, *op. cit.*, 118 ss., 269; SANTANGELI, 443 ss.; CAPONI, *op. cit.*, 1015 ss.; TURRONI, *op. cit.*, 726-727.

<sup>(30)</sup> Il passo riportato è di CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVIII, Torino, 1998, 236 ss., specie 240.

<sup>(31)</sup> I casi esaminati dalla giurisprudenza sono moltissimi, e comprovano come, nella prassi, vi siano frequentemente controversie tra le parti in ordine alla portata di una precedente sentenza, in ragione della sua non univoca interpretazione; il che è ben testimoniato dalla massima giurisprudenziale per cui « La portata del giudicato esterno va definita dal giudice del merito sulla base di quanto stabilito nel dispositivo della sentenza e, eventualmente, nella motivazione che la sorregge, potendosi far riferimento, in funzione interpretativa, alla domanda della parte solo in via residuale, qualora, all'esito dell'esame degli elementi dispositivi ed argomentativi di diretta emanazione giudiziale, persista un'obiettiva incertezza sul contenuto della statuizione » (così, da ultimo, Cass., 10 dicembre 2015, n. 24952; questo principio era già enunciato da DENTI, *op. cit.*, 48 ss.).

una controversia circa la sua interpretazione, cioè sul precetto da essa enunciato <sup>(32)</sup>.

Questa controversia ha modo di manifestarsi, soprattutto, quando la decisione sia utilizzata come titolo esecutivo per l'esecuzione forzata, oppure quando sia invocata in un successivo processo di cognizione: in sede esecutiva, la contestazione è avanzata con l'opposizione all'esecuzione ed è risolta in quel processo <sup>(33)</sup>; in un ordinario giudizio di cognizione, la contestazione è veicolata per lo più con l'eccezione di giudicato, ed è risolta dal giudice al fine della decisione sulla domanda proposta (concernente lo stesso diritto già accertato, oppure un diritto dipendente o incompatibile).

Ciò, però, non esclude che una vera e propria controversia possa manifestarsi, sul piano sostanziale, prima ed a prescindere dal processo: se la sentenza costituisce una *lex specialis*, un atto di normazione concreta, che detta la regola di condotta (incontrovertibile) delle parti in ordine ad un bene, può accadere che sorga un contrasto sul contenuto di questa regola e sui soggetti che ne sono destinatari, tutte le volte che l'accertamento giurisdizionale sia formulato in modo imperfetto <sup>(34)</sup>; l'incertezza della sentenza si riflette inevitabilmente in incertezza della situazione giuridica accertata <sup>(35)</sup>.

Non si vede, quindi, per quale ragione questa controversia non dovrebbe poter essere oggetto di una domanda di accertamento esercitata in via principale, volta a vedere dichiarata con autorità di giudicato quale sia la portata della precedente decisione. In questo modo, a differenza di quanto avviene quando il giudice risolve la questione concernente l'interpretazione della pronuncia anteriore *incidenter tantum*, cioè ai soli fini del

---

<sup>(32)</sup> DENTI, *op. cit.*, 128; BETTI, *op. cit.*, 119. Poiché, come si è detto, le ipotesi esaminate dalla giurisprudenza sono moltissime, si ricorda un solo caso, che appare emblematico. All'esito di un giudizio di reintegra nel possesso di un terrazzino, lo *spoliator* aveva spontaneamente ottemperato alla decisione, senza tuttavia eliminare anche la scala di accesso al bene, in quanto riteneva che il provvedimento avesse accertato una situazione di comproprietà tra lui e il vincitore del giudizio; ciò, invece, era negato da quest'ultimo, il quale, in modo diverso, ritenendo che fosse stato accertato il suo possesso esclusivo, reclamava l'eliminazione dell'opera. Dalla lettura della sentenza (Cass., 20 luglio 2011, n. 15902) si evince che la controversia tra le parti concerneva l'interpretazione del provvedimento possessorio: il dispositivo aveva per presupposto "*chiaramente il possesso esclusivo in capo al ricorrente*", mentre la motivazione esplicitava, in modo opposto, che sussisteva una situazione di comproprietà tra le parti.

<sup>(33)</sup> Nel caso ricordato alla nota precedente, il ricorrente vincitore aveva notificato il precetto e proposto ricorso *ex art. 612 c.p.c.*, a cui si era opposto *ex art. 615 c.p.c.* l'intimato.

<sup>(34)</sup> Questo profilo è trascurato dalla giurisprudenza, quando afferma che la discussione sull'interpretazione del giudicato può porsi solo quando si tratti di darvi esecuzione o di invocarne l'efficacia nel processo in corso o in successivi giudizi (confronta, Cass., 22 febbraio 1982, n. 1102; Cass., 26 aprile 2000, n. 5339; Cass., 8 giugno 2005, n. 12013). Ad esempio, nel caso ricordato nelle note precedenti, la controversia era stata risolta nel giudizio di opposizione all'esecuzione, ma non è dubbio che, sul piano sostanziale, le parti fossero in lite su quale fosse, alla stregua del provvedimento emesso, la regola di condotta vincolante dei loro comportamenti rispetto al bene della vita controverso (il possesso del terrazzino).

<sup>(35)</sup> DENTI, *op. cit.*, 136; BETTI, *op. cit.*, 118.

processo in corso, è dichiarato quale è il valore precettivo della statuizione con efficacia vincolante per le parti in ogni futuro giudizio <sup>(36)</sup>.

Con la domanda di interpretazione della sentenza, la parte presuppone che una decisione vi sia e sia esistente, ed afferma che essa ha un certo valore precettivo; tuttavia, deduce che, in ordine a questo, a causa della formulazione ambigua e non univoca della statuizione, vi è uno stato di incertezza, che chiede al giudice di dissipare, facendo ricorso agli strumenti interpretativi (è diverso, quindi, il caso in cui la parte deduca che la sentenza, a causa del contenuto impossibile, contraddittorio, indeterminato o incomprensibile, non è in grado di decidere in modo vincolante la *res in iudicium deducta* ed è quindi priva di effetti) <sup>(37)</sup>.

In definitiva, come si ammette la domanda di mero accertamento rispetto a un contratto, quando sia controverso il contenuto del precetto che in esso ha titolo, la si deve ammettere anche riguardo alla sentenza o al lodo, quando il precetto, in ordine a cui è sorta incertezza, ha titolo in tali atti <sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> DENTI, *op. cit.*, 121 ss., specie 127 ss.

<sup>(37)</sup> DENTI, *op. cit.*, 85 ss., specie 86-87, 128-129; MÜNCH, *op. cit.*, 451. Non sembra condivisibile, quindi, l'obiezione che A.A. ROMANO, *op. cit.*, 461, svolge rispetto alla tesi che ritiene ammissibile la domanda di interpretazione della sentenza in ordine al cui contenuto vi sia incertezza. Secondo l'Autore, il giudicato "non intelligibile" « non è in grado di affermare l'esistenza o l'inesistenza del diritto che forma oggetto del processo, non attribuisce né nega il bene della vita richiesto con l'azione, e ciò per la semplice ed intuitiva verità che l'accertamento incerto... è un *non accertamento* »; si tratta di una « pronuncia *inesistente* », di guisa che la domanda, impropriamente qualificata di accertamento del giudicato, in realtà ha ad oggetto il medesimo diritto sostanziale, che non è stato accertato dalla pronuncia, la quale, essendo inesistente, « è ad ogni effetto *tamquam non esset* ». Questa ricostruzione, a nostro avviso, trascura un elemento: nelle fattispecie in considerazione, la parte non afferma che la sentenza, avendo contenuto impossibile, contraddittorio, indeterminato o incomprensibile è priva di effetti (CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere Giuridiche*, VIII, cit., 245 ss., specie 259; e, da ultimi, ORIANI, *Nullità degli atti processuali civili*, in *Il diritto*, *Enc. Giur.*, Milano, 2007, 120 ss., specie 130-131; R. POLI, *Nullità degli atti processuali*, in *Il diritto-online*, *Enc. Giur.*, § 2.3), non pone affatto in dubbio che una efficace decisione vi sia; afferma che è sorta tra le parti una controversia circa il valore precettivo che quella sentenza ha, e che chiede al giudice di accertare, facendo uso degli idonei criteri interpretativi. All'esito del processo, il giudice, ricostruito il contenuto della sentenza, accerterà che essa ha un certo significato e non un altro; la qual cosa non esclude, ovviamente, che il magistrato, preso atto che la sentenza presenta un contenuto contraddittorio o impossibile, non sia in grado di accertarne il valore precettivo, e dichiarare conseguentemente che essa è priva di effetti (DENTI, *op. cit.*, 85 ss., 128).

<sup>(38)</sup> BETTI, *op. cit.*, 269; IRTI, *op. cit.*, 537. La giurisprudenza (v., le sentenze citate alla nota 23) e parte della dottrina (NASI, *op. cit.*, 308-309) obiettano che, per definizione, non può aversi incertezza dopo il giudicato. Ci sembra che questa affermazione sia frutto di un duplice equivoco. Innanzitutto, si scambia ciò che dovrebbe essere con ciò che effettivamente è: la prassi sta a dimostrare che, sebbene la sentenza dovrebbe eliminare ogni incertezza tra le parti, questa nondimeno può esservi, a causa del contenuto ambiguo o oscuro dell'accertamento giurisdizionale. In secondo luogo, e soprattutto, sono sovrapposti i piani: nelle fattispecie in considerazione, l'incertezza riguarda direttamente la sentenza, la quale può essere intesa in più modi, sebbene in realtà abbia soltanto un significato (quello che ad essa pertiene, in base alle regole dell'ermeneutica, e che si chiede al giudice di dichiarare). Vero è che questa incertezza si riflette sul diritto che ne è oggetto; ma il richiedente tutela vuole vedere dichiarato ciò che la sentenza

Così impostato, il problema dell'ammissibilità della domanda autonoma di interpretazione della sentenza si risolve integralmente in quello della verifica, nei singoli casi, della sussistenza dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

Come sempre avviene in ipotesi di domande di mero accertamento, occorre affidarsi alla prudenza del giudice, il quale è chiamato a verificare, alla luce delle circostanze concrete, che ricorra un'incertezza obiettiva circa il valore precettivo della decisione, la quale sia pregiudizievole per gli interessi del richiedente tutela; con la precisazione, che lo stato di incertezza rilevante, dati i caratteri dell'atto-sentenza e dei suoi effetti, non ricorre in ragione della mera contestazione dell'altra parte, ma deve necessariamente trarre ragion d'essere nel carattere ambiguo e non univoco del contenuto della statuizione (dunque, si presenta essenzialmente come una situazione di incertezza derivante da apparenza giuridica) <sup>(39)</sup>.

La (comprensibile) preoccupazione, sottesa all'orientamento negativo della giurisprudenza, di evitare che fattispecie già decise diano pretestuosamente corso a nuovi giudizi, è anche dell'interprete; tuttavia, essa non può portare alla negazione dell'ammissibilità della domanda autonoma, bensì deve richiamare l'attenzione sulla necessità che il giudice valuti, caso per caso, in modo approfondito e rigoroso, la sussistenza dell'interesse ad agire.

Molto spesso, crediamo, il requisito dell'interesse manca, o perché non vi è uno stato di incertezza pregiudizievole, o perché la domanda non consente all'istante di ottenere un risultato utile e non altrimenti conseguibile <sup>(40)</sup>; tuttavia, in taluni casi, esso può sussistere.

Quello che appare certo, però, è che non lo si può escludere *a priori*, come fanno coloro, i quali, pur riconoscendo che possa esservi un'incertezza sul contenuto precettivo della sentenza, osservano che questa non è pregiudizievole o comunque non è rilevante, perché si presta ad essere dissipata agendo in via esecutiva e nell'eventuale giudizio di opposizione promosso dall'esecutato <sup>(41)</sup>.

Questa obiezione non è risolutiva, neppure se si limiti l'attenzione alle sentenze di accoglimento della domanda giudiziale e si guardi esclusivamente alla posizione del vincitore del processo. Innanzitutto, agire in via esecutiva sulla base di un titolo, che, poi, in sede di opposizione, sia

---

ha statuito in ordine ad esso, e non intende affatto sottoporre ad un nuovo accertamento il diritto già deciso.

<sup>(39)</sup> In modo conforme, DENTI, *op. cit.*, 146.

<sup>(40)</sup> In questo modo, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, SANTANGELI, *op. cit.*, 449.

<sup>(41)</sup> In giurisprudenza: Cass., 26 aprile 2000, n. 5339 e Cass., 8 giugno 2005, n. 12013; in dottrina, NASI, *op. cit.*, 307-308; così, anche se in modo dubitativo, SATTA-PUNZI, *op. cit.*, 218-219, in nota 48.



reputato inidoneo, può comportare responsabilità a carico del precedente (art. 96, comma 2, c.p.c.); non si vede, quindi, perché impedire a questa parte di far luce, prima di muovere un passo che potrebbe essere fonte di gravi conseguenze a suo danno<sup>(42)</sup>. In secondo luogo, questa obiezione può essere opposta se a venire in considerazione sia una sentenza di condanna, ma non certo una pronuncia di mero accertamento o costitutiva.

Con riferimento a queste ultime, il conflitto di interessi tra le parti e il bisogno di tutela del vincitore dovrebbero essere, rispettivamente, composto e soddisfatto dalla sentenza di accoglimento, che accerta l'esistenza e il modo d'essere del diritto controverso o realizza la modificazione giuridica. Ma se, a causa di un'imperfetta redazione della sentenza, non sia chiara la portata precettiva della statuizione, quale strumento di tutela ha la parte interessata, se non l'azione di accertamento dell'effettivo contenuto della pronuncia<sup>(43)</sup>? Certo non quello di proporre una seconda domanda, con cui sia richiesto un nuovo accertamento del diritto già deciso: lo impedisce il divieto del *ne bis in idem*, a cui va (inevitabilmente) incontro la domanda, che l'attore stesso afferma avere ad oggetto un diritto oggetto di una precedente statuizione; lo impediscono, ancora, elementari esigenze di tutela del vincitore del processo: anche a voler ritenere superabile (ma non si vede come) l'*exceptio iudicati*, non vi è ragione valida perché questa parte, a causa di un'imperfetta formulazione della sentenza, debba vedere riaperta la controversia che era già stata decisa in senso a sé favorevole<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Può pensarsi soprattutto ai casi in cui dalla decisione non sia possibile ricavare con certezza l'oggetto della prestazione dovuta (ad esempio, nel processo era controverso il diritto al rilascio di più beni immobili, e la statuizione non consente di capire se gli immobili da rilasciare siano tutti o alcuni e, in questo caso, quali), il contenuto (ad esempio, in una lite relativa ad opere da distruggere, la decisione non chiarisce quali opere siano da rimuovere e quale estensione debba avere la distruzione) o l'ammontare della stessa (ad esempio, nel dispositivo non è liquidata la somma di denaro o non sono indicati il saggio o la decorrenza degli interessi, e tali elementi non si ricavano in modo univoco neppure dalla motivazione). Vero è che la giurisprudenza ammette l'integrazione extratestuale del titolo esecutivo giudiziale con gli atti e i documenti di causa, al fine di individuare l'oggetto e il contenuto del diritto accertato (Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067) e, più in generale, prevede che, quando vi sia incertezza, il giudicato possa essere interpretato anche alla luce della motivazione e, eventualmente, della domanda giudiziale (vedi la nota 31); tuttavia, poiché questa operazione ermeneutica può non essere agevole e presentare margini di errore, e comunque non è detto che conduca ad un risultato univoco, dovrebbe essere consentito alla parte interessata di proporre una domanda di mero accertamento, prima di dare corso (a proprio rischio) all'esecuzione forzata. Nel caso deciso da Cass. n. 15902/2011, cit., già ricordato, è stato accertato che l'intimante aveva erroneamente interpretato la decisione, la quale, contrariamente a quanto da lui ritenuto (non ingiustificatamente, per la verità, poiché così prevedeva il dispositivo), non gli riconosceva il diritto all'eliminazione dell'opera; egli è stato quindi condannato alla rifusione delle spese di giudizio ed è stato assolto dalla domanda ex art. 96, comma 2, c.p.c., solo perché il giudice ha ritenuto non dimostrato il danno subito dall'opponente.

<sup>(43)</sup> Per analogo rilievo, CAPONI, *op. cit.*, 1015; TURRONI, *op. cit.*, 727.

<sup>(44)</sup> A questa conclusione, invece, perviene A.A. ROMANO, *op. cit.*, 462-463.



Pertanto, considerazioni di carattere tecnico e di ordine pratico convergono nel senso di ammettere la domanda di accertamento del contenuto e degli effetti della decisione (sentenza o lodo) avente autorità di cosa giudicata, purché il richiedente tutela dimostri di avervi interesse *ex art. 100 c.p.c.*

A tale riguardo, prima di concludere, resta da compiere una precisazione. Ammesso che la domanda interpretativa del lodo (o della sentenza) possa essere decisa dagli arbitri, in tale sede la verifica dell'interesse ad agire assume caratteri in parte diversi da quelli che essa riveste nel giudizio statale. Infatti, dei due valori a presidio dei quali è posto l'istituto dell'art. 100 c.p.c. — l'economia processuale e la tutela del convenuto a fronte di azioni pretestuose — in sede arbitrale assume rilevanza soltanto il secondo; con la conseguenza, che è rimesso in via esclusiva al convenuto eccepire l'eventuale carenza di interesse dell'attore, e non vi è motivo di riconoscere il potere di rilievo officioso agli arbitri, in quanto nel giudizio privato non si pone l'esigenza di evitare l'indebito utilizzo della risorsa pubblica "giustizia".

ALESSANDRO MOTTO

## II) STRANIERA

### Sentenze annotate

SVIZZERA - TRIBUNAL FEDERAL, I Corte di diritto civile; sentenza 4A\_709/2014  
21 maggio 2015; KISS *Pres.*; HOHL, NIQUILLE *Giud.*; A. SA c. B. Sàrl.

**Arbitrato commerciale internazionale - Diritto svizzero - Contratto di arbitrato - Natura intrinsecamente personale - Assistenza di un segretario amministrativo del tribunale arbitrale (ammessa) - Assistenza di un consulente legale del tribunale arbitrale (ammessa) - Consenso implicito delle parti all'accordo compromissorio - Costituzione irregolare del tribunale arbitrale (negata) - Procedura di ricsuzione - Onere di allegazione nella procedura arbitrale (*Rügeflicht*) - Decadenza - Impugnabilità del lodo - Art. 179 Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) - Art. 180 cpv. 1 lett. *b* et *c* LDIP - Art. 180 cpv. 3 LDIP - Art. 182 LDIP - Art. 190 cpv. 2 lett. *a* LDIP - Art. 77 Legge sul Tribunale federale (LTF).**

*Il contratto di arbitrato stipulato tra le parti e l'arbitro è basato sulle competenze specifiche dell'arbitro ed è intrinsecamente personale. L'arbitro non può quindi delegarne l'esecuzione. Il divieto di delega non proibisce l'assistenza di consulenti esterni. Tuttavia, le prerogative fondamentali inerenti alla funzione giudiziaria dell'arbitro restano di competenza esclusiva dell'arbitro.*

#### FAITS:

A. A.a. Le 20 novembre 2012, la société de droit luxembourgeois B. \_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après: B. \_\_\_\_\_), en tant que maître de l'ouvrage, d'une part, et la société de droit suisse A. \_\_\_\_\_ SA (ci-après: A. \_\_\_\_\_), en qualité d'entrepreneur général, d'autre part, ont signé un contrat d'entreprise générale, pour un prix forfaitaire de 5'085'000 fr., en vue de la rénovation d'un immeuble locatif sis à Bienne. Une année plus tôt, le maître de l'ouvrage avait conclu un contrat d'architecte, relativement au même projet, avec la société C. \_\_\_\_\_ SA, dont le dénommé D. \_\_\_\_\_, est le président du conseil d'administration.

L'art. 2 du contrat d'entreprise générale listait, selon un ordre de priorité déterminé, une série de documents formant partie intégrante de cet accord; il déclarait applicables, dans la même mesure, les dispositions du Code suisse des

obligations (CO). A l'art. 16 dudit contrat, une clause arbitrale prévoyait ce qui suit:

“Tous les différends qui pourraient survenir au sujet du présent contrat, y compris concernant l'interprétation ou l'application du présent contrat, seront exclusivement réglés par un arbitre unique. Les parties désignent D\_\_\_\_\_. en tant qu'unique arbitre, qui décidera selon le principe ex aequo et bono, et déclarent qu'ils (sic) reconnaîtront son jugement comme final et obligatoire, sans possibilité de recours à un autre arbitre ou à un tribunal”.

A.b. Par lettre recommandée de son mandataire, envoyée le 3 avril 2014 à A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_, invoquant l'art. 366 CO, s'est départie du contrat d'entreprise générale avec effet immédiat. Un litige entre les parties, quant à l'exécution de leurs obligations respectives, en est résulté.

B. B.a. Le 9 avril 2014, B. \_\_\_\_\_, se fondant sur la clause arbitrale insérée dans le contrat d'entreprise générale, a adressé une requête d'arbitrage à D. \_\_\_\_\_, l'arbitre unique ad hoc (ci- après: l'arbitre) désigné dans ladite clause, lequel l'a communiquée à A. \_\_\_\_\_.

En date du 15 avril 2014, l'arbitre a notifié aux parties une “ordonnance procédurale n° 1”. Selon cette ordonnance, d'ailleurs modifiable en tout temps par l'arbitre, Genève serait le siège et le français la langue de l'arbitrage. La procédure serait, en principe, écrite, forme sous laquelle les témoins déposeraient, l'arbitre conservant toutefois la possibilité de tenir une audience pour permettre à la partie adverse d'interroger les témoins. Les faits et moyens de preuve nouveaux ne seraient pas admis après le dépôt de la première écriture de la partie les invoquant. Enfin, l'autre partie devrait se substituer à la partie défaillante pour payer la part de l'avance de frais incombant à celle-ci.

A. \_\_\_\_\_, qui n'a pas versé sa part de l'avance de frais, s'est plainte, à plusieurs reprises, après avoir reçu le mémoire de demande le 6 mai 2014, de prétendus vices affectant l'ordonnance procédurale n° 1. Le 16 mai 2014, elle a requis formellement l'arbitre de se récuser, après avoir saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève, mis en oeuvre comme juge d'appui, d'une requête similaire.

Par sentence incidente du 2 juin 2014, l'arbitre a rejeté la demande de récusation. Le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable la requête similaire par jugement du 23 septembre 2014. En bref, il a retenu que la requérante était déjà consciente, lorsqu'elle avait signé le contrat d'entreprise générale incluant la clause arbitrale précitée, du rôle que le futur arbitre allait jouer dans l'exécution du chantier, du fait que cet architecte n'avait pas de connaissances juridiques et des liens que celui-ci entretenait avec les parties et diverses sociétés proches de ces dernières. Pour le surplus, le juge d'appui a considéré que la requérante avait par trop tardé à agir à réception de l'ordonnance procédurale n° 1, si bien qu'elle était forclosée à invoquer le contenu de cet acte comme motif de récusation.

Cet incident réglé, la procédure arbitrale a continué suivant des modalités qui ne seront évoquées, plus loin, que dans la mesure où elles revêtent de l'importance eu égard aux griefs articulés dans le recours soumis à la Cour de céans.

A la demande de A. \_\_\_\_\_, l'arbitre a tenu, le 31 octobre 2014, une audience destinée à l'audition des témoins de B. \_\_\_\_\_ ainsi qu'aux plaidoiries des parties. Au terme de cette audience, il a gardé la cause à juger.

Dans une lettre du 13 novembre 2014, A. \_\_\_\_\_ a repris plusieurs griefs qu'elle avait déjà formulés antérieurement et sollicité la rectification du procès-verbal de la susdite audience.

B.b. Par sentence finale du 14 novembre 2014, l'arbitre a condamné A. \_\_\_\_\_ à payer à B. \_\_\_\_\_ la somme de 2'459'324 fr. 08, avec intérêts à 5% l'an dès le 9 avril 2014, de même que la somme de 70'000 fr. à titre de dépens. Les frais de la procédure arbitrale, arrêtés à 70'000 fr. également, ont été mis à la charge de A. \_\_\_\_\_, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions.

C. Le 17 décembre 2014, A. \_\_\_\_\_ (ci-après: la recourante) a formé un recours en matière civile, assorti d'une requête d'effet suspensif. Se plaignant, tout d'abord, de la manière dont le Tribunal arbitral a été composé (art. 190 al. 2 let. a LDIP), elle reproche, en outre, à l'arbitre d'avoir statué au-delà des demandes dont il était saisi (art. 190 al. 2 let. c LDIP), d'avoir violé son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP) et d'avoir rendu une sentence incompatible avec l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP). La recourante demande au Tribunal fédéral d'annuler la sentence finale du 14 novembre 2014.

L'arbitre, qui a produit son dossier, a indiqué, dans une lettre du 21 janvier 2015, qu'il estime infondés les griefs articulés par la recourante.

Dans sa réponse du 9 février 2015, B. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'intimée) a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

La recourante a confirmé ses conclusions en tête de sa réplique du 25 février 2015, tandis que l'intimée a renoncé à déposer une duplique, tout en soulignant, dans une lettre du 12 mars 2015, qu'elle conteste entièrement les observations formulées dans la réplique.

#### CONSIDÉRANT EN DROIT:

1. Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 LTF). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir, du délai de recours ou encore des motifs de recours invoqués, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière. Demeure réservé l'examen de la recevabilité des différents griefs articulés dans le mémoire de recours. Il sied de préciser, au demeurant, que l'hypothèse d'une renonciation au recours, à laquelle la fin du texte de la clause arbitrale susmentionnée pourrait éventuellement donner corps, n'entre pas en ligne de compte en l'espèce, dès lors que l'une des parties a son siège en Suisse (cf. art. 192 al. 1 LDIP).

2. 2.1. Pour qu'un grief admissible et dûment invoqué dans le recours en matière civile soit recevable, encore faut-il qu'il soit motivé, ainsi que le prescrit l'art. 77 al. 3 LTF. Cette disposition correspond à ce que prévoit l'art. 106 al. 2 LTF pour le grief tiré de la violation de droits fondamentaux ou de dispositions de droit cantonal et intercantonal. A l'instar de cet article, elle institue le principe d'allégation (Rügeprinzip) et exclut, par là même, la recevabilité des critiques appellatoires. De plus, le recourant ne peut se servir de la réplique ni pour invoquer des moyens, de fait ou de droit, qu'il n'avait pas présentés en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de recours non prolongeable (art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 47 al. 1 LTF), ni pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante (arrêt 4A\_199/2014 du 8 octobre 2014 consid. 3.1 et le précédent cité).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF). Aussi bien, sa mission, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste pas à statuer avec une pleine cognition, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non (arrêt 4A\_199/2014, précité, consid. 4). Il convient d'examiner, à la lumière des principes rappelés ci-dessus, la recevabilité et le bien-fondé des moyens soulevés dans le recours.

3. 3.1. La recourante soutient, en premier lieu, que la sentence attaquée a été rendue en violation de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, étant donné qu'elle émane de deux arbitres — à savoir, l'architecte D. \_\_\_\_\_ et l'avocat genevois E. \_\_\_\_\_ —, lesquels ont été épaulés, de surcroît, par un secrétaire (Me F. \_\_\_\_\_, avocat à Genève), alors que la clause arbitrale, insérée dans le contrat d'entreprise générale, ne prévoyait qu'un seul arbitre, nommément désigné, i.e. D. \_\_\_\_\_, et ne réservait pas la possibilité de désigner un secrétaire. Selon elle, l'audience du 31 octobre 2014, qui a duré plus de quatre heures, aurait été conduite intégralement par Me E. \_\_\_\_\_, lequel, à l'inverse de l'arbitre D. \_\_\_\_\_, aurait pris de nombreuses notes. Et la recourante d'ajouter qu'elle a dénoncé sans succès cette manière de procéder dans une lettre adressée le 13 novembre 2014 à l'arbitre.

Dans sa réponse, l'intimée affirme, à l'inverse de la recourante, que les avocats E. \_\_\_\_\_ et

F. \_\_\_\_\_ n'ont apporté qu'un soutien administratif à l'arbitre D. \_\_\_\_\_, sans participer d'aucune façon à la prise de décision, de sorte que leur rôle peut être assimilé à celui de secrétaires juridiques. Elle précise que, si la recourante s'était opposée à la participation de ces deux avocats à la susdite audience, c'était de mauvaise foi et dans le seul but de torpiller la procédure arbitrale, d'autant qu'elle savait, depuis le début de celle-ci, que l'arbitre avait décidé de constituer, à ses propres frais, un secrétariat juridique, puisqu'il en avait informé les parties dans une lettre du 21 mai 2014.

3.2. 3.2.1. En vertu de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international peut être attaquée lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé.

Selon la jurisprudence, l'art. 190 al. 2 let. a LDIP couvre deux griefs: la violation des règles — conventionnelles (art. 179 al. 1 LDIP) ou légales (art. 179 al. 2 LDIP) — sur la nomination des arbitres, d'une part; le non-respect des règles touchant l'impartialité et l'indépendance des arbitres (art. 180 al. 1 let. b et c LDIP), d'autre part (arrêt 4A\_146/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3.2). Le grief tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral inclut aussi l'hypothèse dans laquelle le tribunal a été constitué en violation de la convention des parties. Ainsi en va-t-il du non-respect du nombre d'arbitres indiqué dans la convention d'arbitrage (AT F 139 III 511 consid. 4 p. 515). Au demeurant, pour ce qui est de la récusation, lorsque le juge d'appui a statué sur une requête ad hoc selon l'art. 180 al. 3 LDIP, sa décision ne peut être attaquée indirectement dans le cadre d'un recours dirigé contre une sentence ultérieure et fondé sur l'art. 190 al. 2 let. a LDIP (AT F 138 III 270 consid. 2).

3.2.2. La mission juridictionnelle confiée à l'arbitre est éminemment personnelle, et le contrat d'arbitre est conclu *intuitu personae*. Cela implique que l'arbitre doit accomplir lui-même sa mission, sans la déléguer à un tiers, fût-il un confrère travaillant dans le même cabinet que lui s'il est avocat (THOMAS CLAY, *L'arbitre*, 2001, n. 422, 632, 785 et 895). Il importe donc, au stade de la prise de décision, que l'arbitre connaisse le dossier, délibère et participe à la formation de la volonté du tribunal arbitral; pour cela, le président doit conserver la maîtrise intellectuelle de l'issue du litige et le coarbitre contribuer au processus décisionnel (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *Arbitrage international*, 2e éd. 2010, n. 678). La sentence rendue en violation de cette règle non écrite, qui est parfois méconnue dans la pratique arbitrale (CLAY, *op. cit.*, n. 785), pourra être annulée par la voie d'un recours en matière civile fondé sur l'art. 190 al. 2 let. a LDIP (BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3e éd. 2015, n. 975).

Cette interdiction de déléguer la tâche d'arbitrer à autrui n'exclut pas nécessairement le recours à l'assistance de tiers (BERGER/KELLERHALS, *op. cit.*, n. 1007). Ainsi est-il généralement admis que la possibilité, offerte par l'art. 365 al. 1 CPC (RS 272) au tribunal arbitral, de désigner un secrétaire dans un arbitrage interne vaut aussi en matière d'arbitrage international, quand bien même le chapitre 12 de la LDIP ne la mentionne pas (BERGER/KELLERHALS, *op. cit.*, n. 1008; TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2014, n. 883). Comme le souligne le dernier auteur cité, le projet du Conseil fédéral soumettait la désignation d'un secrétaire à l'accord des parties (FF 2006 7103), mais cette condition a été abandonnée à l'instigation du Conseil des Etats pour favoriser l'autonomie organisationnelle du tribunal arbitral et éviter des retards (BO 2007 CE 641). Doit cependant être réservée la volonté commune des parties, exprimée dans la convention d'arbitrage ou dans un accord ultérieur, d'exclure la désignation d'un secrétaire (GÖKSU, *op. cit.*, n. 880). Les tâches du secrétaire juridique sont comparables à celles d'un greffier en procédure étatique: organisation des échanges d'écritures, préparation des audiences, tenue du procès-verbal, établissement des décomptes de frais, etc. Elles n'excluent pas une certaine assistance dans la rédaction de la sentence, sous le contrôle et conformément aux directives du tribunal arbitral ou, s'il n'est pas unanime, des arbitres majoritaires, ce qui suppose que le secrétaire assiste aux audiences et aux délibérations du tribunal arbitral. Il lui est, en revanche, interdit, sauf convention contraire des parties, d'exercer des fonctions de nature judiciaire, lesquelles doivent demeurer l'apanage des seuls arbitres (GÖKSU, *op. cit.*, n. 879; voir aussi: KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *ibid.*).

Le recours aux services d'un secrétaire n'est du reste pas la seule faculté offerte à un tribunal arbitral d'obtenir un appui externe, puisqu'aussi bien l'assistance requise peut provenir de diverses autres sources (BERGER/KELLERHALS, *op. cit.*, n. 1013). C'est toujours sous la réserve, formulée plus haut, que le tribunal arbitral n'abandonne pas aux auxiliaires commis par lui les prérogatives inhérentes à sa mission, en particulier celle de trancher lui-même le différend qui lui a été soumis.

Ainsi, dans les arbitrages complexes de nature technique ou commerciale, le tribunal arbitral fait souvent appel à des consultants externes afin qu'ils l'aident à traiter des questions pointues, de caractère non juridique, qu'il ne serait pas à même de saisir complètement sans être épaulé par des spécialistes du domaine

considéré, démarche qui comporte évidemment des avantages mais aussi des risques (cf., parmi d'autres: BERNHARD F. MEYER/JONATAN BAIER, *Arbitrator Consultants - Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations*, in *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage [ASA]*, 2015, p. 37 ss). Pour le reste, il est admis que, si les parties n'ont pas réglé la procédure, le tribunal arbitral, qui la fixe lui-même en vertu de l'art. 182 al. 2 LDIP, a le droit de désigner un consultant de sa propre initiative, sans requérir leur consentement préalable (MEYER/BAIER, *op. cit.*, p. 44).

3.3. L'examen du moyen pris de la violation de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP suppose que soient relatés, au préalable, les faits procéduraux pertinents de ce point de vue.

Par lettre du 20 mai 2014, faisant suite à une demande analogue contenue dans un courrier qu'elle lui avait envoyé le 16 du même mois, la recourante déclarait à l'arbitre attendre avec intérêt ses explications détaillées sur "les avocats de l'ombre" qui l'assistaient, ne fût-ce que pour se convaincre que rien ne lui avait suggéré par le cabinet d'avocats de l'intimée.

L'arbitre lui a répondu ce qui suit dans un courrier du 21 mai 2014: "Je confirme être assisté par un conseil juridique indépendant disposant d'une grande expérience en matière d'arbitrage qui n'est pas le conseil de l'une des parties et dont je prends personnellement et entièrement en charge la rémunération".

La recourante n'est apparemment plus revenue à la charge jusqu'à l'audience d'instruction et de plaidoiries du 31 octobre 2014. Selon le procès-verbal de cette audience, l'arbitre était assisté de Mes F. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_, susnommés, en qualité, respectivement, de secrétaire et de conseil. Il en appert que l'avocat de la recourante s'est opposé en vain à la présence de Me E. \_\_\_\_\_, "avocat conseil de l'arbitre", lors de l'audition des témoins à laquelle il a été procédé au cours de cette audience. En revanche, il ne ressort pas du procès-verbal, non plus que d'autres éléments du dossier de l'arbitrage, que le rôle joué à cette occasion par les deux avocats genevois, et singulièrement par Me E. \_\_\_\_\_, ait été au-delà d'un simple soutien administratif et juridique dans le traitement des questions de procédure qui se posaient à l'arbitre. Du moins, rien ne vient étayer les allégations de la recourante tendant à démontrer que l'avocat genevois aurait pris la direction effective des opérations en lieu et place de l'arbitre, lequel n'aurait fait qu'assister passivement à l'audience sans y prendre la moindre note. Sans doute la recourante s'est-elle plainte, dans une lettre du 13 novembre 2014, du caractère lacunaire du procès-verbal sur ce point en invitant l'arbitre à rectifier ce document. Toutefois, cette requête, à laquelle il n'a semble-t-il pas été donné suite, ne suffit manifestement pas à prouver la véracité des dires de l'intéressée.

Le 14 novembre 2014, l'arbitre a rendu la sentence attaquée. Dans le chapitre 2 de celle-ci, il indique avoir été désigné par les parties comme arbitre unique, avant de formuler la remarque suivante:

"Compte tenu de l'attitude ouvertement hostile à son égard adoptée par A. \_\_\_\_\_ SA, le Tribunal arbitral a choisi de se faire assister par Mmes E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ de l'Etude G. \_\_\_\_\_ à Genève, à ses frais et aux seules fins de tenir le procès-verbal d'audience, de conseiller le Tribunal arbitral lors de l'audience au sujet des innombrables objections soulevées notamment par A. \_\_\_\_\_ SA et d'assister le Tribunal arbitral dans la rédaction de la sentence. Ces deux hommes de loi ont tenu le procès-verbal et ont conseillé le Tribunal arbitral afin que les

règles élémentaires de procédure arbitrale, avec lesquelles le non-juriste arbitre unique n'était pas nécessairement entièrement familier, soient respectées. Ce faisant, MMes E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ n'ont agi qu'à la demande du Tribunal arbitral, dans le cadre de l'art. 365 CPC, sans participer à la prise de décision ou à l'issue de la sentence que le Tribunal arbitral assume seul, sans influence ni conseil". Enfin, dans sa prise de position adressée au Tribunal fédéral le 21 janvier 2015, l'arbitre a encore indiqué ce qui suit:

"Je tiens toutefois à préciser que la clause arbitrale m'oblige à statuer *ex aequo et bono* et que j'ai pris l'initiative de me faire assister par une Etude d'avocats uniquement afin de garantir le respect des règles impératives de procédure. Cela étant, je tiens à souligner que j'ai rendu la sentence arbitrale disputée selon mon intime conviction et après audition des parties ainsi que de leurs témoins sans que les avocats consultés ne m'aient influencé dans la prise de décisions".

3.4. Appliqués aux faits procéduraux qui viennent d'être exposés, les principes juridiques rappelés plus haut appellent les remarques formulées ci-après.

Par jugement du 23 septembre 2014, le Tribunal de première instance du canton de Genève a déclaré irrecevable la demande de récusation de l'arbitre formée par la recourante. Il n'est plus possible de revenir sur cette décision, même indirectement, dans le cadre du recours fondé sur l'art. 190 al. 2 let. a LDIP. Aussi bien, la recourante ne le fait-elle pas. Le jugement en question ne s'oppose pas, en revanche, à ce qu'elle dénonce, sur la même base, les vices dont serait entachée la procédure conduite par l'arbitre, étant donné qu'ils résideraient essentiellement, à l'en croire, dans la manière dont s'est déroulée l'audience du 31 octobre 2014, soit dans une circonstance postérieure audit jugement.

Affirmer, comme le fait la recourante, que le Tribunal arbitral était composé "de deux arbitres" — D. \_\_\_\_\_ et E. \_\_\_\_\_ — n'est pas conforme à la réalité. Il résulte bien plutôt des remarques formulées plus haut que D. \_\_\_\_\_ a bel et bien statué en tant qu'arbitre unique, même s'il a bénéficié des conseils d'un avocat (Me E. \_\_\_\_\_) pour la mise en oeuvre de la procédure arbitrale et qu'il a eu recours aux services d'un secrétaire juridique en la personne de Me F. \_\_\_\_\_.

Contrairement à l'avis de l'intéressée, ce dispositif procédural ne violait nullement les prescriptions de la clause arbitrale insérée dans le contrat d'entreprise générale.

On peut se demander, à la suite de l'intimée (réponse, n. 80), si la recourante n'a pas adopté une attitude incompatible avec les règles de la bonne foi en attendant la tenue de l'audience du 31 octobre 2014 pour se plaindre de l'aide externe sollicitée par l'arbitre, alors que celui-ci l'en avait déjà formellement informée, quelque cinq mois plus tôt, par lettre du 21 mai 2014.

Quoi qu'il en soit, rien ne s'opposait, en l'espèce, à ce que l'arbitre unique nommé par les parties pour trancher leur différend en équité, à savoir un architecte que sa formation ne prédisposait pas à régler des questions de procédure délicates dans un arbitrage pour le moins conflictuel, s'attachât les services d'un avocat-conseil et d'un secrétaire pour l'épauler dans la conduite de la procédure arbitrale. S'agissant de la fonction de secrétaire, dévolue à Me F. \_\_\_\_\_, elle n'appelle pas de commentaires particuliers. Plus singulier déjà était le rôle confié à Me E. \_\_\_\_\_, que l'intimée assimile à tort à un secrétaire du



Tribunal arbitral (réponse, n. 83). On peut le comparer à celui d'un consultant, évoqué plus haut (cf. consid. 3.2.2, 3e §), sauf à préciser qu'à l'inverse du cas ordinaire susmentionné, le consultant dont il est ici question n'a pas été choisi pour son expertise technique dans la branche où le litige est né (la construction), l'arbitre étant déjà un homme de l'art, mais pour les connaissances spécifiques qu'il possédait dans le domaine de la procédure arbitrale. Par ailleurs, comme les parties n'avaient pas réglé elles-mêmes la procédure à suivre, l'arbitre était en droit de désigner de son propre chef les personnes chargées de l'épauler. Il l'a d'ailleurs fait à ses propres frais, sans qu'il en coûtât quoi que ce fût aux parties. Du reste, la recourante ne prétend pas qu'elle aurait eu des motifs de demander la récusation du secrétaire ou du consultant, et elle n'a d'ailleurs entrepris aucune démarche dans ce sens. Enfin, comme on l'a déjà souligné, rien ne permet d'affirmer, sur le vu du dossier de l'arbitrage, que l'un ou l'autre des deux auxiliaires choisis par l'arbitre ait outrepassé ses pouvoirs et se soit transformé en arbitre de fait.

Dans ces conditions, le grief de la recourante se rapportant à la constitution du Tribunal arbitral tombe à faux.

4. En second lieu, la recourante reproche à l'arbitre d'avoir statué *ultra petita* en la condamnant à payer 2'459'324 fr. 08, plus intérêts, à l'intimée, alors que celle-ci avait pris, dans sa dernière écriture (un mémoire complémentaire daté du 7 octobre 2014), des conclusions sur le fond tendant à ce que son adverse partie fût condamnée à lui payer 599'794 fr. 82, plus intérêts, du chef des factures impayées de sous-traitants et de fournisseurs, ainsi que 316'990 fr., intérêts en sus, au titre du gain manqué.

4.1. L'art. 190 al. 2 let. c LDIP permet d'attaquer une sentence, notamment, lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi. Tombent sous le coup de cette disposition les sentences qui allouent plus ou autre chose que ce qui a été demandé (*ultra ou extra petita*). Cependant, selon la jurisprudence, le tribunal arbitral ne statue pas au-delà des demandes s'il n'alloue en définitive pas plus que le montant total réclamé par la partie demanderesse, mais apprécie certains des éléments de la réclamation autrement que ne l'a fait cette partie ou encore lorsque, étant saisi d'une action négatoire de droit qu'il estime infondée, il constate l'existence du rapport juridique litigieux dans le dispositif de sa sentence plutôt que d'y rejeter cette action. Le tribunal arbitral ne viole pas non plus le principe *ne eat iudex ultra petita partium* s'il donne à une demande une autre qualification juridique que celle qui a été présentée par le demandeur. Le principe *jura novit curia*, qui est applicable à la procédure arbitrale, impose en effet aux arbitres d'appliquer le droit d'office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties. Il leur est donc loisible de retenir des moyens qui n'ont pas été invoqués, car on n'est pas en présence d'une nouvelle demande ou d'une demande différente, mais seulement d'une nouvelle qualification des faits de la cause. Le tribunal arbitral est toutefois lié par l'objet et le montant des conclusions qui lui sont soumises, en particulier lorsque l'intéressé qualifie ou limite ses prétentions dans les conclusions elles-mêmes (arrêt 4A\_440/2010 du 7 janvier 2011 consid. 3.1 et le précédent cité).

4.2. Appliqués au cas particulier, ces principes commandent de rejeter le grief de la recourante fondé sur le motif prévu à l'art. 190 al. 2 let. c LDIP.

Contrairement à ce que soutient la recourante, les dernières conclusions de l'intimée ne sont pas celles qui ressortent du mémoire complémentaire du 7 octobre 2014. En effet, au n. 6.2.4 de sa sentence, l'arbitre constate, de manière à lier le Tribunal fédéral (cf. consid. 2.2 ci-dessus), que l'intéressée a précisé ses conclusions lors de l'audience du 31 octobre 2014, en réclamant le paiement de 599'794 fr. 82, de 30'695 fr., de 1'301'331 fr. 06, de 483'317 fr. et de 44'186 fr. 20, soit d'un total de 2'459'324 fr. 08, intérêts non compris. Et c'est bien à ce montant-ci qu'il a ramené la somme due selon lui par la recourante (2'895'691 fr. 63), afin de ne pas statuer au-delà des demandes dont il était saisi (sentence, n. 9.3 et 9.4).

La recourante se demande en vain comment l'arbitre a pu finalement aboutir aux montants retenus par lui, car une éventuelle contradiction entre les considérants et le dispositif de la sentence attaquée resterait sans incidence sur le traitement du grief examiné. Il en va de même de son affirmation selon laquelle la modification des conclusions de la demande au stade des débats principaux contrevenait à l'une des dispositions arrêtées dans l'ordonnance procédurale n° 1. Aussi bien, décider si l'arbitre est resté, oui ou non, dans les limites des conclusions qui lui ont été effectivement soumises ne dépend pas du point de savoir si ces conclusions ont été prises en temps utile au regard de la procédure applicable.

5. La recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue à maints égards dans un troisième moyen.

5.1. Tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. *d* LDIP, le droit d'être entendu n'a en principe pas un contenu différent de celui consacré en droit constitutionnel (ATF 127 III 576 consid. 2c; 119 II 386 consid. 1b; 117 II 346 consid. 1a p. 347). Ainsi, il a été admis, dans le domaine de l'arbitrage, que chaque partie avait le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral (AT F 127 III 576 consid. 2c; 116 II 639 consid. 4c p. 643).

Le droit d'être entendu en procédure contradictoire, au sens de l'art. 190 al. 2 let. *d* LDIP, n'exige certes pas qu'une sentence arbitrale internationale soit motivée (ATF 134 III 186 consid. 6.1 et les références). Il impose, toutefois, aux arbitres un devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (ATF 133 III 235 consid. 5.2 p. 248 et les arrêts cités). Ce devoir est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre. Si la sentence passe totalement sous silence des éléments apparemment importants pour la solution du litige, c'est aux arbitres ou à la partie intimée qu'il appartient de justifier cette omission dans leurs observations sur le recours. Il leur incombe de démontrer que, contrairement aux affirmations du recourant, les éléments omis n'étaient pas pertinents pour résoudre le cas concret ou, s'ils l'étaient, qu'ils ont été réfutés implicitement par le tribunal arbitral.

Cependant, les arbitres n'ont pas l'obligation de discuter tous les arguments invoqués par les parties, de sorte qu'il ne peut leur être reproché, au titre de la violation du droit d'être entendu en procédure contradictoire, de n'avoir pas réfuté, même implicitement, un moyen objectivement dénué de toute pertinence (AT F 133 III 235 consid. 5.2 et les arrêts cités).

5.2. En l'espèce, la recourante rappelle, certes, ces principes dans son mémoire. Elle n'en fait, toutefois, plus grand cas dans ses explications subséquentes, censées constituer "quelques exemples" illustrant la violation de son droit d'être entendue, lesquelles explications revêtent un caractère manifestement appellatoire et tendent, en réalité, à remettre en cause, sous le couvert de la garantie procédurale invoquée, les constatations de fait retenues dans la sentence finale et leur appréciation juridique par l'arbitre. Cette remarque d'ordre général mise à part, les griefs articulés dans le cadre du moyen traité se révèlent infondés, dans la mesure de leur recevabilité, pour les motifs indiqués ci-après.

5.2.1. Tout d'abord, la recourante reproche à l'arbitre de ne pas avoir examiné les faits et les moyens de preuve pertinents invoqués régulièrement par elle. A l'en croire, l'arbitre n'aurait pas évoqué la question des retards avec lesquels l'intimée avait payé ses factures, alors qu'elle-même avait développé, "dans [s]es écritures", ce point central formant l'objet de "la pièce 40 DEF". La recourante souligne, en outre, qu'aucune des dépositions écrites produites par elle n'a été prise en compte par l'arbitre, quand bien même il en ressortait qu'aucune date d'achèvement des travaux n'avait été convenue, que de nombreux travaux supplémentaires avaient fait l'objet d'une demande expresse de l'architecte D. \_\_\_\_\_ et que ni la toiture ni la façade ne présentaient le moindre défaut.

Ainsi formulé, le grief n'apparaît pas suffisamment motivé. La recourante n'y indique pas à quel endroit de ses écritures elle avait développé la question prétendument centrale des retards imputés à l'intimée, pas plus qu'elle n'explique en quoi la pièce invoquée par elle revêtait de l'importance au regard des questions juridiques à traiter par l'arbitre. Il n'appartient pas à la Cour de céans de suppléer d'office à la motivation lacunaire du mémoire de recours sur ces points-là. Quant aux brèves explications complémentaires fournies par l'intéressée en page 8 de sa réplique, elles ne sauraient être prises en considération, eu égard à la jurisprudence relative à l'objet limité d'un tel mémoire (cf. consid. 2.1 ci-dessus). Pour le reste, la recourante ne fait que remettre en cause l'appréciation des preuves qui a permis à l'arbitre de procéder aux constatations de fait incriminées par elle.

5.2.2. La recourante reproche ensuite à l'arbitre de ne pas être entré en matière sur ses conclusions préalables, en particulier sur ses demandes d'un transport sur place et d'une expertise.

S'agissant du transport sur place, l'arbitre a jugé la requête ad hoc tardive, pour avoir été déposée le 10 juin 2014 seulement, alors qu'il avait fixé aux parties, le 11 avril 2014, un délai au 22 avril 2014 pour solliciter un état des lieux contradictoire du chantier. La recourante tente en vain de remettre en cause, à ce stade de la procédure, la fixation d'un tel délai et elle ne saurait déduire du droit à la preuve, en tant qu'élément constitutif de la garantie du droit d'être entendu, l'obligation pour l'arbitre d'administrer un moyen de preuve qui ne lui a pas été présenté en temps utile. De surcroît, l'arbitre a encore énoncé deux autres motifs à l'appui de son refus d'ordonner l'inspection des lieux requise à laquelle l'intimée s'opposait, motifs que la recourante laisse intacts: le premier tenait au fait que cette dernière n'avait pas exposé les raisons pour lesquelles un transport sur place serait indispensable à la résolution du litige; le second, au fait que la requête en question allait à l'encontre de la volonté des parties de désigner l'arbitre en raison de sa parfaite connaissance du dossier et du chantier (sentence, n. 7.7.3.3 et 7.7.3.4).

Quant à l'expertise, l'arbitre l'a estimée contraire à la volonté des parties, manifestée lors de la conclusion du contrat d'entreprise générale, de nommer l'architecte du projet comme arbitre unique dans le but d'éviter de devoir recourir à une expertise en cas de litige (sentence, n. 7.8.3.3). Cette constatation souveraine quant à la volonté concordante des parties au sujet de ce moyen de preuve s'oppose à l'admission du grief tiré de la violation du droit à la preuve.

Il va de soi, sur un plan plus général, que le choix, pour le moins singulier, des parties de désigner l'architecte même du projet en tant qu'arbitre unique ne s'explique guère autrement que par le souci de limiter l'administration des preuves dans toute la mesure du possible et d'éviter ainsi une procédure longue et coûteuse. Que la recourante ne soit pas satisfaite de l'issue du litige n'est pas une raison pour l'autoriser à venir contester a posteriori un tel choix, dont les conséquences, voire les risques, ne pouvaient lui échapper.

5.2.3. On ne perçoit guère où la recourante veut en venir lorsqu'elle fait grief à l'arbitre de ne pas avoir pris en considération sa lettre du 13 novembre 2014. Il est constant que ce courrier a été adressé à l'arbitre après que celui-ci avait gardé la cause à juger à l'issue de l'audience du 31 octobre 2014. La recourante n'était donc plus en droit de requérir l'administration de preuves à ce stade de la procédure.

5.2.4. La recourante reproche, par ailleurs, à l'arbitre d'avoir rejeté sa demande d'audition de ses propres témoins, tout en permettant à l'intimée de poser des questions aux siens, et d'avoir ainsi traité les parties de manière inégale. Il n'en est rien.

C'est le lieu de rappeler, en préambule, que, selon la jurisprudence, l'art. 182 al. 3 LDIP ne confère pas aux parties le droit de poser ou de faire poser oralement des questions aux auteurs de dépositions écrites (arrêt 4A\_199/2014 du 8 octobre 2014 consid. 6.2.3 et l'arrêt cité). La recourante ne peut donc pas se plaindre, au titre de la violation de son droit d'être entendue, du fait que l'arbitre n'a pas donné suite à sa demande d'audition de ses témoins ayant fait des déclarations écrites (*witness statements*). Sous l'angle de l'égalité de traitement, elle fustige l'arbitre pour avoir accordé à l'intimée le droit d'interroger ses propres témoins. En réalité, l'arbitre, conformément à une procédure utilisée en matière d'arbitrage international, a permis à la recourante, en sa qualité de partie ayant requis le contre-interrogatoire (*cross-examination*) des témoins de l'autre partie, auteurs de déclarations écrites, d'interroger ceux-ci à l'audience du 31 octobre 2014; puis il a autorisé l'intimée à poser des questions à ces mêmes témoins, c'est-à-dire aux siens, en fonction des réponses qu'ils venaient de faire aux questions de la recourante, ceci à la seule fin de sauvegarder son droit d'être entendue. Un traitement inégal de la recourante n'aurait pu intervenir, dès lors, que si l'intimée avait requis le contre-interrogatoire des témoins de son adverse partie ayant fait des déclarations écrites et que l'arbitre n'eût pas octroyé à la recourante la faculté de poser des questions complémentaires à ces témoins-là, à savoir aux siens. Or, semblable hypothèse ne s'est pas vérifiée *in casu*, faute pour l'intimée d'avoir requis l'audition des témoins de la recourante ayant délivré des *witness statements*. Pour le surplus, et comme on l'a déjà relevé, la recourante s'en prend à l'appréciation des preuves, ce qu'elle n'est pas en droit de faire, lorsqu'elle soutient que l'arbitre n'a pas tenu compte, dans sa sentence finale, des dépositions écrites produites par elle.

5.2.5. Si l'on en croit la recourante, l'arbitre aurait fondé sa sentence sur des constatations arbitraires touchant l'état des travaux réalisés, sans fournir aux parties l'occasion de se déterminer à ce propos. L'intéressée s'en prend, une fois de plus, à l'appréciation des preuves, lorsqu'elle qualifie d'arbitraires les constatations faites dans la sentence attaquée au sujet de l'état des travaux réalisés, ce qui n'est pas admissible dans un recours dirigé contre une sentence arbitrale internationale.

Pour le reste, il n'appert pas du dossier de l'arbitrage que les parties n'auraient pas eu la possibilité de présenter leurs arguments à l'arbitre dans les écritures qu'elles ont échangées et lors de l'audience du 31 octobre 2014.

Enfin, la recourante s'écarte des faits constatés dans la sentence attaquée quand elle affirme que l'arbitre avait commandé lui-même, en tant qu'architecte du projet, la plupart des travaux de plus-values.

5.2.6. En dernier lieu, la recourante se plaint du "rythme de procédure effréné" auquel l'arbitre aurait soumis les parties, en ne leur accordant que de brefs délais pour déposer leurs écritures et en leur imposant une date d'audience qu'elles n'avaient pas proposée. Ce faisant, elle aurait été empêchée de faire valoir ses moyens de manière satisfaisante, notamment de "solliciter la déposition des entreprises de Macédoine qui sont intervenues d'une manière ou d'une autre sur le chantier".

Tel qu'il est présenté, ce moyen ne saurait prospérer. D'abord, il n'en ressort nullement que les parties n'auraient pas été traitées sur un pied d'égalité en ce qui concerne les délais qui leur ont été accordés pour déposer leurs mémoires. Ensuite, comme le souligne avec raison l'intimée, le délai de 20 jours fixé à la recourante pour le dépôt de sa réponse n'avait rien d'extraordinaire au regard du délai de réponse fixé dans une procédure étatique. Enfin, on peut se demander, toujours avec l'intimée, pourquoi la recourante a eu de la peine à observer les délais qui lui avaient été imposés, alors que son adverse partie a pu les tenir sans problème.

Cela étant, le grief tiré de la violation du droit d'être entendu se révèle infondé dans toutes ses branches.

6. Dans un ultime moyen, la recourante soutient que la sentence attaquée viole l'ordre public matériel et procédural, au sens de l'art. 190 al. 2 let. *e* LDIP.

6.1. Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (ATF 132 III 389 consid. 2.2.3). On distingue un ordre public procédural et un ordre public matériel.

Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables (même arrêt, consid. 2.2.1).

L'ordre public procédural, au sens de l'art. 190 al. 2 let. *e* LDIP, qui n'est qu'une garantie subsidiaire (ATF 138 III 270 consid. 2.3), assure aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au Tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable; il y a

violazione de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit (AT F 132 III 389 consid. 2.2.1).

6.2. En l'espèce, ignorant totalement ces définitions qu'elle cite pourtant dans son mémoire, la recourante s'emploie à démontrer que l'arbitre aurait fait montre d'une "mauvaise foi crasse" dans le traitement des questions factuelles et juridiques que soulevait le cas concret, en particulier s'agissant du coût de l'ouvrage et des prétendus défauts affectant ce dernier, de la créance pour perte de gain, ainsi que des frais et dépens de l'arbitrage. Il appert des explications fournies par elle au sujet de ces différents postes que l'intéressée confond manifestement le Tribunal fédéral avec une cour d'appel, voire dans l'hypothèse qui lui est la plus favorable, avec une juridiction chargée de sanctionner l'arbitraire dans les constatations de fait et l'application du droit. Cette confusion apparaît encore plus nettement dans le mémoire de réplique où la recourante propose une démonstration nouvelle, déjà irrecevable pour cette seule raison (cf. consid. 2.1 ci-dessus), qui vise à démontrer, poste par poste, que les considérations émises par l'arbitre seraient insoutenables.

Il en résulte l'irrecevabilité totale de cet ultime grief.

7. Le recours devant être rejeté, en tant qu'il est recevable, la requête d'effet suspensif présentée par son auteur devient sans objet.

8. La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et verser des dépens à l'intimée (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

(*Omissis*).

## **L'ammissibilità di consulenti esterni del tribunale arbitrale nel diritto svizzero.**

1. Il diritto delle parti di scegliere gli arbitri è una prerogativa fondamentale dell'arbitrato. Le istituzioni arbitrali o giudiziarie intervengono solo in ultima istanza, in mancanza di accordo <sup>(1)</sup> o di collaborazione <sup>(2)</sup> tra le parti. Solitamente priva di incidenti, la nomina degli arbitri può diventare un processo contenzioso, inasprito in caso di arbitrato multi-parte <sup>(3)</sup>. Gli oneri d'indagine e di ricasazione delle parti riguardo ai

---

<sup>(1)</sup> Regolamento di arbitrato CCI nella versione in vigore dal 1° gennaio 2012, art. 12 cpv. 2 a 5 e cpv. 8.

<sup>(2)</sup> Sentenza 4A\_146/2012 (*Eilat-Ashkelon Oleoduc*), consid. 3, estratti in *ASA Bulletin*, 2013, 383 e sgg, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2013, 1053 e sgg. Tutte le sentenze e i decreti del Tribunale federale svizzero sono disponibili in lingua originale sul sito internet « [www.bger.ch](http://www.bger.ch) ».

<sup>(3)</sup> Sentenza 4P.105/2006, consid. 5, estratti in *ASA Bulletin*, 2007, 105 e sgg. V. anche *Tribunal de première instance* di Ginevra, sentenza nel caso n° C/14043/2011-11XP, consid. B(c), nota in *Revue de l'arbitrage*, 2012, 849.

candidati arbitri sono applicati rigorosamente, a pena di decadenza <sup>(4)</sup>; sono il corollario del principio secondo cui il processo di selezione degli arbitri deve rimanere una responsabilità delle parti.

Questo processo di nomina si basa sul presupposto che gli arbitri così designati possiedano le competenze giuridiche necessarie per organizzare il procedimento conformemente alle garanzie procedurali fondamentali e per emettere un lodo che sia conforme ai principi elementari dell'ordine pubblico. Si deve pertanto concludere che la verifica di questo presupposto faccia parte dell'onere d'indagine delle parti? In caso di mancata ricusazione, l'arbitro può cercare assistenza esterna per questioni giuridiche senza che ciò costituisca una delega vietata del suo incarico essenziale di esporre il diritto (*jurisdictio*)? Le parti possono richiedere la ricusazione per questo motivo *pendente lite*? Ciò costituisce un motivo di impugnazione del lodo insufficientemente motivato? L'arbitro deve rinunciare al suo mandato nei casi che vanno al di là delle sue competenze in materia legale <sup>(5)</sup>? La decisione commentata in questa nota pone alcune regole e limiti in merito.

2. Una controversia sorse tra un committente e un appaltatore in merito alla decisione del committente di rescindere il contratto generale di appalto. Il contratto conteneva una clausola compromissoria che designava espressemente come arbitro l'architetto D <sup>(6)</sup>. L'appaltatore — convenuto nell'arbitrato — si rifiutò di partecipare al procedimento a causa di presunti vizi della procedura che avrebbero inficiato la validità dell'ordinanza di costituzione del tribunale. I suoi tentativi di ottenere la ricusazione dell'arbitro per questi stessi vizi nella fase preliminare del procedimento arbitrale, prima dall'arbitro stesso poi dal *Tribunal de première instance* di Ginevra, fallirono. Questi ritennero che l'appaltatore era al corrente delle competenze giuridiche limitate dell'arbitro designato già al momento di concludere l'accordo compromissorio. Il procedimento arbitrale continuò e si tenne un'udienza probatoria nel corso della quale l'arbitro, senza avere chiesto e ottenuto il consenso delle parti, si fece assistere da due avvocati esterni, che fungevano rispettivamente da segretario e da consulente legale del tribunale. Il lodo finale, favorevole al committente, conteneva la seguente dichiarazione: « *Dato l'atteggiamento*

---

<sup>(4)</sup> Sull'onere d'indagine delle parti: v. sentenza 4A\_110/2012, consid. 2, estratti in *ASA Bulletin*, 2013, 174 e sgg. Sull'onere di allegazione: v. sentenza 4A\_476/2012, consid. 3.2, estratti in *ASA Bulletin*, 2014, 148 e sgg, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2013, 1050; sentenza 4A\_234/2010, consid. 3, pubblicata nella *Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale svizzero* (DTF) volume 136 parte III pagina 605, estratti in *ASA Bulletin*, 2011, 80, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 896 e sgg.

<sup>(5)</sup> Sulla qualificazione giuridica del contratto di arbitrato nel diritto svizzero e lo scioglimento anticipato del contratto di arbitrato: v. DTF 140 III 75, consid. 3; TSCHANZ/FELLRATH in *Revue de l'arbitrage*, 2014, 1003 e sgg. Per il diritto italiano: v. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, 2008, cap. I.

<sup>(6)</sup> Fatti, Sez. A.a; le citazioni in italiano sono traduzioni degli autori.



apertamente ostile adottato da A. SA nei suoi confronti, il tribunale arbitrale ha deciso di farsi assistere dagli avvocati E e F [...], a proprie spese e con il solo scopo di tenere il verbale dell'udienza, di consigliare il tribunale arbitrale riguardo alle innumerevoli obiezioni sollevate in particolare da A. SA e di assistere il tribunale arbitrale nella redazione del lodo arbitrale. [...] In tal modo, gli avvocati E e F hanno agito su richiesta del tribunale arbitrale [...] senza prendere parte al processo decisionale e alla redazione del lodo, che il tribunale arbitrale assume da solo, senza influenze esterne o consigli ».

L'appaltatore impugnò il lodo, invocando tra altri motivi la composizione irregolare del tribunale arbitrale (7); le pretese contestate sarebbero state decise da due arbitri assistiti da un segretario del tribunale arbitrale, mentre la clausola compromissoria prevedeva un arbitro unico. Nelle sue osservazioni al Tribunale federale, l'arbitro confermò di avere reso il lodo « secondo la [sua] convinzione interiore e considerando gli argomenti delle parti e dei loro testimoni, senza che gli avvocati consultati abbiano influenzato il processo decisionale » (8).

3. Il Tribunale federale ricorda come premessa che il contratto di arbitrato è concluso « a titolo strettamente personale. Ciò implica che l'arbitro deve adempiere lui stesso all'incarico conferito, senza delegarlo, neanche a un collega dello stesso studio legale; [...] è quindi fondamentale che, nella fase decisionale, l'arbitro conosca il caso, deliberi e partecipi alla formazione della volontà del tribunale arbitrale; per questo, il presidente deve mantenere il controllo intellettuale della soluzione della controversia e il co-arbitro deve effettivamente contribuire al processo decisionale » (9).

La decisione concede tuttavia due eccezioni al principio di esecuzione personale dell'incarico di arbitro, purché sia rispettato il contraddittorio (10). In primo luogo, gli arbitri possono nominare un segretario amministrativo (11), salvo in caso di espressa esclusione delle parti (consenso presunto delle parti) (12). Gli incarichi del segretario in un procedimento arbitrale sono paragonabili a quelli del cancelliere in un procedimento

---

(7) Art. 190 cpv. 2 lett. a LDIP. Altri principi invocati includono l'eccesso di competenza, il contraddittorio e l'ordine pubblico processuale.

(8) Consid. 3.3.

(9) Consid. 3.2.2, con riferimento a CLAY, *L'arbitre*, 2001, n. 422, 632, 785 e 895; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *Arbitrage international*, 2<sup>a</sup> ed. 2010, n. 678. In diritto italiano: v. MARULLO DI CONDOJANNI, *supra* n. 5; VANONI, *La convenzione arbitrale e il contratto di arbitrato*, in Bossi (ed.), *La prassi dell'arbitrato rituale*, 2012, 79.

(10) Sentenza 4A\_2/2007, consid. 3.

(11) *Id.*, con riferimento a BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3<sup>a</sup> ed. 2015, n. 1008; GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 2014, n. 883.

(12) Sul disegno, poi abbandonato, di subordinare la nomina di un segretario al requisito legale di espresso consenso delle parti: v. *Foglio federale*, 2006, 6869; *Bollettino ufficiale Consiglio degli Stati*, 2007, 641.



giudiziario, i.e. «*l'organizzazione di scambi di comunicazione scritta, l'organizzazione di udienze, la stesura dei verbali, la preparazione del rendiconto delle spese, ecc. Non si esclude una certa assistenza nella redazione del lodo, ma sotto il controllo e conformemente alle istruzioni del tribunale arbitrale o, in mancanza di unanimità, degli arbitri di maggioranza, il che presuppone che il segretario assista alle udienze e alle deliberazioni del tribunale arbitrale. Tuttavia, salvo diverso accordo tra le parti, [il segretario] non può esercitare alcuna funzione di natura giudiziaria [...]*»<sup>(13)</sup>.

In secondo luogo, il tribunale arbitrale può richiedere, di sua propria iniziativa, l'assistenza di consulenti esterni «*per aiutarlo a trattare domande specifiche, non giuridiche, che non sarebbe in grado di comprendere senza il supporto di esperti dal settore*»<sup>(14)</sup>. In entrambi i casi, tuttavia, le prerogative fondamentali inerenti all'incarico di arbitro devono rimanere una responsabilità esclusiva dell'arbitro.

Nel caso in esame, il Tribunale federale ha considerato che nulla impediva all'arbitro unico nominato dalle parti «*[...] ossia un architetto la cui formazione non predisponesse ad affrontare questioni delicate di procedura in un caso conflittuale a dir poco, di cercare l'assistenza di un avvocato e di un segretario per assisterlo nella gestione del procedimento arbitrale*»<sup>(15)</sup>. Pur riconoscendo la peculiarità del ruolo attribuito al consulente legale, i giudici lo hanno assimilato a un consulente esterno del tribunale arbitrale, selezionato non tanto per le sue competenze tecniche nel settore della controversia quanto per la sua «*conoscenza specifica [...] in materia di procedura arbitrale*»<sup>(16)</sup>. Visto che le parti non avevano esplicitamente regolato la questione del consulente esterno, l'arbitro poteva nominare di propria iniziativa un consulente che l'assistesse nel suo incarico.

4. Questa decisione suscita i commenti seguenti. Per quanto riguarda il contesto specifico del caso, il fatto che l'arbitro dovesse decidere il caso in equità invece che in diritto ha probabilmente avuto un impatto sulla decisione del Tribunale federale. Tuttavia, una decisione in equità non esonera l'arbitro dal rispettare i principi dell'ordine pubblico<sup>(17)</sup> e

---

<sup>(13)</sup> Consid. 3.2.2. Sull'implicazione non autorizzata del segretario nella deliberazione e nella redazione del lodo: v. sentenza 4A\_602/2010, consid. 3. Sul segreto della deliberazione: v. sentenza 4P.154/2005, consid. 3, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 838 e sgg; sentenza 4P.115/2003, consid. 3.2, pubblicata in DTF 129 III 727, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2005, 176.

<sup>(14)</sup> *Id.*; tale prerogativa deriva dall'art. 182 cpv. 2 LDIP, che lascia un'ampia discrezione all'arbitro nella gestione del procedimento arbitrale, nei limiti della garanzia della parità di trattamento e del contraddittorio (art. 182 cpv. 3 LDIP).

<sup>(15)</sup> Consid. 3.4.

<sup>(16)</sup> *Id.*

<sup>(17)</sup> Violazione manifesta del principio di equità o di norme imperative; e.g. sentenza 4P.26/2005, consid. 4, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2006, 836 e sgg.

richiede dunque un minimo di competenze giuridiche. Inoltre, le parti avevano identificato l'arbitro per le sue competenze tecniche nella clausola compromissoria, assumendo il rischio che fosse chiamato a decidere anche questioni giuridiche. Quali sarebbero state le opzioni delle parti per liberarsi dal vincolo della loro scelta contrattuale? In primo luogo, una parte avrebbe potuto chiedere la riconsulenza dell'arbitro prescelto invocando la sua evidente mancanza di competenze in materia legale. Anche se possibile in teoria (art. 180 cpv. 1 lett. a LDIP), questa opzione sarebbe contraria al principio secondo cui una parte può richiedere la riconsulenza dell'arbitro da lei nominato solo per motivi conosciuti dopo tale nomina (art. 180 cpv. 2 LDIP) <sup>(18)</sup>. In secondo luogo, una parte avrebbe potuto argomentare che l'accordo tra le parti prevedeva un meccanismo di perizia arbitrale (*Schiedsgutachten*) <sup>(19)</sup>, lasciando quindi ai giudici ordinari l'autorità di pronunciarsi su questioni legali <sup>(20)</sup>.

Questa decisione suscita altre domande, in particolare riguardo all'analogia tra il consulente tecnico e il consulente legale del tribunale, considerando che il contributo del primo rimane limitato a elementi di fatto tecnici necessari all'applicazione del diritto, mentre il secondo contribuisce a definire il quadro legale in cui si esercita la funzione primaria dell'arbitro. Inoltre, è contestabile l'assenza di partecipazione diretta (processo di nomina) o indiretta (processo di riconsulenza) delle parti nella scelta del consulente legale, partecipazione che esiste invece per la scelta del consulente tecnico <sup>(21)</sup> e del segretario amministrativo <sup>(22)</sup>, e che dovrebbe essere una condizione di ammissibilità di qualsiasi consulente del tribunale arbitrale. Infine, è poco soddisfacente dal punto di vista del contraddittorio che le parti non siano state consultate riguardo alla definizione dell'incarico del consulente, che non abbiano potuto procedere al suo controinterrogatorio e che non abbiano potuto contestare l'interpretazione data dall'arbitro alla consulenza richiesta. Dal punto di vista del contraddittorio, l'assistenza di un consulente dell'arbitro, anche quando viene comunicata alle parti, comporta dei rischi che non sorgono

---

<sup>(18)</sup> MARULLO DI CONDOJANNI, *supra* n. 5, p. 230, si riferisce a motivi conosciuti dopo la conclusione del contratto di arbitrato, che avviene dopo la nomina dell'arbitro.

<sup>(19)</sup> Sulla definizione del *Schiedsgutachten* e il diritto applicabile: v. sentenza 4A\_438/2008, consid. 3.2, estratti in *ASA Bulletin*, 2011, 379, nota in *Revue de l'arbitrage*, 2009, 858 e sgg. Sulla nomina del *Schiedsgutachter*, per analogia all'arbitro: v. sentenza 4A\_655/2014, consid. 2, pubblicata in DTF 141 III 274.

<sup>(20)</sup> Sull'effettività di tale clausola combinata: v. sentenza 4A\_438/2008, *supra* n. 19, consid. 3.

<sup>(21)</sup> Sentenza 4A\_606/2013, consid. 5, che stabilisce un'analogia con l'indipendenza del tribunale arbitrale basata sul presunto carattere generale delle norme arbitrali; critici TSCHANZ/FELLRATH, *Revue de l'arbitrage*, 2014, 995 e sgg.

<sup>(22)</sup> E.g. *Secretariat of the ICC International Court of Arbitration, Introduction of Revised Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries*, 1 agosto 2012.

quando la consulenza legale è richiesta da una o più parti <sup>(23)</sup>. Il rischio è ancora più importante quando il consulente partecipa alle deliberazioni del tribunale arbitrale come nel caso in esame <sup>(24)</sup>. Questo caso insegna che le parti dovrebbero evitare di concentrare le loro opzioni nella clausola compromissoria, o almeno dovrebbero prevedere una via di uscita quando il meccanismo scelto si riveli inadeguato.

ISABELLE FELLRATH - DANIELA FRANCHINI

---

<sup>(23)</sup> JARROSSON, *L'expertise juridique*, in *Liber Amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage*, 2004, 127, 141 e sgg.

<sup>(24)</sup> Non è vietato raccogliere i consigli di un consulente nel contesto della deliberazione se la trasparenza viene rispettata: v. SPÜHLER/GEHRI, *Die Zulassung von Experten zur Urteilsberatung: Neue Wege für Schiedsverfahren?*, *ASA Bulletin*, 2003, 16, 20 e sgg. Sul ruolo del consulente nel procedimento arbitrale: v. MEYER/BAIER, *Arbitrator Consultants - Another Way to Deal with Technical or Commercial Challenges of Arbitrations*, *ASA Bulletin*, 2015, 37.

## La nozione di “investimento” in base alla Convenzione di Washington

(in margine ad un articolo su questa Rivista)

PIERO BERNARDINI (\*)

1. La definizione di “investimento” ha rappresentato una delle tematiche più controverse nel negoziato che ha portato all’adozione della Convenzione di Washington. Il compromesso raggiunto ha tenuto conto sia della preoccupazione dei paesi esportatori di lasciare flessibilità alla relativa nozione evitando ogni definizione che di quella dei paesi importatori di rendere noto in anticipo quali classi di controversie siano da escludere dalla giurisdizione del Centro di Washington in base all’articolo 25(4) <sup>(1)</sup>.

Come ricordato dal maggiore artefice della Convenzione, il General Counsel della IBRD, Aaron Broches,

“In the end, the effort to devise a generally acceptable definition of the term “investment” was given up given the essential requirement of consent by the Parties. I believe that this was a wise decision, fully consonant with the consensual nature of the Convention, which leaves a large measure of discretion to the parties. It goes without saying, however — and I have made this remark before in another connection — that this discretion is not unlimited and cannot be exercised to the point of being clearly inconsistent with the purposes of the Convention” <sup>(2)</sup>.

In sostanza, come risulta dai lavori preparatori della Convenzione cui fa riferimento Broches, ha prevalso il criterio di lasciare la massima flessibilità alla nozione di investimento. Questa nozione trova ulteriore esplicitazione nella definizione offerta a questo riguardo dal trattato sulla protezione degli investimenti di volta in volta applicabile, pur sempre in coerenza con gli scopi della Convenzione secondo quanto richiamato da Broches.

---

(\*) Già Presidente dell’Associazione Italiana per l’Arbitrato.

<sup>(1)</sup> Si veda a questo riguardo quanto indicato nel *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention*, al nr. 27. Come è noto, i “*travaux préparatoires*” costituiscono un mezzo supplementare di interpretazione di un trattato in base alla Convenzione di Vienna (art. 32).

<sup>(2)</sup> BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Recueil de Cours, The Hague, 1973, p. 362.

2. È in questo contesto di voluta flessibilità della nozione di investimento che vanno valutati i criteri proposti dalla decisione nel caso *Salini* per l'interpretazione della nozione stessa (3). I criteri relativi alle “contributions”, a una “*certain duration of performance of the contract*” e alla “*participation in the risks of the transaction*” sono gli stessi offerti dalla scienza economica per la definizione di “*foreign direct investment*” in contrapposto al “*portfolio investment*” (4), mentre il criterio della “*contribution to the economic development of the host State*” è aggiunto come possibile (“*one may add*”) in base alla lettura del preambolo della Convenzione. Il preambolo, che menziona “*the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein*”, appare suscettibile di diversi significati, tale comunque da non fornire, per la sua genericità, un particolare contributo interpretativo.

Anche se in una prima fase varie decisioni arbitrali hanno fatto applicazione dei criteri *Salini*, a partire dal caso *Biwater Gauff* (5) questo riferimento è stato messo in discussione per varie considerazioni. È stato essenzialmente osservato come nessun riferimento a criteri interpretativi sia stato previsto dall'articolo 25(1) della Convenzione di Washington (6) coerentemente con quanto messo in evidenza nella fase negoziale circa l'intenzione di lasciare aperta la definizione di “investimento” per cui un tribunale ICSID non avrebbe il potere di imporre la propria visione di quali siano i criteri appropriati applicabili a tutti i casi. Altre decisioni hanno confermato le critiche all'approccio *Salini*, ritenuto operare una indebita limitazione delle circostanze in base alle quali le parti sono libere di sottoporre al Centro di Washington le loro controversie (7). Anche se talune decisioni continuano a fare riferimento ai criteri *Salini* senza discutere le contrarie ragioni offerte dai casi *Biwater* e *Malaysian*, la prevalenza delle successive decisioni manifesta contrarietà alla loro applicazione mentre anche quelle favorevoli escludono che comunque si debba tener conto della “*contribution to the host State development*” in quanto la sua identificazione implica “*second-guessing the assessments that prompted the claimant's investment*” (8).

---

(3) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 luglio 2009, para. 52: “*The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition*”.

(4) RUDOLF DOLZER/CHRISTOPHER SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2012, p. 60.

(5) *Biwater Gauff v. Tanzania*, Award, 24 luglio 2008, paras. 312 ss.

(6) Secondo l'articolo 25(1), “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment...*”.

(7) *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, Decision on Annulment, 16 Aprile 2009, paras. 62, 72; v. anche *Pantechniki v. Albania*, Award, 30 luglio 2009, para. 43.

(8) *Alpha v. Ukraine*, Award, 8 novembre 2010, para. 312. V. anche *Inmaris v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 8 marzo 2010, che sottolinea il ruolo dell'autonomia delle parti (para. 30).

Analoga posizione è stata assunta dalla decisione nel caso *Philip Morris v. Uruguay* con la quale il tribunale ICSID ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione fondata dall'Uruguay sull'assenza di contributo allo sviluppo economico dello Stato, e ciò per la difficoltà di accertare la presenza di tale contributo nei singoli casi data l'esigenza di condurre una analisi *ex post* di vari elementi, quali “*the business, economic, financial and/or policy assessments that prompted the claimant's activities*”<sup>(9)</sup>.

3. In presenza di una analisi attenta delle ragioni che hanno portato la maggior parte delle decisioni ad escludere l'applicabilità dei criteri *Salini* e un numero ancor più ampio di esse a negare rilevanza al requisito del contributo allo sviluppo economico dello Stato appare a dir poco singolare quanto affermato in un recente articolo, pubblicato da questa Rivista<sup>(10)</sup>, secondo cui la decisione del tribunale nel caso “*Philip Morris c. Uruguay* pone definitivamente fine al contributo in questione”,<sup>(11)</sup> optando per “una nozione atipica di investimento, tale da comprendere anche quelle attività che producono svantaggi economici per un singolo Stato, al fine di incoraggiare i flussi degli investimenti a livello aggregato”<sup>(12)</sup>. Sulla scorta del contributo di altro autore, il cui contenuto è evidentemente condiviso, viene affermato che “*the trend to broaden the jurisdiction of the Centre's tribunals as much as possible and to recognize it also in the presence of economic transactions which pass the proper notion of investment could change radically the whole I.C.S.I.D. system, and lead it to loose its original raison d'être*”<sup>(13)</sup>. Si tratta di affermazioni fondate sul richiamo di posizioni contrarie al tradizionale sistema di soluzione delle controversie in materia di investimento, “considerato ... alla stregua di un vantaggio competitivo, grazie al quale le multinazionali possono contestare le misure di regolazione dei mercati — tradizionalmente non arbitrabili nei fori interni — alla stregua di espropriazioni dissimulate o “*creeping expropriations*”<sup>(14)</sup>. Quale che sia il merito di queste posizioni, assai dubbio ad avviso di chi scrive, ricondurre quanto deciso nel caso *Philip Morris* al richiamato “*trend to broaden the jurisdiction of the Centre's tribunals*” al punto da fare perdere al sistema ICSID la sua ragione d'essere è conclusione in

---

<sup>(9)</sup> *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, Decision on Jurisdiction, 2 luglio 2013, paras. 207-210. Le riflessioni di cui al testo sono svolte da chi ha presieduto il tribunale arbitrale nel caso in esame.

<sup>(10)</sup> ROSELLA SABIA/CESARE TRECROCI, *Ascesa e declino dell'“Investor-State Arbitration”, fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali*, in questa *Rivista*, 1/2016, p. 165 ss.

<sup>(11)</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>(12)</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>(13)</sup> *Ibid.*, con riferimento ad uno scritto di MAURO, *New Issues on Arbitration between States and Foreign Investors in Recent ICSID Tribunal's Case Law*, citato alla nota 34 dell'articolo.

<sup>(14)</sup> *Ibid.*, p. 167.

palese contrasto con l'esigenza di flessibilità della nozione di investimento voluta dai negoziatori della Convenzione nonché con la piana lettura della decisione del caso in questione. La quale, previa analisi delle precedenti decisioni sull'applicazione dei criteri *Salini* di cui si è detto, ha confermato la giurisdizione del Tribunale nel caso di specie con particolare riguardo al prevalente e condiviso orientamento volto a disattendere il criterio del contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite. Che questo criterio sia stato escluso non vuol dire che l'investimento straniero non sia suscettibile di contribuire allo sviluppo economico dello Stato ospite nel caso concreto ma solo che tale criterio non costituisce un requisito necessario per la presenza di un investimento protetto in base alla Convenzione di Washington e, quindi, per la giurisdizione del tribunale ICSID. L'investimento della *Philip Morris* nell'industria del tabacco in Uruguay è stato considerato ricadere nelle previsioni della Convenzione di Washington e del trattato bilaterale applicabile stante il flusso di capitali generato, l'occupazione di personale locale, gli impianti realizzati, il rischio di impresa e la durata nel tempo. Quanto al tema dell'attività dannosa o tale da generare per lo Stato svantaggi economici, secondo quanto richiamato nell'articolo, varrà il potere regolamentare dello Stato per evitare queste conseguenze una volta accolto l'investimento <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Come evidenziato dall'Award reso nel caso *Philip Morris c. Uruguay* in data 8 luglio 2016, disponibile su: [https://medios.presidencia.gub.uy/tav\\_portal/2016/noticias/NO\\_U130/award\\_eng1.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/award_eng1.pdf).

## La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti Pubblici

FRANCESCA TIZI

1. *Oggetto dell'indagine.* — In alcuni settori, quale quello degli appalti pubblici, l'arbitrato è da sempre stato oggetto di una specifica normativa che, a causa della peculiarità delle materie e degli interessi pubblici e privati coinvolti, si è allontanata dalla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, soprattutto per il ruolo assunto dall'autonomia privata tanto nella scelta che nella gestione della giustizia arbitrale.

La materia, regolamentata dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs., 12 aprile 2006, n. 163) agli artt. 241-243, è dallo scorso 18 aprile disciplinata agli artt. 209 e 210 dal Nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), con cui il Governo, attuando la legge delega n. 11 del 2016 <sup>(1)</sup>, nonché recependo le direttive comunitarie nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ha riordinato l'intero settore della contrattualistica pubblica relativa a lavori, servizi e forniture.

Scopo delle pagine che seguono è mettere in evidenza la specialità della disciplina dell'arbitrato nella contrattualistica pubblica in relazione a quella che sembra essere, a prima lettura, la più marcata differenziazione rispetto al modello codicistico apportata dal nuovo impianto normativo ovvero la disciplina della costituzione dell'organo giudicante e le conseguenze della sua violazione. Ciò non solo perché la sua regolamentazione è caratterizzata da una penetrante specialità, ma anche perché intimamente connessa con l'importante tema della reintroduzione nel sistema di un unico modello amministrato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC.

### 2. *La nomina del collegio arbitrale nel Nuovo Codice dei contratti*

---

<sup>(1)</sup> In particolare, per quel che in questa sede rileva la legge delega, 28 gennaio 2016, n. 11 all'art. 1, lett. *aa*) ha delegato il Governo alla « *razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari* ».



*pubblici: reintroduzione di un unico modello arbitrale obbligatoriamente amministrato.* — Entrando in *medias res* occorre, innanzitutto, evidenziare come il nuovo art. 209, comma 4, del citato Codice preveda — riproducendo nella sostanza il contenuto dell'art. 241, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 — come gli atti introduttivi del giudizio arbitrale debbano contenere la designazione ad opera di ciascuna parte del « *l'arbitro di propria competenza scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce* »<sup>(2)</sup>.

Mentre, però nel previgente sistema, superata questa fase unica, il procedimento seguiva diverse forme a seconda del raggiungimento, o meno, dell'accordo delle parti o — su loro mandato<sup>(3)</sup> — degli arbitri, in ordine alla nomina del presidente del collegio arbitrale, il nuovo Codice predispone, invece — come peraltro l'originaria versione della legge n. 418/1998 — un unico modello amministrato dalla Camera arbitrale.

In particolare, il legislatore del 2016 all'art. 209 prevede non solo che « *il presidente del collegio arbitrale è nominato e designato dalla Camera arbitrale, scegliendolo tra i soggetti iscritti all'albo di cui al comma 2 del citato articolo 211, in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce* »<sup>(4)</sup>, ma anche che « *al fine della nomina del collegio, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni sono trasmessi alla Camera arbitrale* » unitamente alle designazioni degli arbitri di parte<sup>(5)</sup>.

Già da quanto indicato è, dunque, facilmente evincibile come l'arbitrato disciplinato dal Nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016 appaia, nuovamente, nelle modalità di svolgimento, *unicamente* o meglio *obbligatoriamente*<sup>(6)</sup> assoggettato all'amministrazione della Camera arbitrale. Ciò in attuazione della previsione di cui all'art. 1, comma aaa) della legge delega, 28 gennaio 2016, secondo cui deve escludersi « *il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate* ».

---

(2) Il comma 4 dell'art. 241 d.lgs. n. 163/2006 prevedeva espressamente: « *ciascuna delle parti nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, nomina l'arbitro di propria competenza tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce* ».

(3) L'art. 241, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 giustamente disponeva come le parti dovessero conferire agli arbitri apposito mandato per la nomina del presidente. Sulla necessità che le parti conferiscano agli arbitri mandato *ad hoc* alla nomina del presidente del collegio si è pronunciata anche la giurisprudenza in riferimento all'arbitrato regolato dal codice di rito, v.: Cass., 26 settembre 1997, n. 9453, in *Giust. Civ.*, 1998, I 1399, con nt. GIACOBBE; App. Bari, 27 febbraio 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 1358.

(4) La disposizione in parola è prevista al comma 4 dell'art. 209 n.c.c.p.

(5) La previsione in parola è contenuta nella prima e seconda parte del comma 8 dell'art. 209 n.c.c.p.

(6) L'espressione *arbitrato obbligatoriamente amministrato*, nata nel vigore della l. n. 418/98 e dei suoi decreti attuativi, è di BORGHESI, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corr. Giur.*, I, 2001, 682 e ss. Cfr. in proposito anche BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 84 e ss.

È, dunque, proprio tale aspetto a mostrare, secondo chi scrive, i maggiori profili di criticità della nuova disciplina dell'arbitrato nella contrattualistica pubblica.

Tuttavia, prima di esaminare analiticamente la questione in parola, al fine di una migliore comprensione della portata delle problematiche sottese alla materia e delle possibili implicazioni di carattere pratico della presente regolamentazione che, con un colpo di spugna, vanifica i risultati in precedenza raggiunti, occorre ripercorrere le vicende che hanno portato al superamento nella previgente sistematica dell'arbitrato nella contrattualistica pubblica di un unico modello obbligatoriamente assoggettato all'amministrazione camerale.

3. *La costituzione del collegio arbitrale nel Codice dei Contratti Pubblici del 2006: la presenza di un doppio modello arbitrale.* — La sistematica del procedimento arbitrale del Codice 2006 è, invero, stata fortemente condizionata dall'impianto normativo della legge n. 418/98 e dei suoi decreti attuativi, nonché dalle vicende giudiziarie e legislative a questi conseguenti.

Con maggiore impegno illustrativo occorre ricordare come il citato complesso normativo anteriore al 2006, pur affermando nell'*an* il carattere volontario dell'arbitrato, imponeva nel *quomodo* un procedimento arbitrale amministrato — « *nel rispetto dei principi del codice di procedura civile* » e delle fonti regolamentari <sup>(7)</sup> — dalla Camera arbitrale, allora istituita presso l'Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici, a cui era affidato, per quel che in questa sede rileva, il precipuo compito di partecipare, con la nomina del terzo arbitro svolgente funzioni di presidente, alla formazione del tribunale arbitrale <sup>(8)</sup>. Più in particolare, tale previsione, contenuta nell'art. 150, comma 3, del d.p.r. n. 554/1999, era stata oggetto di penetranti interventi legislativi, a loro volta, fortemente condizionati dalla sentenza del Consiglio di Stato del 2003 <sup>(9)</sup> grazie a cui si era disposto l'annullamento dell'indicata disposizione « *nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla Camera arbitrale* ».

Sebbene, infatti, la legge n. 418/98 e i suoi decreti attuativi fossero il risultato di un lungo e travagliato cammino verso la facoltatività dell'arbitrato

---

<sup>(7)</sup> Le fonti regolamentari disciplinanti l'arbitrato nei pubblici appalti erano il d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, il d.m. 19 aprile 2000, n. 145, nonché il d.m. 2 dicembre 2000, n. 398,

<sup>(8)</sup> V. in commento alla l. n. 418/98: BORGHESI, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, cit., 682; BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, cit., 84; BASILICO, *La risoluzione arbitrale di controversie in materia di pubblici appalti: dagli arbitrati obbligatori agli arbitrati amministrati*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 37.

<sup>(9)</sup> Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335, in *Giur. it.*, 2004, 61, con nt. CASSANO - NISATI, *La composizione dei collegi arbitrali dopo la dichiarazione d'illegittimità dell'art. 150, 3° comma, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554* e in questa *Rivista*, 2003, 743, con nt. LUISO, *Il Consiglio di Stato interviene sull'arbitrato nei lavori pubblici*.

nei lavori pubblici <sup>(10)</sup>, tuttavia, come chiaramente messo in evidenza dalla Suprema Consulta, ci si imbatteva ancora una volta in una disposizione illegittima <sup>(11)</sup>, atteso che l'attribuzione del potere di designazione del presidente del tribunale arbitrale ad un organo legato ad uno solo dei contendenti si mostrava incapace di garantire la costituzione di un giudicante rispondente « ai requisiti di terzietà che il titolo IV della parte seconda della Costituzione richiede per tutti i giudici e per tutti i giudizi » <sup>(12)</sup>.

Sotto il profilo applicativo, l'annullamento dell'art. 150, comma 3, d.p.r. n. 554/99 aveva creato una lacuna normativa, originando una serie di problemi di carattere pratico, che si era tentato di colmare con la c.d. legge sulla competitività, costituente una vera e propria « mini-riforma » in materia di arbitrato nei lavori pubblici. In particolare, l'art. 5, comma 16-*sexies*, del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005 n. 80, modificando la previgente disciplina, aveva regolato l'arbitrato secondo un sistema a struttura « *bipolare* »: superata la fase introduttiva in cui ognuno dei contendenti procedeva alla nomina dell'arbitro di propria competenza, il procedimento seguiva forme diverse a seconda del raggiungimento o meno dell'accordo dei contendenti in ordine alla nomina del presidente del collegio arbitrale.

La brevemente indicata soluzione alla sentenza del Consiglio di Stato offerta dal d.l. n. 35/2005, convertito in legge n. 80/2005, era stata recepita nel

---

<sup>(10)</sup> La prima disposizione in materia di arbitrato nelle opere pubbliche era l'art. 349 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F), che dopo aver trovato applicazione nel capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei ll. pp. era stata inserita nel capitolato generale di appalto approvato con il d.p.r. del 16 luglio 1962 n. 1063. La difficile affermazione del carattere volontario dell'arbitrato nei pubblici appalti ha avuto inizio, proprio con l'abrogazione, ex art. 16 della l. 10 dicembre 1981 n. 741, dell'art. 47 d.P.R. n. 1063/62 che — consentendo alle parti, al momento dell'insorgere della lite, la scelta tra ricorrere, o meno, in arbitri — era perfettamente in linea con il carattere volontario proprio dell'arbitrato. L'art. 16 della legge del 1981 che disponeva, invece, che l'arbitrato potesse essere escluso solo in forza di un'apposita clausola contestuale al contratto di appalto, veniva dichiarato incostituzionale da Corte Cost., 9 maggio 1996, n. 152, in questa *Rivista*, 1996, 504, con nt. RECCHIA, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, nella parte in cui « non stabiliva che la competenza arbitrale potesse essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti ». La norma, tuttavia, già prima della citata sentenza, veniva sostituita da l. 11 febbraio 1994, n. 109 con cui si configurava un vero e proprio divieto di clausola compromissoria. Il cambiamento d'indirizzo, criticato da più parti per l'eccessiva rigidità, non durò a lungo: la successiva l. 2 giugno 1995, n. 216, di conversione del d.l. 3 aprile 1995, n. 101, modificava la legge n. 109/94 riscrivendone l'art. 32. Anche quest'ultima disposizione, dando luogo, però, a problemi soprattutto in relazione alla sua formulazione, che sembrava prevedere, ancora una volta, un arbitrato obbligatorio, veniva, infine, sostituita dalla l., 18 novembre 1998, n. 415 citata nel testo. Oggi il carattere volontario dell'arbitrato è ribadito all'art. 209, commi 2 e 3 d.lgs. n. 50/2016.

<sup>(11)</sup> Occorre, infatti, sin da subito evidenziare l'importantissimo ruolo assunto dal presidente del tribunale arbitrale in ordine all'imparzialità dell'intero organo giudicante. E, infatti, se la sistemática anteriore al 2006, come peraltro l'art. 209, comma 4, n.c.c.p., attribuiscono ad ognuna delle parti il potere di partecipare, con la nomina dell'arbitro di propria competenza, alla formazione del tribunale arbitrale, evidente appare come il presidente rappresenti, di fatto, l'ago della bilancia nella decisione della controversia.

<sup>(12)</sup> Sono parole del Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335, cit.

Codice dei contratti pubblici del 2006, che, dopo aver previsto al suo art. 241, comma 3 « *un collegio (...) composto da tre membri* », aveva mantenuto, sotto il profilo strutturale, la presenza di un doppio modello arbitrale.

Il tratto peculiare dell'arbitrato nella contrattualistica pubblica come regolato dal Codice del 2006 era, dunque, rappresentato dalla presenza di due modelli: un primo, utilizzabile nel caso di nomina consensuale del terzo arbitro, per così dire, meno amministrato e più vicino alla disciplina dell'arbitrato di diritto comune <sup>(13)</sup> ed un secondo, applicabile solo in via residuale, per il caso di mancata intesa dei compromittenti in ordine alla designazione del terzo arbitro, che riproponendo lo schema della legge n. 418/98, era caratterizzato da un procedimento speciale, amministrato dalla Camera arbitrale istituita presso l'Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici.

Con la predisposizione di tale doppio modello arbitrale, il problema relativo alla possibile parzialità di un organo giudicante, costituito, seppur solo parzialmente, da un designatore legato ad uno soltanto dei contendenti sembrava, anche se non totalmente <sup>(14)</sup>, almeno parzialmente superato, in quanto la contiguità tra designatore ed una delle parti in lite era limitata all'ipotesi residuale di mancato accordo tra i compromittenti, nonché attenuata dall'espressa previsione per cui la Camera arbitrale, nel provvedere alla nomina, doveva seguire « *criteri oggettivi e predeterminati* », scegliendo il presidente tra gli iscritti all'albo tenuto presso la stessa. L'influenza dell'Autorità di Vigilanza sulla costituzione del giudice privato, pur presente, era, dunque, ridotta al minimo.

4. *Profili di criticità della previsione di cui al comma 4 dell'art. 209 n.c.c.p.* — Il breve *excursus* legislativo mostra, dunque, chiaramente come le problematiche sottese alla legislazione dell'arbitrato nella contrattualistica pubblica anteriormente al Codice del 2006 non possano che riproporsi oggi in presenza di una disposizione quale l'art. 209, comma 4, n.c.c.p. che, riproducendo nella sostanza tale disciplina, prevede che la nomina del presidente del collegio arbitrale sia *obbligatoria* derivazione di un soggetto — quale la Camera arbitrale oggi istituita presso l'ANAC — per sua stessa struttura, non equidistante dalle parti in lite.

Per meglio comprendere la questione, oggetto di ampia illustrazione nelle pagine che seguono, di fondamentale importanza, innanzitutto, appare ripercorrere il pensiero espresso dal Consiglio di Stato nella sua decisione del 2003

---

<sup>(13)</sup> Chiaro è che anche questo modello, meno amministrato, mostrava dei tratti di specialità rispetto alla disciplina prevista dal codice di rito indicati nell'art. 241 d.lgs. n. 163/2006.

<sup>(14)</sup> È, infatti, evidente come un superamento totale della problematica si sarebbe avuto solo ove la nomina del terzo arbitro fosse stata affidata ad un designatore veramente *super partes* quale, ad esempio, il presidente del tribunale.

in ordine al valore assolto dalle norme, miranti a « *garantire la libera espressione della volontà delle parti* », di cui agli artt. 809 ss. c.p.c. in tema di nomina degli arbitri <sup>(15)</sup>.

In proposito la Suprema Consulta mette in evidenza come « *la nomina degli arbitri compreso il presidente del collegio non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondamentale, contenuto nel codice di procedura civile (art. 810), secondo il quale la nomina è compiuta dal presidente del tribunale soltanto nel caso in cui una parte abbia omesso di nominare il proprio arbitro ovvero le parti non abbiano trovato l'accordo entro un dato termine ovvero abbiano demandato ad un terzo che vi abbia provveduto od al presidente stesso la nomina di uno o più arbitri. Questi principi sono indefettibili in quanto attengono alla natura stessa dell'istituto arbitrale, quale riconosciuta dalla Corte Costituzionale. Ma quand'anche si potesse configurare una deroga allorché la nomina sia attribuita ad un organo giurisdizionale (...) ciò non sarebbe sicuramente consentito allorché l'organo che procede alla nomina — come nel caso della Camera arbitrale — sia un organo che, pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa del giudizio arbitrale* ».

Il punto, evidente nelle parole del Consiglio di Stato qui riportate, è, dunque, proprio quello della carenza della necessaria terzietà del soggetto chiamato alla designazione del presidente del collegio arbitrale.

L'affermazione necessita di essere meglio spiegata ponendo particolare attenzione al significato che, nel giudizio privato, le regole in ordine alla nomina e designazione degli arbitri assumono in ordine all'imparzialità dell'organo giudicante. Pertanto — al fine di una migliore comprensione del vero problema sotteso alla reintroduzione della designazione del presidente del tribunale arbitrale ad opera di un organo non completamente terzo rispetto ai contendenti — particolarmente importante appare, di seguito, riproporre considerazioni e risultati altrove raggiunti <sup>(16)</sup>.

5. *Imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale.* — Più in generale, pur non dimenticandosi che l'arbitrato ha fonte volontaristica e tale da far sì che le parti abbiano piena autonomia nell'organizzazione del procedimento e nella scelta del giudice, tuttavia, occorre sottolineare come non solo libertà ed autonomia delle parti, ma anche le eventuali previsioni legislative <sup>(17)</sup>, deb-

---

<sup>(15)</sup> Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335, cit., che giunge ad affermare come tali norme assurgerebbero « *a rango di veri e propri principi di carattere essenziale e strutturale* ».

<sup>(16)</sup> Il riferimento è al mio, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, *passim*.

<sup>(17)</sup> In particolare il riferimento è all'art. 209, comma 4, n.c.c.p., che espropriando le parti del potere di nomina, lo attribuisce ad un terzo designatore quale la Camera arbitrale.

bano trovare un limite nel principio d'imparzialità del giudicante. E, infatti, l'arbitro, svolgendo una funzione del tutto analoga a quella del giudice statale, alla stregua di quest'ultimo deve essere imparziale<sup>(18)</sup>.

Invero, il concetto d'imparzialità del giudicante nell'arbitrato — come, peraltro, con estrema chiarezza evidenziato dalla dottrina tedesca — va considerato sotto due distinti profili<sup>(19)</sup>: da un lato, in relazione all'imparzialità del singolo arbitro, persona fisica, a presidio del quale sono predisposte specifiche ipotesi d'incompatibilità e, dall'altro lato, in relazione al tribunale arbitrale inteso nella sua globalità, a tutela del quale sono previste, invece, le norme sulla sua costituzione.

L'analisi di quest'ultimo aspetto dell'imparzialità dell'arbitro interessa in particolare il tema dell'attribuzione della nomina del presidente del collegio alla Camera arbitrale.

Nell'arbitrato i soggetti che svolgono la funzione giudicante non sono, infatti, né emanazione del potere giurisdizionale statale, né organi precostituiti, ma sono scelti *ad hoc* per la decisione della controversia, direttamente dai litiganti ovvero da un terzo designatore investito dagli stessi litiganti o, come nel caso di specie, in virtù di una disposizione normativa<sup>(20)</sup>.

In altre parole, all'identità di funzioni tra giudice statale e giudice privato non corrisponde un'identità del modo in cui il potere di giudicare gli viene conferito: il giudice statale è istituzionalmente dotato della funzione giudicante in quanto emanazione del potere giurisdizionale dello Stato, l'arbitro trae un tale potere dalle parti in lite. L'arbitro esercita, dunque, la funzione del giudicare in quanto le parti gli attribuiscono la relativa facoltà.

Pur fondandosi il giudizio privato sulla volontà delle parti, tuttavia lo stesso deve garantire, per la funzione esercitata, l'imparzialità o meglio equidistanza dell'organo giudicante dai contendenti<sup>(21)</sup>. E, nell'arbitrato, la deroga alla precostituzione del giudice comporta che l'imparzialità del giudi-

---

<sup>(18)</sup> Da tale punto di vista tra arbitro e giudice ordinario non vi è alcuna differenza: questo e quello sono in eguale misura tenuti all'esercizio della loro funzione, garantendo — come indicato da SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 409 ss., spec. 411 — « alle parti l'imparzialità del loro agire ». In tal senso v. anche: GIOVANNUCCI ORLANDI, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Contratti e impresa*, 1994, 1179 ss. spec. 1180; HABSCHIED, *Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte*, in *NJW*, 1962, 5 ss., spec. 6, secondo cui l'attività di amministrazione della giustizia è esercitata, oltre che dai giudici statali, anche dagli arbitri.

<sup>(19)</sup> La distinzione indicata nel testo è di KORNBLUM, *Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit*, München, 1968, 191 e s., 269 e s.; ALBERS, *Der parteibestellte Schiedsrichter im schiedsgerichtlichen Verfahren der ZPO und das Gebot überparteilicher Rechtspflege*, Frankfurt am Main, 1995, 25 ss., nonché 37.

<sup>(20)</sup> La designazione dei membri del tribunale arbitrale ovvero del suo presidente ad opera di un designatore investito *ex lege*, oltre che all'art. 209, comma 4, n.c.c.p., è prevista anche all'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003.

<sup>(21)</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2015, 149 ss., precisa come, per essere strumento equivalente alla giustizia statale, l'arbitro deve essere equidistante dalle parti, deve cioè potersi porre come terzo non interessato alla lite o alle parti in contesa.

cante sia condizionata primariamente dalla regolarità del meccanismo della sua nomina o meglio dall'uguaglianza delle parti nella sua formazione <sup>(22)</sup>: un collegio formato in modo disomogeneo è di per sé un collegio non imparziale.

In altre parole, perché a livello di ordinamento sia garantita la terzietà del tribunale arbitrale, occorre assicurare l'equidistanza dello stesso da tutti i contendenti <sup>(23)</sup>, possibile solo ove a questi ultimi siano riconosciuti uguali poteri in ordine alla costituzione dell'organo giudicante <sup>(24)</sup>.

Il diritto all'uguale trattamento di ognuno dei contendenti presenti in arbitrato nella composizione dell'organo giudicante non sostanzia, dunque, un valore in sé, quanto, piuttosto, il mezzo per assicurarne e garantirne l'imparzialità: uguaglianza delle parti ed imparzialità del tribunale arbitrale non sono due distinti principi da conciliare, ma due momenti qualificanti l'unico principio di rilevanza costituzionale dell'imparzialità del soggetto chiamato a giudicare <sup>(25)</sup>.

6. *Il significato del principio di uguaglianza delle parti nella designazione degli arbitri.* — L'attribuzione ai contendenti di uguali poteri nella designazione del tribunale arbitrale, funzionale alla realizzazione del principio d'imparzialità del giudice privato, non significa, però, come peraltro chiaramente messo in evidenza dal Consiglio di Stato nel 2003 <sup>(26)</sup>, anche l'impossibilità di sottrarre ai contendenti il potere di nomina dei membri dell'organo giudicante e in particolare del suo presidente.

Il tema relativo al diritto di ogni soggetto presente in arbitrato di partecipare attivamente alla costituzione del giudice privato, oggetto di ampie disquisizioni della dottrina, è oggi ampiamente superato nel senso che, ormai, parlare di uguaglianza dei contendenti nella designazione degli arbitri non significa anche garantire l'attribuzione, in ogni caso, a ciascuna parte, del diritto di designare o concorrere attivamente alla designazione del o dei

---

<sup>(22)</sup> V. LAUDISIA, *Arbitrato nominato dalla parte o arbitro di parte*, (*Cenni comparatistici*), in questa *Rivista*, 1999, 363.

<sup>(23)</sup> Il tema, attesa la sua stretta connessione con le liti plurisoggettive, in particolare è stato trattato dalla dottrina che si è interessata dell'arbitrato multiparti. Tra i più v.: REDENTI, voce *Compromesso* (*dir. proc. civ.*), in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 786; LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, 276; ID., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 2001, 605; BERNARDINI, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*, in questa *Rivista*, 1992, 101 ss.; MURONI, *Clausola compromissoria « binaria » e pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 1998, 137; SALVANE-SCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti (Una pluralità di problemi)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 458, spec. 462; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in questa *Rivista*, 1997, 743 ss., spec. 749.

<sup>(24)</sup> In giurisprudenza, tra tante, Cass., 7 giugno 1985, n. 3394, in *Giust. Civ.*, 1985, 2512, afferma che è « un'indefettibile esigenza che gli arbitri vengano designati con il concorso della volontà di entrambi i contendenti e non siano quindi espressione della determinazione di una sola delle parti ».

<sup>(25)</sup> Così BERNARDINI, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*, cit., 108.

<sup>(26)</sup> Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335, cit.



componenti il tribunale arbitrale, quanto piuttosto, del solo diritto del singolo compromittente a non essere trattato diversamente dagli altri nella costituzione dell'organo giudicante. Conseguentemente, il principio in parola si ritiene rispettato anche ove ai contendenti sia ugualmente sottratto il potere di nomina degli arbitri perché delegato ad un terzo estraneo alla lite.

L'espropriazione delle parti del potere di nomina non comporta, infatti, problemi di legittimità costituzionale: la garanzia costituzionale del diritto di azione di cui all'art. 24, comma 1, Cost. impedisce al legislatore ordinario solo di imporre alle parti il ricorso in arbitri, atteso che si ritiene costituzionalmente necessaria solo la libera scelta della via arbitrale, non anche « *il monopolio della scelta in capo alle parti delle persone fisiche* » chiamate a giudicare la loro vertenza <sup>(27)</sup>.

La possibilità che l'organo giudicante promani, in tutto o in parte, da un soggetto terzo rende, dunque, evidente come i contendenti possano essere espropriati, purché su di un piano di parità, del potere di nominare direttamente tutti o alcuni membri del collegio arbitrale, delimitando, in tal modo, il contenuto del principio dell'uguale trattamento delle parti nel senso di non ricomprendervi il diritto di ogni contendente a partecipare attivamente alla costituzione dell'organo giudicante.

Pertanto, se la nomina degli arbitri ovvero — come nel caso in esame — del presidente del collegio è attribuita ad un designatore, questo deve essere effettivamente terzo, rivestire, cioè, una posizione di assoluta equidistanza da tutte le parti in lite, perché ugualmente estraneo ai contendenti ed ai loro interessi.

Nel caso di specie ove il legislatore, mantenendo in capo alle parti il potere di designare ognuna « *l'arbitro di propria competenza* », gli sottrae, invece, attribuendolo alla Camera arbitrale, il potere di nominare il presidente del tribunale, il problema che si pone non è, dunque, relativo all'elisione di pieni poteri di nomina, quanto piuttosto all'individuazione della Camera arbitrale come organo investito della designazione.

7. *La carente imparzialità del designatore Camera arbitrale istituita presso l'ANAC.* — La Camera arbitrale istituita presso l'ANAC, che « *pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre* » organo « *amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa del giudizio arbitrale* » <sup>(28)</sup> manca, dunque, di quell'equidistanza dalle parti e dagli interessi in contesa necessaria per nominare un presidente del collegio tale da garantire l'imparzialità dell'intero tribunale arbitrale.

---

<sup>(27)</sup> Quelle riportate sono parole di BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, 473 ss.

<sup>(28)</sup> Si ripetono ancora una volta le parole del Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335, cit.



Orbene, se la citata decisione del Consiglio di Stato già nel 2003 sanzionava l'attribuzione della nomina del terzo arbitro alla Camera arbitrale, un tale aspetto è ancor più oggi emendabile alla luce del successivo generale impianto normativo che l'arbitrato ha assunto, non solo in particolari settori come quelli delle controversie societarie, ma anche all'interno della disciplina codicistica. Il riferimento, in particolare, è agli artt. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003, in tema di arbitrato societario, e 832, comma 4, c.p.c., come novellato dal d.lgs. n. 40/2006 che, più specificamente, regolamentano la figura del soggetto chiamato alla designazione dei giudici privati.

In ordine all'art. 34, comma 2, del citato decreto occorre evidenziare come la disposizione normativa qualifica specificamente il soggetto delegato, nelle controversie societarie, alla designazione degli arbitri « *estraneo alla società* ».

Sempre nell'ottica di garantire l'*estraneità* del designatore, questa volta dagli interessi in contesa, si pone, poi, anche la disposizione di cui all'art. 832, comma 4, c.p.c. che, nell'ambito dell'amministrazione della giustizia arbitrale, si propone l'obiettivo di eliminare ogni sospetto di contiguità tra l'istituzione, eventualmente investita della costituzione dell'organo giudicante, e le parti in lite. Segnatamente, l'art. 832, comma 4, introduce nel codice di rito un'importante regola, volta a salvaguardare l'equidistanza del giudice privato dagli interessi in conflitto attraverso la predisposizione del divieto rivolto alle « *istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali* » di nominare arbitri « *nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi* ».

Quindi, se l'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003 si limita a richiedere la necessaria estraneità del soggetto chiamato alla designazione degli arbitri <sup>(29)</sup>, l'art. 832, comma 4, c.p.c. va oltre l'estraneità, mettendo in chiara evidenza come la garanzia dell'imparzialità del giudicante nell'arbitrato si realizzi solo ove si riesca a tutelare l'equidistanza del designatore da tutti i soggetti in lite, nonché dagli interessi in contesa <sup>(30)</sup>.

Più in generale dalla congiunta analisi delle citate disposizioni non può, dunque, che trarsi il principio, applicabile a tutte le ipotesi di delega della nomina degli arbitri, per cui perché si verifichi l'equidistanza del designatore dalle parti e dagli interessi in contesa necessita non solo la sua strutturale estraneità rispetto ai contendenti, ma anche l'assenza di un suo qualsiasi coinvolgimento, « *neppure ideologicamente, con gli interessi in conflitto* » <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> L'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003 non offre, invero, all'atto pratico alcun criterio definitorio. L'unico rilievo che può trarsi dalla norma in parola è che il designatore — persona fisica o giuridica — debba necessariamente essere estraneo alla compagine sociale.

<sup>(30)</sup> L'art. 832 c.p.c. fornisce, dunque, una chiave di lettura anche per l'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003 nonché più in generale la definizione dei caratteri necessari all'estraneità del designatore. In tal senso: LUIISO, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2007, 349 ss.

<sup>(31)</sup> Così LUIISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 705 ss., spec. 716; *Id.*, *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di LUIISO, Torino, 2006, 555 ss., spec. 576.

Chiaro appare, dunque, come gli indicati attributi manchino completamente alla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC, organo carente di estraneità non solo in relazione alle parti del giudizio, ma ancor più agli interessi in contesa <sup>(32)</sup>.

8. *Le misure a garanzia dell'integrità e imparzialità di singoli componenti il tribunale arbitrale.* — Se, dunque, oggi più che in passato la previsione di cui all'art. 209, comma 4, n.c.c.p. sembra di ostacolo alla formazione di un tribunale arbitrale imparziale, occorre non di meno evidenziare come l'attenzione del legislatore del 2016 <sup>(33)</sup>, incurante di tale aspetto, si sia, invece, rivolta alla sola predisposizione, in aggiunta ai motivi di squalificazione dell'arbitro di cui all'art. 815 c.p.c., di una serie di previsioni miranti ad assicurare il possesso dei requisiti di « *integrità e imparzialità* » delle singole persone chiamate ad assolvere la funzione di arbitri.

Prima di analizzare nel dettaglio tali presidi dell'imparzialità dei singoli componenti il collegio, sembra, pertanto, importante ribadire come, attesa la loro capacità di assicurare la sola *indipendenza* del singolo giudicante, tali previsioni appaiano assolutamente insufficienti alla garanzia, nell'arbitrato, della costituzione di un organo giudicante imparziale. La peculiare struttura del giudizio arbitrale non consente, infatti, con la sola disciplina dell'incompatibilità dei singoli arbitri, di realizzare una piena garanzia dell'equidistanza e, dunque, dell'imparzialità del giudicante: evitare la presenza di fattori di pregiudizio, quali l'esistenza di rapporti personali o professionali con i contendenti o la vicinanza ideologica agli interessi in conflitto, del singolo arbitro persona fisica non appare di per sé garanzia di equidistanza, dovendosi necessariamente — come indicato — innanzitutto focalizzare l'attenzione sul tribunale arbitrale inteso nel suo complesso <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Sebbene parte della dottrina (cfr. CUSA, *La società di arbitrato amministrato*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, 779, spec. 808), più in generale, in commento all'art. 832, comma 4, c.p.c., abbia espresso l'idea per cui la necessaria estraneità del designatore agli interessi in contesa sia « *forse troppo rigida* », secondo chi scrive, invece, la vicinanza del designatore e, conseguentemente, dell'arbitro da questo nominato agli interessi in gioco, più che ad una delle parti in lite, sostanza di fatto un vero e proprio impedimento alla terzietà tanto dell'organo giudicante nel suo complesso che del singolo arbitro. In tale ultimo senso si v., inoltre, LUISSO, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, cit., 353, il quale, in particolare, afferma: « *nessuno, credo, può ritenere imparziale l'arbitro nominato dall'associazione dei produttori di energia elettrica in una controversia fra un produttore ed un acquirente; oppure un arbitro nominato dal consiglio dell'ordine degli avvocati in una controversia fra un legale ed il suo cliente. Di recente la Corte di giustizia delle comunità europee, con la sentenza 19 settembre 2006 (causa C-506/04, Wilson contro Ordre des avocats du Luxembourg, in Dir. e giust. 2006, 38, 94) (...) ha affermato che, in una controversia relativa all'iscrizione all'albo degli avvocati, non è imparziale un organo giurisdizionale composto esclusivamente o prevalentemente da avvocati. Ovviamente, le cose non cambierebbero se la controversia fosse decisa da arbitri, nominati dall'ordine degli avvocati* ».

<sup>(33)</sup> Ciò è avvenuto grazie tanto alla l. d. n. 11/2016 che del d.lgs. n. 50/2016 che mirano, con una serie di specifiche disposizioni, ad assicurare il possesso dei requisiti di « *integrità e imparzialità* » delle singole persone chiamate ad assolvere la funzione di arbitri.

<sup>(34)</sup> LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle contro-*

Se anche l'indipendenza del singolo arbitro è, infatti, funzionale alla sua imparzialità, atteso che, normalmente, chi è indipendente, in quanto libero nel decidere da qualsiasi forma di condizionamento esterno, è, per lo più, anche in grado di rendere un giudizio imparziale, nell'arbitrato, a differenza che nel giudizio statale, l'imparzialità del giudicante si ottiene, però, come indicato nelle precedenti pagine, non già con la sola garanzia dell'indipendenza del singolo arbitro, bensì con l'uguale dipendenza dell'organo da tutti i soggetti in lite.

Ma cerchiamo di spiegare meglio questo importantissimo aspetto partendo dall'analisi del significato dell'indipendenza del giudice statale.

Se, infatti, la previsione di fattispecie d'incompatibilità del giudice civile, rappresentando strumento volto ad evitare che il giudizio sia assunto da persone fisiche che si trovino in una posizione di contiguità con le parti o con gli interessi in contesa, costituisce il meccanismo di chiusura di un sistema in cui l'imparzialità della giurisdizione è raggiunta con l'assicurarne l'indipendenza, ciò non può, invece, ripetersi anche per l'arbitro.

Segnatamente, il nostro ordinamento pone in essere un impianto normativo, tanto a livello di legge costituzionale che ordinaria, diretto ad assicurare la terzietà, garanzia ed apparenza dell'imparzialità del giudice statale, garantendo il rispetto dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, dell'organo giudicante, nonché del singolo soggetto chiamato all'esercizio della giurisdizione<sup>(35)</sup>. Chiaro è allora come, in quest'ottica, la previsione di motivi d'incompatibilità del giudice statale sostanzialmente il rimedio alle possibili disfunzioni che, nell'applicazione pratica, possono verificarsi, quando, pur utilizzando tutti i meccanismi necessari per evitare ingerenze da parte di altri poteri dello Stato o della stessa magistratura nei confronti del giudice, di fatto, si attribuisca il potere di decidere la singola controversia ad un soggetto la cui indipendenza possa essere minata dalla presenza di un legame con le parti o con l'oggetto della controversia.

Più in particolare, infatti, sebbene l'art. 25 Cost. sancisca il principio del giudice naturale e precostituito e le norme sulla giurisdizione e competenza, nonché l'art. 7-bis della legge di ordinamento giudiziario prevedano meccanismi di distribuzione del contenzioso tra i diversi uffici tale da rendere il più casuale possibile l'attribuzione delle controversie, può di fatto accadere che la singola causa sia affidata ad un giudice avente un legame con le parti ovvero con gli interessi in contesa.

---

*versie*, cit., 150, ritiene che « l'imparzialità dell'arbitro può essere pregiudicata da due fattori: da un lato, l'esistenza di rapporti personali o professionali con le parti ed i loro legali; dall'altro lato, la non indifferenza rispetto agli interessi in conflitto in sé, invece, che ai soggetti che ne sono portatori. Nel primo caso l'arbitro è personalmente vicino ad uno dei soggetti del processo; nel secondo caso egli è ideologicamente vicino ad uno degli interessi in conflitto ».

<sup>(35)</sup> Sul punto v. se vuoi, il mio *Sull'effettività della garanzia dell'imparzialità del giudice con particolare riferimento alla ricasazione del giudice civile*, in *Il Giusto Processo*, 2011, 513 ss.; nonché in maniera più analitica, *L'imparzialità dell'arbitrato e del tribunale arbitrale*, cit., 81-90.

Se, dunque, la previsione di motivi d'incompatibilità della persona del giudicante nasce in riferimento al giudizio statale ovvero ad una realtà in cui la terzietà del giudice, garanzia ed apparenza della sua imparzialità, si realizza assicurando l'indipendenza della giurisdizione, dei suoi organi, nonché dei singoli magistrati, ciò non appare, invece, caratterizzare anche l'arbitrato.

Assicurare l'assenza di contiguità tra il singolo appartenente al collegio arbitrale e le parti in lite o l'oggetto nel contendere non è, invero, di per sé sufficiente a garantire l'imparzialità del giudicante nell'arbitrato, dal momento che l'indipendenza del singolo arbitro non acquisisce lo stesso significato che ha per il giudice statale: nell'arbitrato l'unico tipo di ingerenza rilevante deriva dal legame che le parti hanno con i soggetti chiamati a giudicare, legame che, peraltro, costituisce anche una delle caratteristiche più importanti della giustizia privata.

9. *Le speciali ipotesi d'incompatibilità dell'arbitro.* — Fatte tali necessarie premesse e tornando all'analisi del Nuovo Codice dei contratti pubblici, occorre ricordare come questo — oltre ai motivi di squalificazione dei giudici privati previsti dal codice di rito all'art. 815 c.p.c. <sup>(36)</sup> — al comma 6 dell'art. 209 predispone ben sei diversi speciali motivi impedienti l'accesso al ruolo di arbitro.

Se, in generale, tutte le fattispecie d'incompatibilità appaiono legate alla necessità di evitare che la decisione della controversia sia resa da un soggetto la cui imparzialità possa essere minata dalla presenza di un suo interesse, legame o pregiudizio nei confronti delle parti, dei loro difensori o dell'oggetto in contesa, gli speciali motivi di incompatibilità previsti dal citato Codice, pur muovendosi in tal senso, tengono in particolare considerazione la peculiarità della materia e degli interessi coinvolti nella contrattualistica pubblica.

Passando alla loro analisi, occorre innanzitutto evidenziare come l'art. 209, comma 6, n.c.c.p., se da un lato ricalca il previgente art. 241, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 113/2007 <sup>(37)</sup>, nonché dal successivo d.lgs. n. 55/2010, dall'altro lato lo supera. E, infatti, alle fattispecie

---

<sup>(36)</sup> Avendo il presente scritto l'obiettivo di analizzare la specialità della disciplina dell'arbitrato nella contrattualistica pubblica in questa sede non si analizzeranno le generale ipotesi d'incompatibilità dell'arbitro di cui all'art. 815 c.p.c., per la cui analitica illustrazione si rinvia al mio *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 101-111.

<sup>(37)</sup> Si deve, in particolare, al decreto n. 113/2007 l'eliminazione del riferimento nell'originaria versione dell'art. 243, comma 6, del Codice del 2006 all'astensione degli arbitri. Segnatamente, la previsione originariamente contenuta nella disposizione da ultimo citata, applicabile tanto al caso di scelta consensuale del terzo arbitro che di sua nomina ad opera della Camera arbitrale, richiamando espressamente l'istituto dell'*astensione* previsto dal codice di rito per i soli giudici togati, poneva non pochi problemi interpretativi. È, infatti, facile comprendere perché l'istituto dell'astensione non abbia, sino al Codice dei contratti pubblici del 2006, trovato spazio nell'arbitrato ove — a differenza del singolo magistrato, che può sottrarsi dalla designazione autoritativa del capo dell'ufficio solo facendo valere i motivi d'incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. — l'accettazione dell'incarico del singolo giudicante è assolutamente libera e discrezionale. La disposizione costituiva una novità assoluta anche in riferimento agli ordina-

di squalificazione, oggi riprodotte nelle lett. d), e), f) e g) <sup>(38)</sup>, il nuovo art. 209 n.c.c.p. aggiunge ben altre speciali ipotesi d'incompatibilità degli arbitri disciplinate alle lettere a), b) e c).

Con maggiore impegno illustrativo occorre, innanzitutto, evidenziare come l'art. 209, comma 6, del citato decreto escluda dal ruolo di arbitro « *i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio o a riposo nonché gli avvocati e procuratori dello Stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie* » (lett. a), nonché coloro che, nel triennio antecedente « *hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico* » (lett. b).

Mentre le indicate fattispecie di cui alla lett. a) e b) appaiono motivate da ragioni relative alla specifica funzione assolta dai soggetti ritenuti incapaci di assumere la funzione di arbitro, nonché dal loro pregresso legame con i contendenti, con le previsioni elencate ai successivi numeri il legislatore sembra, invece, introdurre motivi d'incompatibilità, miranti a garantire l'indipendenza degli arbitri sia dai soggetti coinvolti nella controversia che da loro stessi condizionamenti anteriori relativi all'oggetto del contendere. Segnatamente, disponendo l'incompatibilità di chi ha « *trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato* » (lett. c), « *espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato* » (lett. d), « *predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso* » (lett. e), « *diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie* » (lett. f) ovvero, infine, « *partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato* » (lett. g), il legislatore del 2016 alle lett. c), d), e), f) e g) sembra escludere dal ruolo di giudice privato quanti in precedenza abbiano, a qualsiasi titolo, avuto contatti con la controversia oggetto del procedimento.

Orbene, le fattispecie da ultimo indicate, se da un lato mirano ad evitare che la funzione di arbitro sia assolta anche da chi, a qualsiasi titolo, potrebbe aver intrattenuto rapporti con le parti in causa, dall'altro lato indubbiamente sottendono la stessa *ratio* del n. 6 dell'art. 815, comma 1, c.p.c. <sup>(39)</sup>. Queste, in

---

menti di Paesi a noi vicini e dei regolamenti delle diverse Camere arbitrali, i quali — lungi dal prevedere la possibilità dell'arbitro di astenersi — si limitano solamente ad onerarli, prima dell'accettazione dell'incarico, di dichiarare alle parti l'esistenza di eventuali motivi di parzialità.

<sup>(38)</sup> L'art. 241, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dai dd.lgs. nn. 113/2007 e 55/2010, statuiva: « *in aggiunta ai casi di ricasazione previsti dall'art. 815 codice di procedura civile non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o un parere sull'oggetto delle controversie stesse, anche ai sensi dell'art. 240* ».

<sup>(39)</sup> La norma prevede la possibilità di ricasare l'arbitro « *se ha prestato consulenza, assistenza o difesa di una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone* ».

particolare, disciplinano l'eventualità in cui chi giudica non abbia piena serenità nella decisione a causa di un approccio alla lite condizionato dalla conoscenza anteriore al giudizio di una determinata vicenda (c.d. *forza della prevenzione*). Nelle indicate ipotesi, l'arbitro, pur potendo essere indifferente rispetto alle parti in contesa <sup>(40)</sup>, potrebbe, però non di meno, essere inquinato, nel rendere il giudizio, dal ruolo in precedenza assunto in merito a quella stessa vicenda su cui è chiamato a decidere. In altri termini, qui ciò che mina la serenità di giudizio non è solo il pregresso rapporto con i contendenti, ma anche lo stato soggettivo del giudicante rispetto alla lite <sup>(41)</sup>.

10. *Gli altri criteri di nomina degli arbitri. L'albo degli Arbitri per i contratti pubblici.* — Oltre alle fattispecie elencate al comma 6, il Nuovo Codice dei contratti pubblici prevede al comma 5 dell'art. 209, per la risoluzione delle controversie di cui è parte la p.a., ulteriori limiti all'assunzione del ruolo di giudice privato, statuendo — nell'ottica del contenimento della spesa pubblica — come la funzione di arbitro di parte debba essere svolta, obbligatoriamente, ove la controversia sia tra due p.a. e, preferibilmente, in presenza di controversia tra una p.a. e un privato, dai dirigenti pubblici. È comunque concesso, « *in entrambe le ipotesi* », all'amministrazione di designare, in luogo dei dirigenti pubblici, come arbitro di propria competenza uno degli iscritti nell'albo tenuto presso la Camera arbitrale, indicando con provvedimento motivato le ragioni di tale scelta <sup>(42)</sup>.

La norma, che nella sostanza riproduce l'art. 1, commi 21, 22 e 23 della l. n. 190/2012, si premura, inoltre, più in generale, di stabilire come nelle controversie in cui è parte una p.a. la nomina dei giudici privati debba avvenire « *nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione* ».

Se la pubblicità delle nomine arbitrali è funzionale all'effettività del principio della rotazione, nonché, più in generale, alla garanzia dei principi costituzionali dell'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa ovvero a quelli comunitari di trasparenza e libertà di concorrenza, per assumere l'incarico di arbitro nelle controversie relative alla contrattualistica pubblica necessita, però, o la qualifica di dirigente pubblico — limitatamente

---

<sup>(40)</sup> Magari perché i contendenti sono diversi dai soggetti con cui in precedenza è venuto a contatto.

<sup>(41)</sup> Così: BOVE, *Art. 111 Cost. e « il giusto processo civile »*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 479 ss., spec. 507; DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 1145 ss., spec. 1159; ID., *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, 146.

<sup>(42)</sup> Il comma 5 dell'art. 209 n.c.c.p. riproduce, nella sostanza, l'art. 1, commi 21, 22 e 23, della l. n. 192/2012 a cui apporta, però, la modifica consistente nella possibile opzione della p.a., con provvedimento motivato, di nominare come arbitro di parte uno degli iscritti all'albo tanto nel caso di controversie tra due p.a. che tra una p.a. e un privato, mentre il comma 23, art. 1, l. n. 190/2012 consentiva tale deroga solo « *qualora la controversia abbia luogo tra una pubblica amministrazione e un privato* ».

allo svolgimento del ruolo di arbitro di parte della p.a. — ovvero dell'apposita iscrizione all'albo degli Arbitri per i contratti pubblici, formato e tenuto, ai sensi dell'art. 210, comma 2, n.c.c.p., presso la Camera arbitrale <sup>(43)</sup>.

Le indicate limitazioni non riguardano, però, l'arbitro di competenza della parte privata che se, comunque « *scelto tra i soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto a cui si riferisce* », potrà, in ogni caso, essere nominato anche tra soggetti non iscritti all'albo tenuto presso la Camera arbitrale <sup>(44)</sup>.

Peraltro, il comma 7 dell'art. 210 n.c.c.p., dopo aver vietato, rinviando alla disposizione di cui all'articolo 1, comma 18, della l. n. 190/2012, « *ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie* » <sup>(45)</sup> la possibilità di iscriversi all'albo degli Arbitri tenuto presso la Camere Arbitrale, individua i requisiti soggettivi necessari per richiedervi l'iscrizione.

In particolare, la disposizione, che nella sostanza, ovvero con la sola eccezione ora indicata, riproduce il comma 6 dell'art. 242 del d.lgs. n. 163/2006, prevede che possono essere iscritti a tale albo gli « *avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione* », i « *tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi* », nonché i « *professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* » <sup>(46)</sup>.

Con il prevedere l'assunzione della funzione di presidente del collegio

---

<sup>(43)</sup> Tra i principali compiti della Camera arbitrale, ai sensi dell'art. 210, comma 2, n.c.c.p., vi è la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, nonché l'elaborazione del loro codice deontologico.

<sup>(44)</sup> Se indubbiamente nella condizione indicata dall'art. 209, comma 4, n.c.c.p. si trova l'iscritto all'albo, come indicato, la legge non impone che la nomina sia limitata a tali soggetti. Tuttavia, essendo la violazione della previsione di cui al comma 4 dell'art. 209 n.c.c.p. relativa all'arbitro di competenza della parte privata, sanzionata con la nullità del lodo di cui al successivo comma 7 (sul punto v. *infra* § 12), per essere certi di non incorrere nella sanzione in parola appare, comunque, auspicabile nominare arbitri della parte privata, soggetti che, pur non iscritti all'albo, comunque, si trovino nelle condizioni previste dal comma 6 del citato art. 209.

<sup>(45)</sup> Se, dunque, nel vigore del previgente art. 242, comma 6, c.c.p., i magistrati amministrativi, contabili ecc. potevano iscriversi all'albo degli Arbitri nei contratti pubblici, con l'entrata in vigore del comma 18 dell'art. 1 della l. n. 190/2012 che prevedeva, come sanzione, alla partecipazione a collegi arbitrali o all'assunzione dell'incarico di arbitro degli indicati soggetti, « *la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti* », questi non possono più esercitare il ruolo di arbitro in tali controversie. Inoltre, occorre evidenziale come nella nuova sistematica del Codice del 2016 l'essere magistrato ordinario, amministrativo ecc. sia stato regolamentato dall'art. 209, comma 6, lett. a) n.c.c.p. anche come un motivo d'incompatibilità.

<sup>(46)</sup> L'iscrizione all'albo degli Arbitri — regolata comma 10 dell'art. 210 n.c.c.p. che riproduce nella sostanza l'art. 243, comma 9, del Codice del 2006 — ha validità triennale e può essere nuovamente conseguita decorsi due anni dalla scadenza del triennio. Questa avviene su domanda dell'interessato « *corredata da curriculum e da adeguata documentazione comprovante i requisiti* » posseduti (comma 9 art. 210 n.c.c.p.).



arbitrale, ovvero dell'arbitro di competenza della p.a., nominato ai sensi dell'ult. capoverso dell'art. 209, comma 5, n.c.c.p., solo per i soggetti preventivamente iscritti all'albo si cerca, quindi, di garantirne preventivamente la competenza e l'indipendenza, atteso che per ottenere l'iscrizione all'albo degli Arbitri, i richiedenti devono necessariamente essere in possesso di specifici requisiti professionali e di onorabilità.

Individuati, dunque, i motivi di squalificazione, nonché i requisiti, talune volte, necessari per accedere al ruolo di arbitri nella contrattualistica pubblica, occorre, a tal punto, prima di verificare le conseguenze previste dal legislatore per la violazione delle indicate disposizioni, brevemente considerare anche la particolare fattispecie disciplinata al comma 10 dell'art. 210 n.c.c.p.

11. *L'art. 210, comma 10, n.c.c.p.* — Una particolare ipotesi, per gli iscritti all'albo degli Arbitri tenuto presso la Camera arbitrale, al limite tra motivo d'incompatibilità ed impedimento all'assunzione di successivi incarichi, è rappresentata dalla previsione di cui al comma 10 dell'art. 210 n.c.c.p., che con qualche variazione riproduce il combinato disposto degli artt. 243, comma 4, e 241, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 113/2007 <sup>(47)</sup>.

Segnatamente, la norma, prevedendo che l'arbitro, « *durante il periodo di appartenenza all'albo, e nei successivi tre anni* » sia inibito all'assumere « *incarichi professionali in favore di una delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte* », introduce nel sistema un limite, questa volta nello svolgimento di successivi incarichi in favore delle parti dei giudizi da lui decisi, che supera il periodo d'iscrizione all'albo estendendosi per i tre anni successivi <sup>(48)</sup>.

Tale fattispecie, che manca completamente nell'arbitrato di diritto comune, ha lo scopo di evitare che un particolare rapporto dell'arbitro con una delle parti del giudizio di tipo professionale, ancorché successivo alla pronuncia del lodo, possa far sorgere il dubbio circa la presenza di un legame già durante la pendenza del giudizio <sup>(49)</sup>.

Se è vero, infatti, che, una volta pronunciato il lodo, l'arbitro si spoglia di

---

<sup>(47)</sup> L'impedimento era nella previgente disciplina limitato al tempo d'iscrizione all'albo e non anche al successivo triennio.

<sup>(48)</sup> Tiene conto del periodo successivo allo svolgimento della funzione di arbitro anche l'art. 209, comma 6, lett. b), a mente del quale non possono essere nominati arbitri coloro che, nel triennio antecedente « *hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico* ».

<sup>(49)</sup> Cfr. App. Parigi, 2 luglio 1992, in *Rev. Arb.*, 1996, 411, che, pur in assenza di un'espressa norma, ha disposto, per l'arbitrato di diritto comune, l'annullamento del lodo reso dall'arbitro che, il giorno dopo la sua pronuncia, aveva cominciato a lavorare per una delle parti del giudizio. Ciò sul presupposto che il rapporto arbitro-parte, ancorché instaurato successivamente alla definizione del giudizio arbitrale, sarebbe stato indice di uno stretto legame che, non rilevato nel corso del procedimento, era già presente in quel momento.



tutti i suoi doveri, ivi compreso quello di essere imparziale, può, tuttavia, accadere che il comportamento da questo tenuto successivamente alla pronuncia del lodo acquisisca rilevanza per valutarne il comportamento durante lo svolgimento del processo. Inibendo l'arbitro dall'assumere, anche dopo il procedimento e per i tre anni successivi alla sua cancellazione dall'albo, attività professionale nei confronti delle parti dei giudizi arbitrali decisi, la disposizione in parola persegue, dunque, l'obiettivo di limitare ulteriormente la possibile contiguità tra giudice privato e compromittenti.

Sebbene in linea di principio il legislatore abbia, dunque, imposto all'arbitro tale regola di comportamento, non ha, però, anche previsto — a differenza delle ipotesi in precedenza esaminate <sup>(50)</sup> — una specifica fattispecie d'invalidità del lodo per la sua violazione.

Inoltre, se a prima vista sembrerebbe che tale fattispecie possa sostanziare, grazie al rinvio operato dall'art. 210, comma 11, n.c.c.p., all'art. 815 c.p.c. <sup>(51)</sup>, anche nel nuovo Codice, un motivo di ricusazione dell'arbitro, invero, un'analisi più accurata mostra la fallacia di tale idea.

Ebbene, l'art. 210, comma 10, n.c.c.p. non solo — a differenza del combinato disposto degli artt. 243, comma 4, e 242, comma 9, d.lgs. n. 163/2006 <sup>(52)</sup> — nulla in proposito prevede, ma la stessa statuizione in esso contenuta sembra, a chi scrive, di ostacolo alla proposizione dell'istanza di ricusazione. Infatti, la fattispecie individuata dall'art. 210, comma 10, n.c.c.p. sembra realizzarsi solo dopo la pronuncia del lodo, mentre l'istanza di ricusazione è proponibile solamente in via preventiva, ovvero, in pendenza di giudizio, nonché entro l'angusto termine predisposto a pena di decadenza dall'art. 815 c.p.c.

Conseguentemente, si ritiene che tale disposizione non possa che rivestire un ruolo marginale, rappresentando un comportamento dovuto, o meglio un monito per gli iscritti e per le parti dell'arbitrato dall'assumere e/o conferire incarichi per tutto il periodo d'iscrizione, nonché per i tre anni successivi alla cancellazione dell'arbitro dall'albo.

Il rispetto di tale regola di comportamento è, dunque, astrattamente coercibile non già con l'invalidità del lodo ovvero con la ricusazione dell'arbitro, quanto piuttosto con la previsione di una sanzione per gli arbitri di

---

<sup>(50)</sup> Sul punto v. *infra* § 12.

<sup>(51)</sup> Il comma 11 dell'art. 210 n.c.c.p. espressamente statuisce: « sono fatti salvi i casi di ricusazione di cui all'articolo 815 del codice di procedura civile ». La norma appare, a chi scrive, non avere più alcuna ragion d'essere. Questa sembra rappresentare un refuso della previgente regolamentazione del Codice del 2006 che prevedeva due modelli arbitrali.

<sup>(52)</sup> L'art. 243, comma 4, del Codice del 2006 prevedeva, nel caso di amministrazione camerale del giudizio, la ricusazione degli arbitri, « oltre che per i motivi previsti dall'art. 815 del codice di procedura civile, anche per i motivi di cui all'art. 242, comma 9 ». Quest'ultimo, a sua volta, statuiva, poi, dopo aver indicato la durata dell'appartenenza all'albo degli arbitri e consulenti, che « durante il periodo di appartenenza all'albo gli arbitri non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte ».

carattere deontologico rappresentata dal divieto di una nuova iscrizione all'albo degli Arbitri nei contratti pubblici, ovvero, nel caso di arbitro pubblico dipendente, con la sanzione prevista, all'ult. capoverso dell'art. 53 del d. lgs., 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. l), della l., n. 190/2012. E, infatti, quest'ultima disposizione, espressamente richiamata dall'art. 210, comma 10, n.c.c.p. <sup>(53)</sup>, prevede non solo la nullità di contratti e incarichi conferiti in violazione del rispetto del periodo d'incompatibilità, ma anche l'ulteriore sanzione a carico dei soggetti privati « *che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni* » oltre all'« *obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti* ».

12. *Conseguenze della violazione delle regole di nomina del tribunale arbitrale.* — Completamente diversa è, invece — come accennato — la regolamentazione della violazione delle disposizioni previste per la costituzione e l'incompatibilità degli arbitri, atteso che il comma 7 dell'art. 209 n.c.c.p., con una previsione assolutamente innovativa <sup>(54)</sup>, stabilisce come « *la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo* ».

Anche sotto questo profilo, il legislatore del 2016, prevedendo l'invalidità del lodo per violazione delle disposizioni previste dal Codice dei contratti pubblici in tema di nomina degli arbitri, ne regola il modello arbitrale in maniera completamente diversa dal codice di procedura civile. Ciò in quanto

---

<sup>(53)</sup> Il citato art. 210 fa, infatti, salvo « *quanto previsto dall'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'articolo 1, comma 42, lettera l, della legge 6 novembre 2012, n. 190* » che espressamente dispone: « *I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti* ».

<sup>(54)</sup> Il comma 5 dell'art. 241 d.lgs. n. 163/2006 prevedeva, per il caso in cui tra le parti fosse stato raggiunto l'accordo sulla persona del terzo arbitro, una sanzione per la violazione delle regole predisposte per la sua nomina. In particolare l'ult. capoverso della citata disposizione statuiva: « *la nomina del presidente effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 3 del codice di procedura civile* ». La disposizione, introdotta con la novella del codice dei contratti pubblici del 2006 avvenuta con d.lgs. n. 53/2010, se prevedeva — equiparandolo al lodo pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'art. 812 c.p.c. — anche in tal caso, l'impugnazione del lodo per vizio di nomina del presidente a prescindere dal previo rilievo del vizio nel corso del procedimento, lo limitava, però, all'ipotesi in cui il presidente non fosse stato scelto tra soggetti « *di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, muniti di precipuo requisiti d'indipendenza, e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato funzioni di arbitro di parte o di difensore nei giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo* » (art. 241, comma 5 d.lgs. n. 163/2006). È da notare come l'ultima parte della previsione ostativa alla nomina di presidente è oggi disciplinata come motivo d'incompatibilità degli arbitri di cui all'art. 209, comma 6, lett. b) d.lgs. n. 50/2016.

non solo — e questo rappresenta l'aspetto più evidente — prevede l'impugnazione del lodo per vizi di costituzione del giudicante a prescindere dalla previa deduzione di parte del relativo motivo d'invalidità nel corso del giudizio, ma anche perché — e questo è il profilo che desta maggiori perplessità — non sembra coordinare la violazione delle disposizioni relative all'incompatibilità degli arbitri con l'istituto della ricusazione.

Orbene, in ordine al primo profilo occorre evidenziare come il mancato rispetto delle regole previste per la nomina degli arbitri di parte e del presidente di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 209 n.c.c.p. <sup>(55)</sup> viene trattato come un motivo di nullità della decisione alla stregua di quanto previsto per il giudice statale all'art. 158 c.p.c. <sup>(56)</sup>. Non è, in altre parole, richiesto, a differenza di quanto statuito all'art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c., il preventivo rilievo di parte del vizio nel corso del giudizio arbitrale. Se tale invalidità può, dunque, essere rilevata anche dallo stesso collegio arbitrale <sup>(57)</sup>, tuttavia, la carente preventiva deduzione — di parte o d'ufficio — nel corso dell'arbitrato non impedisce l'impugnazione del lodo per tale motivo.

La medesima regolamentazione è, inoltre, prevista — e questo, come indicato, è l'aspetto che desta maggiori perplessità — anche in relazione all'ipotesi in cui il ruolo di arbitro sia rivestito da soggetti che versino nelle situazioni d'incompatibilità di cui all'art. 209, comma 6, del citato decreto. Si regolamentano, di fatto, le fattispecie di contiguità, generali <sup>(58)</sup> e speciali, del giudicante con le parti o con l'oggetto del contendere alla stregua della violazione delle regole predisposte per la costituzione del tribunale arbitrale.

Insomma, con una tale previsione, il legislatore del 2016 sembra disciplinare l'incompatibilità dell'arbitro nella contrattualistica pubblica in maniera differente, non solo da quella dell'arbitrato di diritto comune, ma anche da quella prevista per il giudice statale.

---

<sup>(55)</sup> I commi 4 e 5 dell'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006 prevedevano che tanto gli arbitri di parte che il presidente dovessero essere scelti tra « *soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce* ». Secondo SPACCAPELO, in DALEFFE - SPACCAPELO, *Le nuove disposizioni processuali nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 949 ss., spec. 963, nt. 46, tale disposizione, stante la difficoltà di controllo, non poteva, almeno nella sua originaria versione che avere un ruolo marginale. Il mancato rispetto della condizione formale richiesta dalla norma non appariva, infatti, capace di rendere invalida l'effettuata designazione dell'arbitro, rappresentando, dunque, più che un comportamento dovuto, un monito per le parti, in particolare per quella pubblica, di tenere nella giusta considerazione il valore tecnico della persona chiamata a svolgere l'incarico di arbitro. Se già con l'art. 5, comma 1, lett. c), d. lgs. n. 53/2010, almeno in riferimento alla persona del presidente del tribunale arbitrale, la violazione delle regole sulla nomina, venivano a costituire ai sensi del novellato comma 5 dell'art. 241 d.lgs. n. 163/2006 il motivo di nullità del lodo di cui all'art. 829, comma 1, n. 3 c.p.c., come vedremo nel testo, il legislatore del 2016 sanziona, a pena di nullità del lodo, ogni violazione di tali criteri stabiliti per la nomina dei membri del tribunale arbitrale.

<sup>(56)</sup> La norma prevede, non solo la rilevanza d'ufficio di tale motivo di nullità, ma anche la possibilità, ai sensi dell'art. 161, comma 1, c.p.c., di far valere tale vizio, in mancanza di preventiva eccezione, per la prima volta, in sede d'impugnazione della sentenza.

<sup>(57)</sup> Questo ove ritenga presente un vizio relativo alla sua costituzione può, dunque, legittimamente, chiudere il procedimento senza scendere all'esame di merito della controversia.

<sup>(58)</sup> Grazie al rinvio che la norma fa all'art. 815 c.p.c.

Più in generale, infatti, tanto l'art. 51 c.p.c., in riferimento al giudizio statale, che l'art. 815 c.p.c., per il giudizio arbitrale rituale, regolamentano le ipotesi d'incompatibilità del giudicante, non già come vizi di costituzione dell'organo tali da minare al generale interesse dell'amministrazione della giustizia, quanto piuttosto come vizi relativi alla persona del singolo giudice a cui corrisponde il potere delle parti, titolari del diritto soggettivo ad un giudice imparziale, di rimuoverlo dall'incarico chiedendone, appunto, la riconsunzione<sup>(59)</sup>.

Viceversa, il legislatore del 2016, equiparando — come indicato — i motivi d'incompatibilità dell'arbitro nella contrattualistica pubblica ai vizi di costituzione del tribunale, ne ammette, a prescindere dalla proposizione della preventiva istanza di riconsunzione della parte, la possibilità di un loro rilievo, per la prima volta<sup>(60)</sup>, nel giudizio d'impugnazione del lodo di cui all'art. 829 c.p.c. Il combinato disposto dell'art. 209, commi 6 e 7, n.c.c.p. deve, insomma, interpretarsi nel senso di riconoscere — in presenza di arbitri che versino in una delle situazioni d'incompatibilità indicate dal Nuovo codice dei contratti pubblici — alle parti la facoltà di scegliere tra la proposizione della preventiva istanza di riconsunzione e l'impugnazione per nullità del lodo.

Chiaro è che una tale regolamentazione della disciplina dell'incompatibilità abbia come conseguenza il riconoscimento della facoltà di ottenere, in sede d'impugnazione, un nuovo, ovvero, un primo scrutinio in merito alle fattispecie squalificatorie, in capo ad entrambe le parti del giudizio<sup>(61)</sup>: non solo la parte che ha invano presentato istanza di riconsunzione, ma anche chi non l'abbia proposta, può impugnare il lodo perché reso con la partecipazione di un arbitro incompatibile.

In altre parole, se, nell'arbitrato di diritto comune — come altrove manifestato<sup>(62)</sup> — secondo chi scrive<sup>(63)</sup>, solo la parte che si sia vista rigettare

---

<sup>(59)</sup> Ovvero per il giudizio statale l'obbligo del singolo giudice di chiedere al capo dell'ufficio l'astensione dall'incarico.

<sup>(60)</sup> Viceversa, il potere delle parti di riconsunzione dell'arbitro deve, ex art. 815, comma 3, c.p.c. essere esercitato nel termine perentorio di dieci giorni della notificazione della nomina o della sopravvenuta conoscenza della causa di riconsunzione.

<sup>(61)</sup> L'operatività del principio di auto-responsabilità consente di riconoscere ad ogni contendente la sola possibilità di rilevare, a prescindere dalla proposizione dell'istanza di riconsunzione, il vizio d'incompatibilità relativo all'arbitro alla cui nomina non ha provveduto, ossia all'arbitro nominato dall'altra parte e al presidente del collegio.

<sup>(62)</sup> Il mio, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 144 ss.

<sup>(63)</sup> Sebbene l'opinione di chi scrive in ordine all'arbitrato rituale disciplinato dal codice di rito sia quella di ammettere, nel caso di rigetto della preventiva istanza di riconsunzione, un nuovo esame dei motivi di squalificazione del giudice privato in sede d'impugnazione del lodo (cfr. sul punto il mio, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 145) occorre menzionare anche l'idea per cui la discussione in ordine all'incompatibilità dell'arbitro si dovrebbe, invece, esaurire nelle strette maglie dell'incidente di riconsunzione. Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, cit., 380; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'articolo 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, cit., 712 ss., spec. 722; LUISO, *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giudiziale delle controversie*, cit., 129 e 130; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 114; RUFFINI-BOCCAGNA, *Commento all'articolo 829 c.p.c.*, in *Codice di Procedura Civile*

l'istanza di ricusazione tempestivamente proposta, ha facoltà di chiedere, in sede d'impugnazione del lodo, un nuovo scrutinio in ordine a tale motivo d'invalida costituzione del tribunale arbitrale<sup>(64)</sup>, nel nuovo arbitrato nei contratti pubblici tale potere è, invece, concesso, a prescindere dalla preventiva tempestiva proposizione dell'istanza di ricusazione, nonché dell'effettiva preventiva conoscenza del vizio d'incompatibilità<sup>(65)</sup>.

Da quanto indicato innegabile appare il carente coordinamento tra l'indicata regolamentazione del rilievo del vizio d'incompatibilità e l'istituto della ricusazione: la nuova previsione di cui al comma 7 dell'art. 209 n.c.c.p. sembrerebbe svuotare completamente di significato il rinvio che il Codice dei Contratti pubblici del 2016 fa all'istituto della ricusazione di cui all'art. 815 c.p.c. rendendolo, in ultima analisi, inutile.

Tuttavia, tale iniziale impressione deve essere superata: chi scrive è dell'idea che, se la regolamentazione del rilievo dei vizi d'incompatibilità prevista nella contrattualistica pubblica alimenti, di fatto, la tentazione delle parti di attendere sempre la pronuncia del lodo per far valere, alla luce della decisione, tale motivo d'invalidità<sup>(66)</sup>, non di meno la previsione del preventivo giudizio di ricusazione mantenga una specifica utilità.

In altri e più precisi termini, se nell'arbitrato dei contratti pubblici il rapporto tra incidente di ricusazione e giudizio d'impugnazione del lodo non può essere ricostruito in termini di complementarietà, atteso che l'esperimento dell'istanza di ricusazione sembra aver perso la duplice funzione di strumento preventivo, diretto all'eliminazione dei motivi d'incompatibilità dell'arbitro, nonché, in caso di suo insuccesso, di mezzo prenotativo della successiva impugnazione per nullità del lodo<sup>(67)</sup>, non di meno ciò deve far propendere per l'inutilità dell'istituto.

---

*Commentato*, a cura di CONSOLO e LUIO, cit., 6038 ss., spec. 6044; BARBIERI - BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2007, 345.

<sup>(64)</sup> Chi scrive anche nell'arbitrato di diritto comune ritiene che la violazione dell'incompatibilità del giudice costituisce un motivo d'impugnazione del lodo — come indicato subordinato alla previa presentazione dell'istanza di ricusazione — ai sensi dell'art. 829, comma 2, c.p.c. ovvero per vizio di costituzione del tribunale. Tuttavia, in dottrina sono state proposte anche opinioni diverse. Per l'illustrazione delle diverse prospettive v., il mio, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 147-160.

<sup>(65)</sup> Invero anche nell'arbitrato di diritto comune si ritiene che esistano ipotesi in cui, a prescindere dalla preventiva azione in ricusazione, si possa, per la prima volta, far valere in sede d'impugnazione del lodo la causa d'incompatibilità dell'arbitro. I casi in parola sono, però, limitati alle fattispecie dell'*arbitrator in causa propria* e della tardiva conoscenza dei motivi d'incompatibilità del giudice privato. Cfr. il mio, *L'imparzialità dell'arbitro del tribunale arbitrale*, cit. 165-172.

<sup>(66)</sup> È proprio questo il motivo per cui l'orientamento maggioritario, in quasi tutti gli ordinamenti dell'Europa continentale, anche se ciò non è espressamente previsto da alcuna disposizione normativa, è normalmente diretto a ritenere non impugnabile il lodo reso dall'arbitro che, pur ricusabile, non sia stato assoggettato a procedimento di ricusazione, quando i contendenti erano a conoscenza dei motivi della sua incompatibilità.

<sup>(67)</sup> In tal senso v. il mio, *L'imparzialità dell'arbitrato e del tribunale arbitrale*, cit., 153 e ss. e 190 e ss., nonché PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in questa *Rivista*, 2010, 675 ss., spec. 677.

La ricasazione mantiene, infatti, la sua funzione di mezzo preventivo diretto alla rimozione dal tribunale dell'arbitro incompatibile: grazie alla proposizione del giudizio di ricasazione le parti possono, anche nella nuova sistemica del Codice dei contratti pubblici, ottenere la decisione di un giudice diverso da quello che viene tacciato d'incompatibilità, prima e fuori dal procedimento in corso, con indubbi vantaggi in termini di costi e tempi del procedimento. E, infatti, in ogni caso, l'istituto della ricasazione appare deputato a favorire un procedimento più rapido ed efficace perché capace di escludere preventivamente che l'invalidità del lodo per vizi d'incompatibilità del singolo arbitro possa essere rilevata dopo la sua pronuncia.



## **Arbitrato rituale e questioni penali: corruzione di arbitri, falsa testimonianza e falsa perizia**

RACHELE POLIDORI

### 1. *Note introduttive.*

Il recente intervento normativo (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, G.U. 10/11/2014), che con finalità di eliminazione dell'arretrato ha introdotto nell'ordinamento uno strumento giuridico per trasferire in sede arbitrale le cause civili pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria, ha portato con sé alcune delicate questioni penali: all'arbitro, cui sia stata affidata la risoluzione della controversia, spetta lo statuto penale di agente pubblico *ex artt.* 357 e 358 c.p.? Sono imputabili all'arbitro i delitti di corruzione propria (art. 319 c.p.) o corruzione in atti giudiziari (art. 319<sup>ter</sup> c.p.)? Dinanzi agli arbitri è possibile che vengano integrati i reati di falsa testimonianza (art. 372 c.p.) e falsa perizia (373 c.p.)?

Il d.l. 132/2014, infatti, ha previsto, *inter alia*, che nelle cause civili pendenti in primo grado o in grado di appello non ancora assunte in decisione, le parti possano congiuntamente richiedere di promuovere un procedimento arbitrale, secondo le ordinarie regole dell'arbitrato contenute nel codice di procedura civile, espressamente richiamate nell'ultima parte dell'art. 1, comma 1, del medesimo decreto legge.

È stata così introdotta una nuova forma di arbitrato rituale *ad hoc*, la cui gestione è affidata ad avvocati e non ad arbitri amministrati, ed è quindi l'arbitrato rituale l'ambito entro cui dovrà svolgersi questa riflessione.

### 2. *L'arbitro e la nozione di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio "agli effetti della legge penale". Sono configurabili i delitti di corruzione?*

A seguito dell'introduzione della nuova forma di arbitrato rituale, che ha consentito di devolvere la risoluzione di controversie e dunque la tutela di diritti soggettivi a figure che — almeno secondo un costante orientamento dottrinario e giurisprudenziale — non rivestono formalmente la funzione



pubblicistica, è emersa la preoccupazione circa la possibile sussistenza di spazi di “immunità” per il fenomeno corruttivo, aree ormai sottratte all’applicazione dei delitti in materia di corruzione (1).

In particolare, tale preoccupazione è stata alimentata dalla tesi in base alla quale l’arbitro non potrebbe rivestire la qualifica soggettiva di agente pubblico necessaria per realizzare i delitti di corruzione (reati propri) poiché, a seguito della modifica dell’art. 813, comma 2, c.p.c. (2), il legislatore avrebbe espressamente stabilito che “*agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*”. Tale disposizione troverebbe applicazione nella forma di arbitrato in esame, stante il richiamo contenuto nell’art. 1 d.l. 132 cit. alla disciplina dell’arbitrato (rituale) del codice di procedura civile (titolo VIII del libro IV).

Tuttavia, a ben guardare, le perplessità appena evidenziate sembrano fondarsi su una serie di equivoci, che rischiano di condurre a soluzioni paradossali, o comunque “irragionevoli”.

Infatti, non può trascurarsi un principio fondamentale del nostro ordinamento, ossia quello dell’autonomia del diritto penale nel definire lo “statuto penale” della pubblica amministrazione, anche per ciò che concerne il riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, quando ciò sia necessario per la configurabilità di un reato proprio. In virtù di tale concezione c.d. autonomista del diritto penale, al fine di rispondere a questioni concernenti istituti penalistici, dunque, possono utilizzarsi soltanto concetti e significanti appartenenti a detta branca del diritto.

In altri termini, gli artt. 357 e 358 c.p. definiscono la persona che riveste la qualifica di agente pubblico, ma soltanto “*agli effetti della legge penale*”. Tale locuzione, dunque, oltre ad indicare l’autonomia della nozione penalistica di pubblico ufficiale, evidenzia altresì la rilevanza di questa stessa nozione ogniqualvolta — nel codice penale o nella legislazione penale complementare — la fattispecie incriminatrice, configurata come reato proprio, sia incentrata su tale qualifica soggettiva (3).

Pertanto, ai fini penali, e quindi ai fini del giudizio di conformità del fatto storico alla fattispecie legale, sono solo gli artt. 357 e 358 c.p. a stabilire autonomamente ed esclusivamente a chi spetti lo *status* di pubblico ufficiale rilevante per l’integrazione dei delitti di corruzione.

Allo stesso modo, l’esclusione della qualità di agente pubblico per gli arbitri di cui all’art. 813 c.p.c. opera solo per il processo civile e non può valere certo per il processo penale.

Come evidenziato in dottrina, quindi, le nozioni penalistiche di pubblico

---

(1) L. FERRARELLA, *Il processo civile punta sugli arbitri (e sono corrompibili)*, in *Corriere della Sera*, 12 novembre 2014 e [www.penalcontecomporaneo.it](http://www.penalcontecomporaneo.it), 13 novembre 2014.

(2) D.lgs. n. 40 del 2006.

(3) L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, VI ed., Milano, 2014, 113.

ufficiale e incaricato di pubblico servizio, contenute nel codice penale, si presentano con caratteri di specialità rispetto a quelle fornite dalle altre branche del diritto <sup>(4)</sup>. Conseguentemente, il giudice penale, nell'accertare la configurabilità o meno della fattispecie corruttiva, dovrà preliminarmente verificare la natura di pubblico ufficiale del soggetto potenzialmente autore di detto reato, indipendentemente dalla qualifica formale di quest'ultimo. Il giudice penale, dunque, non potrà fare affidamento sulla definizione "civiltistica" attribuita all'arbitro dall'art. 813 c.p.c., ma piuttosto dovrà necessariamente fare riferimento a principi, nozioni e significanti propri del diritto penale, verificando i caratteri (pubblicistici) propri dell'attività in concreto esercitata.

Così, alla stessa categoria di soggetti potrà essere applicato talvolta lo statuto di agente pubblico, talaltra lo statuto penale "comune", a seconda della normativa che regola quella porzione di attività nel cui ambito è stato commesso il fatto di reato.

Peraltro, l'autonomia delle definizioni delle qualifiche soggettive pubblicistiche nello stabilire a chi spetti la qualità di agente pubblico, con la riformulazione degli artt. 357 e 358 c.p. <sup>(5)</sup>, ha trovato compiuta attuazione, attraverso la concezione c.d. "funzionale-oggettiva", tale per cui si è eliminato nella disciplina normativa qualsiasi riferimento al rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico. Oggi, ciò che rileva è l'effettivo svolgimento di un'attività pubblicistica, a prescindere dalla natura pubblica del rapporto di impiego che lega un soggetto ad un ente e dalla natura pubblica dell'ente stesso <sup>(6)</sup>.

Anche la giurisprudenza di legittimità sostiene che gli artt. 357 e 358 c.p. raccolgano esplicitamente la qualifica di pubblico agente non tanto al rapporto di dipendenza tra il soggetto e la pubblica amministrazione, bensì ai caratteri propri dell'attività — pubblica funzione "legislativa", "amministrativa" o "giudiziaria" — in concreto esercitata dal soggetto agente e oggettivamente considerata <sup>(7)</sup>.

Ciò posto, occorre ora appurare se, al di là delle "etichette", l'arbitro eserciti in concreto una funzione giurisdizionale (ricompresa nel concetto di funzione "giudiziaria"), tale da consentire l'inquadramento dello stesso nell'alveo dei pubblici ufficiali.

---

<sup>(4)</sup> A. MALINVERNI, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 563 ss.

<sup>(5)</sup> L. 26 aprile 1990, n. 86, G.U. 27 aprile 1990.

<sup>(6)</sup> P. SEVERINO, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, vol. X, 513; A. FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.* Milano, 1992, vol. XLV, cit., 566; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, artt. 336-360 cod. pen., Milano, 2008, 270; V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, 2010, 68 ss.

<sup>(7)</sup> Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1994, Seri, in *Cass. pen.*, 1996, 3324.

L'arbitrato è sempre stato considerato — di fatto essendolo — una forma di “giustizia privata”, un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, consistente nell'affidamento a uno o più soggetti terzi (gli arbitri) dell'incarico di risolvere la controversia, mediante una decisione (il lodo) che sarà vincolante per le parti e suscettibile di essere eseguita anche in via forzata.

Autorevole dottrina ha, quindi, sempre negato la qualità soggettiva pubblicistica dell'arbitro, sulla scorta della Relazione Ministeriale sul Progetto del Codice penale (vol. II, p. 167), per cui: “*l'attività dell'arbitro non può dirsi attività giurisdizionale, perché l'arbitro non è un funzionario dello Stato, non ha giurisdizione, né propria, né delegata, non attua la legge e non la eseguisce*”<sup>(8)</sup>.

Ebbene, oggi tale affermazione non pare più condivisibile. Infatti, la riforma del processo civile del 2014, trasferendo in sede arbitrale i procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria, sembra aver voluto valorizzare la natura giurisdizionale e sostitutiva dell'arbitrato, dando per presupposta proprio la natura di pubblico agente dell'arbitro.

Sin dal 2001, peraltro, la Corte Costituzionale aveva ricondotto l'arbitrato nell'ambito della giurisdizione, evidenziando come esso fosse un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile, per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione delle controversie, con le garanzie di contraddittorio ed imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Così, sotto tale aspetto, per la Consulta il giudizio arbitrale non si differenzerebbe da quello che si svolge dinnanzi agli organi statali della giurisdizione, anche per ciò che concerne la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie<sup>(9)</sup>.

Del resto, la riforma del processo civile del 2006<sup>(10)</sup> e ancor prima quella del 1994<sup>(11)</sup>, hanno introdotto disposizioni che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. L'arbitrato rituale, quindi, ha assunto non solo la funzione, ma anche la struttura di “giudizio”, anche dal punto di vista del suo risultato di accertamento. Il giudizio arbitrale, infatti, consiste ormai in un vero e proprio giudizio (parificabile a quello dei giudici ordinari), che si conclude con un atto giurisdizionale (il lodo arbitrale), che ha efficacia di sentenza (come quella del giudice ordinario), vincolante tra le parti *ex art. 824-bis c.p.c.*

Nel sistema, infatti, come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale<sup>(12)</sup>, si rinvencono alcuni indici normativi e giurisprudenziali che fanno indiscutibilmente propendere per la piena appartenenza dell'attività arbitrale rituale alla giurisdizione.

---

<sup>(8)</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, 35.

<sup>(9)</sup> Corte Cost., 28 novembre 2011, n. 376, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>(10)</sup> D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, G.U. 15 febbraio 2006.

<sup>(11)</sup> L. 5 gennaio 1994, n. 25, G.U. 17 gennaio 1994.

<sup>(12)</sup> Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Giur. cost.*, 2013, 3296 ss.

Si pensi all'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e all'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso (art. 816-*quinquies* c.p.c.), alla facoltà attribuita agli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale (art. 819-*bis* c.p.c.) e all'attribuzione al lodo arbitrale della medesima efficacia della sentenza (art. 824-*bis* c.p.c.).

Anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite <sup>(13)</sup>, mutando un proprio precedente consolidato orientamento <sup>(14)</sup>, ha recentemente sostenuto che l'attività degli arbitri rituali ha natura, non già negoziale, bensì giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario e, pertanto, la stessa natura giurisdizionale deve essere riconosciuta al lodo arbitrale. Ad ogni modo, resta ferma l'idea che il fondamento dell'arbitrato debba rinvenirsi nella libera scelta delle parti e la fonte dell'arbitrato sarebbe da rinvenirsi non già in una legge ordinaria, bensì nell'art. 24, comma 1, Cost.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si può ritenere che l'art. 813, comma 2, c.p.c. non debba e non possa essere interpretato nel senso che "agli effetti della legge penale", all'arbitro non spetti la qualità di agente pubblico quando eserciti la funzione giurisdizionale in concreto.

Conseguentemente, potendosi attribuire all'arbitro il ruolo di pubblico ufficiale, "agli effetti della legge penale", appare possibile ipotizzare la configurabilità in capo allo stesso dei delitti di corruzione in caso di compravendita della funzione svolta dagli arbitri a cui sia stata trasferita la causa civile ex art. 1 d.l. 132/2014.

### 3. *Falso giuramento, falsa testimonianza e falsa perizia nell'arbitrato rituale.*

Appurata la natura (potenzialmente) giurisdizionale dell'arbitrato rituale e la configurabilità dei delitti di corruzione, occorre ora domandarsi se, di fronte agli arbitri, sia possibile l'integrazione dei delitti di falsa testimonianza e di falsa perizia.

In particolare, l'art. 371 c.p. punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni "*chiunque, come parte in giudizio civile, giura il falso*".

L'art. 372 c.p., invece, punisce con la reclusione da due a sei anni "*chiunque, deponendo come testimone dinanzi all'Autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato...*".

L'art. 373 c.p. punisce allo stesso modo, "*il perito o l'interprete che, nominato dall'Autorità giudiziaria, dà parere o interpretazioni mendaci, o afferma fatti non conformi al vero...*".

---

<sup>(13)</sup> Cass. civ., Sez. Un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *CED Cass.*, n. 627786.

<sup>(14)</sup> In passato, la Suprema Corte riteneva pacificamente che l'intero procedimento arbitrale avesse una connotazione eminentemente privatistica, non potendo gli arbitri esercitare alcuna funzione giudiziaria o giurisdizionale (cfr. Cass. pen., 22 gennaio 2013, n. 5901).

Ora, quanto alla prima fattispecie di reato, appare indiscutibile l'impossibilità di equiparare la parte del procedimento arbitrale alla parte del giudizio civile. Pertanto, stante il divieto di analogia vigente in materia penale, non sembra potersi ipotizzare la configurabilità del delitto di falso giuramento nel contesto di un procedimento arbitrale, se non previo intervento riformatore da parte del legislatore.

Per verificare, invece, la configurabilità in sede arbitrale degli altri reati (falsa testimonianza e falsa perizia), è preliminarmente necessario verificare se l'arbitro possa o meno rivestire la qualifica di autorità giudiziaria.

A tal fine, occorre fare un passo indietro, al momento della discussione sul progetto di codice penale del 1930, allorquando la dottrina ritenne che nel concetto di Autorità giudiziaria — intesa come autorità prevista dalla legge, in posizione imparziale, preposta all'esercizio della funzione giurisdizionale e alla convalida degli atti di cui all'art. 13 Cost. — dovessero ritenersi inclusi anche i c.d. "arbitri obbligatori" <sup>(15)</sup>.

Gli arbitri obbligatori venivano così definiti in quanto coattivamente imposti in virtù di un provvedimento di imperio e da ciò discendeva la natura giurisdizionale dell'organo, quale giudice coattivamente precostituito per la soluzione di determinate controversie.

Gli arbitri obbligatori, quindi, esercitavano una funzione giurisdizionale, ancorché temporanea, mentre tale funzione non competeva all'arbitro rituale. Gli arbitri obbligatori venivano considerati non arbitri, bensì giudici, a cui la legge affidava l'esercizio di una "giurisdizione speciale, che si imponeva alle parti con forza obbligatoria e inderogabile entro i limiti della competenza..." <sup>(16)</sup>.

Ora, la questione degli arbitri obbligatori non è più attuale, in quanto la Consulta ha ripetutamente ritenuto illegittime le norme istitutive di arbitrati obbligatori per contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost. <sup>(17)</sup>.

In virtù di tali pronunce, non si porrebbe più alcuna questione in ordine alla configurabilità del reato dinanzi all'organo arbitrale obbligatorio, essendo stata stabilita — come principio di carattere generale — la illegittimità costituzionale di tale istituto. Da ciò deriverebbe che "le deposizioni in ipotesi rese nel corso di una controversia in osservanza di disposizioni non ancora dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale, anche in assenza di eccezione di incostituzionalità delle parti interessate, non potrebbero comunque considerarsi rese dinanzi ad un'Autorità giudiziaria, poiché l'obbligatorietà che secondo l'originaria impostazione dottrina giustificava l'attrazione dell'organo nel concetto di Autorità giudiziaria è venuta meno in via generale, con

---

<sup>(15)</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 35.

<sup>(16)</sup> *Relazione ministeriale al progetto di codice penale*, riportata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* cit.

<sup>(17)</sup> Cfr. *inter alia*, Corte Cost., 14 luglio 1977, n. 1267; Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 488; Corte Cost., 24 luglio 1998, n. 325.

il conseguente effetto che l'arbitro non riveste più la qualifica di autorità giudiziaria. Le false affermazioni rese dinanzi a tale soggetto costituirebbero pertanto falsità ideologica non punibile”<sup>(18)</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, sembrerebbe oggi almeno anacronistica, ora che anche la Corte di Cassazione ha riconosciuto, cambiando drasticamente orientamento, la natura giurisdizionale degli arbitri rituali, valorizzando la componente funzionale dell'esercizio della giurisdizione e l'idoneità a produrre la cosa giudicata.

Tuttavia, anche a voler riconoscere la natura giurisdizionale dell'arbitrato, la possibile sussistenza del reato di falsa testimonianza e falsa perizia andrebbe negata sulla base di — almeno — altre due considerazioni.

Anzitutto, un ostacolo a tale configurabilità deriva direttamente dal dettato normativo che fa riferimento a condotte perpetrate di fronte all'“Autorità giudiziaria”. Pertanto, atteso il già citato divieto di analogia in materia penale, e tenuto conto del fatto che — almeno a livello formale — gli arbitri non possono considerarsi Autorità giudiziaria nel senso classico del termine, le condotte di falsa testimonianza e falsa perizia tenute nel corso di un giudizio arbitrale, allo stato, non sarebbero penalmente sanzionabili<sup>(19)</sup>.

Per rendere penalmente rilevanti dette condotte, quindi, l'unica soluzione è ravvisabile in un intervento legislativo riformatore delle fattispecie criminose in esame, che estenda la punibilità alle condotte di falsa testimonianza e falsa perizia perpetrate di fronte agli arbitri.

Altro ostacolo alla imputabilità dei delitti in analisi, ove commessi in sede arbitrale, è rinvenibile nella circostanza in base alla quale colui che depone davanti agli arbitri non è tenuto agli obblighi previsti e disciplinati dall'art. 497 c.p.p. in materia di testimonianza.

Infatti, l'art. 816-ter c.p.c., relativo all'istruzione probatoria nell'arbitrato, non fa alcun riferimento alla normativa penalistica e, in particolare, al giuramento dei testimoni, come invece prevede l'art. 251 c.p.c., che disciplina l'assunzione della testimonianza nel dibattimento civile.

Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per il giuramento della parte del procedimento arbitrale e, ancora, per l'escussione del perito nominato dagli arbitri.

Autorevole dottrina ha, infatti, osservato come nel procedimento arbitrale (rituale) debbano considerarsi tecnicamente escluse le forme di assunzione (della prova), quali, appunto, il giuramento da imporre al teste o al consulente tecnico prima dell'escussione o del conferimento dell'incarico<sup>(20)</sup>. Pertanto, dall'inapplicabilità di tali forme di assunzione, proprie del giudizio contenzioso di fronte al giudice civile, discenderebbe l'impossibilità di invo-

---

<sup>(18)</sup> A. CADDOPPI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. 3, Milano, 2009, 233.

<sup>(19)</sup> C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Milano, 2012, 569.

<sup>(20)</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Roma, 2010, 238.

care nell'arbitrato rituale le sanzioni penali che riguardano il falso giuramento della parte, la falsa testimonianza e la falsa perizia, atteso che l'art. 371 c.p. riferisce il primo dei tre delitti alla "*parte in giudizio civile*", mentre gli artt. 372 e 373 c.p. riferiscono gli altri due delitti a chi depone "*come testimone innanzi all'Autorità giudiziaria*" o al perito "*nominato*" dalla medesima Autorità.

È pur vero, però, che il mendacio lede sempre il "*diritto alla conoscenza*" che, come affermava Grozio<sup>(21)</sup>, è il "*diritto permanente ed esistente di colui al quale sono diretti parole e segni*", tale per cui la "*mutua obbligazione al vero*" definisce la bugia come inammissibile perché in conflitto con un diritto altrui e, quindi, lesiva di un principio di giustizia.

Pertanto, tenuto conto della ormai quasi pacifica natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, sarebbe auspicabile una modifica al testo degli articoli del codice penale riguardanti la falsa testimonianza e la falsa perizia, per estendere la punibilità di tali condotte anche davanti al giudizio arbitrale rituale, poiché le falsità commesse in tale sede possono produrre le stesse (dannose) conseguenze di quelle che derivano nei giudizi davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Peraltro, già in sede di Commissione Parlamentare chiamata ad esprimere il parere sul progetto del codice penale si sviluppò un interessante dibattito in tal senso, sostenendosi che "la falsa testimonianza e la falsa perizia rese in questi giudizi [i.e. i giudizi arbitrali] sono fatti immorali e socialmente pericolosi e dannosi, e tali da reclamare sanzione penale, pure nell'ipotesi in cui sia per essere negato, ai giudizi stessi, carattere giurisdizionale"<sup>(22)</sup>.

Tale opinione, tuttavia, all'epoca non prevalse, essendosi opposto quale argomento dirimente il carattere non giurisdizionale dell'arbitrato.

Ora che all'arbitrato (rituale) viene riconosciuta natura giurisdizionale, non pare azzardato auspicare un intervento legislativo che, superando il divieto di analogia vigente in materia penale, sia in grado di dirimere la questione, estendendo la punibilità di condotte di falsa testimonianza e falsa perizia anche nell'ambito del giudizio arbitrale rituale.

---

<sup>(21)</sup> U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, traduzione, introduzione e note di G. FASSÒ, Bologna, 1949.

<sup>(22)</sup> Così, su artt. 376 e 381, *Atti della Commissione polizia giudiziaria*, 370.

## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2016

<b>Unione europea</b>	<b>€ 100,00</b>
<b>Paesi extra Unione europea</b>	<b>€ 150,00</b>
<b>Prezzo di un singolo numero</b>	<b>€ 25,00</b>
<b>(Extra U. E. € 38,00)</b>	

In caso di sottoscrizione contemporanea a due o più riviste cartacee tra quelle qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	<i>Unione europea</i>	<i>Paesi extra Unione europea</i>
<i>Rivista trimestrale</i>		
<i>di diritto e procedura civile</i>	€ 140,00	€ 210,00
<i>Rivista dell'arbitrato</i>	€ 100,00	€ 150,00

Gli sconti non sono cumulabili

Le annate arretrate a fascicoli, dal 2011 fino al 2015, sono disponibili fino ad esaurimento scorte

## RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 31,00\* non abbonato € 82,00\*

\*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2016, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2016.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso. Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- **a ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- mediante **carta di credito** (visa - mastercard - eurocard - carta si), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

### **Pubblicità:**

**Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426 - e-mail: [periodici@giuffre.it](mailto:periodici@giuffre.it)**

---

*I contributi pubblicati in questa rivista potranno, previa autorizzazione, essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.*

---

Registrazione presso il Tribunale di Roma al n. 113 in data 2 marzo 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

*Direttore responsabile:* Maria Beatrice Deli

---

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66