



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale
Anno XXVI - N. 1/2016
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 LUISO - 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
e-mail: 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



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale
Anno XXVI - N. 1/2016
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

LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, <i>Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno</i>	1
ANTONIO BRIGUGLIO, <i>Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la "Legge sull'arbitrato" brasiliana anche dopo la novella del 2015</i>	33
FILIPPO DANОВI, <i>L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze</i>	49

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

I) Italiana

Sentenze annotate:

Corte Cost. 9 giugno 2015, n. 108, con nota di A.M. MARZOCCO, <i>AutORIZZAZIONE DEL « RICORSO ALL'ARBITRATO » (art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte Costituzionale e l'esegesi dell'art. 241. 1° co.</i>	69
Cass. Sez. III 3 dicembre 2015, n. 24629, con nota di B. TAVARTKILADZE, <i>L'opposizione a decreto ingiuntivo e l'esperimento del tentativo di mediazione ai sensi del D.Lgs. n. 28/2010</i>	111
Cass. Sez. I 19 agosto 2015, n. 16901, con nota di F. CONTE, <i>Antiformalismo della Cassazione di fronte al recepimento di lodo estero (ineccepibile a proposito della legittimazione processuale, problematico a proposito della sostanziale irrilevanza dell'erronea individuazione del rito deliberatorio)</i>	125

II) Straniera

Sentenze annotate:

Svizzera - Tribunal Federal 6 ottobre 2015 con nota di L. CASCONI, <i>Effetti dell'esclusione dell'Umbrella Clause dal campo di applicazione dell'accordo arbitrale ai sensi dell'Energy Charter Treaty e rapporti con le altre previsioni del trattato</i>	137
---	-----

RASSEGNE E COMMENTI

ROSSELLA SABIA - CESARE TRECROCI, <i>Ascesa e declino dell'“Investor-State Arbitration”, fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali</i>	165
ILARIA SALVEMME, <i>La responsabilità penale degli arbitri. Nuove ipotesi in seguito all’emanazione del D.L. 12 settembre 2014 n. 132</i>	189

DOCUMENTI E NOTIZIE

<i>La novella brasiliana sull’arbitrato (Lei n. 13.129 del 2015 di modifica alla Lei n. 9.307 del 1996)</i>	199
<i>La scomparsa di Angelo Falzea [G.D.N.] [A.B.]</i>	211

Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale e interno (*)

LUCA G. RADICATI DI BROZOLO (**)

1. Premessa: l'arbitrato internazionale come contesto per lo studio dei rapporti tra autonomia negoziale e diritto statale nella disciplina dei rapporti privati. — 2. Il ruolo dell'autonomia privata nella designazione delle regole applicabili al merito nel contenzioso nazionale e internazionale di fronte ai giudici nazionali. — 3. L'autonomia privata nell'arbitrato internazionale: le "norme di conflitto" specifiche per l'arbitrato. — 4. I limiti indiscussi alla libertà delle parti di determinare le regole applicabili al merito: le norme di applicazione necessaria e l'ordine pubblico. — 5. La portata dell'autonomia negoziale nella designazione delle regole applicabili. — 6. Le implicazioni della designazione di un diritto statale. — 7. Il rapporto tra "il diritto" e l'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile. — 8. Autonomia negoziale e arbitrato interno. — 9. L'inopportunità di un controllo sull'applicazione del diritto da parte degli arbitri.

1. L'arbitrato internazionale è un punto di partenza particolarmente adatto per un'analisi del ruolo e della portata dell'autonomia negoziale, e della sua relazione con il diritto nazionale, nei rapporti privati. L'arbitrato internazionale è in effetti il contesto nel quale l'autonomia negoziale raggiunge il proprio apogeo e, di converso, il ruolo del diritto si ritrae al massimo. Una comprensione dei rapporti tra autonomia delle parti e diritto materiale nazionale nel contesto internazionale fornisce anche utili indicazioni per una valutazione di tali rapporti nell'arbitrato interno.

Per comprendere i diversi modi in cui si può configurare la relazione tra autonomia negoziale e diritto (inteso come diritto nazionale) è utile tenere presente le quattro diverse situazioni in cui essa viene in considerazione. Tali situazioni si pongono fra loro in un *continuum*, partendo da quella nella quale lo spazio dell'autonomia negoziale è minimo a quella

(*) Questo scritto rielabora un intervento all'XI Convegno della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile su "L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale" tenutosi a Napoli il 14-16 maggio 2015 e una relazione al convegno su "Party autonomy and international commercial arbitration" alla New York University il 17-18 settembre 2015.

(**) Professore ordinario nell'Università Cattolica di Milano.

nella quale tale spazio raggiunge la sua massima estensione e si capovolge addirittura in gran parte, come si vedrà, il tradizionale rapporto tra diritto ed autonomia delle parti. Seguendo tale ordine, si tratta (i) delle situazioni puramente interne in relazione a cui è competente il giudice, (ii) delle situazioni puramente interne devolute ad arbitrato, (iii) delle situazioni internazionali soggette al giudice e (iv) delle situazioni internazionali soggette ad arbitrato.

Questo scritto si concentra sul ruolo dell'autonomia privata nella determinazione delle regole materiali applicabili al merito nell'arbitrato internazionale, per identificare i limiti alla libertà delle parti di disciplinare i propri diritti ed obblighi quando i loro rapporti sono sottoposti a questo sistema di soluzione delle controversie. Le conclusioni forniranno lo spunto per alcune considerazioni finali sull'arbitrato interno.

2. Come accennato, le situazioni puramente interne sono quelle in cui il margine di libertà delle parti nella determinazione della disciplina contrattuale è più ristretto. Ciò è vero in particolare per quelle ricadenti nella giurisdizione del giudice ordinario, nelle quali l'autonomia privata subisce la sua massima limitazione a causa della preminenza assoluta del diritto. In questi casi l'autonomia negoziale può in effetti operare soltanto entro i limiti concessi dall'unico ordinamento in presenza, ed in particolare dalle sue norme cogenti, quali identificate da quello stesso ordinamento, che sono per definizione *incontournables*. Il ruolo del giudice è in un certo senso quasi meccanico, in quanto limitato alla verifica che le pattuizioni delle parti non travalichino i confini imposti da tali norme, che qui verranno anche indicate come norme imperative "semplici" per distinguerle dalle norme di applicazione necessaria di cui si dirà in seguito.

Nelle situazioni interne soggette all'arbitrato il margine di libertà delle parti può essere maggiore, e l'estensione ne sarà considerata in chiusura di questo scritto ⁽¹⁾.

Il rapporto tra diritto e autonomia delle parti si pone in maniera diversa in relazione alle fattispecie internazionali, o transnazionali, vale a dire quelle che presentano collegamenti con più di un ordinamento nazionale, in quanto in relazione a queste la libertà delle parti di determinare le norme applicabili è maggiore che nelle operazioni puramente interne ⁽²⁾. Anche in relazione a tali fattispecie occorre operare una distinzione tra quelle sottoposte al giudice nazionale, nelle quali la libertà rimane comunque più circoscritta, e quelle soggette ad arbitrato nelle quali tale libertà raggiunge la sua massima estensione.

⁽¹⁾ Cfr. *infra* paragrafo 8.

⁽²⁾ Cfr. H. MUIR WATT, *Party Autonomy*, in J. BASEDOW, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, G. RUHL (eds.), *European Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar (in corso di pubblicazione).

Per quanto riguarda le fattispecie internazionali soggette al giudice, i limiti concreti all'autonomia negoziale delle parti sono funzione dell'applicazione congiunta delle norme sui conflitti di giurisdizione e quelle sui conflitti di leggi. In questi casi, almeno in potenza ognuno degli ordinamenti in presenza, ciascuno dei quali fissa i margini dell'autonomia privata secondo i propri criteri, può disciplinare la fattispecie con le proprie norme materiali e esercitare in relazione ad essa la propria giurisdizione. I limiti all'autonomia possono quindi variare, a seconda del giudice che eserciterà la propria giurisdizione e della legge che verrà da questo giudicata applicabile.

Le norme sui conflitti di leggi della maggior parte degli ordinamenti giuridici da lungo tempo consentono alle parti dei rapporti commerciali di designare la legge applicabile al merito del loro rapporto. Ormai è abbastanza generalmente acquisita anche la libertà di scelta del foro competente, il quale a sua volta determina quali norme di conflitto sono applicabili. Poiché la legge applicabile al merito è quella che determina i margini dell'autonomia negoziale, la combinazione di queste due libertà, di scegliere il foro competente e la legge applicabile, finisce per attribuire in concreto alle parti dei rapporti transnazionali un amplissimo margine di libertà di determinare esse stesse i confini entro cui può esplicarsi la loro autonomia negoziale. Tale libertà è ulteriormente accentuata dal fatto che la libertà di scelta della legge regolatrice è riconosciuta in maniera molto ampia, non essendo in particolare condizionata all'esistenza di collegamento tra la legge designata e la fattispecie in questione ⁽³⁾.

Nondimeno, anche nelle fattispecie transnazionali la libertà di determinazione delle norme materiali applicabili rimane soggetta ad alcune limitazioni quando esse sono soggette alla giurisdizione del giudice nazionale.

La prima limitazione deriva dall'impossibilità di eliminare completamente l'applicazione del diritto nazionale. Per quanto, infatti, come visto, le parti dei rapporti transnazionali abbiano la più ampia libertà di designare la legge applicabile al loro rapporto, tale libertà è circoscritta alla scelta di una legge statale, o eventualmente più leggi statali in combinazione tra loro tramite il metodo del *dépeçage*. I sistemi di diritto interna-

⁽³⁾ Ciò vale in particolare secondo l'art. 3 del Regolamento (CE) n. 593/2008 sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I); cfr. F. FERRARI (ed.), *Rome I Regulation*, Sellier, 2015, p. 91; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, 2015, § 4.02-4.04; A. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, 2008, p. 385, 425; R. PLENDER - M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, 2015, p. 134-136; G. P. CALLIES, *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict Laws*, Kluwer Law International, 2015, p. 95-96. Per considerazioni interessanti da una prospettiva statunitense cfr. M.E. BURGE, *Too Clever by Half: Reflections on Perception, Legitimacy, and Choice of Law under Revised Article 1 of the Uniform Commercial Code*, in 6 *William & Mary Bus. L. Rev.*, 2015, p. 357 ss.

zionale privato nazionali, che si applicano davanti ai giudici nazionali, proibiscono invece la designazione come “legge” regolatrice del rapporto contrattuale di regole di origine non statale, come gli usi del commercio internazionale, le prassi contrattuali, le condizioni uniformi di contratto, i principi generali del diritto, la *lex mercatoria*, le convenzioni internazionali non in vigore, le leggi modello o altri corpi di regole analoghe, ivi compresi i Principi Unidroit sui contratti internazionali (4). Questo è per esempio l’approccio dell’art. 3 del Regolamento CE N. 593/2008 (Roma I) (5).

Ciò significa che di fronte al giudice nazionale l’autonomia delle parti si estrinseca solo nella libertà di scegliere fra diverse leggi applicabili, e non nella libertà di scegliere le specifiche regole che disciplinano il rapporto. In sostanza, il diritto internazionale privato di fronte ai tribunali nazionali consente soltanto di scegliere quello che si potrebbe chiamare il “contenitore giuridico” del rapporto, ossia l’ordinamento che delimita i confini dell’autonomia privata. Una volta scelta la legge applicabile, la libertà delle parti è delimitata dalle regole imperative semplici di tale legge (6).

Come ho avuto modo di dire in altra sede, ancorché ben radicata questa limitazione è a mio avviso priva di senso e non resiste ad un’analisi rigorosa (7).

La seconda limitazione alla libertà delle parti di scegliere la disciplina contrattuale di loro gradimento deriva da due ordini di limiti ben noti agli specialisti di diritto internazionale privato, ossia l’ordine pubblico internazionale e le norme di applicazione necessaria.

L’ordine pubblico internazionale è un limite immancabilmente previsto da tutte le norme nazionali e strumenti internazionali che prevedono l’in-

(4) Cfr. K.P. BERGER, *The creeping codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International (2nd ed.), 2010.

(5) Cfr. R. PLENDER - M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, 2009 (3rd ed.), p. 136; O. LANDO - P.A. NIELSEN, *The Rome I Regulation*, in *Common Market L. Rev.*, 2008, 1694; A. GARDELLA, *Articolo 3*, in F. SALEMO - P. FRANZINA (eds.), *Commentario al Regolamento Roma I, Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 619 ss.; F. DE LY, *Choice of law clauses, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Article 3 Rome Convention: The lex mercatoria before domestic courts or arbitration privilege?*, in *Etudes offertes à Barthélemy Mercadal*, Paris, 2002, 133-135. Si veda inoltre, A. GIARDINA, *I Principi UNIDROIT quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I Principi ed il diritto internazionale privato)*, in M.J. BONELL - F. BONELLI (eds.), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milan, 1997, p. 55 ss.; J.F. JUENGER, *The lex mercatoria in private international law*, in *Uniform Law Review*, 2000, 171; R. MICHAELS, *The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, in *Wayne L. Rev.*, 2005, 1209 e 1231 ss.

(6) Cfr. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats*, in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 869 ss.; S.M. CARBONE, *Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un’unica funzione*, in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 163 ss.; F. FERRARI (ed.), *supra* nota 3, p. 84 ss.

(7) Cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Non-national rules and conflict of laws: reflections in light of the Unidroit and Hague Principles*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 841.

gresso nell'ordinamento del foro di valori ad esso esterni, e mira alla salvaguardia dei valori fondamentali di tale ordinamento e in quanto tali considerati irrinunciabili anche quando è consentita l'applicazione di una legge straniera. In materia contrattuale la norma paradigmatica che ne prevede l'applicazione è l'art. 21 del Regolamento Roma I. L'ordine pubblico internazionale — che, malgrado l'apparente incongruenza terminologica, trova la propria fonte nel diritto nazionale — viene normalmente definito come il complesso dei valori fondamentali dell'ordinamento che, è utile sottolinearlo in questo contesto, non coincide con i limiti all'autonomia negoziale posti dal singolo ordinamento. Questi limiti, nel gergo internazionalistico definiti ordine pubblico *interno*, operano solo nella misura in cui è applicabile la legge di cui essi fanno parte e quindi perdono qualsiasi rilievo quanto è applicabile una legge straniera (8). A sua volta, l'ordine pubblico internazionale va inteso in maniera molto restrittiva (9).

Le norme di applicazione necessaria, di converso, sono le norme che ciascun ordinamento considera applicabili, quale che sia la legge applicabile alla fattispecie in virtù delle regole di diritto internazionale privato e che sono volte alla tutela di interessi considerati particolarmente importanti dello stato del foro (10) di fronte al giudice nazionale.

Fatti salvi questi limiti, la libertà delle parti di determinare la legge applicabile al merito della fattispecie, e che determina i margini della loro autonomia privata, è totale.

3. La situazione è assai diversa in relazione all'arbitrato internazionale (11). Inizialmente si dava per scontato che, di fronte agli arbitri come ai giudici nazionali, le norme materiali applicabili dovessero essere identificate secondo un metodo conflittuale tradizionale. Gli arbitri erano tenuti ad applicare le norme di conflitto della sede dell'arbitrato, le quali potevano solo condurre all'applicazione di un diritto nazionale, e per di più l'applicazione del diritto da parte degli arbitri era soggetta ad un controllo incisivo da parte del giudice. Il risultato finale era quindi in sostanza molto simile a quello cui si perveniva di fronte al giudice nazionale.

(8) Su questi concetti cfr. per tutti F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale - Parte generale e obbligazioni*, I, 7ª ed, 2015, p. 260 ss.

(9) Per una recente e chiara definizione del concetto di ordine pubblico, ancorché riferita al riconoscimento delle sentenze, ma valevole anche in relazione all'applicazione della legge straniera, cfr. Cass. n. 7613 del 15 aprile 2015.

(10) La salvaguardia delle norme di applicazione necessaria è prescritta in particolare, in materia contrattuale, dall'art. 9 del Regolamento Roma I sopra menzionato. Su alcuni di questi concetti, e sui limiti all'applicazione delle norme di applicazione necessaria derivanti dalle clausole di scelta del foro e dalle convenzioni arbitrali cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des lois d'application semi-immédiate?*, in *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 1 ss.

(11) Per una visione d'insieme del ruolo dell'autonomia delle parti nell'arbitrato internazionale cfr. G. CORDERO MOSS, *Limitations on party autonomy in international commercial arbitration*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 372, 2015, p. 141 ss.

Tale approccio è stato ben presto abbandonato e si è giunti ad accettare che, in sede di identificazione delle regole materiali applicabili al merito, gli arbitri non sono tenuti a comportarsi come giudici e godono di una libertà molto maggiore, non essendo in particolare tenuti a seguire nessun particolare sistema o disciplina di conflitto nazionale⁽¹²⁾. Ciò vale in particolare per la determinazione delle regole che disciplinano il merito del rapporto. La maggior parte delle legislazioni in tema di arbitrato contiene regole di conflitto applicabili specificamente all'arbitrato che disciplinano questo aspetto⁽¹³⁾, le quali presuppongono l'inapplicabilità in arbitrato delle regole di conflitto di legge tradizionali, ossia quelle applicabili di fronte al giudice⁽¹⁴⁾. Regole simili sono presenti nella maggior parte dei regolamenti arbitrali.

È per effetto di queste norme di conflitto applicabili all'arbitrato che la libertà delle parti di determinare le regole materiali applicabili al loro rapporto è molto maggiore quando la relazione è soggetta ad arbitrato rispetto a quando è soggetta alla giurisdizione dei giudici nazionali. A

⁽¹²⁾ Cfr. B. AUDIT, *Choice of the applicable law by the parties*, in F. BORTOLOTTI - P. MAYER (eds.), *The application of substantive law by international arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business, Paris, 2014, p. 10 ss.; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 2619 ss.; L. SILBERMAN - F. FERRARI, *Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong*, in F. FERRARI - S. KRÖLL (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, 2011, p. 257 ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *International Commercial Arbitration*, in *European Encyclopedia of Private International Law*, supra nota 2.

⁽¹³⁾ Art. 1511 del codice di procedura francese; art. 187 della legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 1051 del codice di procedura civile tedesco; art. 28 del Danish Arbitration Act; art. 46 dell'English Arbitration Act 1996; art. 34 della legge spagnola sull'arbitrato. Come noto, il diritto italiano non contiene una norma analoga perché il legislatore della riforma del 2006 ha improvvidamente eliminato l'art. 832 c.p.c. che la conteneva.

⁽¹⁴⁾ Cfr. N. BLACKABY - C. PARTASIDES (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015 (6th ed.), § 3.217; E. GAILLARD - J. SAVAGE (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, § 1541; J.-F. POUURET - S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007 (2nd ed.), p. 569 ss.; J. D. M. LEW - L. A. MISTELIS - S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, § 17-40 ss. In Europa alcuni sostengono che, per via del suo carattere sopranazionale, il Regolamento Roma I richiede di essere applicato anche dagli arbitri quando questi sono chiamati ad individuare le norme applicabili al merito (cfr. ad esempio P. MANKOWSKI, *Rom I-VO und Schiedsverfahren*, in *Recht des Internationalen Wirtschaft*, 2011, p. 30 ss.). Non vi è alcuna base per questa tesi, che si fonda sull'erronea convinzione che tutto il diritto dell'Unione è cogente. Il Regolamento mira a sostituire le norme di conflitto degli Stati membri, che sono applicabili di fronte ai giudici ma, come indicato sopra, da anni sono ritenute non applicabili in arbitrato. Non vi è la minima indicazione che il legislatore del Regolamento intendesse che esso si applicasse in arbitrato. Ritengono che il Regolamento non si applichi in arbitrato G. BORN, *International Commercial Arbitration*, supra nota 11, p. 2626 ss.; M. McPARLAND, supra nota 3, § 2.31-2; G. P. CALLIES, *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict Laws*, supra nota 3, p. 95-96; T. PFEIFFER, *Neues Internationales Vertragsrecht Zur Rom I - Verordnung*, EuZW, 2008, p. 622. In ogni caso, la questione è meramente accademica, posto che, quand'anche il Regolamento Roma I fosse applicabile anche all'arbitrato, non vi sarebbe sanzione per la sua mancata applicazione da parte degli arbitri, posto che l'applicazione delle norme di conflitto non è soggetta a controllo in sede di impugnazione e di riconoscimento del lodo, ed è inconcepibile che il Regolamento possa essere considerato parte dell'ordine pubblico.

differenza delle regole di conflitto tradizionali, che consentono ai contraenti di designare la “legge” applicabile, queste regole per lo più utilizzano l’espressione “regole di diritto”. È generalmente riconosciuto che tale espressione mira specificamente a ricomprendere non solo il diritto nazionale, ma anche qualsiasi altra delle forme di regole di origine non statale menzionate sopra ⁽¹⁵⁾.

L’esempio paradigmatico di norma che consente alle parti di designare le “regole di diritto” che gli arbitri devono applicare per decidere il merito della controversia è l’art. 28(1) della Legge modello UNCITRAL, secondo cui:

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

La medesima espressione compare, per esempio, nella regola di conflitto presente della maggior parte delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato, tra cui in particolare quella svizzera ⁽¹⁶⁾, francese ⁽¹⁷⁾, tedesca ⁽¹⁸⁾, danese ⁽¹⁹⁾ e spagnola ⁽²⁰⁾. L’Arbitration Act 1996 inglese non contiene l’espressione “*rules of law*”, ma prevede che, in alternativa all’applicazione della legge scelta dalle parti, gli arbitri possono decidere la controversia “*if the parties so agree, in accordance with such other considerations as agreed by them or determined by the tribunal*” ⁽²¹⁾. Tale espressione è considerata equivalente a quella “*rules of law*” utilizzata negli altri strumenti normativi ⁽²²⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, supra nota 11, p. 2661 ss. e p. 2754 ss.; E. GAILLARD - J. SAVAGE (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, supra nota 13, § 802; J.-F. Poudret - S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, supra nota 13, p. 591 ss.; J. D. M. Lew - L. A. Mistelis - S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, supra nota 13, § 18-41 ss.; T. Webster - M. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2014 (3rd ed.), p. 296 ss. Cfr. anche UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p. 121, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>.

⁽¹⁶⁾ Art. 187(1) della legge svizzera di diritto internazionale privato: “*The arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law chosen by the parties.*”.

⁽¹⁷⁾ Art. 1511(1) del codice di procedura civile francese: “*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu’il estime appropriées.*”.

⁽¹⁸⁾ Art. 1051(1) del codice di procedura civile tedesco: “*The arbitral tribunal is to decide on the matter in dispute in accordance with the legal provisions that the parties have designated as being applicable to the content of the legal dispute.*”.

⁽¹⁹⁾ Art. 28(1) del Danish Arbitration Act: “*The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.*”.

⁽²⁰⁾ Art. 34(2) della legge spagnola di arbitrato: “*In international arbitration, the arbitrators will decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties.*”.

⁽²¹⁾ Art. 46(1)(a) and (b). Per un riferimento alla sola “legge” cfr. l’art. VII della Convenzione europea sull’arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961. Il Swedish Arbitration Act 1999 non contiene una norma sulla legge o le regole applicabili al merito.

⁽²²⁾ Cfr. A. SHEPPARD, *Applicable substantive law*, in J. LEW - H. BOR - G. FULLELOVE - J. GREENAWAY (eds), *Arbitration in England*, Wolters Kluwer, 2013, p. 229 ss.

L'espressione "*rules of law*" appare anche nelle norme di conflitto della maggior parte delle istituzioni arbitrali, a cominciare dal Regolamento CCI⁽²³⁾, per seguire con i regolamenti UNCITRAL⁽²⁴⁾, della Corte Permanente di Arbitrato⁽²⁵⁾, della London Court of International Arbitration⁽²⁶⁾, dell'Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce⁽²⁷⁾, della DIS Arbitration Rules⁽²⁸⁾, dell'ICDR⁽²⁹⁾, della Camera Arbitrale di Milano⁽³⁰⁾, della CAM-CCBC⁽³¹⁾, del SIAC Arbitration Rules⁽³²⁾ e le Swiss Rules of International Arbitration⁽³³⁾.

Molte di queste regole di conflitto applicabili specificamente all'arbitrato precisano altresì che, nel decidere il merito, gli arbitri sono tenuti ad applicare i termini del contratto e a prendere in considerazione gli usi del commercio. A titolo di esempio, l'art. 28(4) della Legge Modello UNCITRAL prevede che:

"In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction"⁽³⁴⁾.

Consentendo in tal modo alle parti di sottoporre il rapporto alle "regole di diritto", invece che ad una legge statale, e ponendo l'enfasi sul ruolo degli usi e delle pattuizioni contrattuali, queste regole attribuiscono

⁽²³⁾ Art. 21(1): "*The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute*".

⁽²⁴⁾ Art. 35(1): "*The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute*".

⁽²⁵⁾ Art. 35(1): "*The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute*".

⁽²⁶⁾ Art. 22(3): "*The arbitral tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute*".

⁽²⁷⁾ Art. 22(1): "*The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties*".

⁽²⁸⁾ Art. 23(1): "*The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute*".

⁽²⁹⁾ Art. 31(1): "*The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute*".

⁽³⁰⁾ Art. 3(2): "*The arbitral tribunal shall decide in accordance with the rules chosen by the parties*".

⁽³¹⁾ Art. 9(4): "*The parties will be able to choose the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute*".

⁽³²⁾ Rule 27: "*The tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute*".

⁽³³⁾ Art. 33(1): "*The arbitral tribunal shall decide the case in accordance with the rules of law agreed upon by the parties*".

⁽³⁴⁾ Cfr. anche art VII della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961; art. 187(1) della legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 1511(2) del codice di procedura civile francese (che fa riferimento ai soli usi del commercio senza menzionare però il contratto); art. 21(2) del Regolamento ICC; art. 35(3) del Regolamento UNCITRAL; art. 31(2) del Regolamento ICDR; art. 23(4) del Regolamento DIS; art. 33(3) del Regolamento svizzero di arbitrato; art. 27(3) del Regolamento SIAC. Tale tipo di norma non si trova nel Regolamento LCIA. Ai sensi dell'art. 35(1)(d) del Regolamento PCA, l'obbligo per gli arbitri di decidere sulla base delle stipulazioni del contratto nonché degli usi, si applica soltanto qualora le parti non abbiano scelto le regole applicabili al contratto.

indiscutibilmente ai contraenti una libertà molto ampia di individuare esse stesse le regole che disciplinano il loro rapporto, con la conseguenza che nei rapporti commerciali internazionali soggetti ad arbitrato il diritto statale sembra perdere il proprio ruolo di preminenza.

Ciò fa sorgere la domanda se, ed in che misura, ricorrendo all'arbitrato le parti, sono, o devono essere, libere di escludere interamente il diritto nazionale e quindi di liberarsi della camicia di forza che il diritto nazionale impone alla loro libertà di disciplinare i propri rapporti a loro piacimento. A sua volta ciò induce ad interrogarsi sulla giustificazione delle maggiori limitazioni all'autonomia privata nella determinazione delle regole disciplinanti il merito di fronte ai tribunali nazionali ⁽³⁵⁾. Qui di seguito mi concentrerò in particolare sull'arbitrato commerciale internazionale, ma questa analisi consentirà di fare alcune considerazioni sull'arbitrato interno ⁽³⁶⁾.

4. Anche nell'arbitrato internazionale la libertà delle parti di definire le regole applicabili al loro rapporto incontra i due limiti sopra ricordati che valgono di fronte al giudice, ossia l'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria, anche se in arbitrato essi operano in modo leggermente diverso.

Le norme di applicazione necessaria non sono menzionate nelle norme di conflitto relative all'arbitrato ⁽³⁷⁾ e il loro regime in arbitrato è dibattuto. Senza addentrarsi nelle tecnicità di questo tema, è indiscutibile che tali regole devono essere applicate, o almeno prese in considerazione, anche dagli arbitri, a prescindere dal fatto che le parti ne vogliano, o se ne aspettino, l'applicazione ⁽³⁸⁾. Poiché tali norme mirano a proteggere interessi collettivi e non quelli delle parti, la loro applicazione non può per definizione essere fatta dipendere dalla volontà delle parti neppure in arbitrato, malgrado il carattere consensuale di quest'ultimo. Benché il loro compito sia in prima istanza di fornire un servizio alle parti, in senso lato gli arbitri esercitano anche una funzione giurisdizionale, il che significa che essi non possono consentire che l'arbitrato venga strumentalizzato per aggirare le regole a protezione degli interessi generali. Invero, l'arbitrato

⁽³⁵⁾ Cfr. *infra* paragrafo 4.

⁽³⁶⁾ Cfr. *infra* paragrafo 8.

⁽³⁷⁾ Tuttavia cfr. art. 1.4 dei Principi Unidroit. Per un'analisi interessante dei criteri per l'identificazione delle norme di applicazione necessaria, non riferita specificamente all'arbitrato ma rilevante anche in questo contesto, cfr. B. AUDIT, *Du bon usage des lois de police*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, *supra* nota 6, p. 25 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. J.-F. POUURET - S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, *supra* nota 14, § 705-708; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, *supra* nota 11, p. 2690; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, 2012, p. 49-74; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 315, 2005, p. 279-491.

internazionale e la stessa arbitrabilità delle controversie che mettono in gioco le norme di applicazione necessaria presuppongono un accordo implicito tra gli Stati e gli utilizzatori ed i pratici dell'arbitrato a che tali regole vengano rispettate e che gli obiettivi da esse perseguiti non vengano compromessi dall'arbitrato, in quanto un'eventuale strumentalizzazione dell'arbitrato a tal fine ne farebbe venire meno l'accettazione da parte degli Stati.

Il problema più delicato che sorge in relazione alle norme di applicazione necessaria nell'arbitrato internazionale ha a che vedere con l'individuazione dell'ordinamento le cui norme devono essere applicate. Il problema si pone in termini assai più complicati che di fronte al giudice. Quest'ultimo, in effetti, deve preoccuparsi quasi esclusivamente delle norme di applicazione necessaria della *lex fori* ⁽³⁹⁾, mentre gli arbitri notoriamente non hanno una *lex fori* su cui fondarsi. La *lex arbitri*, che potrebbe sembrarne l'equivalente, non è un fondamento idoneo per determinare quali norme di applicazione necessaria vadano applicate, poiché il suo collegamento con il merito della controversia è spesso tenue e fortuito.

Ai presenti fini basta notare che la soluzione più appropriata sembra essere che gli arbitri sono tenuti ad applicare, o a tenere in considerazione, le norme di applicazione necessaria degli Stati le cui norme di questo tipo risulterebbero normalmente applicabili se la controversia non fosse soggetta ad arbitrato ⁽⁴⁰⁾. Trattandosi di un criterio relativamente vago, spesso residuerà una notevole incertezza riguardo a quali norme di applicazione necessaria verranno considerate applicabili dagli arbitri. La decisione di questi ultimi a tale riguardo dipenderà in ultima analisi dalla loro valutazione della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle norme di applicazione necessaria nel contesto in questione e della pretesa dello Stato da cui promanano le norme stesse ad imporle alle parti in litigio.

Comunque sia, in presenza di norme di applicazione necessaria con un titolo legittimo ad essere applicate alla controversia, avuto riguardo alla natura di questa e ai suoi contatti con i diversi ordinamenti, tali norme costituiscono un limite significativo alla libertà delle parti di disciplinare il loro rapporto come credono.

Quanto all'ordine pubblico, questo entra in gioco nell'arbitrato se il lodo viene sottoposto al controllo del giudice in sede di annullamento o di riconoscimento. Sotto un profilo diverso, si tende a ritenere che gli arbitri, pur non dovendo rispettare nessuno specifico ordine pubblico nazionale,

⁽³⁹⁾ L'applicazione delle norme di applicazione necessaria di altri ordinamenti è considerata dall'art. 9.3 del Regolamento Roma I, ma la questione ha rilievo pratico assai marginale.

⁽⁴⁰⁾ L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*, *supra* nota 37, p. 69.

devono prendere in considerazione il cosiddetto ordine pubblico “transnazionale” o “veramente internazionale”, che ricomprende taluni principi fondamentali che devono essere sempre rispettati dagli arbitri, a prescindere dalla volontà delle parti e dalle norme materiali applicabili.

È quindi ovvio che, se le regole di cui le parti vorrebbero l'applicazione, a prescindere dalla loro natura o origine, confliggono con i valori dell'ordine pubblico internazionale così inteso o con regole di applicazione necessaria aventi titolo per applicarsi, esse non verranno applicate dagli arbitri. Se invece tali regole sono ritenute confliggere con l'ordine pubblico internazionale del giudice dell'impugnazione o del riconoscimento del lodo, la loro applicazione da parte degli arbitri potrebbe condurre all'annullamento o al rifiuto di riconoscimento.

5. L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria sono concetti ben noti in diritto internazionale privato che operano per la protezione dei principi ed interessi fondamentali degli Stati in sede di applicazione del diritto straniero e di riconoscimento dei giudicati stranieri di fronte al giudice nazionale. La loro applicazione all'arbitrato è indiscutibile e non solleva problemi concettuali particolari dal punto di vista dell'autonomia delle parti.

La questione più interessante, dal punto di vista sia pratico sia teorico, è se l'autonomia negoziale soggiaccia a limiti ulteriori rispetto a questi e quali siano le implicazioni di tale assenza di limiti.

(a) *Le materie in relazione a cui le parti sono libere di designare le regole applicabili*

Una prima questione che si pone in relazione all'autonomia delle parti nella selezione delle regole applicabili al merito è se tale autonomia sia limitata alle materie generalmente ritenute rientrare nell'ambito di applicazione della *lex contractus*, o se invece essa si estenda a tutte le materie in relazione a cui gli arbitri possono essere chiamati a esercitare i propri poteri. A seconda delle circostanze, queste possono comprendere la responsabilità extracontrattuale, la capacità, il diritto societario, i diritti reali immobiliari, e anche questioni più esoteriche come le successioni o altre simili, quando si pongano come questioni incidentali.

Il dettato letterale delle regole di conflitto applicabili all'arbitrato ricordate sopra è sufficientemente ampio da consentire un'interpretazione estensiva. Tali regole fanno riferimento in generale al “merito” o alla “sostanza” della controversia devoluta in arbitrato. Questi termini si contrappongono alla “procedura” e sembrano quindi volti a ricomprendere tutte le questioni su cui gli arbitri sono tenuti a pronunciarsi che non sono qualificabili come attinenti alla procedura. In base a tali regole non vi sarebbe quindi alcun ostacolo di principio alla designazione da parte dei contraenti anche delle regole disciplinanti tutte le altre questioni che esulano dalla materia prettamente contrattuale.

Questa idea potrebbe apparire sorprendente, visto che l'autonomia in diritto internazionale privato era tradizionalmente limitata a questa materia. Tuttavia, l'analogia con il diritto internazionale privato tradizionale non è del tutto appropriata. Non si può in effetti fare un parallelo tra le regole di conflitto contenute nelle fonti applicabili specificamente all'arbitrato, che si riferiscono alle regole applicabili al "merito", e le norme di diritto internazionale privato relative alla *lex contractus*, che sono inserite in un complesso di regole di conflitto relative ai diversi altri tipi di questioni. Escludere che le regole di conflitto proprie dell'arbitrato consentano alle parti di un procedimento arbitrale di designare le regole applicabili anche a materie diverse da quelle puramente contrattuali lascia inoltre aperta la domanda circa quali regole gli arbitri devono applicare per individuare la legge applicabile a tali materie, visto che, come sopra ricordato, essi non sono tenuti ad applicare le regole di conflitto che si applicano di fronte ai giudici.

Si aggiunga che un'interpretazione estensiva della regola che lascia libere le parti di designare le regole applicabili al merito è coerente con la tendenza del diritto internazionale privato moderno ad accettare l'autonomia delle parti nella designazione della legge regolatrice anche in materie diverse da quella puramente contrattuale, per le quali un tempo una tale libertà di scelta non era ammessa ⁽⁴¹⁾.

Il problema non è quindi tanto se, concettualmente, alle parti debba essere concesso di scegliere le regole applicabili alle materie diverse da quelle specificamente contrattuali. Poiché l'arbitrato ha ad oggetto la soluzione di controversie private, nella misura in cui la decisione degli arbitri non impatta sui diritti ed obblighi dei terzi non è vi è particolare giustificazione per restringere il diritto delle parti di designare le regole da applicare a qualsiasi materia che venga in considerazione nel contesto del loro rapporto. Pertanto, in presenza di un'indicazione inequivoca che le parti intendono che gli arbitri applichino delle regole specifiche a tali materie, questi non dovrebbero avere esitazione a dare effetto alla scelta. L'applicazione di un'unica legge a questioni differenti che si pongono di fronte all'arbitro potrebbe avere il vantaggio di eliminare complesse questioni di diritto internazionale privato, la soluzione delle quali può essere discutibile ed altamente incerta, non ultima delle quali l'individuazione delle materie rientranti nello statuto contrattuale e quelle soggette a regole diverse.

Il problema più concreto si pone quando, come avviene quasi immanabilmente, le parti abbiano omesso di fornire indicazioni sulle materie cui intendono si applichino le norme da esse designate. La soluzione di

⁽⁴¹⁾ Cfr. M.-L. NIBOYET, *De l'optimisation juridique dans les relations internationales*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, *supra* nota 6, p. 629 ss.

comodo per gli arbitri sarebbe di applicare le regole designate dalle parti a tutte le questioni da decidere, nell'assunto che tale fosse la loro intenzione al momento della designazione. Si tratterebbe tuttavia di una soluzione semplicistica ⁽⁴²⁾.

In presenza di una stipulazione sulle regole da applicare al merito, come a qualsiasi altra previsione contrattuale, gli arbitri sono tenuti ad interpretarla secondo i criteri ermeneutici appropriati, ed avendo riguardo alle presumibili intenzioni ed aspettative delle parti. Tranne che con riferimento alla responsabilità extracontrattuale, che in misura crescente si considera ricadere nello statuto contrattuale quando insorge nell'ambito di un rapporto contrattuale ⁽⁴³⁾, gli arbitri dovrebbero essere estremamente cauti nel presumere che, designando le regole applicabili al merito, le parti abbiano inteso che esse venissero applicate oltre l'ambito tradizionale della *lex contractus*. Pur non essendo vincolati dal metodo e dalle regole di conflitto tradizionali, gli arbitri non devono dismettere completamente la loro attitudine ad affrontare adeguatamente le problematiche di conflitti di legge.

(b) *Le regole designabili per la disciplina del merito ed il ruolo delle regole non nazionali*

Quanto al tipo di regole su cui può cadere la disciplina del merito, stando al dato testuale le regole di conflitto proprie dell'arbitrato non pongono alcun limite all'autonomia delle parti. È indubbio che, come di fronte al giudice nazionale, esse consentono di scegliere qualsiasi legge nazionale, a prescindere dal collegamento con l'oggetto della controversia ⁽⁴⁴⁾. È parimente indiscutibile che, ove lo ritengano opportuno, le parti sono anche libere di accordarsi su una combinazione di leggi applicabili, secondo la tecnica del *dépeçage* ⁽⁴⁵⁾.

Le implicazioni e gli effetti della scelta di un diritto nazionale per la disciplina del merito in arbitrato saranno oggetto del paragrafo 6 qui di seguito.

⁽⁴²⁾ L'applicabilità alla capacità delle parti della norma di conflitto propria all'arbitrato che prevede in generale che gli arbitri applichino le regole scelte dalle parti è dibattuta in particolare in diritto svizzero. Secondo taluni autori l'art. 187(1) della legge svizzera di diritto internazionale di privato, che è l'unica regola di conflitto sulle norme applicabili al merito, si applica anche alla capacità (cfr. per esempio B. BERGER - F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Sweet & Maxwell, 2010 (3rd ed.), § 328-99) mentre secondo altri si dovrebbero applicare per analogia le regole generali sulla capacità degli artt. 31(f), 154 e 155(c) della medesima legge (cfr. J.-F. POUURET - S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, *supra* nota 13, § 271). Questa seconda posizione è stata accolta dal Tribunale Federale in una decisione del 16 ottobre 2012, 4A_50/2012 in un caso relativo alla capacità di stare in arbitrato di un soggetto insolvente.

⁽⁴³⁾ Cfr. per esempio l'art. 4(3) del Regolamento (CE) N. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali (Roma II).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *supra* nota 3.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. ad esempio l'art. 3(1) del Regolamento Roma I. Il potere degli arbitri di applicare più di una legge è esplicitamente previsto dagli artt. 22(3) del Regolamento LCIA, 22(1) del Regolamento SCC, e 31(1) del Regolamento ICDR, i quali fanno riferimento a "law(s)".

La peculiarità dell'arbitrato, che come illustrato consegue all'utilizzo dell'espressione "regole di diritto" in luogo di "legge" nelle norme di conflitto applicabili in arbitrato ⁽⁴⁶⁾, è data dal fatto che la facoltà di scelta delle parti non è limitata ad un diritto nazionale. Le parti sono anche libere di optare per l'applicazione esclusiva di regole di fonte non nazionale (usi, documenti contrattuali standard, *lex mercatoria*, principi generali del diritto, Principi Unidroit, ecc.). Ciò significa che, diversamente che di fronte ai giudici nazionali, tali regole possono costituire l'unica disciplina del rapporto, ad esclusione del diritto nazionale. In altri termini, le regole non nazionali non devono rimanere confinate nel ruolo di fonti ausiliarie, applicabili solo nei limiti ristretti consentiti dal diritto nazionale. Per usare la terminologia di diritto internazionale privato classico, tali regole possono costituire esse stesse la *lex causae* del rapporto.

Dato l'ampio margine di libertà lasciato alle parti, non vi sarebbe in linea di principio ostacolo a dare effetto ad un accordo volto ad escludere l'applicazione di qualsiasi regola esterna al contratto, ed a fare risolvere la controversia esclusivamente sulla base del contratto. Ciò pone tuttavia naturalmente il problema di quali regole applicare se il contratto non fornisce una soluzione, che diventa particolarmente delicato se le parti hanno esplicitamente escluso l'applicazione di ogni altra fonte, in particolare il diritto nazionale.

Va da sé che la facoltà di designare regole non statali per la disciplina del merito del rapporto dipende dalle regole di conflitto specifiche per l'arbitrato. Qualora tali regole ne impediscano l'applicazione, gli arbitri sarebbero costretti ad ignorarne la designazione effettuata delle parti. Ciò potrebbe avvenire ove la *lex arbitri* proibisse l'applicazione delle "regole di diritto" al posto del diritto statale. Tuttavia, salvo che nell'inverosimile caso di un divieto espresso, è dubbio che agli arbitri sarebbe precluso dare effetto ad una designazione delle regole non statali effettuata dalle parti. Quand'anche si ritenesse il contrario, il divieto rimarrebbe probabilmente sprovvisto di sanzione, poiché la decisione degli arbitri non sarebbe impugnabile solo perché fondata su regole non statali designate dalle parti piuttosto che su una legge statale, visto che questa è questione attinente alla valutazione del diritto applicato dagli arbitri, normalmente sottratta all'ambito del controllo del giudice. In ogni caso, le parti intenzionate ad escludere l'applicazione di un diritto nazionale in favore di regole non statali potrebbero agevolmente farlo semplicemente ponendo la sede dell'arbitrato in un paese che consente l'applicazione di regole non statali e un regolamento arbitrale di analogo tenore ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *supra*, il paragrafo 1.

⁽⁴⁷⁾ Come noto, la chiave di volta del sistema dell'arbitrato internazionale, da cui discende in definitiva la possibilità per le parti di affrancarsi in gran parte dal diritto statale di cui qui si discute, è la Convenzione di New York del 1958 che, obbligando gli Stati a dare effetto

(c) *L'alternativa tra la designazione di norme nazionali e non nazionali*

La libertà delle parti di escludere il diritto nazionale a favore di regole non statali solleva l'annosa questione dell'opportunità di una tale scelta. Come noto, molti dubitano dell'attitudine delle regole non statali ad essere le uniche fonti della disciplina di un rapporto contrattuale. La critica più frequente è che, essendo incomplete e incerte, le regole non statali lasciano eccessiva discrezione agli arbitri e sono pertanto inadeguate ad assicurare la prevedibilità del risultato della controversia. Si tende quindi a sconsigliare la scelta di tali regole e a considerare preferibile la scelta di una legge nazionale.

La realtà, tuttavia, è più sfumata e richiede un approccio sfumato⁽⁴⁸⁾. Invero, non si può sostenere in via generale che il diritto nazionale sia sempre e intrinsecamente più idoneo delle regole non statali a regolare le relazioni commerciali. L'idoneità delle regole non statali a disciplinare un'operazione commerciale e la loro asserita inferiorità rispetto al diritto nazionale vanno valutate alla luce delle circostanze del caso concreto e di tutte le sue variabili, valutazione che solo le parti sono in grado di compiere. Le variabili comprendono la nazionalità e la sofisticatezza delle parti e la natura del loro rapporto, il tipo di contratto, gli ordinamenti nazionali su cui potrebbe realisticamente ricadere la scelta delle parti alla luce delle specificità del caso, le regole di carattere transnazionale considerate in alternativa, e via dicendo.

Vi sono ovviamente situazioni, e si tratta forse della maggioranza, in cui il diritto nazionale è percepito dalle parti come più adatto delle regole non statali. Ciò varrà in generale per le operazioni complesse tra parti sofisticate, specialmente quando le leggi statali che possono verosimilmente essere prese in considerazione in ragione della natura del rapporto sono ben sviluppate ed esiste una significativa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in merito al tipo di rapporto contrattuale in questione. Per esempio, in un'operazione tra una banca statunitense e un importante cliente inglese gli unici diritti nazionali che potrebbero normalmente essere presi in considerazione dalle parti sono quello statunitense e quello inglese, entrambi altamente evoluti, ed è difficile che le regole non statali verrebbero considerate adeguate.

alle deroghe alla propria giurisdizione a favore dell'arbitrato estero e a riconoscere i lodi esteri, consente in pratica alle parti di scegliere il regime arbitrale (e quindi, come qui si dimostra, anche materiale) che considerano più favorevole, approfittando della concorrenza tra legislazioni statali in materia di arbitrato favorita proprio dalla Convenzione (su questi concetti cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *The impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage - The Paris International Arbitration Journal*, 2011, p. 663 ss.).

⁽⁴⁸⁾ Per una più dettagliata discussione sul punto, cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Non-national rules and Conflict of Laws: Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, *supra* nota 7.

Perfino in queste ipotesi, tuttavia, non va sopravvalutata l'idoneità degli ordinamenti nazionali a fornire risultati prevedibili e soddisfacenti. L'applicazione del diritto è infatti notoriamente un esercizio delicato. In presenza di situazioni nuove e complesse che non sono oggetto di giurisprudenza precisamente in termini, è difficile stabilire il contenuto esatto del diritto e non è facile neppure in relazione ad un ordinamento evoluto prevedere come verrebbe applicato in un caso del genere. Inoltre, l'applicazione del diritto nazionale può mutare nel tempo, adattandosi al modificarsi delle circostanze ⁽⁴⁹⁾, e pure questo va ovviamente a discapito della prevedibilità.

Quali che siano i supposti vantaggi della scelta di un diritto statale, vi sono circostanze in cui le parti possono ritenere le regole non statali maggiormente idonee a disciplinare il proprio rapporto e sentirsi più tranquille se vengono applicate queste piuttosto che il diritto statale ⁽⁵⁰⁾. Una tale preferenza può essere determinata da ragioni diverse ⁽⁵¹⁾.

Anzitutto, la prevedibilità può non avere sempre per le parti l'importanza che ci si potrebbe attendere, come dimostra la frequente omissione della designazione delle regole applicabili al merito, dovuta a dimenticanza o all'impossibilità di trovare un accordo. Una tale omissione lascia le parti in larga misura alla mercé dell'analisi di diritto internazionale privato del giudicante, con risultati spesso imprevedibili. La mancata individuazione di un diritto nazionale è un'indicazione significativa del fatto che le parti non attribuiscono molta importanza agli asseriti vantaggi del diritto nazionale in termini di prevedibilità, completezza e previsione ⁽⁵²⁾.

In secondo luogo, molti ordinamenti nazionali non sono particolar-

⁽⁴⁹⁾ Un esempio interessante di questa situazione è la giurisprudenza italiana sulle dichiarazioni e garanzie contenute nei contratti di fusione e acquisizione. I tribunali italiani hanno a lungo ritenuto che il termine di prescrizione annuale dell'art. 1495 c.c. si applicasse a tali contratti, ignorando le previsioni contrattuali contrarie basate sulla prassi internazionale e più adatte a quel genere di accordo. I tribunali arbitrali, invece, hanno seguito un approccio più realistico e adatto alle relazioni commerciali, facendo prevalere la volontà delle parti (cfr. G. DE NOVA, *Contrasti tra giurisprudenza arbitrale e giurisprudenza togata*, in questa *Rivista*, 2012, p. 227 ss.). Recentemente anche la Corte di Cassazione italiana ha accettato la visione più moderna e ragionevole già adottata dai tribunali arbitrali (cfr. sentenza n. 16963/14 del 27 maggio 2014, *Granarolo c. Vogliazzi*).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Non-national rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, *supra* nota 7, p. 860-862.

⁽⁵¹⁾ Cfr. E. LOQUIN, *L'application par les tribunaux arbitraux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, *supra* nota 6, p. 533 ss.

⁽⁵²⁾ L'importanza della prevedibilità può essere valutata in modo diverso a seconda del momento in cui è considerata. Al momento della stipulazione del contratto, quando i problemi potenzialmente controversi non sono spesso prevedibili, le parti potrebbero essere meno inclini ad accordarsi sull'applicabilità di un diritto nazionale che almeno una di esse non considera favorevole, anche semplicemente perché non lo conosce a sufficienza. A quel momento, l'incertezza circa le norme applicabili o il risultato della loro applicazione, può apparire

mente evoluti o sofisticati e non sono in grado di fornire soluzioni chiare e moderne ai problemi di un'operazione internazionale determinata. Tuttavia, date le caratteristiche dell'operazione specifica, in molti casi la scelta delle parti può realisticamente ricadere solo su uno di questi ordinamenti.

Talvolta, invece, a prescindere dal loro grado di sofisticatezza e prevedibilità gli ordinamenti più strettamente connessi al rapporto, tipicamente quelli delle parti, possono essere percepiti come non neutrali. Le parti potrebbero non essere disponibili ad accettare il diritto della controparte, vuoi per una questione di principio (in particolar modo quando si tratta di entità statali), vuoi perché la designazione di tale diritto è ritenuta avvantaggiare la controparte in quanto ad essa meglio conosciuta.

La scelta di un diritto nazionale evoluto e neutro (come quello inglese o svizzero) spesso non è un'alternativa percorribile. Tali ordinamenti possono non essere conosciuti alle parti o ad alcune di esse ovvero ai loro consulenti, ed essere pertanto per esse totalmente imprevedibili. È irrealistico che le parti siano in grado di identificare il diritto idealmente più adatto al proprio obiettivo. Salvo che nei casi di maggiore rilievo, di solito esse non saranno infatti disponibili ad affrontare i costi, ritardi e altre complicazioni di un tale esercizio, anche perché una scelta informata e razionale richiederebbe di prendere in considerazione più ordinamenti. Anche laddove le parti fossero disponibili a fare un tale sforzo, è improbabile che ciò consentirebbe loro di valutare fino in fondo ogni implicazione dell'applicazione di tale diritto al loro rapporto.

Alla luce di ciò, e della proliferazione e del crescente grado di sofisticatezza delle regole non nazionali, e dell'inevitabile imperfezione dei diritti statali e della difficoltà di accordarsi su uno di essi, si può ragionevolmente sostenere che in molti casi tali regole sono in grado di fornire un'alternativa idonea al diritto statale. Ciò sembrerebbe valere, per esempio, nei rapporti tra parti che concludono abitualmente operazioni simili senza avere il potere negoziale di imporre il proprio diritto e che rischiano che ciascuno di essi sia regolato da un diritto diverso, a costo quanto meno di una considerevole incertezza. E vale pure per i contratti atipici, in relazione ai quali gli ordinamenti forniscono soltanto regole di "parte generale" del diritto dei contratti, nonché per quei contratti relativamente tipizzati nei rapporti internazionali, come il leasing, il factoring, le garanzie bancarie, i crediti documentari, i contratti di appalto e EPC in relazione a cui l'obiettivo principale sembra essere la possibilità di fare affidamento su prassi, interpretazioni ed applicazioni consolidate, obiettivi che l'applicazione del diritto statale rischi sicuramente di compromettere.

preferibile rispetto all'accettazione di regole percepite come svantaggiose. Dopo l'insorgere della controversia, invece, la capacità di prevedere le regole applicabili può essere determinante per la strategia della fase contenziosa.

In tali ipotesi, una combinazione ponderata di regole non statali e di previsioni contrattuali dettagliate potrebbe risultare preferibile all'applicazione del diritto statale che, come visto, non può certo essere considerata una panacea. Certamente, la validità di questa affermazione va valutata alla luce delle caratteristiche del caso di specie, e la risposta dipenderà in larga misura dalle regole non statali che vengono in concreto scelte. Alcune categorie di regole menzionate in questo contesto, come la *lex mercatoria* e i principi generali di diritto, più difficilmente sono in grado di fornire soluzioni soddisfacenti a problemi pratici, salvo che in relazione alle operazioni più semplici. Tuttavia, oggi esistono corpi di regole altamente sviluppati, come i Principi Unidroit o le condizioni FIDIC per i contratti di appalto internazionali, che sono in grado di fornire un quadro normativo efficace per la disciplina di molti contratti internazionali, facendo astrazione dal diritto statale.

Lo scetticismo della maggior parte dei giuristi, compresi gli arbitri, e la loro riluttanza ad abbandonare la pretesa sicurezza del diritto statale e ad ammettere l'applicazione di regole non statali, è in gran parte dovuto ad un forte conservatorismo e ad un'idealizzazione dell'idoneità del diritto statale a fornire soluzioni prevedibili e soddisfacenti, soprattutto nei rapporti transnazionali⁽⁵³⁾.

Non si tratta qui ovviamente di speculare su quali regole siano in assoluto più idonee a disciplinare i rapporti transnazionali, visto che la questione può essere valutata soltanto dalle parti alla luce delle caratteristiche del caso concreto. L'importante, tuttavia, è prendere atto del fatto che le parti godono di un'autonomia molto ampia nella scelta delle regole applicabili, comprese quelle non statali, il che, come già accennato⁽⁵⁴⁾, impone agli arbitri una forte responsabilità nel determinare come le parti abbiano fatto uso di tale autonomia. Si tratta di un compito delicato, in particolare quando le intenzioni delle parti non traspaiono chiaramente o quando le regole applicabili al merito scelte dalla parti non forniscono un soluzione chiara alla questione da determinare.

(d) *L'applicazione delle regole non statali in assenza di designazione espressa*

Secondo le regole di conflitto tradizionali, in particolare quelle relative ai contratti, la scelta delle regole materiali non è soggetta a requisiti di forma, potendo anche essere tacita o implicita⁽⁵⁵⁾. Non vi è motivo di

⁽⁵³⁾ Considerazioni simili militano a favore dell'abbandono dell'ostilità dei sistemi di diritto internazionale privato nei confronti delle regole non statali, per consentirne l'applicazione anche dinanzi ai giudici nazionali: cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Non-national rules and conflict of laws*, *supra* nota 7.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *supra* paragrafo 5(a), *in fine* e in generale paragrafo 7(c) *infra*.

⁽⁵⁵⁾ Ai sensi dell'art. 3(1) del Regolamento Roma I: "La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso".

ritenere che lo stesso non valga anche per la scelta delle regole che devono essere applicate dagli arbitri. Essendo le parti libere di designare regole non statali, quando sono chiamati a stabilire se vi sia stata una scelta tacita o implicita delle regole applicabili gli arbitri devono quindi valutare altresì se l'intenzione delle parti fosse che venissero applicate quel tipo di regole. Ove ritengano che sia così, essi sono tenuti ad applicare le regole non statali. In altri termini, nel silenzio delle parti non si giustifica una presunzione che esse abbiano necessariamente inteso sottoporre il loro rapporto al diritto nazionale.

Ciò detto, il confine tra scelta tacita del diritto applicabile e assenza di scelta è labile. Inoltre l'approccio delle normative nazionali in tema di arbitrato e dei regolamenti arbitrali non è uniforme quanto all'applicazione delle norme non statali, poiché in molti casi non fanno distinzione tra la situazione in cui si è avuta scelta e quella in cui non si è avuta, con la conseguenza che le norme non statali vengono poste sullo stesso piano del diritto statale. Questo è per esempio il caso del Regolamento CCI, il quale dispone che in caso di mancata scelta *“il tribunale arbitrale applica le regole di diritto che ritiene appropriate”* ⁽⁵⁶⁾, Pertanto, in presenza di regole siffatte, nella ricerca delle regole di diritto *“appropriate”* (per usare il termine del Regolamento CCI), gli arbitri non devono limitarsi a prendere in considerazione il diritto statale ma devono anche considerare le regole non statali.

Altre legislazioni nazionali e regolamenti prevedono invece che, in assenza di designazione delle parti, gli arbitri applichino una *“legge”*, come ad esempio, la Legge Modello UNCITRAL, che consente di designare le *“rules of law”* applicabili al merito ⁽⁵⁷⁾, ma prevede che *“[f]ailing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”* ⁽⁵⁸⁾.

Quale che sia la giustificazione di tale differenza di trattamento, quando le norme di conflitto applicabili all'arbitrato non prevedono l'applicazione di regole non statali al merito in mancanza di designazione, gli arbitri devono esercitare prudenza nell'applicare tali regole se non designate espressamente, tranne che in presenza di indicazioni forti di un'intenzione in tal senso delle parti. Quando, invece, regole non statali e diritto nazionale sono posti sullo stesso piano, gli arbitri devono prendere in considerazione anche l'applicazione delle regole non statali.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 21(1). Si veda inoltre l'art. 187(1) della legge svizzera di diritto internazionale privato; l'art. 1511(1) del codice di procedura civile francese; l'art. 34(1) del Regolamento svizzero di arbitrato; l'art. 22(1) del Regolamento SCC; l'art. 31(1) del Regolamento ICDR; l'art. 3 del Regolamento CAM.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *supra* paragrafo 3.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. art. 28(2). In questo senso anche l'art. 35(1) del Regolamento UNCITRAL; la Sezione 28(2) del Danish Arbitration Act; l'art. 23(2) del Regolamento DIS; l'art. 27(1) del Regolamento SIAC; l'art. 46(3) dell'English Arbitration Act 1996.

Nel decidere se applicare regole non statali, fondandosi su un presunto accordo tacito o implicito o perché sono autorizzati a farlo anche in assenza di designazione, gli arbitri devono valutare i fattori richiamati sopra ⁽⁵⁹⁾. Tra questi acquistano rilievo particolare le aspettative delle parti in termini di neutralità e prevedibilità, nonché l'idoneità delle regole in questione a disciplinare la fattispecie e l'esigenza di evitare il rischio di favorire, anche solo in apparenza, una parte rispetto all'altra.

Per effetto di questo ampliamento delle opzioni per l'individuazione delle norme applicabili, che includono le regole non statali anche quando non espressamente richiamate, gli arbitri si trovano investiti di un'ampia discrezionalità che contribuisce ad accrescerne la responsabilità in sede di identificazione ed applicazione delle regole per la decisione del merito ⁽⁶⁰⁾.

6. La libertà quasi totale di cui godono delle parti nella designazione delle norme materiali ritenute più idonee alla disciplina del loro rapporto ha riflessi anche in presenza di una designazione di una legge statale.

Vi sono fondate ragioni per ritenere che la scelta di una legge statale per la disciplina del merito possa avere effetti diversi in arbitrato e di fronte ai giudici.

Come detto in precedenza ⁽⁶¹⁾, la tesi tradizionale postula che, di fronte al giudice, la libertà delle parti di determinare il regime del loro rapporto è limitata al solo diritto statale. Una volta scelta una determinata legge, la loro libertà risulta quindi circoscritta nei confini imposti dalle norme imperative "semplici" di tale leggi, il che significa che l'autonomia delle parti di disciplinare il loro rapporto è esercitabile solo negli stretti confini imposti dalla *lex causae*.

Ci si deve interrogare se lo stesso valga anche per l'arbitrato, e più specificamente se anche in arbitrato l'applicabilità di una legge statale, anche per effetto di una designazione delle parti, comporti il divieto per le parti di derogarvi. In altri termini, le parti sono libere di determinare in quale modo la legge designata si applichi al loro rapporto?

Può in effetti esservi una tensione tra la volontà delle parti in merito alla disciplina del proprio rapporto e la scelta di una determinata legge nazionale.

Anzitutto, è ragionevole ipotizzare che, almeno in alcuni casi, la designazione di una legge statale non sottenda necessariamente un'aspettativa delle parti a che essa venga applicata nel modo puntiglioso, e talvolta pedante ed astratto, che spesso ci si attende dai giudici nazionali,

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *supra* paragrafo 3.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *infra* paragrafo 7(c).

⁽⁶¹⁾ Cfr. *supra* paragrafo 1.

né che esse abbiano inteso che gli arbitri rimangano entro gli stretti limiti della discrezionalità permessa ai giudici nazionali. Invero, una delle ragioni del ricorso all'arbitrato piuttosto che al giudice può essere proprio l'aspettativa di un'applicazione delle norme non appiattita su quanto farebbe un giudice. Le parti possono avere interesse ad un'applicazione più moderna e più in sintonia con la realtà economica, che tenga conto del carattere internazionale dell'operazione e così via. In taluni casi, anche se non sempre, le parti possono essere più interessate, ad esempio, al carattere "giusto" della decisione che non all'applicazione rigida della legge così che si avrebbe da fronte ai giudici del paese da cui essa promana. L'interesse non preponderante delle parti ad un'applicazione della legge secondo i canoni tradizionali della legge in questione può essere dimostrato dalle motivazioni alla base della scelta degli arbitri, spesso determinata da considerazioni che assai poco hanno a che vedere con la conoscenza del diritto in questione ⁽⁶²⁾.

La tensione è ancora maggiore in presenza di un contrasto tra le norme cogenti della legge prescelta dalle parti e disposizioni contrattuali esplicite, soprattutto se il prodotto di contrattazioni specifiche.

Il primo problema, di ordine pratico, è stabilire se le parti abbiano effettivamente inteso che la legge prescelta venga applicata in modo almeno in parte diverso da come verrebbe applicata dai giudici nazionali. Questa è una questione di fatto. Poiché solitamente le intenzioni delle parti non sono esplicitate, spetta agli arbitri identificarle. È ovviamente impossibile generalizzare quanto alle intenzioni e aspettative delle parti di un'operazione internazionale quando scelgono l'arbitrato e designano una legge statale, sicché le conseguenze della designazione di una legge statale vanno valutate caso per caso.

Spesso, forse nella maggioranza dei casi, le parti intendono effettivamente che gli arbitri decidano proprio come se fossero giudici nazionali ⁽⁶³⁾, ma non si può presumere che sia sempre così. Una clausola di scelta della legge può avere un certo significato se il suo inserimento nel contratto è stato ragionato e oggetto di negoziati specifici, eventualmente anche focalizzati sui risvolti giuridici, ed entrambe le parti erano ben conscie del contenuto di tale legge e del suo impatto sulle questioni in gioco. Potrebbe avere un significato ben diverso se è stata inserita all'ultimo momento, senza una valutazione delle conseguenze sull'oggetto del contratto, eventualmente a seguito di un cambiamento improvviso dopo che i negoziati si erano svolti con una legge diversa in mente, oppure la

⁽⁶²⁾ Sul punto cfr. ampiamente L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Ethics and the Law Applicable to the Merits in Arbitration*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, *supra* nota 6, p. 753 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. ancora L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Ethics and the Law Applicable to the Merits in Arbitration*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, *supra* nota 6, p. 753 ss.

legge è stata scelta semplicemente per via della sua “neutralità”. Meno attentamente valutata è stata la scelta, e quindi meno era prevedibile il contenuto della legge scelta e minore era l’affidamento su di esso al momento della conclusione del contratto, e meno vi è in linea di principio motivo per ritenere che le parti se ne aspettino un’applicazione rigida.

Su un piano diverso occorre chiedersi se, assumendo che le parti si attendano qualcosa di diverso da un’applicazione della legge statale prescelta analoga a quella che ne farebbe il giudice dello stato in questione, gli arbitri possano adeguarsi a tale aspettativa.

Stando alla visione tradizionale, e dinanzi ai giudici nazionali, la risposta non potrebbe essere che negativa. Secondo tale visione, infatti, la “legge è la legge”, e l’autonomia negoziale è ad essa subordinata, con la conseguenza che gli arbitri sarebbero tenuti ad applicare la legge esattamente come farebbero i giudici.

Ciò varrebbe anche laddove la legge scelta sia inconciliabile con le disposizioni specifiche del contratto. Anche in tal caso il diritto statale designato dovrebbe prevalere perché, in termini strettamente internazionaleprivatistici, la scelta della legge è considerata un criterio di collegamento, che è determinante per l’individuazione della legge applicabile, ivi comprese le sue disposizioni cogenti, da cui tutto consegue. Secondo la tesi tradizionale, una disposizione negoziata dalle parti sarebbe quindi inapplicabile se non valida ai sensi della legge prescelta.

Vi sono tuttavia buone ragioni per dubitare della bontà di tale approccio⁽⁶⁴⁾. Come indicato in precedenza, è ormai riconosciuto che, anche dinanzi ai giudici nazionali, le parti sono libere di designare qualsiasi legge, a prescindere dal suo contenuto e dal suo legame con la controversia, e che, se optano per l’arbitrato, sono libere di escludere del tutto il diritto statale, fatte salve le norme di applicazione necessaria, sottoponendo il loro rapporto a regole non statali.

Stando così le cose, e posto appunto che è ammessa l’esclusione completa del diritto statale, non vi è alcuna ragione di principio per negare alle parti la libertà di decidere come, e in che misura, esso debba applicarsi al loro rapporto. In altre parole, non vi è motivo di ritenere che, avendo scelto una legge statale per disciplinare il loro rapporto, le parti non dovrebbe essere libere di chiedere che essa venga applicata in modo tale da conformarsi alle loro esigenze e aspettative, e di derogare anche alle norme imperative (semplici) ove siano ritenute limitare la loro libertà di disciplinare il loro rapporto secondo le loro esigenze.

Sotto un profilo puramente descrittivo, piuttosto che dogmatico, la scelta di legge non è altro che una clausola contrattuale al pari di tutte le altre disposizioni del contratto, con la conseguenza che, se la legge

⁽⁶⁴⁾ Cfr. gli scritti di P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES e S. M. CARBONE cit. *supra* nota 6.

designata risulta in conflitto con le altre disposizioni, si ha un mero contrasto tra previsioni contrattuali. Tale contrasto andrebbe risolto in base ai normali principi di interpretazione contrattuale, in particolare quelli sulle disposizioni contraddittorie, tenendo conto dei fattori sopra richiamati ⁽⁶⁵⁾. In presenza di un conflitto tra una disposizione che è stata intensamente negoziata e di una clausola di scelta di legge che la renderebbe inefficace, eventualmente inserita in un secondo momento, pare ragionevole dare prevalenza alla prima. Dopo tutto, le parti erano libere di scegliere una legge che avrebbe consentito il risultato previsto dalla clausola contrattuale o anche semplicemente di designare mediante un *dépeçage* una tale legge per disciplinare lo specifico problema oggetto della clausola problematica. Le parti avrebbero anche potuto eliminare il problema alla radice escludendo del tutto l'applicazione di un qualsiasi diritto statale ⁽⁶⁶⁾.

Tale conclusione è ulteriormente avvalorata da quelle norme di conflitto specifiche dell'arbitrato che impongono specificamente di fare riferimento alle previsioni contrattuali e agli usi, oltre che alla legge applicabile ⁽⁶⁷⁾. Pur prestandosi a disquisizioni semantiche (ad esempio "applicazione" della legge e "tenere conto" delle disposizioni contrattuali nell'art. 21 (2) del Regolamento CCI), è sostenibile che tali disposizioni pongono il contratto ⁽⁶⁸⁾, così come gli usi, sullo stesso piano della legge. Poiché tutte le leggi prevedono che si dia efficacia all'accordo delle parti, il riferimento al contratto accanto a quello alla legge sarebbe superfluo se non comportasse l'obbligo di dare alle disposizioni contrattuali un effetto maggiore di quello che hanno nella tradizionale gerarchia delle fonti, che presuppone una sopraordinazione della legge al contratto.

La circostanza che gli ordinamenti giuridici non insistano su un'applicazione rigida della "legge" in arbitrato, in tal modo ammettendo che le parti possano adattare "la legge" alle proprie esigenze, è insita nel divieto di

⁽⁶⁵⁾ In via alternativa, si potrebbe ritenere che la scelta della legge non è valida in quanto effettuata sulla base di un errore. Qualsiasi esperto di conflitti di legge noterà immediatamente che ciò solleva il problema di identificare la legge applicabile a tale questione. La semplice applicazione a questo problema della legge designata dalle parti darebbe luogo ad un circolo vizioso e inficerebbe il ragionamento seguito qui.

⁽⁶⁶⁾ A sostegno della prevalenza della clausola di designazione della legge, anche allorquando priverebbe di effetto pattuizioni cruciali, si sostiene a volte che tali clausole e le loro implicazioni possono essere oggetto di attenta considerazione da parte dei contraenti, anche con l'assistenza di legali. Una parte potrebbe perfino acconsentire consciamente a determinate disposizioni contrattuali indesiderate, confidando sulla loro inapplicabilità per via della loro incompatibilità con il diritto scelto. Anche questa è questione da risolvere in base alle regole sull'interpretazione del contratto, ma in arbitrato internazionale comportamenti opportunistici del genere sono di solito mal visti.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *supra*, nota 33.

⁽⁶⁸⁾ L'espressione "eventuali" riferita alle disposizioni del contratto sembra voler attribuire maggior valore al ruolo degli accordi contrattuali il cui contenuto è in deroga alla legge applicabile.

revisione del merito e soprattutto nell'abbandono del controllo dell'applicazione "corretta" del diritto da parte degli arbitri. L'unico motivo di impugnazione che può entrare in gioco in questo contesto è il completo mancato rispetto dell'accordo delle parti in merito alle regole applicabili. Un esempio potrebbe essere l'applicazione da parte degli arbitri della legge del Texas o dei principi generali riconosciuti dalle nazioni civili laddove le parti abbiano inequivocabilmente scelto la legge francese ⁽⁶⁹⁾. Salvo che in caso di violazione palese di una volontà inequivoca delle parti, è improbabile che un ragionamento erraneo in punto di conflitti di leggi possa condurre all'annullamento del lodo, in quanto anche esso costituirebbe mero errore di diritto non soggetto ad impugnazione ⁽⁷⁰⁾. Il fatto che le parti non insistano su un'applicazione della legge pari a quella che ne farebbe il giudice risulta dalla rarità delle stipulazioni contrattuali che reintroducono il controllo dell'*error in iudicando* consentite da alcune leggi nazionali, *in primis* quella italiana all'art. 829, terzo comma, c.p.c. ⁽⁷¹⁾.

In sintesi, neppure una scelta di un dato diritto statale può valere come indicazione concludente di una volontà che la legge venga applicata in maniera inflessibile, tale da mettere nel nulla pattuizioni contrattuali esplicite o implicite. A seconda delle circostanze, la designazione della legge applicabile è ragionevolmente interpretabile come mero strumento per l'identificazione delle norme suppletive al fine di colmare le lacune del contratto.

Non vi è alcun motivo giuridico o pratico per negare efficacia ad una tale intenzione delle parti. Ciò è spesso riconosciuto anche dagli arbitri, come dimostra il fatto che la giurisprudenza arbitrale a volte si discosta significativamente da quella dei giudici statali ⁽⁷²⁾.

7. (a) *Il ruolo fondamentale dell'autonomia delle parti nell'individuazione delle norme applicabili al merito della controversia*

Come si è visto, la conclusione di questa analisi è che, grazie in

⁽⁶⁹⁾ Se un tale mancato rispetto della volontà delle parti fosse censurabile, lo sarebbe naturalmente anche l'applicazione del diritto statale in presenza di una scelta a favore di regole non statali.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G. CORDERO MOSS, *Limitations on party autonomy*, *supra* nota 10, p. 195 ss.

⁽⁷¹⁾ Si veda anche la frequenza con cui viene esclusa la facoltà di impugnazione del lodo per motivi di diritto prevista dall'art. 69 dell'English Arbitration Act 1996, tramite la scelta di regolamenti arbitrali che la escludono: cfr. D. WOLFSON, *Challenges to arbitration awards*, in J. LEW - H. BOR - G. FULLELOVE - J. GREENAWAY (eds), *Arbitration in England*, *supra* nota 21, p. 544. Cfr. anche *infra*, part. 9.

⁽⁷²⁾ Cfr. *supra* nota 14. Si veda inoltre T. Webster - M. Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, *supra* nota 14, p. 316 ss.; W.W. Park, *The predictability paradox*, in *ICC Institute of Business Law Dossiers*, XI, 2014, p. 60 ss.

Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda a L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Ethics and the Law Applicable to the Merits in Arbitration*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, *supra* nota 62, p. 753 ss. Cfr. anche T. WEBSTER e M. BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration*, *supra* nota 14, 316 ss.; W.W. PARK, *The predictability paradox*, in *ICC Institute of Business Law Dossiers*, XI, 2014, 60 ss.

particolare alla libertà di scelta della sede dell'arbitrato e conseguentemente del regime arbitrale sancita dalla Convenzione di New York ⁽⁷³⁾, nell'arbitrato internazionale l'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile al merito è sostanzialmente illimitata. Gli unici limiti derivano dalle norme di applicazione necessaria e dall'ordine pubblico. Per il resto, le parti sono del tutto libere di configurare a proprio piacimento il regime sostanziale del loro rapporto, anche escludendo interamente il diritto nazionale a favore di norme non nazionali e finanche definendo come, e fino a che punto, una data legge nazionale vada applicata ⁽⁷⁴⁾.

Un'affermazione del genere può apparire poco ortodossa perché pare stravolgere la tradizionale gerarchia tra l'autonomia negoziale e "la legge", antepoendo la prima alla seconda. Ancora più eretica può apparire la posizione secondo cui, anche in presenza di designazione espressa della legge applicabile, le parti sono comunque autorizzate a derogare alle sue regole imperative semplici. Come detto poc'anzi, non si può ritenere che una scelta del diritto applicabile implichi necessariamente che le parti abbiano inteso che tale diritto debba sempre prevalere, anche laddove la sua applicazione pedante confliggerebbe con le loro aspettative e pregiudicherebbe le loro intenzioni, quali risultano dalle previsioni espresse del loro accordo.

La riluttanza ad accettare questa impostazione è dovuta ad un eccesso di dogmatismo e ad una concezione internazionalprivatistica ormai superata ⁽⁷⁵⁾. Le conclusioni che precedono conseguono infatti inevitabilmente al quasi universale riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata nella scelta della legge applicabile al merito, e depurano la nozione di "diritto"

⁽⁷³⁾ Cfr. *supra* nota 46.

⁽⁷⁴⁾ Il fatto che le parti siano, o quantomeno dovrebbero essere, perfettamente libere di regolare a proprio piacimento i loro rapporti, fino al punto di potere derogare completamente all'applicazione del diritto statale, non significa che esse siano in concreto sempre in grado di evitarne qualsiasi influenza. Come dimostrato da G. CORDERO MOSS, *Limitations on party autonomy*, *supra* nota 10, in particolare p. 217 ss., anche quando tentano di isolare interamente il proprio rapporto dal diritto nazionale, questo può comunque rientrare nel processo decisionale degli arbitri, anche in modo inconsapevole. Ciò può avvenire quando le intenzioni delle parti non sono del tutto chiare, oppure quando il contratto contiene lacune o lascia spazio a diverse soluzioni e interpretazioni o quando viene invocato un motivo per evitare l'applicazione letterale delle disposizioni contrattuali. In situazioni di questo tipo, gli arbitri ben possono avvertire l'esigenza di ricorrere a tecniche interpretative o di basarsi su principi, nozioni o prassi tratte da uno o più ordinamenti giuridici, ritenuti applicabili in via residuale o che fanno parte della propria cultura giuridica e che quindi, consciamente o meno, finiscono per influenzarne l'approccio alla questione sottoposta alla loro attenzione.

⁽⁷⁵⁾ La tradizionale teoria internazionalprivatistica secondo cui la clausola di scelta della legge applicabile è intrinsecamente diversa e superiore alle altre disposizioni contrattuali non è più indiscussa (sul punto gli scritti di P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES e di S.M. CARBONE citate *supra* alla nota 6). Essa è ancor meno giustificata in sede di arbitrato, dato il ruolo molto ridotto dei conflitti interni di leggi nell'arbitrato internazionale: cfr. sul punto alle opere citate *supra* alle note 11 e 13.

di talune delle sue connotazioni astratte, traendo le debite conseguenze da una valutazione realistica del reale ruolo del “diritto” nei rapporti commerciali internazionali ⁽⁷⁶⁾.

Esse discendono dalla presa d’atto che gli Stati accettano che nelle relazioni commerciali internazionali non vi è motivo di vincolare la libertà dei contraenti oltre l’ambito di operatività delle norme di applicazione necessaria. Come già ricordato, questa prospettiva è implicita nella facoltà riconosciuta loro di determinare quali norme imperative semplici debbano applicarsi al loro rapporto, che deriva dalla loro libertà di scegliere qualsiasi diritto nazionale come legge applicabile ⁽⁷⁷⁾, e persino di sottrarsi all’applicazione delle norme imperative semplici tramite la scelta di norme non nazionali.

L’interpretazione restrittiva non tiene sufficientemente conto della differenza tra gli arbitri e i giudici nazionali e del fatto che, diversamente da questi ultimi, che sono tenuti ad applicare il diritto, nel senso di diritto nazionale, gli arbitri sono liberi di applicare norme non nazionali vista la libertà delle parti di sceglierle.

Inoltre, la nozione di legge non può essere interpretata come riferita al solo diritto nazionale così come applicato dai giudici né può essere intesa in termini assoluti, date le significative differenze tra le varie leggi nazionali e la loro diversa idoneità ad applicarsi a ciascuna specifica operazione internazionale.

La prevalenza tradizionalmente accordata alla scelta della legge, anche laddove frustra l’intenzione delle parti, è frutto di un’indebita focalizzazione sulla connotazione di *diritto* del diritto privato, piuttosto che sulla sua qualificazione come *privato*, in quanto tale intrinsecamente devoluto all’autonomia delle parti. In altre parole, la tesi tradizionale è eccessivamente influenzata dai connotati attribuiti alla nozione di *diritto* nel contesto dei rapporti commerciali privati, che postula una superiorità intrinseca della legge rispetto all’autonomia delle parti, cui è legata un’aspettativa ingiustificata circa l’applicabilità generale della legge che inibisce indebitamente l’esplicitarsi dell’autonomia delle parti.

Gli interessi degli Stati sono tutelati dalle norme di applicazione necessaria che devono essere immancabilmente rispettate dalle parti e

⁽⁷⁶⁾ Questo ruolo è in gran parte dovuto alla Convenzione di New York che ha introdotto i primi semi del liberalismo, consentendo alle parti di optare per il regime giuridico più confacente alle proprie necessità, dando vita alla concorrenza tra i differenti ordinamenti giuridici.

⁽⁷⁷⁾ Si potrebbe sostenere che, se desiderano un risultato non consentito dalla legge prescelta, ma che lo sarebbe invece da un’altra legge, le parti potrebbero semplicemente scegliere quest’ultima. Un simile ragionamento non tiene tuttavia conto delle complessità insite nell’identificazione di una legge siffatta e delle implicazioni della sua applicazione (cfr. *supra* paragrafo 3), come pure del fatto che la legge che potrebbe consentire il risultato voluto sotto quel profilo potrebbe rivelarsi inadatta per altre ragioni.

dagli arbitri. È fondamentale tenere presente, mentre viene invece spesso ignorato, che a parte gli interessi tutelati da tali norme, nei rapporti commerciali sono in gioco solo gli interessi delle parti. Non vi è quindi alcuna ragione per non consentire alle parti di disciplinare tali interessi come credono, anche selezionando disposizioni di leggi differenti o richiedendo che tali leggi siano applicate nel modo ritenuto più adatto ⁽⁷⁸⁾.

Se si dismette una concezione dogmatica e si affronta la questione in modo pragmatico, diventa ad esempio inspiegabile perché andrebbe inibito alle parti di pattuire una clausola penale non ammessa dalla legge da loro scelta, e ciò soprattutto se una tale pattuizione sarebbe ammissibile secondo una diversa legge che esse avrebbero potuto scegliere o potrebbe essere evitata optando per norme non nazionali. In fondo, l'applicazione della penale incide solamente sugli interessi delle parti stesse e non vi è ragione per cui non essere concesso loro di disciplinare i propri interessi come ritengono opportuno.

(b) *La gerarchia tra diritto e autonomia negoziale*

L'inversione di ruoli tra autonomia negoziale e diritto oggetto di questa analisi è in realtà solo apparente. Infatti, la preminenza del diritto non è sovvertita neppure dalla constatazione che nell'arbitrato internazionale le parti godono di piena autonomia nella determinazione del regime materiale, salvo il limite delle norme di applicazione necessaria.

Il motivo è che è proprio il diritto, inteso come diritto nazionale, ad ammettere il ricorso all'arbitrato in alternativa alla giurisdizione statale ed a fissare i limiti dell'autonomia privata nella selezione delle regole applicabili. Come visto in precedenza, è infatti il diritto nazionale che consente alle parti di escluderne interamente l'applicazione per la disciplina dei rispettivi diritti ed obblighi, sia direttamente, tramite le proprie regole di conflitto specifiche per l'arbitrato che lasciano libertà completa nella designazione delle regole applicabili, sia indirettamente, tramite le regole che escludono la revisione del merito del lodo e il controllo dell'applicazione del diritto da parte degli arbitri. Tutto ciò è il portato del ruolo che gli Stati attribuiscono all'autonomia privata nei rapporti commerciali internazionali.

Queste conclusioni rimangono valide anche in un'epoca in cui i valori liberali nei rapporti economici, soprattutto riguardo all'autoregolamentazione, sono oggetto di crescente contestazione. Le critiche alla visione liberale si focalizzano sugli asseriti effetti negativi sul benessere generale, e specificamente sulle conseguenze dell'autonomia delle parti e di un

⁽⁷⁸⁾ Pur con il rischio di dire ovvietà, va sottolineato che i valori di cui ciascun ordinamento è portatore (inclusi quelli oggetto delle norme di applicazione necessaria) non sono assoluti e che, soprattutto nel contesto internazionale, nessuno di essi ha un titolo preminente ad essere rispettato. La soggettività intrinseca di tali valori è dimostrata dai diversi modi in cui ordinamenti diversi trattano situazioni uguali.

minore controllo da parte dello stato sugli interessi dei terzi e collettivi. La presente analisi, invece, verte soltanto sulle norme che disciplinano i diritti e gli obblighi tra le parti al rapporto commerciale stesso. Essendo gli interessi generali tutelati dalle norme di applicazione necessaria, nel contesto di tali rapporti non vi è alcuna giustificazione per una limitazione paternalistica dell'autonomia negoziale nella definizione di tali diritti ed obblighi.

(c) *I doveri e le responsabilità degli arbitri*

La libertà pressoché illimitata di cui godono le parti nella designazione delle regole disciplinanti il loro rapporto solleva un problema ulteriore cui qui si può solo accennare, ossia quello della responsabilità degli arbitri nell'identificazione ed applicazione corretta delle norme applicabili al merito della controversia ⁽⁷⁹⁾.

Gli arbitri sono tenuti a dirimere la controversia secondo diritto e nel rispetto della volontà e delle aspettative delle parti, ma non dispongono di regole specifiche su come identificare ed applicare le norme rilevanti, né sono soggetti a controllo su come svolgono tale compito. Specie se le parti hanno escluso l'applicazione di una legge nazionale, essi non possono fare affidamento sulla propria legge. Inoltre, come già sottolineato, anche laddove le parti abbiano designato una legge, il rapporto tra quest'ultima e le pattuizioni delle parti può dare luogo a problemi non indifferenti. Gli arbitri si trovano quindi in una posizione assai più difficile rispetto ai giudici, soprattutto perché l'ampia libertà concessa alle parti richiede uno sforzo molto maggiore per identificare e valutare le intenzioni delle parti, che saranno spesso poco chiare. La maggiore responsabilità che ne consegue per gli arbitri è quindi il rovescio della medaglia della libertà di cui godono le parti nella determinazione del regime del loro rapporto, che è una delle caratteristiche essenziali dell'arbitrato internazionale.

8. Le considerazioni che precedono si sono focalizzate sull'arbitrato commerciale internazionale e le conclusioni sulla portata quasi illimitata dell'autonomia delle parti nella determinazione delle regole applicabili al merito si riferiscono pertanto in primo luogo a questo tipo di arbitrato.

⁽⁷⁹⁾ L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Ethics and the Law Applicable to the Merits in Arbitration*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, supra nota 6, p. 765 ss.; P. MAYER, *La règle morale dans l'arbitrage international*, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, 397 ss.; P. MAYER, *Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law*, in *Arbitration International*, 2001, 235 ss.; P. MAYER, *The Laws and Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator*, in *ICC Institute of Business Law Dossiers*, 2011, VIII, 47 ss.; P. MAYER, *L'arbitre international et la hiérarchie des normes*, in *Revue de l'arbitrage*, Paris, 2011, 361 ss.; P. MAYER, *La liberté de l'arbitre*, in *Revue de l'arbitrage*, 2013, 339 ss.; W.W. PARK, *Neutrality, Predictability and Economic Cooperation*, in *Arbitration of international business disputes, Studies in Law and Practice*, 2012, 579 ss.; W.W. PARK, *The predictability paradox*, in *ICC Institute of Business Law Dossiers*, 2014, XI, cit., 60 ss.; J.-M. JACQUET, *Les libertés de l'arbitre*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* cit., 311 ss.; M. HENRY, *La place de l'arbitre*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* cit., 283 ss.

In chiusura vale tuttavia la pena interrogarsi se le medesime, o simili, conclusioni non possano valere anche per l'arbitrato interno. Gli specialisti di diritto e di arbitrato interno in genere non concepiscono neppure che le parti possano essere libere di determinare esse stesse le regole materiali applicabili al loro rapporto e di escludere le norme di diritto nazionale, ed in particolare quelle imperative, ivi comprese quelle imperative "semplici". Ancor più degli internazionalisti, essi sono portati ad attribuire un valore assoluto, quasi sacro, al diritto, inteso generalmente come il proprio diritto interno, e hanno difficoltà a concepire che se ne possa escludere l'applicazione.

È indubbio che alcune delle ragioni che giustificano un approccio liberale non valgono nella stessa misura per l'arbitrato interno che per l'arbitrato internazionale. L'arbitrato interno non è soggetto alle convenzioni internazionali e le parti dei rapporti domestici hanno apparentemente minori alternative, o possibilità di sottrarsi, al diritto materiale e ai meccanismi di soluzione delle controversie del proprio ordinamento. Alla luce di ciò, il tipo di libertà che si giustifica nel contesto internazionale potrebbe parere meno giustificato in un contesto puramente interno. È però lecito dubitarne.

Per cominciare, anche le parti dei rapporti puramente interni potrebbero avere la libertà di sottrarsi al proprio regime nazionale ricorrendo all'arbitrato in una sede straniera⁽⁸⁰⁾. D'altro canto, vi sono molte situazioni in cui un rapporto all'apparenza puramente interno ha aspetti internazionali che ben possono giustificare un trattamento analogo a quello delle situazioni internazionali anche sotto il profilo della libertà di sceglierne le regole regolatrici del merito. Un esempio tipico è quello della nazionalità straniera di una controllante o addirittura di entrambe le parti o il collegamento con un'operazione straniera.

Ciò che rileva maggiormente è che le considerazioni imperniate sull'autonomia negoziale e sulla libertà che merita di essere accordata alle parti dei rapporti commerciali nella disciplina delle loro relazioni, quando non sono coinvolti interessi estranei alle parti stesse, valgono anche in un contesto puramente interno. Negare alle parti di un rapporto domestico il diritto di designare le regole disciplinanti il merito rischia di risolversi in una discriminazione tra operazioni interne ed internazionali che è spesso priva di giustificazione razionale o economica, e semplice frutto di concezioni culturali, storiche o provinciali.

9. Tutto quanto sinora detto suscita anche un'ulteriore domanda che va un po' alla radice della questione qui dibattuta.

⁽⁸⁰⁾ Sull'applicabilità dell'art. II della Convenzione di New York ai rapporti puramente interni in relazione ai quali sia stato però pattuito l'arbitrato in una sede estera, e sulle diverse prassi nazionali, cfr. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, *supra* nota 11, p. 314 ss.

Molti dei problemi esaminati sorgono essenzialmente come conseguenza dell'abolizione dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto, anche in Italia ormai acquisita come soluzione normale, tanto per l'arbitrato internazionale quanto per quello interno, per effetto dell'art. 829, terzo comma, c.p.c. dopo la riforma del 2006. Ove fosse ammissibile il controllo dell'applicazione del diritto da parte del giudice, l'arbitro che avesse operato nel modo discusso sopra — come io ritengo sia perfettamente autorizzato a fare — rischierebbe di vedersi annullare il lodo. La conseguenza sarebbe il sostanziale venir meno della libertà delle parti di modellare a loro piacimento la propria relazione, in quanto rientrerebbero in gioco tutte le regole imperative, e pertanto in arbitrato l'interpretazione e l'applicazione del diritto tornerebbe ad essere una fotocopia di ciò che avviene di fronte al giudice.

In questa prospettiva alcuni criticano l'abolizione del controllo dell'applicazione del diritto da parte degli arbitri o quanto meno sottolineano l'opportunità di avvalersi della facoltà di reintrodurre tale controllo concessa dal menzionato art. 829, comma 3, c.p.c. Mi permetto di dissentire fortemente.

Invero, il controllo dell'applicazione del diritto è in concreto semplicemente un modo per consentire alla parte soccombente di ritentare la sorte per rovesciare il risultato dell'arbitrato, seppur giustificato dalla pretesa di individuare la soluzione giuridicamente “corretta”. Una tale ricerca è ovviamente puramente illusoria, visto che per definizione la soluzione “corretta” di una fattispecie non esiste. Il diritto è, nel bene e nel male, molto meno obiettivo, univoco ed immutabile di quanto vorrebbe credere chi intenderebbe immancabilmente sottoporre il controllo dell'applicazione al giudice. La pretesa di sottoporre l'interpretazione e l'applicazione del diritto al monopolio dello Stato risponde ad una visione antiquata, totalmente antitetica alla realtà di un mondo caratterizzato dalla circolazione dei valori giuridici e dall'internazionalità pervasiva dei rapporti commerciali.

Il fatto che talvolta vi siano applicazioni criticabili del diritto da parte degli arbitri — forse anche in senso obiettivo e non solo nella prospettiva della parte soccombente (e volendo ignorare che ve ne sono anche da parte dei giudici, che sono altrettanto fallibili quanto gli arbitri) — è un rischio insito nell'arbitrato, peraltro ampiamente controbilanciato da molti altri vantaggi ampiamente conosciuti, soprattutto nel contesto internazionale. Le parti che non si fidano degli arbitri rimangono ben libere di non ricorrervi. La reintroduzione del controllo del merito invocata da taluno (anche solo come opzione di cui avvalersi quando concessa dall'ordinamento) non darebbe risultati apprezzabili in termini di “bontà” della decisione, ma avrebbe come sicuro effetto quello di sferrare un colpo letale al carattere definitivo del lodo e di rimettere la soluzione della controversia al giudice. Ciò sarebbe del tutto antitetico rispetto alla

nozione stessa di arbitrato la cui funzione è proprio di porsi, nelle materie arbitrabili, come alternativa completa alla giurisdizione statale, tanto negli obiettivi che persegue quanto nella maniera in cui li attua ⁽⁸¹⁾.

Ciò non esclude naturalmente che in talune situazioni le parti siano più interessate ad ottenere una decisione in tutto e per tutto identica a quella che avrebbe reso un giudice e meno interessate invece al carattere definitivo del giudicato e — soprattutto nell’arbitrato internazionale — ad evitare interventi dei giudici nazionali. Se questa è la prospettiva, non ha alcun senso rivolgersi all’arbitrato per poi richiedere al giudice di controllare l’operato dell’arbitro. A questo proposito va segnalato che la possibilità di revisione del lodo per errore di diritto è prevista dalle nuove Appellate Rules dell’ICDR ⁽⁸²⁾, le quali tuttavia prevedono che la revisione avvenga ad opera di un altro meccanismo arbitrale, salvaguardando così almeno in parte le caratteristiche dell’arbitrato. Sarà interessante vedere se e come questo meccanismo prende piede.

Using international arbitration as a point of departure, this article studies the extent of the freedom of the parties to determine the substantive regime of commercial relations and the respective roles of “the law” and party autonomy. The article begins by studying the breadth of party autonomy to determine the rules applicable to the merits, which in international arbitration is complete and allows parties to eliminate the application of national law altogether, with the sole exception of overriding mandatory rules and international public policy. It analyzes the freedom of the parties to choose non-national rules, the wisdom of such a choice compared to the choice of national law depending on the circumstances, the possibility to apply such rules in the absence of an express designation by the parties. The article also discusses the way in which national law is to be applied in arbitration and shows — taking into consideration the nature and purposes of arbitration and in particular the implications of the New York Convention and of the abandonment of court review of the application of the law by the arbitration, and the possible expectations of the parties — that arbitrators do not necessarily apply it in the same way as national judges. The article pleads for a less dogmatic conception of the role of the “law”, and shows that in international arbitration there is a reversal of the traditional hierarchy between the law and party autonomy, because the parties are entirely free to determine the legal framework of the relations between them, and to fashion them as they please outside the traditional boundaries of domestic “simple” mandatory rules (albeit respecting overriding mandatory rules and public policy). The author shows that this state of things is the natural consequence of the acceptance of arbitration by States and of the need to ensure an efficient system of transnational justice, and that it does not compromise State interests and the general good, which are always

⁽⁸¹⁾ Ciò spiega, tra l’altro, perché il controllo della corretta applicazione del diritto è stato abolito nella maggior parte degli ordinamenti moderni, e perché laddove è rimasto le parti raramente vi fanno ricorso.

⁽⁸²⁾ Art. A-1 ss. delle Optional Appellate Arbitration Rules dell’ICDR del 2013.

safeguarded by overriding mandatory rules and public policy. The article concludes that similar considerations apply to domestic arbitration, in relation to which there is no convincing reason to constrict party autonomy within the bounds of the law as traditionally understood, and contests the wisdom of agreeing to the review of the application of the law by the arbitrators as permitted by Article 829(3) of the Italian Code of Civil Procedure, which defeats the crucial purposes of arbitration. One of the article's overarching themes is that arbitrators have a very serious responsibility when it comes to identifying and applying the rules governing the merits. Although their task is to decide applying the law and they exercise a judicial function, because they operate in a different context and under a different framework and premises, arbitrators cannot invariably assume that they must simply mimic national courts but must take due account the context in which they operate.

Prospettive d'indagine e spunti comparatistici considerando la “Legge sull'arbitrato” brasiliana anche dopo la novella del 2015 (*)

ANTONIO BRIGUGLIO (**)

1. Il diritto dell'arbitrato brasiliano ed il suo nuovo assetto; una chiave di lettura comparatistica: il *favor arbitrati* e la limitazione dell'intervento del giudice statale nella vicenda arbitrale. — 2. Ritardi ed approdi recenti del diritto brasiliano: lodi parziali; termine di pronuncia del lodo. — 3. *Segue*: questioni pregiudiziali non compromettibili; arbitrato su liti societarie e pluralità di parti; pubblica amministrazione ed arbitrato. — 4. Il diritto brasiliano all'avanguardia: le misure cautelari arbitrali. — 5. “Assistenza non interferenza” del giudice statale: il retaggio storico della “*formalizzazione giudiziale del compromesso*”. — 6. *Segue*: controllo sulla indipendenza dell'arbitro ed assunzione di prove. — 7. *Segue*: sindacato impugnatorio. — 8. Assenza di omologazione e possibilità comunque di “doppio controllo” interno del lodo nel sistema brasiliano; confronto con altri modelli (Italia, Francia, Austria, Germania, Legge Uncitral); il giudicato arbitrale comparatisticamente ad “assetto variabile”.

1. Nel corso dell'anno appena concluso, il diritto brasiliano dell'arbitrato ha conosciuto una significativa risistemazione ad opera della Lei n. 13.129 del 26 maggio 2015 che ha novellato la precedente “Legge sull'arbitrato” n.9307 del 23 settembre 1996 ⁽¹⁾, mediante la quale la disciplina dell'arbitrato era stata tratta fuori dal codice di procedura civile.

Ma nello stesso 2015 il Brasile si è munito di un nuovo codice di rito civile in sostituzione del precedente che risaliva al 1973 ⁽²⁾. Alcune disposizioni del nuovo c.p.c. del 2015 riguardano indirettamente o direttamente l'arbitrato in modo tutto sommato marginale.

(*) È il testo della Relazione (con l'aggiunta di poche ed essenziali note) svolta al congresso “*Sistemi processuali a confronto: il nuovo codice di procedura civile del Brasile fra tradizione e rinnovamento*” (Roma, 26-28 novembre 2015) organizzato dalle Università di Roma Tor Vergata e di Roma Tre.

(**) Professore ordinario nell'Università di Roma Tor Vergata.

⁽¹⁾ Vedila in questa *Rivista*, 1998, 215 ss.

⁽²⁾ Il c.p.c. brasiliano del 1973 è stato pubblicato in Italia, nella collana “Ricerche sul Processo” (Rimini, 1988) diretta da N. Picardi, con mia traduzione e redazione.

Ad esempio si è chiarito definitivamente ed espressamente il regime della eccezione di compromesso innanzi al giudice statale: essa va proposta nella prima difesa a pena di decadenza, importando la mancata proposizione rinuncia al diritto all'arbitrato (art. 337).

Si sono precisate alcune modalità del processo esecutivo fondato sul lodo arbitrale (art. 515).

Si è chiarito che la “confidenzialità” della vicenda arbitrale si estenderà, in luogo della “pubblicità” caratteristica del processo statale, anche a tutti i procedimenti giudiziali ausiliari dell'arbitrato, sempre che le parti provino di aver pattuito la confidenzialità per l'arbitrato (art. 189, c. IV).

Si è sancita espressamente risolvendo qualche dubbio residuo — quanto al riconoscimento del lodo estero — la prevalenza della disciplina della “Legge sull'arbitrato” e delle convenzioni internazionali (New York in primo luogo) sulla disciplina delibatoria di diritto processuale comune (art. 960).

Le modifiche più significative, tuttavia, sono quelle apportate, sempre nel 2015, alla Legge organica sull'arbitrato del 1996, ed è di questa nel suo complesso e quale ora risultante che dobbiamo occuparci.

Le chiavi di lettura comparatistica che scelgo — come Cyrano sceglieva le rime — sono abbastanza scontate (come se scegliessi “cuore/amore”) ma qui particolarmente interessanti: il *favor arbitrati*, ed in particolare la limitazione dell'intervento del giudice statale nella vicenda arbitrale quale particolare sintomo di *favor*.

Come sovente accade — ed anche questa è una considerazione alquanto banale — vi è da dire che per alcuni versi il sistema brasiliano è più avanti e più coraggioso del nostro (e però senza fughe eccessive), per altri versi ci ha raggiunto con qualche anno di ritardo.

2. Certo, se si considera il nuovo art. 23 — “*gli arbitri possono pronunciare lodi parziali*” (§ 1), ed anche: “*le parti e gli arbitri d'accordo potranno prorogare il termine per la pronuncia del lodo definitivo*” (§ 2) — vi è da chiedersi come mai i brasiliani siano arrivati così tardi all'ammisibilità del lodo parziale. Ma probabilmente si tratta di mera dimenticanza normativa (i lodi parziali erano ammessi nella prassi). Anche la seconda disposizione a me sembra assolutamente scontata: se le parti hanno il potere di fissare il termine per l'emanazione del lodo hanno anche il potere di prorogarlo. Ma il nostro legislatore, da tempo, ed ora quello brasiliano hanno sentito la necessità di precisarlo espressamente. Non si sa mai.

Scontato è poi che, se le parti possono prorogare il termine d'accordo fra loro, evidentemente lo possono fare d'accordo con gli arbitri. Ma il legislatore brasiliano lo dice espressamente. Che senso può avere?

Che quell“e” sia in realtà disgiuntivo e valga “o”, e cioè che gli arbitri

possano prorogarsi il termine autarchicamente sarebbe un salto in avanti notevolissimo quanto eccessivo⁽³⁾. Sembra allora doversi desumere che occorra necessariamente una intesa sulla proroga fra arbitri e parti; risultato piuttosto limitativo, ma in realtà falso problema: quale mai collegio arbitrale non sarà d'accordo di fronte ad una proroga voluta dalle parti.

Può darsi comunque che questa disposizione così sovrabbondante, e forse inutile quanto alla enunciazione dei soggetti muniti del congiunto potere di proroga, abbia in realtà una particolare valenza normativa quanto al tenore generale della sua seconda parte “*potranno prorogare*”, dunque in qualsiasi modo, dunque anche adottando il sistema del termine mobile decorrente dalla chiusura della trattazione, momento che resta in potere degli arbitri di determinare. Insomma: proprio quello che la nostra Cassazione pare aver messo in dubbio con una recente ed ormai nota sentenza⁽⁴⁾.

3. La riforma brasiliana del 2015 ha raggiunto anche altri approdi ben più recenti della nostra legislazione e prima ancora della nostra cultura giuridica.

a) Così è quanto alla abrogazione dell'art. 125 della Legge, che corrispondeva al nostro vecchio art. 819 ed imponeva agli arbitri di sospendere e rimettere al giudice le questioni pregiudiziali non compromettibili. Oggi anche gli arbitri brasiliani potranno deciderle *incidenter tantum*.

b) Così è per quell'embrione di disciplina dell'arbitrato societario (eredità, ad oltre centocinquanta anni di distanza, del periodo imperiale in cui il Codice di commercio del 1850 addirittura imponeva in certi casi l'arbitrato fra soci) che è stato introdotto modificando una legge speciale del 1976 e prevedendo la possibilità di inserire una clausola compromissoria nello statuto societario a maggioranza qualificata con diritto di recesso per i soci dissenzienti (salvi alcuni casi cui il recesso non è ammesso). Si andrà avanti verso una disciplina organica per le soluzioni arbitrali delle liti societarie? Vedremo. In Italia, intanto, già si comincia a discorrere di riforma dell'arbitrato societario.

Vi è occasione per osservare che, anche quanto all'arbitrato con pluralità di parti in generale, il legislatore brasiliano rimane ben più timido del nostro. L'art. 13, § 4° della Legge brasiliana si limita a rimettere la

⁽³⁾ Nelle riunioni della commissione ministeriale che predispose il testo del d. lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006, contenente l'ultima riforma della nostra disciplina dell'arbitrato, qualcuno propose qualcosa del genere, ma l'idea, e non solo in ragione dell'eccesso dalla delega, fu giustamente scartata.

⁽⁴⁾ Cass. 19 gennaio 2015, n. 744, in questa *Rivista*, 2015, 513 ss., con nota di L. SALVANESCHI.

soluzione dei problemi ai regolamenti arbitrali (ove voluti dalle parti), le cui regole diventano in caso di arbitrato multiparti cogenti e non derogabili. Occorrerebbe altro? Forse sí, ma è anche vero che l'eccesso di regole italiano ha creato più dubbi di quanti non siano stati i problemi risolti.

c) Altro approdo significativo riguarda l'effetto interruttivo della prescrizione che prende data, per espressa previsione dall'attuale art. 19, § 2 della Legge brasiliana, dalla istanza di promovimento dell'arbitrato (“requerimento de su insturação”), e cioè alla domanda di arbitrato e non dalla effettiva instaurazione e cioè dalla costituzione del collegio.

È immaginabile che si tratti di effetto interruttivo-sospensivo e che esso si produca retroattivamente dal momento della domanda di arbitrato e fino al lodo, anche se declinatorio della *potestas iudicandi* arbitrale, purché però l'arbitrato sia effettivamente instaurato e cioè il tribunale arbitrale sia effettivamente costituito. Così il sistema sembra, almeno in parte, analogo al nostro perché anche da noi, se l'arbitrato non prende avvio o si estingue, l'effetto interruttivo permanente di certo non si produce. Ma sicuramente si produce l'effetto interruttivo istantaneo. È così anche in Brasile? Potrebbe esservi qualche problema visto che è una sola norma a prevedere il meccanismo interruttivo, istantaneo o permanente, e la previsione effettuale di quell'unica norma è condizionata appunto espressamente alla reale e successiva instaurazione e cioè alla costituzione del collegio.

d) Ancora: da noi è stata una autentica e crescente evoluzione culturale quella che ha portato all'arbitrabilità delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione (anche fuori dal classico ma speciale arbitrato delle opere pubbliche: arbitrato facoltativo nell'*an* ma obbligatorio nel *quomodo* e dunque con disciplina restrittiva rispetto alle possibilità offerte all'autonomia privata dal diritto comune dell'arbitrato). L'esito più significativo di tale evoluzione è rappresentato dall'attuale art. 12 del Codice del processo amministrativo che autorizza la generale devoluzione ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione amministrativa.

Oggi analogamente l'art. 1, § 1° della Legge brasiliana stabilisce che la pubblica amministrazione può compromettere in arbitri controversie relative ai diritti patrimoniali disponibili. Sarà interessante assistere agli sviluppi concreti dell'arbitrato della pubblica amministrazione in Brasile e compararli con la nostra esperienza tuttora in fase di sviluppo. Così come sarà interessante — su tutt'altro versante e al di fuori delle questioni coinvolte dall'ultima riforma brasiliana — comparare, se mai davvero troverà concretezza, l'approccio al *class arbitration* nelle due culture giuridiche (quella brasiliana notoriamente in posizione di battistrada, nell'universo di *civil law*, quanto alla *class action*).

4. Per altri aspetti il diritto brasiliano era ed è molto più avanti, come ad esempio di tema in misure cautelari arbitrali.

La Legge brasiliana le ammette ora (v. i nuovi atti 22A e 22B introdotti dalla novella del 2015) secondo un sistema equilibrato, lodevolmente assai sintetico dal punto di vista del *wording* normativo e senza fughe precipitose, ma con la prevalenza del potere cautelare arbitrale una volta che l'arbitrato sia instaurato.

Prima dell'instaurazione dell'arbitrato la misura cautelare si chiede al giudice, ma perde efficacia se l'arbitrato non è instaurato entro un termine perentorio. Instaurato l'arbitrato, competenti per la cautela sono gli arbitri. I quali sono altresì competenti per la revoca o modifica della cautela impartita dal giudice. Chi meglio di loro, già investiti del merito?

I nostri amici brasiliani hanno dunque, e non da oggi, superato il tabù delle misure cautelari arbitrali, da noi evocato come insormontabile ostacolo parlamentare ad ogni tornata di riforma dell'arbitrato; (di tabù i brasiliani hanno per altro i loro: il Presidente della Repubblica, proprio in occasione della novella del 2015, ha posto il veto sulla arbitrabilità delle controversie giuslavoristiche di cui sia parte chi esercita funzioni di amministratore o di direttore generale, nonché su una norma relativa all'arbitrato di consumatori).

Per superare in Italia il tabù delle misure cautelari arbitrali occorre avere coraggio e razionalità. Di quest'ultima è sicura espressione la Legge brasiliana. Di gran lunga preferibile è infatti un sistema a compartimenti stagni: o il giudice o l'arbitro senza sovrapposizioni e concorrenza, senza cautela arbitrale *ante causam* (come accade in altri ordinamenti o secondo alcuni regolamenti di arbitrato amministrato), e senza reclamo cautelare innanzi al giudice avverso il provvedimento cautelare arbitrale.

5. Questo approccio alla tutela cautelare arbitrale è del resto conforme all'approccio generale della legislazione brasiliana, confermato dall'ultima riforma: meno intromissione possibile del giudice statale; "assistenza non interferenza" secondo un efficace slogan ⁽⁵⁾.

Per la verità una forma di assistenza iniziale — estremamente "interferente" — del giudice statale l'attuale diritto brasiliano la eredita dalla sua storia.

In sintesi estrema. Disciplina del solo compromesso vi era nel codice civile del 1916 e disciplina del solo procedimento arbitrale nel c.p.c. del 1939. Ci si era "dimenticati" della clausola compromissoria. Se ne dimentica anche il c.p.c. del 1973, che pure ridisciplina in modo organico l'arbitrato inserendo le disposizioni sul compromesso e derogando tacitamente alla regolamentazione apposita riservata in proposito dal codice civile. Morale: la clausola compromissoria era conosciuta nella prassi, ma

⁽⁵⁾ TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in questa *Rivista*, 1996, 473 ss.

aveva effetti obbligatori e non reali; se una parte rifiutava la spontanea esecuzione della clausola, e cioè rifiutava di stipulare il compromesso onde dare concreto avvio al giudizio arbitrale, neppure il provvedimento del giudice poteva tener luogo di esso. Vi rimedia la Legge sull'arbitrato del 1996 con un passo in avanti rappresentato dal sistema, ancora piuttosto complesso, dalla “*formalizzazione giudiziale del compromesso*”. La clausola compromissoria è appositamente disciplinata, ma salvo che essa faccia riferimento al regolamento di una istituzione arbitrale ed alle modalità di instaurazione dell'arbitrato da esso previste, per la concreta instaurazione dell'arbitrato occorre formalizzare il compromesso. E se una parte è riottosa rispetto a ciò, occorre che l'altra si rivolga al giudice. Il quale dapprima — già che c'è — tenta la conciliazione della lite di merito fra le parti, poi tenta di metterle d'accordo sulla stipula del compromesso, o altrimenti formalizza lui stesso il compromesso (art. 7 della Legge). La dottrina brasiliana tende peraltro a ridurre notevolmente le ipotesi in cui questo complesso meccanismo è davvero necessario ⁽⁶⁾.

È ovvio che la valutazione complessiva di un sistema del genere non può essere fatta sulla carta. Occorrono dati statistici: quanti sono, in percentuale sulle clausole compromissorie azionate, i casi in cui si è dovuto ricorrere al giudice?

Altresì scontato peraltro è che il sistema brasiliano ci appaia, sulla carta, più farraginoso e meno favorevole all'arbitrato. Ma soltanto rispondendo con dati statistici a quella domanda e ad altre connesse si potrebbe calcolare — per così dire — il “quoziente di complicazione” o se si vuole il “quoziente di impegno di attività giurisdizionale ordinaria” riguardo alla contestazione della convenzione d'arbitrato. Per poi confrontare questo “quoziente” con il nostro, che a sua volta dovrebbe emergere dai dati statistici relativi alle complicazioni del “doppio binario”, alla possibilità che l'efficacia e la validità della clausola siano, innanzi al giudice ordinario, oggetto di accertamento principale (prima che cominci l'arbitrato) o incidentale (se la parte riottosa inizia il giudizio di merito davanti al giudice), alla possibilità (ormai però limitata dal noto sbarramento della previa eccezione innanzi ad arbitri) che la *quaestio* della esistenza, validità ed efficacia della clausola si riproponga in sede di omologazione o di impugnazione del lodo.

Insomma e per farla breve: se in Brasile il potenziale convenuto in arbitrato sistematicamente si oppone alla formalizzazione del compro-

⁽⁶⁾ Confinabili alle occasioni in cui la clausola compromissoria “*não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear os árbitros)*” cfr. CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, 2009 156): da strumento di ausilio giudiziario farraginoso ed interferente, dunque, a strumento di utile salvataggio di clausole compromissorie patologiche.

messo e costringe l'attore a ricorrere al giudice, il sistema fa evidentemente acqua. Se ciò accade in casi relativamente rari e sostanzialmente corrispondenti a clausole compromissorie di portata incerta e/o di validità ed efficacia problematiche, può darsi che il sistema che vuole l'impiccio risolto prima e per sempre dal giudice sia, non migliore ma tutto sommato non sensibilmente peggiore rispetto ad un sistema in cui quell'impiccio può ripresentarsi dopo, o rispetto alle situazioni di iniziale obiettiva incertezza.

6. Una volta che l'arbitrato sia avviato, il giudice brasiliano scompare o quasi.

Ha poteri sostitutivi di nomina degli arbitri (ma se li ha già esercitati con la formalizzazione giudiziale del compromesso non li esercita ovviamente più).

Non ha però, secondo la Legge del 1996 fin dalla originaria versione, poteri di ricsuzione. La ricsuzione — in realtà una sollecitazione ad astenersi — è rivolta all'arbitro o al presidente del collegio arbitrale (art. 15). La ragione di ricsuzione, se l'arbitro non si leva di mezzo spontaneamente, si trasforma in ragione di impugnazione del lodo: l'art. 20, § 2 della Legge aggiunge in sostanza al catalogo dei motivi di nullità un apposito motivo. Anche in Germania oggi (§ 1037 ZPO) la ricsuzione è indirizzata all'organo arbitrale: se quest'ultimo la nega ci si può rivolgere al giudice statale chiamandolo, sia pure in via suppletiva, ad esercitare il classico potere di esautoramento preventivo dell'arbitro "*suspectus*". Il sistema brasiliano è, rispetto a quello tedesco del quale condivide l'approccio di massima, meno garantista e più semplificatorio tutto rimettendo ad un controllo giudiziale da esercitarsi *ex post* per via impugnatoria.

Vi è bensì l'ausilio giudiziario in materia di assunzione del teste, secondo il sistema più ragionevole che è quello dell'ordine giudiziale, sollecitato dagli stessi arbitri, di comparizione del teste davanti a questi ultimi. E la riforma del 2015 ha introdotto una più generale richiesta di ausilio attraverso il sistema della "carta arbitrale" ("*carta arbitral*": art. 22C), mediante la quale l'organo arbitrale può sollecitare al giudice statale qualsiasi atto o incumbente necessario (art. 22 della Legge), sistema in qualche modo erede della sollecitazione della misura cautelare richiesta dall'arbitro al giudice (v. l'abrogato art. 22, par. 4°), di cui non vi è più bisogno visto che la cautela è stata rimessa agli arbitri.

7. Il giudice statale ha anche ben contenuti poteri di controllo impugnatorio. Il catalogo dei motivi di cui all'art. 32 della Legge brasiliana è rimasto sostanzialmente inalterato, e seguita a prevedere solo limitati *errores in procedendo* nonché un vizio di tipo "revocatorio" (lodo pronunciato per "*prevariação, concussão ou corrupção passiva*").

Bisognerebbe naturalmente constatare sul campo ricorsi avvocateschi ed aperture giurisprudenziali al rilievo — ed in che misura — della contrarietà dell'ordine pubblico e attraverso esso al sindacato della violazione di norme sostanziali inderogabili. Ma il fatto che un apposito motivo a riguardo non sia previsto è sintomatico di un atteggiamento assai liberista nei riguardi dell'arbitrato.

La riforma ultima, anzi, ha ridotto il catalogo dei motivi eliminando il n. 5 dell'art. 32 e cioè la omessa pronuncia. Il rimedio alla omessa pronuncia arbitrale è ora affidato, nell'art. 33, § 4, ad un apposito “giudizio”. Ma che vuol dire? Se occorre un giudizio apposito innanzi al giudice, allora non è sostanzialmente mutato granché rispetto al passato. Oppure — come parrebbe miglior partito opinare — questo giudizio si svolge innanzi agli arbitri e cioè in soldoni ci si affida ad un rimedio equivalente al meccanismo di correzione del lodo (come in Germania ed ormai in molti altri ordinamenti): la parte sollecita agli arbitri la pronuncia di un lodo complementare. Ed in tal caso vi sarà da chiedersi se ciò rappresenti un onere necessariamente indirizzato verso gli arbitri o, per meglio dire, se la convenzione di arbitrato, in mancanza di attivazione del meccanismo correttivo/integrativo innanzi agli stessi arbitri, resti ultrattiva ed obblighi dunque a riproporre la domanda a (nuovi) arbitri in apposito e nuovo giudizio arbitrale, o se al contrario la omessa pronuncia arbitrale, non rimediata *ex art. 33, § 4*, lasci aperta la strada della riproposizione della domanda innanzi al giudice ordinario.

Il giudice statale dell'impugnazione non pronuncia sul rescissorio: il principio è rimasto saldo anche dopo la novella del 2015.

Prima della riforma ultima, la causa tornava per il rescissorio agli arbitri solo nel caso di omessa pronuncia o di lodo viziato nella forma, ed era ovvio. In tutti gli altri casi la pronuncia era solo rescindente, ma senza rimessione agli arbitri; e ciò era forse troppo penalizzante quando la nullità non dipendesse da ragioni intrinseche alla convenzione di arbitrato o da esaurimento del potere arbitrale: per esempio quando il lodo fosse stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro.

Oggi la riforma prevede che sia il giudice a determinare se è opportuno che la parola torni agli arbitri, fermo il divieto di pronuncia rescissoria da parte del giudice della impugnazione. Il che può anche riprodurre la situazione precedente salvo casi particolari: per esempio, in ipotesi di ultrapetizione, può darsi che vi siano situazioni in cui basti la pronuncia rescindente sui capi *ultra petita*, e situazioni in cui, a causa della stretta interconnessione fra i vari capi di pronuncia, l'intera lite vada restituita agli arbitri una volta rilevata l'ultrapetizione.

Insomma: una scelta normativa che vuol essere il più possibile adeguata alla varietà di situazioni, ma cerca di raggiungere lo scopo a mezzo di una orientata discrezionalità giudiziale piuttosto che, come accade

secondo il combinato disposto dei nostri artt. 829 e 830 c.p.c., a mezzo della scomposizione dei motivi di nullità e la loro parcellizzata valutazione a-prioristica di fronte all'alternativa rescindente/rescissorio.

8. Infine: in Brasile non c'è più (dal 1996) l'omologazione giudiziale del lodo.

Il lodo ha effetti di sentenza e — se di condanna — è titolo esecutivo senza necessità di controllo giudiziario omologatorio (art. 31 della Legge). Innovazione allora vistosissima ed oggi — manco a dirlo — conservata.

I motivi di impugnazione possono però essere sempre fatti valere, per far constatare la nullità del lodo e perciò del titolo esecutivo, in sede di opposizione alla esecuzione se il lodo è portato ad esecuzione: così l'art. 33, § 3 della Legge, modificato nel 2015 solo lessicalmente e per ragioni di coordinamento con la coeva riforma generale del c.p.c. (7).

Il lodo non più impugnabile (decorsi i 90 giorni dalla comunicazione) è dunque un “giudicato”, e come tale può essere fatto valere in futuri giudizi di cognizione ed ivi, anzi, il “giudicato arbitrale” è rilevabile d'ufficio (8).

Però è un giudicato sempre esposto ad una “opposizione alla esecuzione” più ampia di quella spendibile contro i titoli giudiziali, anche se più ristretta (vista comunque la tassatività dei motivi impugnatori trapiantabili in quella sede) della opposizione contro titoli stragiudiziali (9).

A dire il vero la riflessione su questa particolarità della Legge del 1996 ha condotto parte della dottrina brasiliana (sotto l'influenza — credo — neppur troppo nascosta del pensiero di Edoardo Ricci, che con i giuristi brasiliani ha avuto consuetudine particolarmente feconda (10)) ad un diverso approdo: il lodo fatto valere come titolo esecutivo è sì attaccabile, per gli stessi motivi “impugnatori”, con l'opposizione alla esecuzione, ma solo ove siano ancora aperti i termini per la impugnazione “in via principale” (11). Il vincitore in arbitrato che agisce esecutivamente sulla base del lodo, a termine decorso per l'impugnazione di quest'ultimo in via principale, sarebbe dunque esposto solo ai tradizionali motivi di opposizione all'esecuzione spendibili avverso un “normale” titolo giudiziale e

(7) Si faceva riferimento alla “*ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil*” (l'opposizione alla esecuzione appunto). Oggi si dice: “*A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial*”.

(8) Cfr. BARBOSA MOREIRA, *La nuova legge brasiliana sull'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1997, 1 ss., spec. 15.

(9) Cfr. sempre BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 14.

(10) E che avrà, con la sua indimenticabile *verve*, trasmesso l'idea della inaccettabilità di un “giudicato arbitrale” che fosse men che “giudicato”.

(11) CARMONA, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, 2009, 430-431, nonché CAHALI, *Curso de Arbitragem*, São Paulo, 2015, 122.

non ai motivi di impugnazione del lodo utilizzabili in via incidentale in quella particolare sede. Se così fosse ricostruito il sistema, la disposizione *ex art. 33, § 3* della Legge avrebbe il ben più modesto ruolo di rendere superabile — in pendenza dei termini per la impugnazione del lodo e solo in questo ridotto lasso temporale — il dogma della improponibilità di ragioni tipicamente impugnatorie della pronuncia fuori dalla cognizione propriamente detta ed in veste di ragioni di opposizione contro il titolo esecutivo. Sennonché il tenore letterale e la collocazione sistematica dell'art. 33, § 3 della Legge non sembrano affatto deporre solo (e modestamente) in tal senso, bensì proprio nel senso ben più ampio sopra cennato⁽¹²⁾ che è poi, come fra breve si osserverà, corrispondente alla scelta della Legge-modello Uncitral.

In questa soluzione compromissoria la cosa che colpisce noi giuristi europei è certamente l'assenza di omologazione⁽¹³⁾, perché la decisa maggioranza dei nostri ordinamenti contempla ancora lo scotto del controllo omologatorio giudiziale funzionale alla formazione del titolo esecutivo.

Ma questa assenza è bilanciata dal cennato sistema incisivo di “doppio controllo”. E — si badi — è un sistema di “doppio controllo” integrale (è ovvio peraltro che se si opta per la ricostruzione limitativa cui ho sopra fatto cenno, ma che mi parrebbe da rifiutarsi, l’“integralità” del “doppio controllo” sarebbe limitata, almeno nel tempo e drasticamente, al breve spazio del decorso del termine per la impugnazione del lodo propriamente detta).

Se si confronta la *ZPO* austriaca, dove pure e da gran tempo non è prevista omologazione del lodo, il “doppio controllo” esiste, ma è circoscritto ai due motivi di nullità che sono rilevabili anche “*von Amts wegen*” (§ 611 *ZPO*) e cioè d'ufficio dal giudice statale in sede di impugnazione (incompromettibilità e contrarietà all'ordine pubblico). Questi e solo questi possono essere opposti (§ 613 *ZPO*) in qualsiasi “*anderen Verfahren, etwa in einem Exekutionsverfahren*” in cui il lodo sia fatto valere, e se accertati conducono alla incidentale disapplicazione del lodo in quel processo e dunque all'impedimento della sua esecuzione se si tratta di processo esecutivo (restando poi problematico se quei motivi possano fondare, in via principale, una domanda di accertamento della *Nichtbestehens* del lodo in forza del § 612 *ZPO*).

In Brasile invece il “doppio controllo” è integrale, nel senso che l'intero catalogo dei motivi della *actio nullitatis* soggetta ad un termine di

⁽¹²⁾ V. infatti BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 12 ss., nonché FIGUEIRA JUNIOR, *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo, 2015, 122..

⁽¹³⁾ Ricontrabile però — come non mancava di ricordare, all'indomani della legge del 1996, lo stesso BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, 12, § 7.4 — già “nella penisola iberica”.

decadenza è spendibile anche in sede di opposizione alla esecuzione (ma allora perché no — pur se la Legge brasiliana non lo dice espressamente — anche in sede di secondo processo in cui il lodo sia fatto valere per i suoi effetti di giudicato e di accertamento?).

La cosa può piacere o no. Può piacere a chi, pur arrendendosi ormai (doverosamente ove il dettato normativo sia esplicito) alla tendenziale equiparazione effettuale fra lodo e sentenza del giudice, ritenga razionale che dalla origine privata dell'arbitrato scaturisca una qualche diversità nel regime di contestazione di quegli effetti. Può dispiacere a chi la pensi diversamente o voglia semplicemente ... semplificare *ut sit finis litis*.

Resta il fatto che il sistema del “doppio controllo” è in fondo quello stesso della Legge-modello Uncitral anche nella sua ultima versione. Vi sono lì motivi di annullamento da far valere con l'apposita azione impugnatoria entro un termine di decadenza (art. 34); alcuni di essi rilevabili anche d'ufficio una volta che l'azione di annullamento sia comunque proposta (art. 34.1 lett. b); tutti questi motivi possono comunque essere spesi in sede di procedura di *exequatur* “*irrespective of the country in which in [the award] was made*” (art. 36.1): dunque anche nello stesso paese cui il lodo appartiene e nel quale può essere direttamente impugnato innanzi al giudice statale.

Ora, la Legge-modello Uncitral ha come chiave di volta della sua visione — riterrei — ben diversamente che il “doppio controllo” all'interno dello stesso sistema giudiziale statale, la equiparazione ed anzi la identità dell'*enforcement* e perciò della procedura di *exequatur* del lodo vuoi che il lodo sia “domestico” vuoi che sia “estero” (rispetto all'organo di *enforcement*), nonché la riduzione dei motivi di impugnazione (del lodo interno) allo *standard* di New York e cioè ad un tipo di sindacato formale ed estrinseco che coincida con il “moderno” sindacato deliberatorio del lodo estero.

Raggiunta questa riduzione, che vi sia poi un “doppio controllo” — da parte del giudice dell'impugnazione dello stato di appartenenza del lodo e da parte del giudice dell'*exequatur* rispetto al quale il lodo è estero — è assolutamente fisiologico perché conforme al panorama universale che la Legge-modello si trovava davanti.

Meno fisiologico è l'effetto di risulta: che cioè il “doppio controllo” — vista l'equiparazione di regime fra *exequatur* interno ed *exequatur* estero — sia affidato *per gli stessi identici motivi* a due giudici diversi dello stesso Stato (quello di appartenenza del lodo) ed *in due procedimenti funzionalmente diversi*, quello di impugnazione soggetto a termine di decadenza e quello di *exequatur* possibile in qualsiasi momento seppur ad iniziativa della parte vittoriosa in arbitrato.

Ma pur essendo questo — a mio avviso — un effetto di risulta e non la chiave di volta del sistema Uncitral, esso è accettato razionalmente e consapevolmente dai multietnici o meglio multiculturali *conditores* della

Model Law. Nella *Explanatory Note* ⁽¹⁴⁾ si legge: “*In regulating “recourse” (i.e. the means through which a party may actively “attack” the award), article 34 does not preclude a party from seeking court control by way of defence in enforcement proceedings (articles 35 and 36)*”.

È in fondo la vecchia storia dell’annullamento che si prescrive in via d’azione e non in via di eccezione (“*by way of defence*” appunto).

Ebbene in Brasile è — o pare essere ⁽¹⁵⁾ — proprio così, con una differenza che sposta tuttavia l’ago del *favor arbitrati* più verso il sistema brasiliano che verso il modello Uncitral: in quest’ultimo il “doppio controllo” è possibile sempre ed in via preventiva rispetto alla formazione del titolo esecutivo sulla condanna arbitrale, appunto perché è pur sempre previsto un apposito procedimento omologatorio. Nel sistema brasiliano, ove l’omologazione manca, il “doppio controllo” è possibile, ma solo *ex post* e dopo la formazione del titolo esecutivo.

Resta il fatto che sono ancor più favorevoli all’arbitrato, almeno apparentemente, i sistemi in cui il “doppio controllo” è evitato o molto limitato, ed a petto di ciò la semplice sussistenza o meno dello scotto omologatorio risulta variante tutto sommato secondaria.

Così è in Francia ed in Italia ove pure l’omologazione esiste (né è dato preconizzarne la prossima scomparsa). Ed è così anzitutto perché l’ambito del controllo omologatorio, inteso ad attribuire efficacia esecutiva al lodo, è drasticamente ridotto rispetto a quello del controllo impugnatorio già sensibilmente e progressivamente limitato nell’evolversi della normativa.

Ma è così anche in virtù del coordinamento, espresso o sistematicamente attingibile, fra controllo impugnatorio (soggetto a termine di decadenza) e controllo omologatorio. Si pensi all’art. 1498, c. 2° del codice francese: “*Le rejet de l’appel ou da recours en annulation confère l’exequatur à la sentence arbitrale*”; regola a mio avviso anche da noi riscontrabile attraverso la tesi della c.d. omologazione implicita ⁽¹⁶⁾.

Ma si pensi anche e simmetricamente alla regola — espressa in Francia (art. 1499) ed ancora una volta implicita quanto ovvia in Italia — secondo cui l’annullamento del lodo in sede impugnatoria comporta “*de plein droit*” caducazione dell’*exequatur* eventualmente concesso. Ed infine

⁽¹⁴⁾ *Explanatory Note by the Uncitral secretariat on th 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*.

⁽¹⁵⁾ Perché occorre tener presente la pur discutibile tesi limitativa cui si è fatto cenno dianzi: opposizione al titolo-lodo per i medesimi motivi impugnatori solo se la impugnazione del lodo in senso proprio non sia ancora preclusa per lo spirare del relativo termine di decadenza.

⁽¹⁶⁾ V. già all’indomani della novella del 1994, FAZZALARI in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano, 1994, 170, BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5.1.94*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 295 ss. spec. 308, MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 821 ss., spec. 823 ss., MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 860; *contra*, RASCIO, in AA.VV., *Diritto dell’arbitrato rituale*, a cura di G. VERDE, Torino, 2005, 421 ss.

all'art. 1500 del codice francese secondo cui in sede di appello contro l'ordinanza che rifiuta l'*exequatur* la Corte d'appello può conoscere, ad istanza della controparte, anche della impugnazione del lodo se i termini sono ancora aperti. Insomma la tendenza di questi sistemi è ad ammettere solo assai limitatamente il "doppio controllo" e comunque a coordinare i piani in modo da evitare che la loro separazione diventi fonte di incertezza *sine die* sulla sorte del lodo.

Il comparatista a questo punto dovrebbe chiedersi: ammesso che il lodo fin da pargolo aspiri a somigliare il più possibile alla sentenza del giudice dello Stato e dato per scontato che ormai la stragrande maggioranza delle legislazioni nazionali formalmente dicono al lodo "sei tutto tua madre" e cioè "hai la stessa efficacia della sentenza", ebbene: somiglia più ad una sentenza un lodo che non ha bisogno di omologazione ma che può essere integralmente contestato per gli stessi identici motivi impugnatori tutte le volte che sia speso come titolo esecutivo o che voglia diventare tale, o un lodo che uscito dal lavacro della impugnazione passa davvero ed inossidabilmente "in giudicato" e cioè davvero non è più contestabile in altre sedi?

Ma in realtà la domanda è astratta perché questi modelli di lodo con tutta probabilità non esistono. E qui l'indagine interna e poi comparatistica meriterebbe ogni necessario approfondimento.

Noi (e i francesi) dovremmo chiederci: un lodo inimpugnabile perché confermato (con efficacia di giudicato) dalla Corte d'appello ed un lodo inimpugnabile perché semplicemente non impugnato sono davvero la stessa cosa nel prosieguo della esperienza giuridica? Non credo⁽¹⁷⁾. Si dà oggi, ed entro quali confini, la categoria del lodo "inesistente"? E la relativa *exceptio* com'è spendibile, ed in quale eventuale diversa misura, nel prosieguo della esperienza giuridica, avverso un lodo passato in giudicato perché confermato dal giudice statale della impugnazione o avverso un lodo passato in giudicato perché non impugnato? È ancora concepibile, ed entro quali confini, la "omologazione incidentale"⁽¹⁸⁾, e cioè il controllo del giudice — di qualsiasi giudice — al fine di verificare se un lodo non omologato e cioè non ancora controllato, e però fatto valere in un successivo processo, sia davvero un lodo?

I brasiliani dovranno — azzardo — farsi domande speculari. Una anzitutto: un lodo impugnato e confermato come valido dal giudice statale resta davvero esposto ad integrale sindacato impugnatorio in sede di *impugnação* ex art. 475 del codice di procedura civile e cioè in sede di

(17) Nel primo caso l'efficacia è evidentemente "raddoppiata" dal giudicato giudiziale sulla validità.

(18) Ipotesi che avevo prospettato all'indomani della novella italiana del 1994 (cfr. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia*, cit., 328 ss.) e nella quale — pur con alcuni correttivi — tuttora sostanzialmente credo.

opposizione alla esecuzione, oppure questa possibilità è radicalmente esclusa non dal giudicato sul lodo, non dalla legge, ma sì dal giudicato che si è formato sulla sentenza giudiziale che ha confermato il lodo?

Risposte espresse a domande sistematicamente analoghe dà, come è noto, la attuale *ZPO* tedesca, la quale prevede un “doppio controllo” integrale quanto ai motivi, ma coordinato in modo da limitare al massimo le sovrapposizioni. Tutti i motivi che possono fondare l’impugnazione in via principale del lodo soggetta a termine di decadenza, e non solo quelli rilevabili d’ufficio (come invece in Austria), sono motivi ostativi alla concessione dell’*exequatur*. Sennonché la impugnazione è inammissibile se il lodo è stato già dichiarato esecutivo (§ 1059, c. III, *ZPO*). E per converso i motivi di annullamento rilevabili d’ufficio (incompromettibilità e contrasto con l’ordine pubblico) *non possono* essere considerati motivi ostativi in sede di *exequatur* se è stata già respinta con efficacia di giudicato una impugnazione fondata su di essi; lo possono invece se l’impugnazione non era fondata su di essi: il giudicato giudiziale sulla validità del lodo non è dunque, sotto tale profilo, un giudicato che copre il dedotto ed il deducibile. Tutti gli altri motivi di annullamento *non possono* invece mai essere opposti all’*exequatur* sol che *il lodo sia divenuto inimpugnabile* anche per semplice decorso dei termini.

Insomma ed in conclusione: la comparazione addita sì ed a chiare lettere, quanto ai *nomina*, la diffusa equiparazione fra lodo e sentenza e dunque e al momento opportuno — decorsi che siano i termini di gravame — fra lodo e giudicato, ma già il *nomen* “giudicato” esibisce in dimensione comparatistica, accanto ad un rilevante nucleo concettuale ed effettuale comune, varianti sottili. Insomma già il *giudicato giudiziale* è — per usare ad altro scopo una felice espressione di Remo Caponi — comparatisticamente “ad assetto variabile”⁽¹⁹⁾. *A fortiori* lo è il *giudicato arbitrale*, che sconta pur sempre un embrionale connotazione privatistica nonché il vario modo di intenderla e considerarla, sul piano dei concetti come su quello degli effetti, a latitudini diverse.

In 2015 the Brazilian legislator modified the arbitral legislation.

This Article takes inspiration from the Brazilian discipline in its entirety (and it does not focus solely to the latest modifications) for a comparative analysis.

⁽¹⁹⁾ Donde, fra l’altro, il noto ed affascinante problema internazionalprivatistico (ma non solo) circa il se il trasferimento del giudicato dall’ordinamento di origine a quello straniero comporti alterazioni del suo nucleo effettuale; problema in ordine al quale credo che una risposta tendenzialmente compromissoria (salve le sue complesse specificazioni di dettaglio) sia l’approdo più ovvio ma anche più giusto (ovvero e come ho scritto altrove: “gli obelischi egizi, pur non mutando forma né colore, non furono ovviamente più gli stessi una volta trapiantati dalle sabbie del deserto o dalle rive del Nilo nelle piazze di Roma imperiale”).

The keys to understand the main themes are the favor arbitrati and the limits of the judicial intervention in arbitral matters.

Special care is given to one of the main features of the Brazilian system, i.e. the absence of an internal exequatur proceeding in order to obtain an enforceable award. Nevertheless, the Brazilian system provides for a “double check” control of the award both during the appeal proceedings and during its opposition (in the event the award would be considered enforceable). The comparison with other legal systems (Italy, France, Germany and Austria, as well as the UNCITRAL Model Law) leads to final considerations on the “variable set-up” of the arbitral res iudicata in the comparative panorama.

L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze

FILIPPO DANOVÌ (*)

1. Il codice del 1940 e l'espresso divieto di arbitrato nelle controversie in materia di stato e rapporti di famiglia. — 2. Le barriere cadute per effetto delle riforme del 1994 e del 2006. — 3. L'attuale formula dell'art. 806 c.p.c. e la necessaria disponibilità del diritto. — 4. Alcune tematiche intersecanti: disponibilità di diritti pregressi e di diritti futuri; diritto al mantenimento e diritto agli alimenti; norme imperative e ordine pubblico. — 5. La progressiva « consensualizzazione » dei rapporti di famiglia. — 6. La l. n. 162/2014 e l'impatto indiretto sul tema. — 7. Il « problema » pubblico ministero. — 8. Le questioni arbitrabili. — 9. Il limite dell'assenza di una normativa espressa e le proposte per un suo possibile superamento. — 10. Conclusioni e auspicio di un intervento riformatore.

1. Per descrivere la relazione intercorrente tra l'arbitrato e i rapporti di famiglia l'immagine più rappresentativa è quella di una strada tortuosa, ma fortunatamente in discesa.

Si tratta di un rapporto complesso, una strada tortuosa, in quanto il punto di partenza non potrebbe essere più distante. L'arbitrato è uno strumento di giustizia al quale due soggetti possono ricorrere per definire una controversia che riguarda la loro sfera privata; le controversie di famiglia, invece, si contraddistinguono secondo la tradizione perché a dispetto dei protagonisti investono valori e principi che assumono un interesse (più o meno marcato) da parte dell'ordinamento.

In questa prospettiva tra la giustizia arbitrale e la sfera dei rapporti familiari dovrebbe esservi una pressoché totale incomunicabilità. E per questo motivo il nostro legislatore ha per lungo tempo posto un fermo divieto di fare ricorso all'arbitrato nel campo del diritto di famiglia.

È pur vero che l'art. 806 c.p.c. — con il quale si apre il titolo del codice di rito dedicato all'arbitrato — nella sua originaria formulazione escludeva il ricorso a tale forma di giustizia non già per ogni rapporto di famiglia, quanto piuttosto per le controversie aventi ad oggetto « *questioni di stato e di separazione personale tra coniugi* ».

(*) Professore Ordinario nell'Università di Milano-Bicocca.

Tuttavia, la stretta connessione tra i primi due termini, l'uno (« questioni ») estremamente generico e l'altro (« stato » ⁽¹⁾) potenzialmente di grande ampiezza e in costante evoluzione ⁽²⁾, veniva interpretata in senso lato, come sinonimo di una generale non arbitrabilità delle controversie coinvolgenti non soltanto le relazioni giuridiche — indubbiamente dense di riflessi pubblicistici — tra l'individuo e l'ordinamento ⁽³⁾, ma altresì quelle intercorrenti con altri soggetti privati ⁽⁴⁾. Tra queste ultime, in particolare, venivano considerate non arbitrabili le controversie in tema di capacità di agire, rapporti personali tra coniugi, invalidità del matrimonio, separazione e divorzio, affidamento e rapporti tra genitori e figli, potestà

⁽¹⁾ Sul concetto di *status* la letteratura giuridica è vastissima. Per un inquadramento di tale figura e l'individuazione delle sue peculiarità rispetto alle situazioni giuridiche soggettive primarie cfr. ad es. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.; MAZZÙ, *Status del soggetto, ordinamento democratico e fruizione dei beni*, in *Dir. fam. e pers.*, 1980, 968 ss.; CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 157 ss.; IANNELLI, *Stati della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984; CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 948 ss.; ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, 3 ss.; CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del novecento*, Milano, 2013. Per specifici riferimenti particolarmente in tema di rapporti di famiglia v. anche GRASSETTI, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 49 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, rist. 1989, 23 ss.; TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, Torino, 1990, 286 ss.; 303 ss. Secondo l'opinione tradizionale il concetto di *status* fa riferimento alla posizione che un individuo assume nei confronti di altro soggetto (sia quest'ultimo privato o pubblico) e alla *summa* di qualità e situazioni giuridiche soggettive (diritti, facoltà, poteri, obblighi e soggezioni) che ne derivano. Per questo motivo il concetto di *status*, quale entità originaria, dovrebbe sempre essere tenuto distinto da quello dei singoli diritti soggettivi o rapporti giuridici che pure da esso promanano, e dei quali lo stesso costituisce presupposto (cfr. in questo senso ad es. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, rist. 1992, 295 ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 433 ss.; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Firenze, 1960, 77 ss.; CORASANITI, *op. loc. cit.*, 948 ss.).

⁽²⁾ Cfr. ad es. STANZIONE, *Dal soggetto alle persone*, in *Iustitia*, 2005, 257 ss.; Id., *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, 305 ss.; SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2731 ss., nonché, per alcuni dei numerosi risvolti processuali, Cass. S.U. 13 novembre 2008, n. 27145, in *Fam. e dir.*, 2008, 1089 ss., con n. di TOMMASEO, *Procedimenti camerali e impugnazioni del Pubblico Ministero: davvero inammissibile il ricorso per Cassazione proposto nel caso Englaro?* e in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 115 ss., con n. di D'ANOVI, *Giudice, parti e P.M. nel processo ai confini dell'esistenza (quasi una fantasia)*.

⁽³⁾ Venivano così fatte rientrare nel divieto sancito dalla norma le controversie (beninteso laddove devolute alla giurisdizione ordinaria) coinvolgenti questioni sulla cittadinanza delle persone fisiche o sulla nazionalità delle persone giuridiche, nonché sui doveri pubblici (ad esempio in tema di imposte o di elettorato).

⁽⁴⁾ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, 2^a ed., 7 ss. individuava i due profili con la locuzione rispettivamente di « stato civile » e « stato politico ». Anche CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, 180 ss., ha sottolineato le diverse graduazioni attraverso le quali può essere identificato il concetto in esame, a partire dal mero estrinsecarsi in « qualità giuridica soggettiva di un individuo », e sino ad addivenire alla *summa* di conseguenze che possono derivare dai rapporti del soggetto con enti aggregativi « più o meno elementari, fino all'aggregato statale ».

(in allora, oggi responsabilità) genitoriale e relative limitazioni, accertamento o modifica della filiazione, tutela, curatela (e in seguito anche amministrazione di sostegno), affiliazione ⁽⁵⁾).

La regola dell'assoluta non compromettibilità veniva giustificata in virtù dei riflessi metaindividuali e pubblicistici che derivano dal concetto di *status*, a garanzia dei quali sono in effetti stati elaborati diversi principi e istituti *ad hoc*, anche fortemente derogatori rispetto ai canoni tradizionali del processo: si pensi alle ipotesi di legittimazione ad agire del p.m. o comunque al suo intervento necessario nel processo, alla tradizionale impostazione per cui gli effetti della sentenza si verificano unicamente ad esito del giudicato, alla regola dell'accertamento incidentale *ex lege* delle questioni di stato, all'efficacia *erga omnes* delle relative pronunce e finanche alla soggezione del giudicato alla clausola *rebus sic stantibus*.

In questa cornice di fondo erano state talvolta ipotizzate possibili aperture, pur se limitate, in relazione a profili economici, ritenendosi che potesse essere oggetto di convenzione di arbitrato la definizione di alcune questioni connesse allo *status*, laddove di natura esclusivamente patrimoniale. In giurisprudenza si era così riconosciuta la possibilità di deferire ad arbitri la determinazione del *quantum* dell'assegno di mantenimento (anche in favore del figlio minore), ipotizzando che qualora l'oggetto del contendere fosse rappresentato non già dall'individuazione del diritto al mantenimento ma soltanto dalle sue concrete modalità di esercizio, venissero meno gli impedimenti all'arbitrabilità della relativa controversia ⁽⁶⁾.

Questo era dunque, sino a epoca recente, lo « stato dell'arte », e l'art. 806 c.p.c. nella sua precedente veste si poneva come fermo ostacolo alla

⁽⁵⁾ Cfr. ad es. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 755; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, 71; BIAMONTI, voce *Arbitrato c) diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 910; D'ANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 145 ss.

⁽⁶⁾ In questo senso Cass. 12 agosto 1954, n. 2942, in *Giur. it.* 1954, I, 1, 1070. In dottrina avevano aderito a tale orientamento (sulla scia di illuminate riflessioni formulate lungo tempo prima da MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1910, 63, e da CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933-1934, 72) ad esempio VECCHIONE, *Nullità o inesistenza del compromesso in arbitri relativo ai rapporti patrimoniali fra coniugi separati*, in *Foro pad.*, 1953, I, 537; Id., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 218; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, cit., 72; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 78; PUNZI, voce *Arbitrato (arbitrato rituale e irrituale)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 7; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 5; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 55; ANGELONI, *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, II, Padova, 1999, 1448 ss. In senso contrario, per un fermo divieto all'arbitrabilità, si erano invece espressi ad es. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 200; AZZOLINA, *Sulla compromissione in arbitri di controversie patrimoniali pertinenti alla separazione dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 1070 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, 27, considerando che la compromettibilità avrebbe dovuto essere esclusa per qualsiasi tipo di controversia scaturente dalla separazione tra i coniugi o da altre questioni di stato, stante l'intimo grado di connessione tra l'effetto, pur patrimoniale, e la sua causa, sempre indisponibile.

compromettibilità delle controversie di natura familiare, esprimendo una volontà programmatica del legislatore votata a istituire uno iato apparentemente incolmabile tra l'arbitrato e gli istituti del diritto di famiglia.

Senza contare che la diffidenza per forme di giustizia privata in questo ambito era tale da far considerare come potenziali ulteriori ostacoli aspetti che a una più attenta lettura non avevano in realtà alcun carattere impediente. Secondo alcuni, ad esempio, anche lo stesso diritto potestativo alla modificazione giuridica inerente lo *status* (7) avrebbe sollevato interrogativi in merito alla sua « disponibilità » e in particolare alla possibilità di un suo trasferimento, cessione, rinuncia, transigibilità e così pure (nella chiave di lettura della formula originaria dell'art. 806 c.p.c.) arbitrabilità (8). Qualora poi alla natura costitutiva dell'azione si fossero aggiunti gli ulteriori requisiti della personalità (9) e dell'indisponibilità (10), riusciva estremamente arduo ipotizzare un intervento decisivo ad opera di privati in questo ambito (11).

Queste ultime argomentazioni non si rivelavano per verità già in allora decisive. Invero, il nostro ordinamento non ha mai vietato la pronuncia di lodi arbitrali di natura costitutiva, poiché l'equivalenza teleologica da sempre intercorrente tra arbitrato e processo ordinario non consente di operare *a priori* alcuna esclusione in relazione alle diverse forme di azioni di cognizione, tutte compatibili con il giudizio arbitrale (12). Né avrebbe potuto assumere rilievo ostativo il dato strutturale

(7) Non è certamente dato in questa sede analizzare *funditus* il tema dei presupposti dell'azione costitutiva e della natura del diritto potestativo. Sia consentito al riguardo per tutti un richiamo a PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, *passim*.

(8) Cfr. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 58, per il quale unicamente adottando un'interpretazione estensiva e considerando sufficiente la presenza, anche in via alternativa, di uno soltanto tra i requisiti della rinunciabilità, della possibilità di porre limitazioni, e della cedibilità, la situazione soggettiva oggetto dell'azione costitutiva potrebbe ricostruirsi alla stregua di diritto e non già di mero potere, considerato che essa appare generalmente rinunciabile o passibile di più o meno estese limitazioni, ma di regola non cedibile.

(9) Cfr. già CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 60, per il quale la *personalità* del diritto (*id est* la sua caratteristica di essere « strettamente inerenti alla sua persona da non potersi concepire in un'altra ») comporterebbe di regola non solamente l'*intransmissibilità* dello stesso, ma altresì delle azioni che da questo discendono.

(10) Ricordava REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 81, che il carattere indisponibile tradizionalmente attribuito agli *status* (e sul quale si veda ad es. anche FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., 122) deve considerarsi esteso anche alle relative azioni, determinandone in linea di principio la non trasferibilità, salvi i casi in cui la legge disponga diversamente.

(11) In tal senso LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, cit., 71.

(12) Cfr., *ex plurimis*, ANDRIOLI, *Commento*, IV., cit., 762; BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 911; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 200; FAZZALARI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, 400; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1957, 448; ID., voce *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino 1959, 797-798; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 573; GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 426 ss.;

dell'impossibilità di utilizzare l'arbitrato nella sfera della volontaria giurisdizione, poiché non tutti i procedimenti in materia di stato devono essere ascritti a tale ambito; mentre laddove il riferimento fosse stato immaginato al solo rito camerale, lo stesso doveva essere considerato come un dato esclusivamente formale, non impediente per sé il ricorso al processo arbitrale.

2. La strada che si prospetta agli occhi dell'interprete (e qui riprendo l'immagine descritta in apertura) si presenta tuttavia meno impervia e anzi in discesa, in quanto dal 1940 ad oggi lo scenario è profondamente mutato. Le fonti di riferimento si sono evolute sia dal punto di vista della normativa processuale, chiamata ieri come oggi a regolare i presupposti per ricorrere allo strumento arbitrale, sia dal punto di vista della disciplina sostanziale, che ha conosciuto per effetto dei mutamenti della società e dei costumi, prima ancora che degli interventi da parte del legislatore, una serie di significativi cambiamenti.

Dal primo punto di vista l'arbitrato ha assunto, segnatamente per effetto delle due ultime grandi riforme del 1994 e del 2006, un volto in larga parte nuovo rispetto a quello proprio dell'impostazione originaria del codice del 1940.

Da istituto di matrice privatistica, destinato a esplicare i propri effetti soltanto laddove recepito in un provvedimento dell'autorità giudiziaria, l'arbitrato è divenuto uno strumento di giustizia perfettamente autonomo e autosufficiente. Esso non è più soltanto qualificabile come equivalente giurisdizionale — come aveva già intuito in modo illuminato Carnelutti molti decenni orsono⁽¹³⁾ — ma addirittura rientra, per effetto di un percorso che hanno finito per condividere anche le nostre corti supreme⁽¹⁴⁾, a pieno titolo in una nozione di giurisdizione che viene sempre meno a identificarsi in un potere pubblico e sempre più in un servizio per il cittadino.

MONTELEONE, *Ancora sull'efficacia del lodo rituale*, in questa *Rivista*, 1991, 736. Al riguardo è sufficiente immaginare la devoluzione alla cognizione di arbitri di pronunce di annullamento o di risoluzione di un contratto. La giurisprudenza, poi, ha espressamente riconosciuto la possibilità per gli arbitri di emettere le statuizioni di cui all'art. 2932 c.c. (Cass. 15 marzo 1995, n. 3045; nonché, in precedenza, Cass. 24 gennaio 1951, n. 210, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 793, e in *Foro it.*, 1951, I, 1424).

⁽¹³⁾ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Città di Castello, 1936, 178.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è ovviamente ai due noti *arrêts* Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223 (in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con n. di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; in *Foro it.*, 2013, I, 2690 ss., con n. di D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*; ACONE, *"Translatio iudicium" tra giudici e arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*; FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 375 ss., con n. di BOCCAGNA, *Translatio iudicium tra giudice e arbitri: le decisioni della Corte Costituzionale*; *ibidem*, 384 ss., con n. di SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*) e Cass. S.U., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153 (in *Corr. giur.*, 2014, 84 ss. con n. di VERDE,

Sotto questo profilo occorre ricordare come il lodo, nel sistema originario del codice, divenisse privo di qualsiasi effetto laddove non fosse intervenuta l'omologazione da parte del pretore, mentre oggi il *dictum* arbitrale non necessita dell'*exequatur* del tribunale se non per gli specifici effetti di cui all'art. 825 c.p.c. e racchiude invece in sé *ab origine* (come sottolinea l'art. 824-bis c.p.c.) « *gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria* »⁽¹⁵⁾.

Ancora, prima della riforma del 2006 sussisteva un ulteriore ostacolo alla compromettibilità di controversie future di natura non contrattuale, in quanto l'ambito di preventiva opzione esercitabile dalle parti in favore dell'arbitrato era limitata alla clausola compromissoria e alle liti di matrice negoziale. Con l'art. 808-bis c.p.c. è stata invece introdotta la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, a conferma della possibilità di demandare ad arbitri la decisione di controversie future anche laddove « *relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati* »⁽¹⁶⁾.

A questo proposito, oltre tutto, il riferimento alla necessaria determinazione dei rapporti che costituiranno oggetto della controversia consente in linea di principio l'utilizzo dello strumento in tutte le fattispecie caratterizzate da una pregressa relazione tra due o più soggetti⁽¹⁷⁾, situazione questa che rappresenta un fisiologico (e anzi inderogabile) tratto tipizzante dei rapporti familiari.

Ulteriore dato di rilievo è rappresentato dalla modifica dell'art. 819 c.p.c., che ha allargato l'ambito di intervento cognitivo del giudice arbitrale alle materie anche non compromettibili⁽¹⁸⁾. In risposta alle istanze di buona parte della dottrina, la riforma del 2006 ha sovvertito la regola contenuta nella norma e ha previsto che nel corso dell'arbitrato possano essere risolte *incidenter tantum* anche questioni che pure non sarebbero compromettibili *ex lege* e che non potrebbero quindi costituire oggetto del giudizio arbitrale.

Si tratta di un ulteriore passo nel segno del *favor arbitratus*, anche se a rigore la disposizione non sovverte il principio-base della necessaria

Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico; in *La nuova giur. civ. comm.*, 2014, 3, 178, con n. di GIUSSANI, *Intorno alla deducibilità ex art. 41 cod. proc. civ. dell'eccezione contestata di compromesso per arbitrato estero*).

⁽¹⁵⁾ Su tale norma v. per tutti LUISSO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2010, 235 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 790 ss.

⁽¹⁶⁾ Sull'istituto introdotto dalla riforma del 2006 v. ad es. ancora SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 127 ss.

⁽¹⁷⁾ Tra le possibili aree in cui maggiormente si presta a operare la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale si pensi al campo dei diritti reali (rapporti di vicinato), dei rapporti condominiali (con possibile inserimento della convenzione nel regolamento condominiale), o ancora in quello di rapporti tra imprenditori che svolgono la loro attività in settori concorrenziali.

⁽¹⁸⁾ Sul punto sia consentito un rinvio a DANOVÌ, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in AA.VV., *Arbitrato, ADR conciliazione* opera diretta da Rubino-Sammartano, Bologna, 2009, 671 ss. Per il regime previgente v. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., *passim*.

disponibilità del diritto, poiché la semplice risoluzione di una questione pregiudiziale non equivale alla decisione di una controversia in modo autoritativo. Ai fini dell'ambito di estensione della decisione della lite, la disponibilità del diritto continua dunque a rappresentare una condizione insopprimibile, e soltanto in relazione alle parentesi cognitive insorte nel giudizio in via pregiudiziale gli arbitri possono liberamente spaziare, non diversamente dal giudice ordinario⁽¹⁹⁾, anche al di fuori dei limiti di giurisdizione o competenza (*rectius, potestas iudicandi*) imposti loro per legge. Oltre tutto l'apertura individuata dal nuovo regime dell'art. 819 c.p.c. non opera in relazione alle questioni relative agli *status* personali, poiché le stesse rientrano tradizionalmente nell'ambito dell'accertamento incidentale necessario *ex lege* (e l'art. 819, 1° comma, c.p.c. tuttora autorizza la cognizione *incidenter tantum* delle questioni pregiudiziali non compromettibili, « *salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge* »).

3. Sempre dal punto di vista della normativa processuale, ma già con un'incursione nel terreno sostanziale, la disposizione che riveste oggi un rilievo determinante è quella che risulta per effetto della riformulazione dell'art. 806 c.p.c., per cui, abbandonando il richiamo alle questioni di stato e di separazione personale tra coniugi, viene precisato che devono ritenersi generalmente compromettibili in arbitri tutte le controversie tra privati « *che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili* ».

La norma ha un'importante valenza anche come linea di indirizzo, poiché consacra il principio della libertà di stipulare la convenzione arbitrale, richiedendo quale unica (ma indefettibile) condizione il carattere disponibile dei diritti oggetto della controversia⁽²⁰⁾.

Detto carattere non deve più essere ricostruito, come avveniva in passato, attraverso il richiamo alla formula delle controversie non transigibili⁽²¹⁾, ed elimina così un inutile, doppio passaggio interpretativo⁽²²⁾, evidenziando come la reale causa sottostante ostativa alla giustizia arbi-

⁽¹⁹⁾ Si consideri sotto questo profilo ad esempio quanto disposto dall'art. 6 l. 31 maggio 1995, n. 218, in virtù del quale « *il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta* ».

⁽²⁰⁾ In generale, sul tema v. BARLETTA, *La "disponibilità" dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 979 ss.

⁽²¹⁾ È noto come l'art. 806 c.p.c., nel testo originario, rimasto in vigore sino alla riforma del 2006, contenesse come ultimo e generale riferimento per le materie non arbitrabili quello delle controversie « *che non possono formare oggetto di transazione* ».

⁽²²⁾ In altri termini, mentre in origine il legislatore disciplinava un fenomeno processuale di risoluzione delle controversie facendo riferimento dapprima ad altro fenomeno (di matrice sostanziale) sempre volto alla composizione delle liti (la transigibilità), oggi, invece, provvede a regolamentare il fenomeno dell'arbitrato facendo riferimento direttamente alla sostanza (*id est*, alla caratteristica delle situazioni sostanziali in contesa), il che appare decisamente più corretto.

trale sia rappresentata dalla indisponibilità del diritto (mentre la non transigibilità della controversia doveva ritenersi in sostanza unicamente un suo particolare effetto) ⁽²³⁾.

Ebbene. Tra le situazioni soggettive per loro natura indisponibili rientrano per tradizione proprio gli *status* personali, che coinvolgono profili metaindividuali e una *summa* di diritti personalissimi sottratti alla libera disposizione dei titolari ⁽²⁴⁾. A questo proposito, tuttavia, le situazioni sostanziali che promanano dagli *status* rappresentano un fascio estremamente ampio e diversificato, e per esse si rende quindi necessaria un'indagine accurata in relazione ai limiti concreti di arbitrabilità che possono ancora essere configurati per le controversie che rientrano in questo plesso tematico.

4. In questo contesto, sono stati talvolta evidenziati ulteriori aspetti che contribuiscono a rendere problematica la materia. Così, ad esempio, si è ritenuto in passato che sarebbe più difficile immaginare una disponibilità per diritti futuri e non ancora sorti in concreto, poiché tale caratteristica dovrebbe essere limitata alle situazioni soggettive pregresse e già cristallizzate.

A questo riguardo, tuttavia, è stato correttamente evidenziato come anche il credito da alimento arretrato costituisca in realtà un bene idoneo a influire in qualsiasi momento sullo stato di bisogno del titolare e dunque futuro, come già sottolineato in passato da autorevole dottrina ⁽²⁵⁾, e come non sia pertanto praticabile alcuna distinzione basata su ragioni di ordine esclusivamente temporale ⁽²⁶⁾.

Ancora, non ha probabilmente ragione di essere enfatizzata una pretesa distinzione tra crediti al mantenimento e i crediti alimentari in

⁽²³⁾ Sussiste comunque uno stretto legame tra la formula attuale e quella previgente, considerato che di fatto, ai fini della stipula della convenzione di arbitrato, il testo originario già presupponeva la disponibilità del diritto (*ex art. 1966 c.c.*, infatti « *per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti* »).

⁽²⁴⁾ Per i profili di indisponibilità sottesi alla materia degli *status* v. CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, cit., 200. L'arbitrato è del resto ovviamente per sua natura possibile unicamente nei casi di risoluzione di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili. Soltanto in questi casi potrebbe essere concesso alle parti di derogare al giudice naturale previsto dalla legge per la risoluzione della controversia insorta; e soltanto in questi casi le parti possono optare accanto ad una decisione secondo diritto, anche per una pronuncia secondo equità (così come dispone l'art. 822 c.p.c., che rappresenta in sostanza un'applicazione particolare della riconosciuta possibilità per le parti, anche nel processo ordinario di cognizione e ai sensi dell'art. 114 c.p.c., di ottenere una pronuncia equitativa, quando il merito della causa riguardi diritti disponibili).

⁽²⁵⁾ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, 63.

⁽²⁶⁾ In questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 144.

senso stretto. A prescindere, infatti, dalla differenza dei rispettivi presupposti generatori (posto che nel primo caso si fa tradizionalmente riferimento ai doveri solidaristici che discendono dai rapporti di famiglia, mentre nel secondo caso è richiesto lo specifico presupposto dello stato di bisogno del richiedente), è innegabile che entrambi i diritti in questione sono deputati a soddisfare le esigenze di vita dell'individuo e, in tale prospettiva, devono essere assistiti da analoghe regole e garanzie.

Diviene quindi necessario, come meglio si vedrà appresso, valutare in quali termini lo scenario si sia modificato per effetto delle riforme intervenute e se debba ancora necessariamente parlarsi a questo riguardo di indisponibilità delle situazioni che concernono il mantenimento.

Infine, un ulteriore profilo che potrebbe essere considerato rilevante è dato dalla necessità di rispettare nella materia dei rapporti di famiglia (come settori nei quali permangono sullo sfondo esigenze e istanze di natura pubblicistica) le norme imperative e, più in generale, i principi informatori dell'ordine pubblico. A questo riguardo, tuttavia, va precisato come dette situazioni non possano essere considerate come un limite assoluto alla disponibilità (e quindi all'arbitrabilità) per diversi motivi.

In primo luogo, infatti, è dato rilevare che per effetto dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. è sempre ammessa l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale rituale per contrarietà all'ordine pubblico. Questo significa che, secondo il legislatore, il criterio dell'ordine pubblico rappresenta un elemento informatore « a valle », il cui mancato rispetto determina la nullità del lodo, ma non già un impedimento « a monte » da ritenersi imprescindibilmente richiesto per la valida stipulazione di una convenzione di arbitrato e per l'instaurazione (conduzione e decisione) del relativo giudizio. In altri termini ancora, il limite all'ordine pubblico deve certamente essere rispettato, ma è ben possibile che le parti direttamente, o anche gli arbitri su loro mandato, intervengano sulla *res litigiosa* con una complessiva determinazione che risulti in ossequio anche del suddetto limite.

Queste considerazioni sono ulteriormente confermate dalla circostanza per cui la l. n. 162/2014, nell'introdurre l'istituto della negoziazione assistita, ne ha mantenuto l'ambito di applicazione circoscritto all'area dei diritti indisponibili, ma ha stabilito che siano gli avvocati, protagonisti insieme alle parti della negoziazione assistita, a dover attestare la conformità dell'eventuale accordo raggiunto alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 5, 2° comma, l. n. 162/2014).

5. Ciò che soprattutto ha inciso sulla tematica oggetto di indagine è peraltro il cambiamento della normativa sostanziale. Da questo punto di vista è in atto una vera e propria evoluzione del diritto di famiglia, nel segno di una sempre maggiore rilevanza della volontà delle parti e di una crescente « consensualizzazione » degli istituti.

In questa prospettiva, ad esempio, la suprema Corte è giunta ad affermare la transigibilità dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, per porre fine ovvero prevenire possibili liti tra le parti ⁽²⁷⁾.

Ancora, si consideri il disposto dell'art. 337-*octies*, 2° comma, c.c., il quale (riprendendo sostanzialmente la formula del previgente art. 155-*sexies*, 2° comma, c.c.), stabilisce che « *qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli* ». Si vuole quindi riconoscere valore anche nel nostro ordinamento (sulla scia di quanto da tempo avviene in altri sistemi) a un istituto al quale si tende a ricorrere con sempre maggiore frequenza, nella presa di coscienza della complessità dei rapporti e della necessità di una chiave di lettura e soluzione degli stessi di matrice non esclusivamente giuridica.

Inoltre, malgrado l'istituto della mediazione diverga sensibilmente dall'arbitrato ⁽²⁸⁾, non può non evidenziarsi come la nuova norma abbia inteso attribuire un ruolo anche risolutivo alla volontà delle parti, consentendo che il giudice rimanga in parte sullo sfondo della scena processuale per lasciare spazio alla possibilità di raggiungere — mediante l'ausilio e l'intermediazione dell'esperto — un accordo che lo stesso giudice verrà in seguito chiamato a recepire.

E analogamente in questo senso vanno diffondendosi nuove prassi, come quella della pratica collaborativa, che tendono a riportare al centro le parti, siccome indiscussi protagonisti della controversia e in quanto tali soggetti maggiormente idonei anche a reperire (per il tramite dell'ausilio dei propri legali) gli strumenti per comporla.

6. In particolare, il mutamento più significativo, idoneo a incidere anche sul tema dei rapporti tra arbitrato e controversie di famiglia di cui si discute, è avvenuto per effetto della già citata l. 10 novembre 2014, n. 162, con la quale sono stati introdotti due nuovi modelli per pervenire alla separazione e al divorzio, l'uno attraverso la negoziazione assistita condotta per il tramite di avvocati (art. 6), l'altra direttamente tra le parti con accordo davanti al sindaco in qualità di ufficiale dello stato civile (art. 12) ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Cass. 12 maggio 1994, n. 4647.

⁽²⁸⁾ Sul tema v. da ultimo ad es. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.

⁽²⁹⁾ Sul tema v. ad es. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 295 ss.; BUFFONE, *La riforma del processo civile 2014. Tutte le novità*, in *Il civilista*, Milano, 2014; BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 515 ss.; CAPORUSSO, *sub art. 6 l. n. 162/2014*, in *AA.VV.*, *La nuova riforma del processo civile*, a cura di

I due modelli divergono in modo anche netto per quanto riguarda il possibile ambito di applicazione e il procedimento.

Nel caso del procedimento diretto davanti al sindaco è possibile ricorrere a detto strumento a condizione da un lato che non vi siano figli minorenni o comunque bisognosi di protezione (maggioresnni incapaci o portatori di handicap grave o economicamente autosufficienti) (2° comma) e dall'altro che gli accordi tra i coniugi non contengano « *patti di trasferimento patrimoniale* » (3° comma). Per il resto, i coniugi sono titolari esclusivi del diritto a ottenere la separazione, il divorzio o le relative modifiche e, con questo, a stabilire ulteriori clausole e condizioni del nuovo assetto, rimanendo la partecipazione dell'ufficiale dello stato al civile al procedimento un dato esclusivamente formale.

Nel caso, invece, della negoziazione assistita vi è da un lato una maggiore estensione dell'area di applicazione, poiché a detto strumento si può ricorrere anche nell'ipotesi in cui vi siano figli minori o bisognosi di protezione, ma dall'altro rimane il controllo da parte del pubblico ministero.

In questo senso, i modelli introdotti dalla l. n. 162/2014 hanno finito per incidere anche sulla stessa natura degli istituti della crisi familiare (la separazione e il divorzio) e con essa delle situazioni soggettive che dagli stessi promanano.

In relazione alla modifica dello *status*, già in precedenza la giurisprudenza aveva riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio diritto alla separazione e al divorzio, diritto del tutto personale e almeno nel primo caso indipendente dalla presenza di motivi oggettivi⁽³⁰⁾. A questo riguardo la nuova legge (soprattutto se letta unitamente all'ultima grande

Santangeli, Roma, 2015, 99 ss., 133 ss.; DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 949 ss.; ID., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1141 ss.; ID., *Separazione e divorzio tramite negoziazione assistita da avvocati o innanzi all'ufficiale dello stato civile*, Appendice di aggiornamento al *Codice commentato di famiglia, minori e soggetti deboli*, a cura di Basini, Bonilini, Confortini, Torino, 2014; ID., *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, 3° ed., Milano, 2015, 2522 ss. L'ispirazione che ha mosso il legislatore è al *collaborative law* statunitense e al diritto francese e alla *procédure participative* propria di quest'ultimo ordinamento: su tali temi v. ancora BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 269 ss.

⁽³⁰⁾ In questo senso in giurisprudenza v. ad es. Cass. 10 giugno 1992, n. 7148, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 68 ss.; Cass. 17 marzo 1995, n. 3098, in *Dir. fam.*, 1995, 1405 ss.; Cass. 14 febbraio 2007, n. 3356 e Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Foro it.*, 2008, I, 128 ss., con n. di CASABURI; in *Fam. e dir.*, 2008, 28 ss. con n. di LA TORRE, *Perdita dell'affectio coniugalis e diritto alla separazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 519 ss., con n. di LENTI, *Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*; Cass. 29 marzo 2011, n. 7125, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 1650 ss.; Cass. 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Foro it.*, 2014, I, 463 ss., con n. di CEA; in *Fam. e dir.*, 2015, 38 ss., con n. di TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*. In dottrina v. FERRANDO, *Il conflitto coniugale tra separazione e divorzio*, in AA. VV., *Separazione e divorzio* a cura di Ferrando, Torino, 2003, 12.

riforma della filiazione) ha senza dubbio consacrato in via definitiva il ruolo dell'autonomia privata in questo ambito, tanto da indurre autorevole dottrina ad affermare che, allorquando non vi siano figli minori o comunque bisognosi di protezione, il matrimonio debba considerarsi « un affare privato dei coniugi »⁽³¹⁾.

In virtù delle nuove norme, in effetti, lo stesso diritto alla separazione è divenuto disponibile (non essendovi potenzialmente più alcun ostacolo, sicuramente nel caso di cui all'art. 12 l. n. 162/2014, ma anche con riferimento alla negoziazione assistita, dove il controllo da parte del p.m. è unicamente formale), mentre con riferimento al divorzio tale conclusione non può forse ancora considerarsi pienamente raggiunta, nella misura in cui l'ordinamento non configura il divorzio diretto e considera necessaria — per la proposizione della relativa domanda — la presenza di una delle condizioni previste dalla legge speciale. Anche in relazione al divorzio, tuttavia, il significato delle ultime riforme non è affatto marginale, poiché per mezzo di esse è stata raggiunta una piena disponibilità quanto meno in relazione alle tecniche per conseguirlo⁽³²⁾.

Per quanto poi concerne le concrete pattuizioni che regolamentano la separazione o il divorzio, è noto come nell'ambito delle relazioni coniugali (e segnatamente nella patologia e crisi del rapporto) si sono sempre individuati limiti alla piena disponibilità in capo ai coniugi delle relative situazioni soggettive⁽³³⁾; anche se tale indisponibilità è sempre stata configurata come « sostanziale », a fronte di una ben più ampia disponibilità « processuale »⁽³⁴⁾. La giurisprudenza è infatti solita ritenere gli

⁽³¹⁾ Così SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 296.

⁽³²⁾ Sul punto cfr. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Fam. e dir.*, 2015, 525. In particolare, è oggi possibile che i coniugi addivengano al divorzio senza dover ricorrere al tribunale, e in presenza di un previo accordo di separazione gestito a sua volta tramite la negoziazione assistita.

⁽³³⁾ Sul complesso tema della disponibilità e indisponibilità dei diritti nascenti dal matrimonio o comunque allo stesso ricollegati cfr. *ex plurimis* OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2012, 69 ss.; BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur.*, 2000, 1023 ss.; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 ss.; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 245 ss.; AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 990 ss.; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 6 ss.

⁽³⁴⁾ È comune l'idea che alla separazione e al divorzio sia sottesa una (più o meno marcata, a seconda delle concezioni) componente pubblicistica, la quale finisce per attenuare o addirittura elidere la libera disponibilità dei diritti dal punto di vista sostanziale e preprocessuale. Ciò non impedisce, tuttavia, che in sede endoprocessuale i coniugi riacquistino, sia pure sotto il controllo del giudice, un ampio potere di disposizione dei rispettivi diritti. Per descrivere tale complesso fenomeno si è parlato proprio di indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale (DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di*

accordi *inter partes* (in assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti ⁽³⁵⁾) come direttamente produttivi di effetti, pur se sottoposti a un controllo da parte del tribunale. E analogamente, nei giudizi contenziosi si attribuisce pieno valore alla rinuncia a domande riguardanti le sole parti (come quella sull'addebito o quelle volte a ottenere un assegno di mantenimento o divorzile), alla quale fa seguito una presa d'atto da parte del tribunale, che perde il potere di statuire sull'originaria domanda poi rinunciata (pena una violazione dell'art. 112 c.p.c. e del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato).

7. Certo, non si può trascurare di rilevare come nel nuovo sistema sia venuto meno (almeno in via diretta, essendo possibile in alcuni casi un coinvolgimento « in seconda battuta », ove il p.m. ravvisi una contrarietà

divorzio, n. a Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, I, 1, 345 ss.), mettendo in evidenza con tale formula che la tutela dei profili metaindividuali — alla presenza dell'autorità giudiziaria — si considera soddisfatta per il tramite di una piena estrinsecazione del principio del contraddittorio e del controllo del giudice che sovrintende al corretto dispiegarsi dei principi di legge all'interno del giudizio. Sul tema v. anche ad es., oltre ai contributi citati nella n. precedente, OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 389 ss.; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 699 ss.

⁽³⁵⁾ È principio pacifico che i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato trovino una vistosa deroga in relazione a tutti i provvedimenti che riguardano i figli minori coinvolti nel conflitto familiare, e ciò consente al giudice della separazione e del divorzio di assumere provvedimenti diversi, e addirittura contrari, rispetto a quelli richiesti dalle parti (cfr. ad es. nella dottrina privatistica tra gli altri BIANCA, *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, Padova, 1993, VI, I, 373 ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 58 ss.; MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi* (artt. 150-158 c.c.), Padova, 1983, 240; e nella dottrina processualcivilista GRASSO, *La pronuncia d'ufficio. I. La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 169 ss.; MANDRIOLI, *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 204 ss.; TOMMASEO, *sub art. 4 l. n. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, Padova 1997, 284; DANOVÌ, *Principio della domanda e ultratrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 729 ss.; CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 143; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1140; CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 127 ss.; LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 44. In giurisprudenza v. *ex plurimis* Cass. 31 marzo 2014, n. 7477; Cass. 10 maggio 2013, n. 11218; Cass. 20 giugno 2012, n. 10174; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30196, in *Fam. e dir.*, 2013, 174 ss., con n. di SERRA, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e poteri ufficiosi del giudice*). Tale conclusione trova oggi un sostegno anche formale nell'art. 337-ter c.c. (laddove la norma stabilisce che, intervenendo nella crisi familiare, il giudice « adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole ») e deve ritenersi valida per tutte le tipologie di provvedimenti assunti nel corso del giudizio. In questa prospettiva, quindi, le domande formalmente proposte dalle parti vengono dunque in un certo senso « degradate » a semplici sollecitazioni di un potere giurisdizionale che può estrinsecarsi *ex officio* (in giurisprudenza v. ad es. Cass. 24 febbraio 2006, n. 4205). La ragione di ordine sistematico di tale regola risiede nella considerazione che in questi casi il processo persegue una finalità metaindividuale che prescinde dalle posizioni soggettive in concreto fatte valere, realizzando una sorta di « amministrazione giudiziale di diritto privato » (LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, cit., 43).

degli accordi raggiunti dalle parti con gli interessi dei figli minori o bisognosi di protezione) ogni ruolo in capo al tribunale, ma sia parallelamente stata inserita la previsione di un filtro da parte del p.m.

La necessaria presenza nel procedimento dell'organo requirente induce quindi a interrogarsi sul perdurante significato della dimensione pubblica nel venir meno del vincolo coniugale, poiché in effetti la stessa potrebbe anche indurre a coltivare l'idea che la materia matrimoniale non possa ancora considerarsi del tutto affrancata dal controllo dell'autorità giudiziaria, come riprova della non perfetta disponibilità dei diritti, nemmeno laddove facenti capo alle sole parti ⁽³⁶⁾.

È pur vero che in dottrina è stato precisato che l'intervento del p.m. non potrebbe considerarsi di per sé preclusivo dell'attribuzione del carattere di disponibilità dei diritti fatti valere, incidendo più sulle caratteristiche dell'azione che su quelle della dimensione soggettiva sottostante ⁽³⁷⁾.

A mio avviso, peraltro, l'impossibilità di inferire dalla presenza del p.m. un dato di per sé probante discende da altre ragioni, con riferimento alle quali è necessario operare un distinguo.

Così, nelle ipotesi in cui si discuta dei soli diritti dei coniugi (non essendovi figli minorenni o bisognosi di protezione), il dato della presenza del p.m. non si dimostra per sé solo idoneo a mantenere le tradizionali caratteristiche alla nozione di diritto disponibile o indisponibile.

Un controllo meramente formale e il nulla-osta che ne consegue, dal sapore per lo più certificativo, non possono certamente considerarsi tali da istituire un limite all'autonomia negoziale dei coniugi. Vero è piuttosto, come è stato correttamente posto in luce, che in questi casi permane in capo agli stessi avvocati l'obbligo di certificare che l'accordo non sia in contrasto con norme imperative, e in tal modo i caratteri di inderogabilità, come richiamati dalla giurisprudenza, non vengono del tutto meno ma piuttosto affidati al controllo e all'informativa da parte dei legali ⁽³⁸⁾. Ma anche tali aspetti non sono per sé ostativi a una nuova dimensione dei diritti coinvolti, in termini di sostanziale disponibilità.

Nelle ipotesi, invece, in cui vi siano figli minori o bisognosi di protezione, il legislatore ha inteso mantenere una differenziazione delle tecniche di tutela: l'ambito e i poteri di controllo da parte del p.m. sono in questo caso estesi al merito, a conferma dell'assenza di una piena dispo-

⁽³⁶⁾ Sul tema cfr. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, cit., 525. Per un'approfondita indagine sulla teoria generale del titolo dello stato matrimoniale e delle sue componenti metaindividuali e pubblicistiche v. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, spec. 425 ss.

⁽³⁷⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, cit., 145.

⁽³⁸⁾ Cfr. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 304.

nibilità del diritto in capo ai soli coniugi. Né, sempre a riprova di tale assunto, può essere utilizzato in tali ipotesi il procedimento di accordo diretto avanti al Sindaco di cui all'art. 12 l. n. 162/2014.

Pur con queste precisazioni, non vi è dubbio che tramite la l. n. 162/2014 sia stato compiuto un ulteriore passo sulla strada della privatizzazione dell'allentamento e cessazione del vincolo matrimoniale. In questo senso, invero, le pattuizioni che un tempo dovevano essere formalizzate davanti al tribunale (nell'ambito dei procedimenti di separazione consensuale o divorzio su domanda congiunta), possono essere oggi identicamente recepite in un accordo tra legali, sottoposto a un controllo da parte del p.m. a volte anche di mera forma.

8. Questo essendo lo scenario attuale, ne discendono alcune dirette conseguenze sul tema delle questioni che oggi dovrebbero ritenersi liberamente arbitrabili.

Per quanto attiene alle controversie in tema di rapporti di mantenimento e alimenti fra soggetti maggiorenni e capaci di agire (*in primis*, tra i coniugi), devono ormai in via definitiva considerarsi superate le teorie che avevano avvertato (o in diversi modi limitato) il dispiegarsi dell'autonomia negoziale.

L'evoluzione del diritto di famiglia ha riguardato pressoché ogni aspetto interno al rapporto coniugale, che è venuto a informarsi a criteri di consensualità e valorizzazione dell'accordo *inter partes*: basti pensare alla libertà di scelta del regime patrimoniale della famiglia o agli accordi sull'indirizzo della vita e sulla residenza familiare. E considerato che tutti gli aspetti della vita familiare e più in generale i rapporti tra i coniugi possono purtroppo conoscere un'evoluzione negativa, sorge spontaneo il dubbio circa la possibilità di una risoluzione anche consensuale delle relative liti.

Diversa deve invece essere la lettura per quanto riguarda gli obblighi (personali e patrimoniali) integranti l'assistenza dell'intero nucleo familiare e in particolare i figli minori, che devono considerarsi non soltanto inderogabili e di ordine pubblico, ma tuttora non pienamente disponibili in capo alle parti, poiché nella loro integralità investono anche soggetti per i quali l'ordinamento tuttora appronta garanzie e difese anche di carattere metaindividuale.

Un'apertura verso l'arbitrato può invece sicuramente essere operata per quanto riguarda i profili patrimoniali che riguardano i soli coniugi, e in particolare la determinazione del *quantum* dei rispettivi diritti e obblighi al mantenimento.

Al riguardo, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di superare le tradizionali resistenze facendo leva su un possibile *discrimen* tra la questione attinente all'esistenza (all'*an*) del diritto e quella riguardante la sua

effettiva consistenza patrimoniale (il *quantum*). Si è così affermato che laddove la controversia abbia ad oggetto la misura dell'obbligo di assistenza materiale e non già l'esistenza dell'obbligo stesso, essa possa considerarsi ad ogni effetto compromettibile. In questo caso, invero, il giudizio dell'arbitro viene ad essere limitato a un apprezzamento del contributo economico di ciascun coniuge che non può considerarsi in contrasto con i dettami legislativi. Così operando, non vi sarebbe dunque alcun rischio che con la determinazione arbitrale venga meno l'obbligo di soddisfare il bisogno familiare e, di conseguenza, la lite risulterebbe perfettamente arbitrabile⁽³⁹⁾. In senso ancora più ampio, si è precisato in dottrina che l'area dell'indisponibilità si esprime in relazione ai diritti personalissimi, mentre si arresta di fronte a diritti aventi oggetto meramente patrimoniale⁽⁴⁰⁾.

9. Questo essendo lo scenario attuale, risulta ancora difficile immaginare, *de iure condito*, un arbitrato sull'intero assetto di diritti e situazioni soggettive che ruotano intorno alla separazione e al divorzio.

Al riguardo, non è tanto impeditiva la considerazione che le pronunce di separazione e divorzio rappresentano un diritto per la parte (nel primo caso, un diritto pressoché incondizionato, nella misura in cui la Cassazione non ritiene che per il rilievo della intollerabilità della convivenza debba più essere fornita la dimostrazione di specifici comportamenti in capo all'altro coniuge; nel secondo, un diritto tuttora ancorato al riscontro dell'esistenza dei presupposti legittimanti lo scioglimento ovvero cessazione degli effetti civili del matrimonio).

Il vero ostacolo deriva piuttosto dal fatto che nella separazione (e nel divorzio) il profilo relativo allo *status* rimane ancora oggi insuscettibile di essere ricompreso nella convenzione arbitrale e nel successivo emanando lodo, poiché la legge non ha *expressis verbis* previsto l'arbitrabilità del mutamento di stato personale, mentre in tal senso occorrerebbe una disposizione *ad hoc*, esattamente come è avvenuto per la negoziazione assistita e il procedimento diretto avanti al Sindaco.

Fermo quanto appena esposto, quali strade potrebbero dunque essere percorribili per le parti che intendano affidare a terzi di loro fiducia la risoluzione delle questioni che discendono dalla separazione e dal divorzio?

⁽³⁹⁾ In questo senso in passato v. Cass. 30 dicembre 1941, n. 3015; nonché la già citata Cass. 12 agosto 1954, n. 2942 (nella quale ultima si configura tale interpretazione come possibile anche con riferimento ai bisogni della prole). In dottrina v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 76 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 216 ss., nonché, di recente, GALLETTO, *La clausola compromissoria e il compromesso*, in AA.VV., *Arbitrato, ADR conciliazione* opera diretta da Rubino-Sammartano, cit., 120.

⁽⁴⁰⁾ Così G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 761.

In astratto, una prima soluzione potrebbe essere quella di immaginare una convenzione di arbitrato mista, con la quale le parti si dichiarano già concordi sulla separazione (o sul divorzio, per il quale sussistano i presupposti di legge), mentre su altre questioni si rimettono alla decisione degli arbitri, che dovrebbero quindi emanare un lodo sullo *status* e su tutti gli ulteriori profili consequenziali.

Ove tuttavia, per quanto sopra detto, non si ritenesse ancora possibile un'immediata arbitrabilità dello *status*, con la convenzione arbitrale le parti potrebbero quanto meno impegnarsi a trasfondere il lodo in un successivo accordo per negoziazione assistita. Ma questa soluzione, non nascondiamolo, desta non poche perplessità. In primo luogo perché il presupposto della negoziazione assistita è quello della consensualità, che in questo caso sarebbe in qualche modo soltanto indiretta (in quanto surrogata e filtrata in realtà da una decisione di terzi soggetti, gli arbitri, e dunque eteronoma e non immediatamente ma solo mediamente ricollegabile alle parti). Inoltre la pretesa vincolatività del *dictum* arbitrale cozzerebbe in realtà con il ruolo di tendenziali protagonisti degli avvocati nella negoziazione assistita, e in quanto tali anche chiamati a specifiche responsabilità che non potrebbero essere invece assunte laddove l'esito della controversia fosse stato previamente demandato al giudizio di terzi (gli arbitri).

Una seconda strada, innegabilmente articolata ma sicuramente percorribile, dovrebbe invece essere quella di mantenere separati i due binari. Instaurare quindi dapprima la negoziazione assistita esclusivamente per la separazione o il divorzio, lasciando « in bianco » le ulteriori condizioni e gli assetti dalla stessa conseguenti.

Una volta ottenuta la modifica dello *status*, le parti potrebbero allora liberamente affidare i contenuti e le clausole della separazione o del divorzio al giudizio degli arbitri. In questo caso non vi dovrebbero essere problemi, in quanto si tratta in definitiva di un arbitrato che si fonda su una pregressa separazione (o divorzio) già perfezionata attraverso uno strumento positivamente previsto dalla legge e nella successiva volontà delle parti di definire sempre consensualmente le rimanenti questioni.

Qualche dubbio potrebbe per verità aversi circa la tenuta del lodo, nell'ipotesi in cui una delle parti rifiutasse di ottemperare alle statuizioni in esso previste di trasfonderle, secondo l'originaria intesa, nell'accordo di negoziazione assistita. In questo caso, tuttavia, ove si consideri raggiunta la disponibilità del diritto, l'intesa tra i coniugi dovrebbe essere idonea a vincolare (o quanto meno indirizzare) il giudice che l'inottemperanza di una parte costringerebbe a investire.

Un'ultima, possibile strada è invece speculare rispetto a quella appena indicata. Si potrebbe in sostanza prevedere dapprima l'arbitrato, con il quale far decidere le diverse questioni di natura economica, e quindi, all'esito del lodo e su tutto il complesso delle situazioni (ivi inclusa la

modifica dello *status*), stipulare un accordo di negoziazione assistita. In tal caso, laddove una parte si rifiutasse di trasfondere nell'accordo di negoziazione i risultati del lodo, la strada rimarrebbe quella del giudizio ordinario, ma anche non volendo considerare il giudice vincolato ai risultati raggiunti, di fatto lo stesso dovrebbe quanto meno tenere conto della soluzione data degli arbitri, laddove il procedimento arbitrale fosse stato correttamente gestito.

10. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale e soprattutto le modifiche introdotte per effetto della l. n. 162/2014 danno quindi conto della direzione intrapresa dall'ordinamento. Una direzione che appare evidente e non più suscettibile di essere arrestata ovvero invertita.

In questo modo, nella tortuosa strada che contraddistingue l'arbitrato nei rapporti di famiglia inizia finalmente a intravedersi la discesa. Certo, non lo si nasconde, coerenza vorrebbe che il legislatore decidesse a questo punto di prevedere formalmente l'utilizzo anche di questo ulteriore strumento tra le possibili strade per la composizione della crisi familiare. In fondo se la separazione e il divorzio sono stati ammessi su accordo delle parti o per il tramite degli avvocati, non si vedono ragioni per escludere che questo possa avvenire anche ad esito del giudizio compiuto da soggetti terzi nei quali le parti stesse ripongono la loro fiducia.

In effetti, arroccarsi sull'idea di un'indisponibilità dello *status* che consegue alla separazione e al divorzio non ha oggi più significato, in quanto se le parti sono libere di volerne conseguire i risultati direttamente tra loro o per il tramite di avvocati, non si vedono ragioni per negare che tale obiettivo sia raggiunto attraverso una pronuncia da parte di arbitri.

Ove il legislatore si muovesse in questo senso si realizzerebbe una terza via, ulteriormente arricchente i possibili scenari della separazione e del divorzio.

Una via mediana tra quelle esistenti, sempre basata sulla volontà delle parti, come la negoziazione assistita, ma che come il processo ordinario presupporrebbe un'indagine più accurata e un giudizio svolto nel contraddittorio tra le parti, di fronte a un giudice imparziale. Un implemento del sistema di garanzie, dunque, come da tempo la nostra stessa Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare ⁽⁴¹⁾, per una giustizia sempre rispettosa dei diritti dei consociati ma al contempo più libera e consonante con le possibili esigenze di questi.

⁽⁴¹⁾ Cfr. la storica pronuncia Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in questa *Rivista*, 2001, 657 ss. con n. di BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss., con n. di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Giust. civ.*, 2002, II, 59 ss., con prefazione di SASSANI e n. di LUISO, AULETTA e CAPPONI; in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss., con n. di E.F. RICCI, *La « funzione giudicante » degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 263 ss., con n. di RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*; in *Giur. it.*, 2002, 690 ss., con n. di CANALE,

The essay aims to analyse what changes took place in the discipline of arbitration relating to family relationship. Starting from a position of firm closure, which has resulted from the original formulation of article 806 c.p.c., there have been several changes indicating a possible amalgamation of the relation between arbitration and family relationship.

On one hand, arbitration nowadays is much closer to the idea of jurisdiction (of which it preserves the most important guarantees); on the other hand, and in particular for the matters of separation and divorce, a recent reform (l. n. 162/2014) has opened the way for the first time to a change of status without necessarily going to the Court.

This reform seems to involve a lack of the nature of unavailability for the right to separation or to divorce, and so also a possible arbitration of the dispute.

Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma); in Giust. civ., 2002, II, 471 ss., con n. di D'ANNOVI, Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge.

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

I) ITALIANA

Sentenze annotate

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 9 giugno 2015, n. 108; CRISCUOLO *Pres.*; DE PRETIS *Est.*; Seriana 2000 società cooperativa sociale Onlus c. AUSL Roma E.

Clausole compromissorie preesistenti - Mancata salvezza - Norma transitoria - Preteso effetto retroattivo - Art. 1, co. 25, L. 190/2012 - Incostituzionalità - Non sussiste.

Ricorso all'arbitrato - *Ius superveniens* - Autorizzazione preventiva - Irragionevolezza - Art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006 (come sostituito dall'art. 1, co. 19, L. 190/2012) - Incostituzionalità - Non sussiste.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 241, comma 1, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, L. n. 190 del 2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Il Collegio arbitrale costituito in Roma per la risoluzione della controversia tra la Seriana 2000 società cooperativa sociale Onlus e l'AUSL Roma E dubita della legittimità dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non esclude dall'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 19, della stessa legge, che ha sostituito l'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), anche gli arbitrati che, come quello di cui si tratta, sono stati « conferiti » dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, sulla base di clausole compromissorie pattuite anteriormente.

In particolare, la norma consentirebbe irragionevolmente l'applicazione retroattiva delle disposizioni del richiamato comma 19, a tenore del quale « Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli ».

L'inefficacia sopravvenuta, che ne conseguirebbe, delle clausole compromissorie pattuite prima dell'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, e non autorizzate dalla pubblica amministrazione, si porrebbe in contrasto con il principio di certezza e di stabilità dell'ordinamento giuridico e con la libertà di iniziativa economica.

Ad avviso del rimettente, la norma viola, sotto altro profilo, gli artt. 41 e 111 Cost., in quanto, riconoscendo retroattivamente a favore della parte pubblica il diritto potestativo di negare il ricorso all'arbitrato, contrasterebbe con i principi di parità delle armi e di autonomia negoziale, nonché con gli artt. 24, 25 e 111 Cost., in quanto distoglierebbe le parti dal giudice naturale da esse contrattualmente individuato.

1.1. Il rimettente dubita inoltre della legittimità dello stesso art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, che ha sostituito l'art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, per contrasto, in primo luogo, con gli artt. 3 e 111 Cost., perché attribuirebbe alla pubblica amministrazione un potere di autorizzare il ricorso all'arbitrato, che si risolve in un vero e proprio diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale, tale da pregiudicare la parità delle parti nel processo e da determinare uno sbilanciamento in favore della parte pubblica.

La norma contrasterebbe ulteriormente con gli artt. 3, 24, 25, 102 e 111 Cost., per disparità di trattamento fra gli arbitrati in materia di contratti pubblici, il ricorso ai quali è subordinato alla preventiva autorizzazione motivata della pubblica amministrazione, a pena di nullità del lodo, e gli arbitrati disciplinati dal codice di rito civile, in mancanza di valide ragioni che giustifichino la diversità di accesso alla giurisdizione. La discriminazione riguarderebbe anche il fatto che solo per i primi la nullità del lodo potrebbe derivare anche da un vizio del provvedimento di autorizzazione (ad esempio, per incompetenza dell'organo che lo ha emesso).

Infine, sarebbe violato anche l'art. 97 Cost., in quanto la norma attribuisce il potere di autorizzare ogni singolo arbitrato all'organo di governo dell'amministrazione anziché alla dirigenza, pur trattandosi di un atto di gestione connotato da discrezionalità tecnica e non di un atto di indirizzo politico-amministrativo, da riservare all'organo di governo, con la conseguenza di un *vulnus* al principio di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, che impone una chiara e netta separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie.

2. Quanto alla censura dell'art. 1, comma 25, della legge n. 190 del 2012, che ha natura di norma transitoria, si osserva che il rimettente muove dal presupposto implicito, ma evidente, che con l'espressione « Le disposizioni di cui ai commi da

19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge », il legislatore abbia inteso stabilire, riferendosi al comma 19, che esso non si applica a quelle clausole compromissorie per le quali l'incarico arbitrale è stato conferito o autorizzato prima della data di entrata in vigore della legge. Da ciò trae la conseguenza che le clausole compromissorie pattuite, senza autorizzazione, prima dell'entrata in vigore della legge sarebbero retroattivamente colpite da inefficacia, in mancanza di anteriore conferimento dell'incarico agli arbitri o di anteriore autorizzazione dell'arbitrato, rimanendo al di fuori della sfera di applicazione della norma transitoria di cui al comma 25, che si espone così ai sollevati dubbi di legittimità.

La questione non è fondata.

L'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, là dove prevede la preventiva autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità della clausola compromissoria, è una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti. Essa si applica, ai sensi del comma 25 dello stesso art. 1, anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data.

Un simile effetto si sottrae alle censure sollevate dal rimettente.

Lo *ius superveniens* consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti. Non si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta deroga all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale.

Quanto esposto priva di fondamento le ragioni addotte dal rimettente a sostegno della questione relativa al comma 25 dell'art. 1 della legge n. 190 del 2012, giacché contraddice il presupposto, comune a tutte le censure, secondo il quale la norma attribuirebbe efficacia retroattiva al divieto di arbitrato senza preventiva autorizzazione.

3. L'infondatezza della questione con riferimento alla norma transitoria impone l'esame delle censure mosse all'art. 241, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012.

Nemmeno tale questione è fondata.

Secondo il rimettente, la norma contrasterebbe in primo luogo con gli artt. 3 e 111 Cost., perché attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di autorizzare il ricorso all'arbitrato. Tale potere si risolverebbe in un vero e proprio diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale, tale da pregiudicare la parità delle parti nel processo e da determinare uno sbilanciamento in favore della parte pubblica, non tollerabile tenuto altresì conto della natura giurisdizionale dell'ar-

bitrato, che è assistito dalle stesse garanzie di tutela del contraddittorio e di imparzialità del giudice proprie della giurisdizione comune.

Nello scrutinare la legittimità costituzionale del divieto di arbitrato nelle controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche rientranti nei programmi di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del decreto-legge 11 giugno 1998, n. 180 (Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite da disastri franosi nella regione Campania) convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 3 agosto 1998, n. 267, questa Corte ha avuto modo di precisare che « la discrezionalità di cui il legislatore sicuramente gode nell'individuazione delle materie sottratte alla possibilità di compromesso incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza. Siffatto limite non può certo dirsi superato nella specie, considerato il rilevante interesse pubblico di cui risulta permeata la materia relativa alle opere di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, anche in ragione dell'elevato valore delle relative controversie e della conseguente entità dei costi che il ricorso ad arbitrato comporterebbe per le pubbliche amministrazioni interessate » (sentenza n. 376 del 2001).

A maggior ragione, la scelta discrezionale del legislatore di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, non è manifestamente irragionevole, configurandosi come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali (ordinanza n. 11 del 2003).

Le medesime esigenze di contenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti valgono anche in questa materia, nella quale a tali esigenze si accompagna la generale finalità di prevenire l'illegalità della pubblica amministrazione. Ad essa è dichiaratamente ispirata la censurata previsione della legge n. 190 del 2012, che non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto.

Neppure sussiste la denunciata violazione del principio della parità delle parti nel processo, con riferimento agli artt. 3 e 111 Cost., in quanto la prevista autorizzazione non crea alcun privilegio processuale della pubblica amministrazione, idoneo a ledere il principio evocato. Il requisito introdotto dal legislatore, a pena di nullità della clausola compromissoria, si inserisce in una fase che precede l'instaurazione del giudizio — e la stessa scelta del contraente — e non determina pertanto alcuno squilibrio di facoltà processuali a favore della parte pubblica. Al contrario, lo stesso art. 241 prevede, nel successivo comma 1-*bis*, un adeguato meccanismo di tutela della libertà contrattuale della parte privata qualora l'autorizzazione sia concessa, stabilendo che l'aggiudicatario « può recusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione ».

La norma contrasterebbe, altresì, con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. per disparità di trattamento normativo fra arbitrati in materia di contratti pubblici e arbitrati disciplinati dal codice di rito civile, in mancanza di valide ragioni che giustificano

la diversità di accesso alla giurisdizione arbitrale, solo per i primi subordinato all'autorizzazione motivata della pubblica amministrazione, a pena di nullità del lodo, mentre nei secondi il rifiuto di una delle parti di aderire all'arbitrato, o il suo mero silenzio, consentono all'altra di ricorrere al tribunale per la nomina dell'arbitro non designato. Negli arbitrati pubblici, inoltre, la nullità del lodo potrebbe derivare anche da un vizio del provvedimento di autorizzazione (ad esempio, per incompetenza dell'organo che lo ha emesso), con ulteriore violazione degli artt. 3 e 111 Cost.

Le stesse considerazioni svolte sopra a proposito della discrezionalità di cui il legislatore sicuramente gode nell'individuare i limiti del ricorso all'arbitrato nella materia dei contratti pubblici consentono di escludere che il diverso trattamento normativo, censurato dal rimettente avendo riguardo agli arbitrati di diritto comune, presenti caratteri di manifesta irragionevolezza.

Va rilevato, inoltre, come il rimettente ponga sullo stesso piano, per sottolineare l'ingiustificata disparità di trattamento, il diniego di autorizzazione preventiva della clausola compromissoria e il rifiuto di una delle parti a nominare l'arbitro di sua competenza (o la sua inerzia nel nominarlo), mentre è evidente che si tratta di situazioni del tutto diverse, inerendo l'una a una fase anteriore all'insorgenza stessa della controversia e l'altra alla fase, immediatamente successiva all'instaurazione del giudizio, di costituzione del collegio arbitrale, nella quale il rifiuto della pubblica amministrazione a nominare l'arbitro o la sua inerzia sono soggetti alla stessa disciplina del codice di rito applicabile alla parte privata.

Nessuna violazione dei parametri di cui agli artt. 3 e 111 Cost. deriva poi dalla possibilità che il lodo sia affetto da nullità per un vizio del provvedimento di autorizzazione, in quanto tale eventuale conseguenza non sarebbe attribuibile al contenuto precettivo della norma censurata, bensì alla sua non corretta applicazione.

Le censure riferite agli artt. 24, 25 e 102 Cost. sono prive di specifica motivazione.

La norma, infine, si porrebbe in contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto attribuisce il potere di autorizzare ogni singolo arbitrato all'organo di governo dell'amministrazione anziché alla dirigenza, pur trattandosi di un atto di gestione, connotato da discrezionalità tecnica, e non di un atto di indirizzo politico-amministrativo, da riservare all'organo di governo, con conseguente vulnus al principio di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, che implica la necessità della chiara e netta separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie.

Nemmeno questa censura è fondata.

La separazione tra funzioni di indirizzo politico-amministrativo e funzioni di gestione amministrativa costituisce, secondo il costante orientamento di questa Corte, « un principio di carattere generale, che trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra gli atti da ricondurre alle funzioni dell'organo politico e quelli di competenza della dirigenza amministrativa, però, spetta al legislatore. A sua volta, tale potere incontra un limite nello stesso art. 97 Cost.: nell'identificare gli atti di indirizzo politico amministrativo e quelli a carattere gestionale, il legislatore non può compiere scelte che, contrastando in modo irragionevole con il principio di separazione tra politica e ammi-

nistrazione, ledano l'imparzialità della pubblica amministrazione » (*ex plurimis*, sentenza n. 81 del 2013).

La scelta operata dal legislatore, di affidare all'organo di governo il compito di autorizzare motivatamente il ricorso all'arbitrato nei contratti pubblici, non è irragionevole. L'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel concedere o negare l'autorizzazione, non solo non è riducibile alla categoria dei semplici apprezzamenti tecnici, involgendo essa valutazioni di carattere politico-amministrativo sulla natura e sul diverso rilievo degli interessi caso per caso potenzialmente coinvolti nelle controversie derivanti dall'esecuzione di tali contratti, ma, per il suo stesso oggetto, si esprime in giudizi particolarmente delicati, in quanto connessi all'esigenza perseguita dalla disposizione censurata di prevenire e reprimere corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione, e dunque non inopportunamente affidati all'organo di governo.

P.Q.M. — La Corte costituzionale

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 della Costituzione, e dell'art. 241, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come sostituito dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost., sollevata dal Collegio arbitrale di Roma con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » (art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte Costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, 1° co.

1. *Premessa: il quadro normativo (art. 1, co. 19 e 25, L. 190/2012) e le questioni di legittimità sollevate.* — La L. 190/2012 ha introdotto nuove norme in tema di deferibilità ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee ⁽¹⁾. Sono due le norme di questa legge che qui interessano: il co. 19 ed il co. 25 dell'art. 1,

⁽¹⁾ Per un quadro completo delle novità introdotte, in tema di arbitrato, dalla L. 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), v. OCCHIPINTI, *L'arbitrato amministrato delle opere pubbliche dopo la riforma introdotta dalla l. 6 novembre 2012 n. 190*, in questa *Rivista*, 2013, 279 ss.; ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 937 ss. Ai sensi del co. 20, dell'art. 1, L. cit., le disposizioni in materia di deferimento delle controversie ad arbitri dettate dall'articolo 241, 1° co., si applicano anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 c.c., o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

perché oggetto della recente sentenza n. 108/2015 della Corte costituzionale, che occasiona le seguenti pagine.

Il co. 19 ha sostituito l'art. 241, 1° co., D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), che nel testo così novellato si articola in due periodi. Il primo dispone che le ricordate controversie « possono essere *deferite ad arbitri* soltanto *previa autorizzazione motivata* da parte dell'organo di governo dell'amministrazione »; il secondo individua le attività attraverso cui tale *deferimento ad arbitri* si può in concreto realizzare: a) « *l'inclusione della clausola compromissoria* nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito », in vista dell'inserimento della clausola nel contratto tra l'amministrazione e l'aggiudicatario ⁽²⁾, fermo il potere di quest'ultimo di ricusare la clausola ai sensi dell'art. 241, co. 1 *bis*, così impedendone l'inserimento; b) « *il ricorso all'arbitrato* », fondato, come si dimostrerà ⁽³⁾, su clausole compromissorie pattuite prima dell'entrata in vigore della L. 190, avvenuta il 28 novembre 2012, e pertanto non “includere” previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione, come invece il novellato art. 241, 1° co., ora espressamente impone. Sia l'una che l'altra attività di “deferimento ad arbitri” — *l'inclusione delle clausole* compromissorie in vista dei nuovi contratti o il *ricorso all'arbitrato* sulla base delle clausole preesistenti — se avvenute senza la prescritta autorizzazione motivata sono nulle (art. 241, 1° co.).

Il co. 25 dell'art. 1 detta invece una disciplina transitoria che prevede, per quanto qui interessa, che le disposizioni in esame « non si applicano agli *arbitrati conferiti* o *autorizzati* prima della data di entrata in vigore della (...) legge ».

Alla Corte costituzionale sono state rimesse due questioni: la prima ha investito, sotto più profili, la norma transitoria appena ricordata. Secondo il rimettente la norma avrebbe violato gli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 Cost., nella parte in cui non esclude dall'applicazione dell'art. 1, co. 19 — che ha sostituito l'art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006 — anche gli arbitrati che siano stati « conferiti » dopo l'entrata in vigore della L. 190/2012 ma sulla base di clausole compromissorie preesistenti, con l'effetto di consentirne l'applicazione retroattiva. Risulterebbero inoltre violati: l'art. 41 Cost., perché il riconoscimento alla P.A. del diritto potestativo di negare il ricorso all'arbitrato avrebbe inciso retroattivamente sulle

⁽²⁾ In applicazione del co. 1 *bis* dell'art. 241, la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015 (*recante l'aggiornamento della Determinazione n. 6 del 18 dicembre 2013*) evidenzia che « l'espressione “inclusione della clausola compromissoria (...) nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito” deve essere interpretata nel senso che il bando o l'avviso con cui è indetta la gara o l'invito a partecipare alla gara indicheranno che il contratto conterrà la clausola compromissoria e non conterranno essi stessi la clausola compromissoria ».

⁽³⁾ *Infra* § 3 ss.

clausole compromissorie preesistenti, ledendo l'autonomia negoziale e l'affidamento nella certezza e stabilità dell'ordinamento giuridico; gli artt. 24, 25 e 111 Cost., perché le parti in tal modo sarebbero state distolte « dal giudice naturale da esse contrattualmente individuato »; ed infine l'art. 111 Cost., perché l'attribuzione alla P.A. del diritto potestativo di autorizzare o meno il ricorso all'arbitrato avrebbe violato il principio della parità delle parti nel processo.

La seconda questione ha investito, anche questa volta sotto più profili, l'art. 241, 1° co., D.lgs. 163/2006 (*rectius*: l'art. 1, co. 19, L. 190/2012 che lo ha novellato) ⁽⁴⁾, ma a ben vedere soltanto nella parte in cui attribuisce alla P.A. l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato », non invece nella parte in cui prevede l'autorizzazione « all'inclusione delle clausole », fattispecie ben distinta e non rilevante nel giudizio *a quo* ⁽⁵⁾. Si tratta, dunque, della norma descritta poco sopra *sub b*). Secondo il rimettente questa norma avrebbe violato gli artt. 3 e 111 Cost., perché attribuisce alla P.A. un diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale che lede la parità delle parti nel processo e determina uno sbilanciamento a favore della parte pubblica; ed inoltre gli artt. 3, 24, 25, 102 e 111 Cost., per la disparità di trattamento normativo così determinata rispetto agli altri arbitrati, per i quali « l'accesso alla giurisdizione arbitrale » ⁽⁶⁾ non richiede affatto l'autorizzazione a pena di nullità del « ricorso » ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ D'ora innanzi si farà riferimento soltanto al novellato art. 241, 1° co.

⁽⁵⁾ Lo dimostrano più elementi. In primo luogo nell'atto di promovimento (ord. 186/2014, in *GU* n. 45 del 29 ottobre 2014) si legge: « (...) il Collegio arbitrale ha ritenuto necessario acquisire motivata conferma dell'autorizzazione *al ricorso all'arbitrato* da parte dell'AUSL Roma E. Con nota del 18 marzo 2014, l'AUSL Roma E comunicava *di non ritenere di aderire all'arbitrato* nell'ottica del contenimento dei costi derivante da tale tipologia di contenzioso ». Inoltre, in punto di rilevanza della questione il Collegio arbitrale osserva: « L'arbitrato in esame è stato "conferito" dopo l'entrata in vigore della legge n. 190/2012, atteso che gli arbitri sono stati nominati nel 2013 e che non è intervenuta nessuna autorizzazione da parte della AUSL Roma E prima dell'entrata in vigore della predetta legge, né poteva ragionevolmente intervenire essendo tale istituto previsto dalla stessa legge n. 190/2012. Tuttavia tale conferimento è avvenuto per effetto di una clausola arbitrale pattuita »; e poi ancora: « (...) La questione di costituzionalità è *dunque rilevante* assumendo rilievo pregiudiziale rispetto alla definizione nel merito della lite insorta tra le parti, in quanto riguarda *l'ammissibilità del ricorso all'arbitrato* ed in ragione dell'intervenuto *diniego all'attivazione del giudizio arbitrale* da parte della AUSL Roma E ». A tutto ciò si aggiungono le doglianze relative alla violazione dell'art. 3 Cost., rispetto ad altri arbitrati per i quali « l'accesso alla giurisdizione arbitrale » non richiede l'autorizzazione a pena di nullità del « ricorso », v. *supra* nel testo ed *infra* nota 7.

⁽⁶⁾ In questi termini l'ordinanza di rimessione, riprodotta anche dalla Corte nella sentenza.

⁽⁷⁾ Ad ulteriore conferma che il rimettente si riferisce all'autorizzazione *del ricorso all'arbitrato*, nell'ordinanza di rimessione si legge: « Mentre nella disciplina prevista dal c.p.c. l'eventuale rifiuto di una delle parti di aderire all'arbitrato (in violazione di una specifica clausola compromissoria) non determina la nullità del lodo *ex art. 829 c.p.c.* (anzi, un eventuale rifiuto od anche il mero silenzio consente all'altra parte di ricorrere al Tribunale civile per la nomina dell'arbitro di parte), negli arbitrati di cui all'art. 241 del Codice dei Contratti il rifiuto o la mancata autorizzazione della parte pubblica all'arbitrato comporta, per ciò solo, la nullità insanabile del lodo eventualmente pronunciato »; ed inoltre si ravvede una violazione degli artt. 3 e 111 Cost. nella circostanza che soltanto nell'arbitrato in esame si potrebbe giungere, in

Esiste poi una terza questione, non direttamente rilevante nel presente studio ⁽⁸⁾, che ha investito la legittimità del novellato art. 241, 1° co., in relazione all'art. 97 Cost., per la scelta del legislatore di attribuire l'autorizzazione all'organo di governo dell'amministrazione e non all'organo gestionale, pur trattandosi di un atto di gestione connotato da discrezionalità tecnica.

2. *Il rigetto delle questioni (Corte cost. n. 108/2015)*. — La prima questione è stata rigettata dalla Corte richiamando — per ora di fatto e aderendo alla difesa statale — la ben nota esperienza del divieto sopravvenuto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità ⁽⁹⁾, introdotto dall'art. 3, 2° co., D.L. 11 giugno 1998, n. 180 ed oggetto di dibattute vicende ⁽¹⁰⁾. In quel caso la norma sopravvenuta — l'art. 3, 2° co. — aveva introdotto un divieto di arbitrato; a questo si è accompagnata una norma

ragione della sanzione di nullità espressamente prevista, a configurare la « nullità del lodo anche in ragione della opinabilità della motivazione all'autorizzazione (od anche in ragione dell'eventuale incompetenza dell'organo che rilascia l'autorizzazione) ».

⁽⁸⁾ Per un profilo di rilevanza v. *infra* § 6.1.2., sulla natura non meramente discrezionale dell'autorizzazione.

⁽⁹⁾ Un'esperienza ben nota perché in quel contesto è maturata Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376 [in questa *Rivista*, 2001, 657 ss., con nota di BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Giur. it.*, 2002, 689 ss., con nota di CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss., con nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, e poi commentata, *ibi*, 2002, II, 60 ss., da LUISO, AULETTA, CAPPONI (con premessa di SASSANI), *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. Cost. n. 376 del 2001)*, nonché, *ibidem*, 471 ss., da DANOVI, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*; e ancora da RICCI E.F., *La « funzione giudicante » degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss., RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 263 ss.), che ha riconosciuto *ante legem* la legittimazione degli arbitri rituali a sollevare questioni di legittimità costituzionale.

⁽¹⁰⁾ La storia di questo divieto, ancora attuale (v. da ultimo anche Cass. 19 gennaio 2016, n. 789, inedita), inizia con il citato art. 3, 2° co., D.L. 180/1998 (*Misure urgenti per la prevenzione del rischio idrogeologico ed a favore delle zone colpite da disastri franosi nella Regione Campania*), conv. in legge, con modif., dall'art. 1, 1° co., L. 3 agosto 1998, n. 267. L'art. 3, 2° co., ha previsto, per quanto qui interessa, che « Le controversie relative all'esecuzione di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali non possono essere devolute a collegi arbitrali ». La norma ha fatto però salvi « i lodi già emessi e le controversie per le quali sia stata già notificata la domanda di arbitrato » alla data di entrata in vigore del decreto (il 12 giugno 1998). Successivamente l'art. 7, 1° co. lett. v, L. 1 agosto 2002, n. 166 (*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti - Collegato Infrastrutture Merloni quater*) ha aggiunto all'art. 32, L. 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici — Legge Merloni —*) il co. 4 bis, a tenore del quale « Sono abrogate tutte le disposizioni che, in contrasto con i precedenti commi, prevedono limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici come definita all'articolo 2 ». Questa norma è entrata in vigore il 18 agosto 2002. Infine è intervenuto l'art. 1, co. 2 quater, D.L. 7 febbraio 2003, n. 15 (*Misure urgenti per il finanziamento di interventi nei territori colpiti da calamità naturali e per l'attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 13, co. 1°, della L. 1 agosto 2002, n. 166. Disposizioni urgenti per il superamento di situazioni di emergenza ambientale*), che ha stabilito: « Alle controversie derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche inerenti programmi di ricostruzione dei territori colpiti da calamità naturali, ivi compresi gli interventi derivanti dall'applica-

transitoria che ha fatto salvi i lodi emessi e le domande di arbitrato notificate entro la data di entrata in vigore del divieto⁽¹¹⁾. Come in quell'esperienza, nel caso in esame il novellato art. 241, 1° co., — « norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti »⁽¹²⁾ — avrebbe determinato non la nullità in via retroattiva bensì l'inefficacia sopravvenuta e *pro futuro* delle clausole compromissorie preesistenti⁽¹³⁾. Un'inefficacia che anche nella vicenda in esame è ricondotta dalla Corte al contrasto delle clausole preesistenti con la norma imperativa sopravvenuta che ha introdotto il « divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione ».

Nonostante che la Corte si esprima soltanto in termini di inefficacia sopravvenuta, il meccanismo appena descritto e altre affermazioni della

zione della legge 14 maggio 1981, n. 219 e successive modificazioni, *continua ad applicarsi* il disposto di cui all'articolo 3, co. 2°, del decreto legge 11 giugno 1998, n. 180, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 1998, n. 267 ». L'appena citato co. 2° *quater* è stato inserito dall'allegato alla L. 8 aprile 2003, n. 62 (L. di conversione, con modifiche, del D.L. cit.), con effetto dal 10 aprile 2003. Questa complessiva successione normativa ha posto il problema di stabilire se il citato art. 7, 1° co. lett. v., L. 166/2002, che con decorrenza dal 18 agosto 2002 ha introdotto il co. 4 *bis* dell'art. 32 L. 109/1994, avesse abrogato, con effetto dalla data indicata, anche il divieto di arbitrato introdotto dall'art. 3, 2° co., D.L. 180/1998; e, dunque, se al disposto dell'art. 1, co. 2° *quater*, D.L. n. 15/2003 dovesse riconoscersi una *portata innovativa*, con la conseguente *reintroduzione* del divieto a partire dal 10 aprile 2003, o invece *meramente interpretativa* del citato co. 4 *bis* dell'art. 32 L. 109/1994. In questa seconda ipotesi la norma appena indicata avrebbe dovuto essere letta nel senso che l'abrogazione, da essa prescritta, delle disposizioni limitative dei mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici non dovesse essere riferita anche al divieto di arbitrato di cui all'art. 3, 2° co., D.L. 180/1998, che pertanto non sarebbe mai venuto meno a partire dalla sua originaria introduzione (il 12 giugno 1998). La giurisprudenza ha accolto la tesi del *carattere interpretativo*, affermando l'ininterrotta vigenza del divieto, cfr. Cass. 19 gennaio 2016, n. 789, cit., Cass., 27 aprile 2011, n. 9394, in *Foro it.*, 2011, I, 2070, Cass., 3 giugno 2010, n. 13464, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 333; e in tal senso già App. Napoli, 31 gennaio 2006, n. 41, in *Corr. giur.*, 2007, 86 ss., con nota di CAPPONI, *Il divieto di arbitrato in tema di controversie relative ad opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali tra potestas judicandi e perpetuatio jurisdictionis*; ma *contra* appariva App. Napoli, 11 gennaio 2006, n. 353, inedita. Sul tema, anche per le questioni connesse, cfr. inoltre ARPAIA, *Il divieto di arbitrato nelle controversie relative ad opere pubbliche di ricostruzione in territori colpiti da calamità naturali, tra presunta abrogazione ed interpretazione autentica*, in *Rass. Avv. Stato*, 2004, 905 ss., CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2007, spec. 47 s., 58 s.; *Id.*, *Contro il divieto di arbitrato su diritti indisponibili*, in *Giur. it.*, 2006, 1785 ss., MONTEDORO, *L'arbitrato: un istituto alla ricerca di certezze*, in *Urb. e App.*, 2004, 508 ss., spec. 510. V. ora l'art. 253, co. 34 lett. d), D.lgs. 163/2006, che ha riconfermato il divieto.

⁽¹¹⁾ V. la nota precedente. In realtà l'art. 3, 2° co., nel testo originario risultante dal D.L. faceva salvi soltanto i lodi già emessi; la salvezza anche delle domande di arbitrato già notificate è stata introdotta in sede di conversione dalla L. n. 267/1998, cit., che ha optato per un criterio più favorevole rispetto alla salvezza dei soli lodi emessi (in tal senso cfr. Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, cit.) e di certo conforme ad un legittima disciplina di diritto intertemporale, v. *infra* nota 52.

⁽¹²⁾ Così Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, cit.

⁽¹³⁾ In quell'esperienza le espressioni nullità sopravvenuta ed inefficacia sopravvenuta erano utilizzate in modo equivalente. Si parlava di nullità sopravvenuta per indicare che le clausole compromissorie preesistenti erano ormai divenute contrarie all'ordinamento e perciò improduttive di effetti per il futuro. Si operava sulla fattispecie, da qui il riferimento alla nullità, ma in concreto sancendone l'inefficacia *pro futuro*, da qui la formula "nullità sopravvenuta".

Corte rinviano al fenomeno della nullità sopravvenuta⁽¹⁴⁾. Del resto proprio in tema di nullità sopravvenuta⁽¹⁵⁾ si è formato il costante indirizzo della Cassazione a cui la Corte dichiara di conformarsi⁽¹⁶⁾. Da questo indirizzo emerge come la distinzione tra le due figure — nullità e inefficacia sopravvenuta — si perda sul piano pratico, perché la cd. nullità sopravvenuta non inficia la validità *ab origine* della fattispecie (la clausola compromissoria), ma la rende « nulla » soltanto a partire dalla data di entrata in vigore della norma con cui è sorto il contrasto⁽¹⁷⁾. La rende, in

⁽¹⁴⁾ Dal momento che è da escludere la retroattività del novellato art. 241, 1° co. (e tanto più che tale retroattività possa discendere dalla norma transitoria dettata dall'art. 1, co. 25, L. 190/2012, v. *infra* § 3.1.3.), appare sintomatico di un fenomeno di nullità sopravvenuta che la Corte affermi, leggendo in modo non condivisibile la norma transitoria (v. *infra* nota 71), che l'art. 241, 1° co. — che commina la sanzione di nullità per le clausole non autorizzate — « *si applica, ai sensi del comma 25 dello stesso art. 1, anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, fatti salvi gli arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti o per i quali sia intervenuta l'autorizzazione prima di tale data* ».

⁽¹⁵⁾ In generale sulla nullità sopravvenuta del negozio giuridico v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Vassalli, XV, Torino, 307 e ss.; DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 755; MESSINEO, *Il contratto in generale*, in CICU e MESSINEO (diretto da), *Tratt. di dir. civ. e comm.*, 2, Milano, 1972, 182. Più di recente, con ampi riferimenti all'esperienza giurisprudenziale, MAISTO, *Diritto intertemporale*, in PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, I, 5, Napoli, 2007, 158 ss., spec. 167 ss.; RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2000, 628 ss. Per applicazioni giurisprudenziali, oltre alla richiamata giurisprudenza sull'art. 34, 2° co., D.lgs. 5/2003 (*infra* nota 16), v. in tema di fideiussione *omnibus* Cass., 22 aprile 2009, n. 9627, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 20, Cass., 9 febbraio 2007, n. 2871, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 317, Cass., 26 gennaio 2006, n. 1689, in *Corriere giur.*, 2006, 1252, nota di RUVOLO, *Successione di leggi nel tempo e fideiussioni omnibus stipulate prima dell'entrata in vigore della l. 154/92*). Di questa figura si sono occupate soprattutto la dottrina e la giurisprudenza del diritto civile e commerciale, ma è ormai ricorrente anche in tema di arbitrato, cfr. i contributi di CAPPONI indicati *supra* nota 10 e, se vuoi, MARZOCO, *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria e diritto intertemporale*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 491 ss.

⁽¹⁶⁾ La Corte afferma che la norma sopravvenuta sanziona con la nullità le clausole non previamente autorizzate ed incide sulle preesistenti non già determinandone la nullità in via retroattiva bensì l'inefficacia *pro futuro*. In questo modo richiama, riportandolo testualmente (cfr. il punto 2. del *Considerato in diritto* della sentenza con i passi della Cassazione riportati qui subito *infra*), un costante indirizzo della Cassazione dettato proprio in tema di nullità sopravvenuta. Da ultimo ne è chiara espressione Cass., 17 febbraio 2014, n. 3665, in *Rep. Foro it.* 2014, voce *Arbitrato*, n. 96, che afferma la nullità sopravvenuta della clausola che contrasti con quanto previsto dal sopravvenuto art. 34, 2° co., D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sancendone la mancata produzione degli effetti *pro futuro* (v. anche *infra* nota 91). In motivazione la Cassazione afferma — così come Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, cit. — di aver applicato « il principio, più volte espresso da questa Corte, secondo il quale, qualora nel corso di esecuzione di un rapporto sopravvenga una norma che sancisca la nullità del contratto o di una clausola dello stesso, la sanzione di nullità incide sul rapporto, non consentendo la produzione di ulteriori effetti ». Inoltre, circa il rapporto con l'inefficacia sopravvenuta, la Cassazione sottolinea: « Ed anche a ritenere che, in simili casi, si tratti non tanto di una questione di nullità sopravvenuta del contratto, o di clausole dello stesso, ma di inefficacia, in quanto la normativa sopravvenuta viene ad incidere sul piano degli effetti e non dell'atto, in ogni caso la clausola preesistente deve ritenersi non più operante ».

⁽¹⁷⁾ V. la nota precedente. Preme sottolineare che affinché si determini la nullità sopravvenuta non è affatto necessario che la norma imperativa sopravvenuta rechi una specifica

concreto, inefficace *pro futuro*; da qui la possibilità di descrivere il fenomeno anche in termini di inefficacia sopravvenuta ⁽¹⁸⁾. Ma si opti per l'una o per l'altra formula, lo stesso indirizzo è chiaro nell'affermare che « in ogni caso la clausola preesistente deve ritenersi non più operante » ⁽¹⁹⁾, perché contrasta con una norma imperativa sopravvenuta ⁽²⁰⁾. Ciò induce ad escludere, alla luce dell'art. 1418 c.c., qualsivoglia meccanismo di « sanatoria » della stessa ⁽²¹⁾.

L'assimilazione pratica tra le due figure trova conferma nella circostanza che proprio rispetto all'esperienza, invocata dalla Corte, del divieto di arbitrato nelle controversie post-calamità si è ricorrentemente parlato non di inefficacia ma di nullità sopravvenuta ⁽²²⁾.

Una differenza tra le due figure resta però sul piano teorico: nella prospettiva dell'inefficacia sopravvenuta il contrasto con la norma imperativa non intacca la validità della clausola compromissoria, perché la norma sopravvenuta interviene soltanto sul piano del rapporto (quindi dell'efficacia) e non dell'atto (quindi della validità) ⁽²³⁾. In questa prospettiva la scelta della Corte di parlare soltanto di inefficacia sopravvenuta ⁽²⁴⁾ potrebbe assumere un particolare significato. Essa, da un lato, di certo non

disciplina delle clausole preesistenti, come invece vuole TAR Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, inedita, che di recente è intervenuta sulle norme in esame. La nullità sopravvenuta nasce anche soltanto dal contrasto delle clausole preesistenti con una norma imperativa sopravvenuta (contrasto che nel caso di specie non sussiste, *infra* § 3 ss.)

⁽¹⁸⁾ L'alternativa tra le due patologie — nullità o inefficacia — non fa altro che sinterizzare il dibattito sulla nullità « sopravvenuta ». La nullità quale vizio genetico del contratto non potrebbe, a rigore, dirsi sopravvenuta. Pertanto si tenta di risolvere la contraddizione riconoscendo alla nullità sopravvenuta efficacia *ex nunc* (in tal senso cfr. DONISI, *op. cit.*, 795 ss.); mentre altri per superare la contraddizione parlano *tout court* di inefficacia sopravvenuta (cfr., anche per riferimenti, RICCIO, *op. cit.*, 628 s.). V. anche *supra* nota 13.

⁽¹⁹⁾ Così Cass., 17 febbraio 2014, n. 3665, cit., riportata *supra* nota 16; e similmente Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, cit.

⁽²⁰⁾ Nel caso concreto la ricordata Cass. 17 febbraio 2014, n. 3665 ha affermato la nullità sopravvenuta della clausola compromissoria (o, in modo equivalente, l'inefficacia sopravvenuta, v. *supra* nota 16), rifiutando la cd. tesi del “doppio binario” — per cui la clausola si convertirebbe da clausola per arbitrato endosocietario in clausola per arbitrato di diritto comune — perché l'art. 34, 2° co., D.lgs. 5/2003 « commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione ». Si voglia descrivere il fenomeno in termini di nullità o invece di inefficacia sopravvenuta la realtà non muta: la clausola preesistente non è più operante, senza possibilità di sanatoria, visto il permanente contrasto con una norma imperativa (espressione in questo caso di un principio di ordine pubblico).

⁽²¹⁾ Cfr. la nota precedente. Se si segue la prospettiva della nullità o inefficacia sopravvenuta non appaiono possibili forme di autorizzazione postuma; ma v. *amplius* § 3.1.3. e nota 67 per la posizione dell'ANAC.

⁽²²⁾ Cfr. App. Napoli, 10 gennaio 2006, n. 41, cit.

⁽²³⁾ Fermo che la Cassazione è chiara nel dichiarare che la clausola comunque non può più operare, visto il contrasto con lo *ius superveniens* imperativo, v. *supra* note 19 e 16.

⁽²⁴⁾ Scelta non rimasta priva di conseguenze, se si nota che la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit., aggiornando la precedente Determinazione AVCP n. 6, del 18 dicembre 2013, non si esprime più in termini di « sopravvenuta nullità (e di « potere di convalidare »), ma soltanto in termini di « sopravvenuta inefficacia » (e di « autorizzazione a posteriori » o « autorizzazione postuma »).

elide la contestuale affermazione che il legislatore ha introdotto il « divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione », affermazione che denota un giudizio di disvalore sulle clausole preesistenti tale da renderle, in via sopravvenuta e *pro futuro*, affette da nullità/inefficacia ⁽²⁵⁾; dall'altro, tuttavia, tale scelta potrebbe esprimere che la Corte, ferma l'inoperatività delle clausole per il futuro ⁽²⁶⁾, non ravveda affatto nell'intervento del legislatore il segno di uno sfavore per l'arbitrato che renda le clausole preesistenti contrarie all'ordinamento e, pertanto, affette da nullità sopravvenuta ⁽²⁷⁾. Il legislatore potrebbe aver introdotto non un divieto, come invece nell'esperienza richiamata, ma una nuova disciplina del procedimento di determinazione della P.A. a deferire le controversie ad arbitri, in ragione di nuove clausole, nel qual caso *dovrà autorizzarne l'inclusione* nei bandi in vista dei futuri contratti; o in ragione di clausole preesistenti alla L. 190, nel qual caso *dovrà autorizzare il ricorso al singolo arbitrato*. Sembra questa la corretta prospettiva e in questo senso, come si dimostrerà, è giusto che la discussione si concentri sul piano dell'efficacia; di questa prospettiva, tuttavia, non si troverà affatto riscontro nella sentenza della Corte.

La seconda questione è stata anch'essa rigettata richiamando, questa volta espressamente, la suddetta esperienza. Come in quell'occasione anche nella vicenda in esame la Corte invoca la discrezionalità del legislatore, che legittima la differenziazione tra discipline ⁽²⁸⁾ per perseguire interessi generali, salvo il limite della manifesta irragionevolezza. Un limite che non ritiene superato nel caso di specie, sia perché il sistema dell'autorizzazione soddisfa esigenze di contenimento dei costi e di tutela degli interessi pubblici ⁽²⁹⁾; sia perché esso rappresenta « un mero limite

⁽²⁵⁾ È proprio questo il meccanismo secondo cui opera la nullità sopravvenuta. Di nullità sopravvenuta si parla per descrivere gli effetti della sopravvenienza di una norma imperativa irretroattiva che rechi una disciplina difforme da quella esistente al momento della stipulazione di un contratto di durata. Essa soddisfa l'esigenza che il conflitto di un contratto ad esecuzione non istantanea, seppur validamente stipulato, con una norma imperativa sopravvenuta ed avente carattere irretroattivo non resti irrilevante. A tal fine si afferma che il contratto diviene affetto da nullità o inefficacia sopravvenuta. Sul carattere imperativo del novellato art. 241, 1° co., non ha dubbi la stessa Corte.

⁽²⁶⁾ V. ancora *supra* note 19 e 16.

⁽²⁷⁾ Un accenno in tal senso si può rinvenire soltanto là dove la Corte afferma che l'art. 241, 1° co., « non esprime un irragionevole sfavore per il ricorso all'arbitrato, come sostiene il rimettente, ma si limita a subordinare il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicuri la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto ».

⁽²⁸⁾ Differenziazione da intendere sia come differenziazione nel tempo della disciplina del medesimo settore; sia come differenziazione tra le discipline di settori simili (nel nostro caso la disciplina dell'arbitrato per altre controversie), v. anche *infra* nota 89.

⁽²⁹⁾ Si richiama a tal fine Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, cit., che rispetto al divieto *ex art. 3, 2° co., D.L. 180/1998* ha escluso che la discrezionalità del legislatore nell'introdurre il divieto di arbitrato fosse affetta da manifesta irragionevolezza, visto il rilevante interesse pubblico coinvolto nelle controversie relative ad opere post-calamità e l'entità dei costi dell'arbitrato.

all'autonomia contrattuale », la cui garanzia costituzionale « non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali »⁽³⁰⁾, tra i quali rientra « la generale finalità di prevenire l'illegalità nella pubblica amministrazione ». La Corte, inoltre, esclude che rilevi il principio della parità delle parti nel processo, perché l'autorizzazione si collocherebbe in una fase anteriore ad esso⁽³¹⁾.

La terza questione, di cui pur si dà notizia, è stata rigettata osservando che l'attribuzione della competenza all'organo di governo non è inopportuna, vista « l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel concedere o negare l'autorizzazione ». Questa discrezionalità « non è riducibile alla categoria dei semplici apprezzamenti tecnici », perché involge anche « valutazioni di carattere politico-amministrativo sulla natura e sul diverso rilievo degli interessi caso per caso potenzialmente coinvolti nelle controversie derivanti dall'esecuzione di tali contratti »; inoltre, « per il suo stesso oggetto, si esprime in giudizi particolarmente delicati, in quanto connessi all'esigenza (...) di prevenire e reprimere corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione ».

3. *Una distinzione offuscata nella sentenza: l'art. 241, 1° co., distingue tra autorizzazione all'« inclusione delle clausole compromissorie » e autorizzazione del « ricorso all'arbitrato ».* — La sentenza suscita subito alcuni rilievi. Il primo attiene alla sua intrinseca coerenza: più volte in essa appare presupposta, visto il giudizio *a quo*⁽³²⁾, ma resta offuscata nei passaggi in cui avrebbe dovuto rilevare⁽³³⁾, la ricordata distinzione tra autorizzazione all'« inclusione delle clausole compromissorie » nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando,

⁽³⁰⁾ Conf. Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 11 (in *Giur. it.*, 2004, 437 ss., con nota di FURNO, *Corte costituzionale ed arbitrati: un nuovo "giudice a quo"*, in *Giust. civ.*, 2003, 872 ss., ed *ibi*, 2004, 2909 ss., con nota di GROPPOLI, *Brevi osservazioni in ordine al principio della irretroattività della legge a garanzia del giudice naturale preconstituito per legge*), resa con riferimento al divieto di cui all'art. 3, 2° co., D.L. 180/1998.

⁽³¹⁾ Un'obiezione, come si vedrà (*infra* § 5.1.), non condivisibile se riferita all'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato »; valida invece se riferita all'autorizzazione « all'inclusione delle clausole ».

⁽³²⁾ Nel *Considerato in diritto* della sentenza la Corte chiaramente colloca l'arbitrato in esame tra quelli « conferiti dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, sulla base di clausole compromissorie pattuite anteriormente »; e soprattutto più volte — cfr. il punto 1.1. e spec. il punto 3 — sottolinea che il rimettente si duole dell'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » attribuita all'amministrazione, che « si risolverebbe in un vero e proprio *diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale*, tale da pregiudicare la parità delle parti nel processo e da determinare uno sbilanciamento in favore della parte pubblica, non tollerabile tenuto altresì conto della natura giurisdizionale dell'arbitrato, che è assistito dalle stesse garanzie di tutela del contraddittorio e di imparzialità del giudice proprie della giurisdizione comune ». Se si legge l'ordinanza di rimessione, del resto, si nota come la questione di legittimità sollevata — e non avrebbe potuto essere altrimenti, pena l'irrelevanza della questione nel giudizio *a quo* — riguardi non già l'autorizzazione all'« inclusione delle clausole » ma l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » (sulla base di clausole preesistenti), v. *supra* note 5 e 7.

⁽³³⁾ Se ne darà prova *infra* §§ 5. e 5.1.

nell'invito; ed autorizzazione del « *ricorso all'arbitrato* ». Questa distinzione emerge chiaramente dall'interpretazione letterale del novellato art. 241, 1° co., e trova poi conferma nell'interpretazione sistematica delle norme.

Dal punto di vista dell'interpretazione letterale (e logico-grammaticale) la terminologia utilizzata nell'art. 241, 1° co., e la successione delle parole non possono avere scarsa importanza. Il 1° co. si sviluppa in due periodi. Il primo dispone, in generale, che le ricordate controversie « possono essere *deferite ad arbitri* soltanto previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione »; il secondo individua le specifiche attività attraverso cui tale deferimento ad arbitri può avvenire: a) l'« inclusione della clausola compromissoria » nei bandi, avvisi, etc. (in vista della stipulazione di contratti che contengano la clausola compromissoria e fermo il diritto dell'aggiudicatario di ricusare la clausola ai sensi dell'art. 241, co. 1 *bis*); b) « o il ricorso all'arbitrato », quindi in relazione ad una singola controversia e sulla base di una clausola compromissoria, visto il divieto di stipulare compromessi in materia (art. 241, co. 1 *bis*, ultimo periodo). Sia l'una che l'altra attività, in quanto forme di deferimento ad arbitri delle controversie, possono essere compiute soltanto previa autorizzazione motivata, a pena di nullità⁽³⁴⁾. Acquista dunque un preciso significato la congiunzione disgiuntiva « o » che nel secondo periodo del co. 1 separa le due attività oggetto di autorizzazione⁽³⁵⁾.

Il legislatore non può aver utilizzato — nei due periodi del co. 1 — deferimento ad arbitri e *ricorso all'arbitrato* nella stessa accezione, perché altrimenti saremmo in presenza di una ripetizione priva di senso, del tutto superflua. La distinzione ha invece un senso preciso, da rinvenire nella volontà del legislatore di distinguere due diversi oggetti di autorizzazione — l'« inclusione delle clausole » e il « ricorso all'arbitrato » —, in quanto forme per deferire le controversie ad arbitri ai sensi del primo periodo del medesimo comma⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Sulle diverse sanzioni di nullità previste dall'art. 241, 1° co., che confermano la distinzione qui compiuta, v. *infra* § 4.1.

⁽³⁵⁾ Art. 241, 1° co.: « Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. *L'inclusione della clausola compromissoria*, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o *il ricorso all'arbitrato*, senza preventiva autorizzazione, sono *nulli* ».

⁽³⁶⁾ Mentre in questo contesto l'espressione « ricorso all'arbitrato » ha un significato diverso dal *deferire ad arbitri* previsto dal primo periodo del co. 1 (v. anche *infra* § 4.1. sulle diverse sanzioni di nullità previste), altrove — art. 1, co. 20, L. 190/2012 — il legislatore ha parlato di « ricorso ad arbitri » con accezione generica, al fine di richiamare tutte le attività oggetto di autorizzazione ai sensi del novellato art. 241, 1° co.

Resta ora da chiarire se sia stata prevista una doppia autorizzazione — prima dell’inclusione della clausola e poi del ricorso all’arbitrato — o se invece le disposizioni abbiano un diverso e più razionale significato.

3.1. *L’insostenibilità di una “doppia autorizzazione” e il vero senso della distinzione.* — Una prima attribuzione di senso alla distinzione tra il concetto generale di deferimento ad arbitri e le sue due forme — l’inclusione della clausola o il ricorso all’arbitrato — potrebbe emergere dalla lettura del solo novellato art. 241, 1° co. secondo periodo. In esso si potrebbe rinvenire la volontà del legislatore di sottoporre ad autorizzazione entrambe le attività. Dunque una doppia autorizzazione motivata, di competenza del medesimo organo di governo dell’amministrazione: prima in via generale, rispetto all’inclusione della clausola e in vista della stipulazione del contratto; poi in modo specifico, dopo l’insorgere di una controversia, al fine di autorizzare o meno il concreto « ricorso all’arbitrato » sulla base della medesima clausola. La tesi della “doppia autorizzazione”, che di per sé già contrasta con un chiaro dato letterale ⁽³⁷⁾, si espone, nonostante possa rinvenire un riscontro giurisprudenziale ⁽³⁸⁾, ad intuibili rilievi.

È semplice osservare, infatti, che rispetto ad un atto negoziale, quale è la clausola compromissoria, se l’organo di governo della P.A. ha già autorizzato motivatamente l’inclusione della clausola, la necessità di confermare o negare l’autorizzazione quando all’insorgere di una controversia si produce, sulla base della medesima clausola, l’obbligo di ricorrere all’arbitrato appare un “eccessivo *favor*” per la P.A. L’aggiudicatario, quando la stazione appaltante abbia indicato la volontà di inserire nel futuro contratto una clausola compromissoria, può ricusare la clausola entro venti giorni dalla conoscenza dell’aggiudicazione, al fine di impedirne l’inserimento (art. 241, co. 1 *bis*) ⁽³⁹⁾; la mancata ricazione ha quale effetto la pattuizione della clausola. In questo modo il legislatore ha inteso equilibrare la posizione delle parti nell’esercizio di un’attività

⁽³⁷⁾ Il riferimento è al co. 20 dell’art. 1 L. 190/2012 (*supra* nota 1), che nell’estendere il campo applicativo delle disposizioni dell’art. 241, 1° co., prevede che « l’organo amministrativo rilascia l’autorizzazione di cui al citato comma 1 dell’art. 241 (...) ». Si parla, dunque, di « autorizzazione » al singolare, espressione incompatibile con l’idea di due autorizzazioni successive di competenza del medesimo organo.

⁽³⁸⁾ Il riferimento è a TAR Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, cit., che in motivazione afferma: « il concetto di “arbitrato autorizzato” di cui all’art. 1, comma 25, della L. n. 190 del 2012 non può essere in tutto assimilabile al concetto di autorizzazione di cui al precedente comma 19 (che prevede una prima autorizzazione espressa da parte della stazione appaltante per l’inserimento della clausola nel contratto di appalto ed una seconda nel caso in cui si intenda concretamente devolvere la controversia al collegio arbitrale) in quanto, come detto, la previsione da ultimo richiamata vale soltanto per i contratti stipulati successivamente al 28 novembre 2012 ».

⁽³⁹⁾ Su questa norma v. ODORISIO, *L’arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, III, 2° ed., Padova, 2012, 178 ss.

privatistica. La subordinazione all'autorizzazione della P.A., all'insorgere della controversia, anche del ricorso "effettivo" all'arbitrato rinnegherebbe quell'equilibrio, aprendo la strada a sospetti di illegittimità della norma. Innanzitutto perché il controllo sulla fonte — l'autorizzazione all'inserimento della clausola compromissoria — contiene già la ponderazione e l'accettazione dei suoi effetti — l'obbligo di devolvere le eventuali controversie insorte ad arbitri —; ed inoltre perché attribuendo soltanto alla P.A. la scelta di utilizzare o meno l'arbitrato le riconoscerebbe in concreto un diritto potestativo — il diritto di incidere unilateralmente sulla pattuizione intervenuta scegliendo, con soggezione dell'altra parte, se ricorrere o meno all'arbitrato — che minerebbe la legittimità della norma. Il controllo sulla produzione anche del singolo effetto della clausola — *id est*: « il ricorso all'arbitrato »⁽⁴⁰⁾ — violerebbe, in questo contesto in cui si discorre della produzione degli effetti di clausole *la cui inclusione è stata già previamente autorizzata* ai sensi del novellato art. 241, 1° co., il principio di tutela dell'affidamento e la certezza dei rapporti giuridici⁽⁴¹⁾; ed inoltre la garanzia del giudice naturale, ai sensi dell'art. 25 Cost.⁽⁴²⁾, per chi voglia ancorarla, in modo tuttavia non condivisibile, alla stipulazione della clausola compromissoria⁽⁴³⁾ e non invece soltanto alla domanda di arbitrato⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sulla qualificazione del ricorso all'arbitrato, e quindi della domanda di arbitrato attraverso cui si realizza, come un effetto prodotto della clausola compromissoria-contratto, v. *infra* nota 59; sulla clausola compromissoria come contratto *infra* nota 73.

⁽⁴¹⁾ Se non vi fosse stata già la preventiva autorizzazione il livello di tutela dell'affidamento della parte privata sarebbe stato di certo inferiore. Tra le pronunce che indicano la certezza dei rapporti giuridici come autonomo oggetto di tutela e quindi parlano « di principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche », v. Corte cost., 28 marzo 2008, n. 74, in *Foro it.*, 2008, I, 2411, e Corte cost., 26 giugno 2007, n. 234, in *Foro it.*, 2007, I, 3004; sul principio di affidamento, ricondotto all'art. 3 Cost., v., *ex multis*, Corte cost., 7 luglio 2005, n. 264, in *Giur. cost.*, 2007, 2594, Corte cost., 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. cost.*, 2002, 3658, Corte cost., 27 luglio 2001, n. 327, in *Giur. cost.*, 2001, 2610, Corte cost., 28 luglio 2000, n. 393, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1335. In altre pronunce si parla, unitariamente, di « principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dei rapporti giuridici », cfr. Corte cost., 15 luglio 2005, n. 282, in *Cons. Stato*, 2005, II, 1233, Corte cost., 2 luglio 1997, n. 211, in *Foro it.*, 1997, I, 2355, Corte cost., 27 luglio 1995, n. 409, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2599, Corte cost., 26 gennaio 1994, n. 6, in *Giur. cost.*, 1994, 54.

⁽⁴²⁾ Per la consolidata giurisprudenza costituzionale il giudice naturale è il giudice precostituito *per legge*. Si tratta di una mera endiadi, senza che si possa distinguere tra precostituzione e naturalità, cfr. Corte cost., 14 maggio 2008, n. 138, in *Giur. cost.*, 2008, 1719; Corte cost., 30 dicembre 1994, n. 460, in *Giur. cost.*, 1994, 3967; Corte cost., 13 giugno 1983, n. 164, in *Giur. cost.*, 1983, I, 915; Corte cost., 26 gennaio 1988, n. 80, in *Foro it.*, 1989, I, 1058.

⁽⁴³⁾ L'ordinanza di rimessione da cui è nata Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, cit., parla proprio di « giudice *naturale* contrattualmente individuato »; pertanto sostiene che le clausole compromissorie già stipulate dovrebbero essere fatte salve ad ogni effetto e non soltanto rispetto agli arbitrati conferiti o autorizzati. È una prospettiva simile a quella già sostenuta in precedenti questioni di legittimità — tutte dichiarate manifestamente infondate o inammissibili — che hanno portato all'attenzione della Corte, di solito per violazione degli artt. 3, 24, 25, 41 Cost., l'ormai noto art. 3, 2° co., D.L. 180/1998, nella parte in cui esclude dall'applicazione del divieto di arbitrato soltanto le « controversie per le quali sia stata già notificata la domanda di arbitrato » alla data di entrata in vigore del divieto e non tutte quelle relative a contratti già

L'autorizzazione del singolo ricorso all'arbitrato si può giustificare soltanto quando l'arbitrato si fondi su clausole compromissorie non oggetto di previa autorizzazione ai sensi del novellato art. 241, 1° co.; il che può verificarsi soltanto rispetto alle clausole preesistenti alla L. 190, dal momento che le clausole di “nuovo conio” se inserite senza la prescritta autorizzazione sono, ai sensi dello stesso art. 241, 1° co., nulle.

Il legislatore ha chiaramente inteso disciplinare due ipotesi: a) l'*inclusione delle clausole compromissorie* in vista dei contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della norma, soggetta ora ad autorizzazione motivata; b) il *ricorso all'arbitrato* sotto la vigenza delle nuove norme ma sulla base di clausole compromissorie preesistenti alla L. 190. In quest'ultima ipotesi oggetto di autorizzazione dovrà essere il singolo « ricorso all'arbitrato ». Ecco il vero senso della distinzione, come anche l'interpretazione sistematica sta per confermare.

3.1.1. *Le conferme dall'interpretazione sistematica: l'art. 241, 1° co., alla luce della norma transitoria (art. 1, co. 25, L. 190/2012).* — Il senso appena chiarito trova conferma nella lettura dell'art. 241, 1° co., in collegamento con la relativa norma transitoria: il co. 25 dell'art. 1 L. 190/2012.

Il comma 25 sottrae al nuovo regime dettato, per quanto qui interessa, dal novellato art. 241, 1° co., gli « arbitrati conferiti o autorizzati », sulla base di clausole preesistenti, entro la data di entrata in vigore della legge. Una precisazione immediata: la norma transitoria parla soltanto di « ar-

stipulati contenenti clausole compromissorie (cfr. le ordinanze da cui nascono Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 11, cit., Corte cost., 10 aprile 2003, n. 122, in *Giur. cost.*, 2003, 946 ss., e Corte cost., 22 maggio, 2009, n. 162, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2414). In quei casi, tuttavia, alla stipulazione della clausola compromissoria era connessa l'*avvenuta precostituzione* del giudice, visto che al momento della proposizione della domanda di arbitrato l'organo giudicante non è ancora costituito. Sul rapporto tra precostituzione e naturalità del giudice rispetto all'arbitrato v., se vuoi, MARZOCCO, *op. cit.*, 508 ss.

(44) L'idea di una precostituzione non per legge, bensì legata alla volontà delle parti quale si manifesta nella stipulazione di una clausola compromissoria, appare estranea alla previsione dell'art. 25 Cost. (v. *supra* nota 42 e cfr. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato*, cit., 1787, VERDE, *L'arbitrato e gli arbitrati*, in *Id.* (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., Torino 2005, 60). Nondimeno la garanzia del giudice naturale è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale anche rispetto all'arbitrato — mostrando di superare in parte la ricordata endiadi (*supra* nota 42) —, ma è stata connessa alla domanda di arbitrato (diversamente dalla prospettiva ricordata alla nota precedente). La Corte lo ha affermato nel negare che questa garanzia fosse violata dall'art. 3, 2° co., D.L. 180/1998, che fa salve le domande di arbitrato già notificate. Secondo la Corte questa norma non lede l'art. 25 Cost., perché « anche a voler prescindere dal rilievo per cui il testo dell'art. 25 della Costituzione fa riferimento al “giudice naturale precostituito per legge” », la norma rispetta « il principio enunciato dall'art. 5 del codice di procedura civile », il che « esclude in radice » la violazione (cfr. Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 11, cit.; Corte cost., 10 aprile 2003, n. 122, cit.; Corte cost., 22 maggio, 2009, n. 162, cit.). Il legame così posto con il principio della *perpetuatio* dimostra che la Corte ancora la garanzia del giudice naturale alla domanda di arbitrato (e non alla stipulazione della clausola), dal momento che l'art. 5 c.p.c. assume come riferimento il tempo di proposizione della domanda.

bitrati », mai di clausole compromissorie ⁽⁴⁵⁾; per « arbitrati » si devono intendere “i singoli procedimenti arbitrati”, rispetto ai quali soltanto ha senso parlare di conferimento o di autorizzazione.

Questo significato del termine « arbitrati » disvela — ma in realtà conferma — il significato dell’art. 241, 1° co. secondo periodo, nella parte in cui parla di autorizzazione del ricorso « all’arbitrato ». L’accezione è la stessa: l’art. 241, 1° co., si riferisce, *in parte qua*, ai procedimenti arbitrati attivati sulla base di clausole compromissorie preesistenti alla L. 190, sul presupposto della loro perdurante validità (in seguito si dirà della loro efficacia). Il « ricorso all’arbitrato » è oggetto di autorizzazione soltanto quando è fondato su *clausole compromissorie* preesistenti, la cui inclusione, proprio perché preesistenti alla L. 190, non è stata previamente autorizzata dall’organo di governo dell’amministrazione nelle forme ora imposte; sono fatti salvi soltanto, in forza della norma transitoria, gli *arbitrati* già conferiti o autorizzati alla data di entrata in vigore della legge.

L’identità dell’accezione è confermata dalla circostanza che la norma transitoria — ancora una volta in evidente collegamento con l’art. 241, 1° co. secondo periodo, che contempla *l’autorizzazione* del « ricorso all’arbitrato » — fa salvi anche gli arbitrati soltanto *autorizzati* entro la data di entrata in vigore della L. 190. In questo modo ha evitato la violazione dell’art. 3 Cost. rispetto agli arbitrati, fondati su clausole compromissorie preesistenti, non ancora *conferiti* alla data di entrata in vigore della nuova legge ma già a quel tempo *autorizzati* ⁽⁴⁶⁾.

3.1.2. *Ulteriori riflessioni ermeneutiche sulla norma transitoria: a) la salvezza degli arbitrati conferiti.* — Dopo aver chiarito che quando la norma transitoria parla di arbitrati si riferisce a “procedimenti arbitrati”, fondati su preesistenti clausole compromissorie, resta da chiarire cosa s’intenda per arbitrati *conferiti* e per arbitrati *autorizzati*. Di queste espressioni è già emerso il peso; ancora maggiore risulterà nell’esame dei profili di legittimità costituzionale delle norme.

La prima formula — arbitrati conferiti — è soltanto apparentemente di più semplice lettura. Secondo l’ANAC sono tali gli arbitrati per i quali « l’ente abbia operato la designazione (con conseguente accettazione) dell’arbitro » ⁽⁴⁷⁾; diversamente il TAR Lazio, che ha letto la formula come arbitrati per i quali « si sia proceduto all’insediamento del collegio

⁽⁴⁵⁾ Anche per questa ragione non è condivisibile il ruolo che la Corte attribuisce alla norma transitoria, v. *supra* nota 14.

⁽⁴⁶⁾ Sul tema v. *amplius* § 3.1.3. Sulle ragioni che spingono ad escludere che la mancata salvezza *tout court* degli effetti delle clausole compromissorie preesistenti determini alcun *vulnus*, v. *infra* § 7., spec. nota 116.

⁽⁴⁷⁾ Così la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit.

arbitrale »⁽⁴⁸⁾. Entrambe le letture si fondano sul conferimento del mandato agli arbitri o sulla conclusione della contratto di prestazione d'opera intellettuale⁽⁴⁹⁾; ma mentre la prima reputa « arbitrati conferiti » quelli per i quali la P.A. abbia provveduto alla nomina del proprio arbitro e vi sia stata l'accettazione, la seconda richiede la costituzione del collegio arbitrale. In questo modo presuppone l'accettazione di tutti gli arbitri⁽⁵⁰⁾ e riecheggia superati orientamenti in tema di costituzione del « giudice arbitrale » e pendenza del relativo giudizio⁽⁵¹⁾.

Nel merito la prima lettura fa subito sorgere un dubbio: perché guardare soltanto dalla prospettiva della P.A.? Si è certi che in tal modo la norma non si esponga a dubbi di legittimità costituzionale? Entrambe le letture, inoltre, sembrano porre troppo in ombra il valore ormai riconosciuto alla “domanda di arbitrato proposta”, la cui salvezza può assurgere persino a principio di diritto intertemporale nella successione tra due

⁽⁴⁸⁾ Così TAR Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, cit.; similmente, ma il dato non è chiaro, Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, cit., che parla di « arbitrati nei quali gli incarichi arbitrali siano stati conferiti ». È pur vero, tuttavia, che quando il legislatore ha voluto far riferimento alla costituzione del collegio lo ha espressamente detto. Si pensi all'introduzione del divieto, per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, 2° co., D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi (art. 3, 19° co., L. 24 dicembre 2007 n. 244 — Legge finanziaria 2008 —). L'art. 3, 21° co., faceva salve dagli effetti del sopravvenuto divieto le controversie per le quali i collegi arbitrali si fossero costituiti entro il 30 settembre 2007, cfr. CAPPONI, *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato*, in *Giur. it.*, 2008, 5. Questo resta soltanto un esempio di legislazione, perché il divieto di arbitrato non è mai divenuto efficace per effetto di continui differimenti ed è stato abrogato dall'art. 15, 5° co., D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

⁽⁴⁹⁾ O di altro contratto, anche misto, secondo cui si voglia qualificare il contratto di arbitrato, cfr. *amplius* SALVANESCHI, *Dell'arbitrato (Art. 806-840)*, Bologna, 2014, sub art. 813, 275 s.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2ª ed., Padova, 2012, 336 ss.

⁽⁵⁰⁾ Con la conoscenza di questa accettazione si perfeziona il contratto di arbitrato, inteso, quando l'arbitro non sia unico, come contratto « necessariamente collettivo », cfr. SALVANESCHI, *op. cit.*, sub art. 813, 272 ss., spec. 273; o, secondo altra prospettiva, come una pluralità di contratti di arbitrato tra parti ed arbitri, cfr. MARULLO DI CONDOJANNI, *art. 813*, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, t. II, 2009, spec. 607.

⁽⁵¹⁾ L'argomento secondo cui nel caso dell'arbitrato il giudice si costituisce non al tempo della domanda ma al tempo dell'accettazione era invocato soprattutto prima della novella del 1994, quando si collegava la pendenza del giudizio arbitrale al momento in cui si costituiva il collegio (cfr., in senso critico, TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 76 ss., spec. 78; e v. le risalenti Cass., 23 luglio 1964, n. 1989 e Cass., 29 luglio 1963, n. 2127, che individuavano il momento genetico del rapporto processuale nella costituzione del collegio arbitrale). L'argomento è da ritenere superato dopo la valorizzazione della domanda di arbitrato compiuta dalla L. n. 25/1994. La giurisprudenza afferma che a seguito di questa legge « il momento iniziale del giudizio arbitrale va determinato non più — come accadeva nella vigenza del precedente quadro normativo — con riguardo alla costituzione del collegio, bensì con riguardo alla notificazione della domanda di accesso agli arbitri, in quanto idonea a costituire un rituale rapporto procedimentale », così Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Foro it.*, 2005, I, 941 ss.; conf. Cass., 12 dicembre 2003, n. 19025, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2004, 228; Cass., 28 maggio 2003, n. 8532, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2003, 1102; Cass., 25 luglio 2002, n. 10922, in *Foro it.*, 2002, I, 2919. Da ultimo, in senso sostanzialmente conf., Cass., 14 settembre 2012, n. 15445, in questa *Rivista*, 2013, 117, con nota di CAMPIONE, *La domanda di arbitrato tra libertà delle forme e principio del contraddittorio*.

discipline⁽⁵²⁾. Tutto ciò spinge a ritenere costituzionalmente orientata l'interpretazione del conferimento ad arbitri in termini di "proposizione"⁽⁵³⁾ della domanda di arbitrato"⁽⁵⁴⁾. In questo modo si può prescindere dalla parte che abbia, entro la data di entrata in vigore della norma, attivato la clausola compromissoria, tutelando anche i diritti di quella privata. È un principio di diritto intertemporale già più volte utilizzato dal legislatore⁽⁵⁵⁾ e la cui legittimità è stata affermata dalla Corte costituzionale proprio nell'esperienza del divieto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità⁽⁵⁶⁾.

3.1.3. b) ... e degli arbitrati autorizzati. — *Quid* invece per l'interpretazione della formula arbitrati autorizzati? Il punto è cosa si intenda per autorizzazione. Se si tiene conto del novellato art. 241, 1° co., che ora contempla una precisa modalità di autorizzazione, si potrebbe sostenere che la norma transitoria impieghi il termine nella stessa accezione: arbitrati motivatamente autorizzati dall'organo di governo dell'amministrazione. In questo modo, tuttavia, la norma transitoria avrebbe l'effetto di rendere retroattivo il requisito introdotto dal novellato art. 241, 1° co. Un effetto contrario alla *ratio* di una norma transitoria, che opera al fine di regolare la successione tra la vecchia norma e la nuova norma "irretroattiva" sopravvenuta⁽⁵⁷⁾, garantendo alla prima una certa "ultrattività", nei limiti della disciplina degli effetti già prodotti. Ancora contrario alla *ratio* di una norma transitoria sarebbe riconoscere che la salvezza operi soltanto qualora, per circostanze varie e in realtà casuali, si sia già verificata, entro la data di entrata in vigore della norma innovativa, la sussistenza dello stesso requisito da essa prescritto (l'autorizzazione motivata dell'organo di governo della P.A.).

L'effetto di una tale interpretazione sarebbe il riconoscimento, peraltro in dipendenza di circostanze casuali, dell'efficacia retroattiva al novellato art. 241, 1° co., la cui irretroattività è invece comprovata proprio

⁽⁵²⁾ I principi di diritto intertemporale rappresentano criteri generali da applicare, in mancanza di specifiche norme transitorie, nella successione tra discipline. Inoltre essi, qualora siano espressione di norme (o principi) costituzionali, costituiscono un primo strumento per valutare la legittimità delle norme transitorie espressamente dettate dal legislatore. Tale appare il ruolo riconoscibile alla salvezza delle domande di arbitrato già proposte, v. *infra* nota 59 e *amplius*, se vuoi, MARZOCO, *op. cit.*, 513 ss.

⁽⁵³⁾ Si preferisce il riferimento generico alla *proposizione* della domanda rispetto a quello specifico alla *notificazione* perché la modalità di comunicazione prescritte potrebbero variare, cfr. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in CARPI (diretto da), *Arbitrato*, 2ª ed., 2008, 323 ss.

⁽⁵⁴⁾ A questa ricostruzione aderisce anche ODORISIO, *op. cit.*, 957 s.

⁽⁵⁵⁾ Oltre al noto divieto di arbitrato *ex* art. 3, 2° co., D.L. 180/1998, v. anche l'art. 253, co. 34, lett. b, D.lgs. 163/2006: « sono fatte salve le procedure arbitrali definite o anche solo introdotte alla data di entrata in vigore della legge 14 maggio 2005, n. 80 (...) ».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Corte cost., 22 maggio 2009, n. 162., cit.; conf. Corte cost., 10 aprile 2003, n. 122, cit.; Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 11, cit.; v. anche *supra* note 43 e 44.

⁽⁵⁷⁾ V. *infra* nota 70.

dall'esistenza e dal tenore della norma transitoria. Dall'esistenza perché di fronte ad una norma retroattiva il limite sarebbero stati soltanto i lodi passati in giudicato, senza che fosse persino necessaria una norma transitoria⁽⁵⁸⁾; e dal tenore, perché la salvezza degli arbitrati conferiti, se letta nel senso qui prospettato della salvezza delle domande di arbitrato proposte dalle parti, fa salvi gli effetti già prodotti dalla clausola⁽⁵⁹⁾, tutela la garanzia del giudice naturale⁽⁶⁰⁾ e, soprattutto, il potere della parte di disporre dell'azione in senso negativo, secondo la nota lettura compiuta dalla Corte costituzionale nel 1977⁽⁶¹⁾. La norma osserva, se è così letta, un principio di diritto intertemporale⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ Il giudicato esaurisce il rapporto e pertanto non soggiace allo *ius superveniens* retroattivo. Sul concetto di "rapporto esaurito" v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 175 s.; e ancora *ibi*, 179 ss. sulla categoria delle *res finitae*.

⁽⁵⁹⁾ La devoluzione della controversia ad arbitri con la domanda di arbitrato rappresenta un "effetto prodotto" della clausola compromissoria (che obbliga le parti a devolvere ad arbitri le controversie che sorgano dal contratto, o altro rapporto, a cui accede). Una volta sorta la controversia, la proposizione della domanda di arbitrato attua l'effetto obbligatorio a contenuto processuale che discende dalla clausola compromissoria. Attraverso la domanda di arbitrato si determina il concreto deferimento della controversia ad arbitri ed inizia il momento processuale dell'arbitrato, perché soltanto allora si individuano il *petitum* e la *causa petendi*, si producono effetti sostanziali e processuali propri della domanda giudiziale, si manifesta, in relazione all'arbitrato, la garanzia del giudice naturale (v. *supra* nota 44), si esercita, in sintesi, « l'azione » al di fuori della giustizia statale (v. anche *infra* nota 61).

⁽⁶⁰⁾ Sulla connessione tra tale garanzia e la domanda di arbitrato v. *supra* nota 44.

⁽⁶¹⁾ Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127 (in *Giur. cost.*, 1977, 1102 ss., con nota di ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*, *ivi*, 1143 ss.; in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1809 ss., con nota di SCOZZAFAVA, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*; in *Le nuove leggi civ.*, 1977, 558 ss., con nota di TAVORMINA, *Arbitrato obbligatorio e invenzioni del dipendente*) ha chiarito che il riconoscimento del diritto di azione giudiziaria contenuto nell'art. 24, 1° co., implica anche la facoltà del singolo di *disporre in negativo*, cioè di scegliere di *non ricorrere* all'azione giudiziaria per la tutela di un proprio diritto. A ben vedere qualche affermazione in tal senso era già rinvenibile nell'articolata motivazione di Corte cost., 12 dicembre 1963, n. 2 (in *Giur. cost.*, 1963, 22 ss., con nota di BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*; in *Mass. Giur. lav.*, 1963, 95 ss., con nota di ANDRIOLI, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*). Sul tema v. *amplius* le riflessioni di BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv.trim. dir. proc. civ.*, 2003, 97 ss. e di E.F. RICCI, voce *Compromesso*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, vol. II, 1981, 129 s. L'art. 24, 1° co., Cost. garantisce il diritto di azione giudiziaria, mentre il ricorso all'arbitrato per la tutela di un diritto se è consentito in virtù della cd. disponibilità dell'azione in senso negativo che si trae dalla medesima norma, intanto può essere realizzato in quanto esistono precise disposizioni (art. 806 ss. c.p.c. e più in generale il riconoscimento dell'autonomia negoziale) che, nella specie anche con sostegno costituzionale — art. 41 Cost., invocabile a tutela dell'autonomia privata nei limiti in cui quest'ultima sia strumento della libertà di iniziativa economica e suscettibile di subire restrizioni a garanzia di interessi generali, cfr. rispetto all'arbitrato Corte cost., 22 maggio, 2009, n. 162, cit., e già Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 11, cit. —, ne riconoscono l'utilizzabilità come forma di risoluzione delle controversie. Non sembra però esclusa la possibilità di ritenere tutelato dall'art. 24, 1° co., Cost., *sub specie* del principio della disponibilità dell'azione (giudiziarie) in senso negativo, non soltanto il potere di ciascuno di non agire dinanzi alla giustizia statale per la tutela di un diritto e di ricorrere, nei limiti in cui la legge lo ammette, all'arbitrato, ma anche il concreto esercizio di questo potere avvenuto attraverso la legittima proposizione della domanda di arbitrato, viste le garanzie (v. *supra* nota 44 per la garanzia del giudice naturale) e gli effetti a questa connessi. In generale sul rapporto tra arbitrato e Costituzione cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Torino, 2015, 2 ss.; nonché CAVALLINI, *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 797 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 94 ss.

⁽⁶²⁾ V. *supra* note 52 e 59.

Sembra allora ragionevole ritenere che l'autorizzazione rilevante ai sensi della norma transitoria possa consistere anche in un'attività diversa da quella — l'autorizzazione espressa — ora prescritta in via esclusiva ⁽⁶³⁾ dal novellato art. 241, 1° co. ⁽⁶⁴⁾. Tale attività non può, tuttavia, consistere nel conferimento ad arbitri, ipotesi già espressamente prevista dal co. 25; inoltre, se il conferimento è letto come “proposizione della domanda di arbitrato”, dal momento che questa attiva il procedimento arbitrale l'autorizzazione non può che consistere in un'attività anteriore ad essa e diversa ⁽⁶⁵⁾. Potrebbe essere tale l'atto con cui la P.A. abbia autorizzato la nomina dell'arbitro; o, come si è di recente affermato, l'aver già attivato la clausola compromissoria per la medesima controversia in un procedimento arbitrale che si sia concluso con una decisione di rito, il che implicherebbe l'autorizzazione del ricorso (ulteriore) all'arbitrato per la medesima controversia finché non si giunga ad un lodo di merito ⁽⁶⁶⁾; o l'eccezione di arbitrato proposta nel giudizio ordinario, ma sempre entro la data di entrata in vigore della L. 190.

Non basterebbe, invece, l'aver riconosciuto di essere vincolata dalla clausola compromissoria, perché il vincolo obbligatorio è *in re ipsa*, discende già dall'esistenza della clausola; è necessario un comportamento che manifesti la volontà concreta di autorizzare il « ricorso all'arbitrato ». Né sarebbe rilevante l'autorizzazione che abbia investito, prima dell'entrata in vigore delle nuove norme, la clausola preesistente per qualunque controversia, perché la disposizione transitoria si riferisce ad “*arbitrati autorizzati*” e non a clausole compromissorie. La distinzione è ben chiara al legislatore. Lo dimostra il novellato art. 241, 1° co., che ora parla di clausole compromissorie, ora di ricorso all'arbitrato, il tutto nel più ampio concetto del « deferire le controversie ad arbitri ». Tanto più, per le ragioni appena indicate, non appare consentita l'autorizzazione *a poste-*

⁽⁶³⁾ Cfr. in tal senso la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit.

⁽⁶⁴⁾ Ritiene che l'autorizzazione di cui all'art. 1, co. 25, possa « anche riferirsi a tutte quelle ipotesi in cui la stazione appaltante ha comunque mantenuto *comportamenti inequivoci* idonei a far emergere la volontà *di attivare* la clausola arbitrale contenuta nel contratto di appalto di che trattasi, anche prescindendo da una manifestazione espressa in tal senso », TAR Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, cit.; nello stesso senso v., sempre per le clausole compromissorie anteriori al 28 novembre 2012, la determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit. (che ai fini dell'univocità del comportamento richiede che siano soddisfatti i requisiti prescritti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di provvedimento implicito).

⁽⁶⁵⁾ Ciò comporta che se si prova la già avvenuta autorizzazione ai sensi della norma transitoria si possono proporre, sotto la vigenza della L. 190, domande di arbitrato fondate su clausole preesistenti senza che sia necessaria l'autorizzazione del ricorso all'arbitrato imposta dall'art. 241, 1° co. Si tratterebbe di « *arbitrati autorizzati* » ai sensi dell'art. 1, co. 25 (v. anche *infra* nota 114).

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, cit., sul presupposto che il lodo che esaurisce gli effetti della clausola compromissoria in relazione ad una determinata controversia è quello di merito, mentre la pronuncia di rito non fa venir meno l'efficacia della clausola rispetto alla controversia (cfr. art. 808-*quinquies* c.p.c.; e già BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 434).

riori — vale a dire dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 241, 1° co. — delle clausole preesistenti ⁽⁶⁷⁾. Questo potere di autorizzazione contrasterebbe sia con la norma transitoria, che parla soltanto di « arbitrati autorizzati » mai di clausole compromissorie — peraltro sarebbe anomalo consentire dopo l'entrata in vigore della L. 190, e nel silenzio di quest'ultima, ciò che la norma transitoria non fa salvo per il passato —, sia con il novellato art. 241, 1° co., che prevede l'autorizzazione soltanto per le clausole di nuovo conio, mentre per quelle preesistenti, che in realtà restano efficaci (v. il § successivo), contempla il diverso meccanismo dell'autorizzazione del singolo « ricorso all'arbitrato ».

4. *Il corollario dell'esegesi dell'art. 241, 1° co., e della norma transitoria: validità ed efficacia delle clausole compromissorie preesistenti alla L. 190/2012.* — L'esegesi compiuta dell'art. 241, 1° co., ha un evidente corollario: le clausole compromissorie preesistenti hanno conservato la loro validità ed efficacia. Esse non sono divenute, per effetto del novellato art. 241, 1° co., in via generale nulle o, come afferma la Corte, affette da inefficacia sopravvenuta *pro futuro* ⁽⁶⁸⁾. Il legislatore novellando l'art. 241, 1° co., ha inteso in generale subordinare l'arbitrato ad un'autorizzazione motivata dell'organo di governo ⁽⁶⁹⁾. Tale deferimento, visto il divieto di stipulare compromessi posto dall'art. 241, co. 1 *bis*, non potrà che avvenire attraverso la stipulazione di clausole compromissorie. Pertanto la norma, irretroattiva, dispone che dalla data di entrata in vigore l'inclusione delle clausole sia subordinata all'autorizzazione motivata dell'organo di governo a pena di nullità. Per le clausole compromissorie preesistenti, quindi non pattuite sotto l'attuale sistema dell'autorizzazione motivata, fermo il carattere irretroattivo della norma che non ne mina la validità, il legislatore ha voluto garantire il controllo dell'organo di governo sull'utilità dell'impiego dell'arbitrato per la risoluzione di una controversia. A tal fine ha stabilito che il concreto *ricorso all'arbitrato*, fondato su quelle clausole, sia soggetto ad un'autorizzazione nelle forme ora introdotte. L'autorizzazione incide *sull'efficacia* della clausola. Più precisamente — come meglio si chiarirà (§ 6.1. ss.) e anticipando in parte i risultati — il diniego dell'autorizzazione opera sulla clausola compromissoria alla stregua di una condizione risolutiva, che fa venir meno soltanto il “singolo effetto” di devolvere una controversia ad arbitri, il singolo obbligo di deferire la controversia ad arbitri, il singolo « ricorso all'arbitrato ». Tale effetto

⁽⁶⁷⁾ Di diversa opinione appare la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit., che sembra consentirne l'autorizzazione postuma, v. anche *supra* note 21 e 24.

⁽⁶⁸⁾ Uniformandosi alla Corte lo afferma ora anche la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit.; nella prospettiva dell'inefficacia delle clausole preesistenti si era già posto Tar Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, cit.

⁽⁶⁹⁾ Questa intenzione appare chiara, anche se purtroppo la ricerca dei lavori preparatori è risultata vana.

potrà invece prodursi pienamente rispetto ad una diversa controversia, sorta dal medesimo contratto e sottoposta alla medesima clausola compromissoria, se rispetto ad essa interviene l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato ». Restano però salvi, ai sensi della norma transitoria, gli arbitrati già conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della L. 190. Questi non saranno sottoposti alla sopravvenuta disciplina del « ricorso all'arbitrato ».

Il co. 25 è, pertanto, una norma transitoria che regola gli effetti delle clausole compromissorie già stipulate nel passaggio tra due discipline, garantendo alla disciplina anteriore una certa ultrattività, nei limiti degli effetti già prodotti, che continueranno ad essere regolati dalle norme previgenti ⁽⁷⁰⁾; non è invece una norma sugli *effetti residuali* di clausole ormai colpite da una generale inefficacia *pro futuro* ⁽⁷¹⁾. Le clausole restano efficaci, non è stato introdotto alcun divieto di arbitrato come invece nella pregressa esperienza invocata dalla Corte, ma soltanto un meccanismo più rigoroso di determinazione della P.A. a pattuire nuove clausole compromissorie o a ricorrere all'arbitrato sulla base di clausole

⁽⁷⁰⁾ Le norme transitorie sono espressamente dettate dal legislatore per regolare « le situazioni pendenti » al tempo dell'entrata in vigore di una nuova norma (cfr. CAPONI, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 448 ss., spec. 451). Esse assolvono ad una funzione di « raccordo tra l'assetto originario e l'assetto definitivo » (così MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova 2009, 1 ss., spec. 3) e sono riconducibili al più ampio concetto di diritto intertemporale, nel quale rientrano anche i principi di diritto intertemporale, a cui ricorrere in assenza di norme transitorie. Un problema di diritto intertemporale si pone sia di fronte alla sopravvenienza di una norma retroattiva che di una norma irretroattiva. Più precisamente, nel primo caso il problema è stabilire il *limite all'operatività per il passato* della norma; nel secondo caso, che qui interessa, il *limite all'operatività per l'avvenire*. In ambedue i casi il referente temporale della riflessione deve essere la situazione esistente alla data di entrata in vigore (o di efficacia, se diversa,) della norma sopravvenuta. Sul concetto di diritto intertemporale v. MATUCCI, *op. cit.*, 2 ss., spec. 46; e MAISTO, *op. cit.*, 1 ss. Sul rapporto tra diritto intertemporale e diritto transitorio e sulle teorie che distinguono o che invece assimilano le due espressioni v. ancora MATUCCI, *op. cit.*, 35 ss.

⁽⁷¹⁾ È questa, invece, la prospettiva della Corte costituzionale. Dopo aver constatato che il co. 25 fa salvi soltanto gli arbitrati conferiti od autorizzati, la Corte afferma che le clausole preesistenti producono effetti soltanto entro questi limiti, mentre *pro futuro* sono colpite dal co. 19 (*id est*: dal novellato art. 241, 1° co.), che ne avrebbe determinato la completa inefficacia (v. *supra* nota 14). Questa lettura è una chiara conseguenza, come si sta per dimostrare, della mancata distinzione tra autorizzazione « all'inclusione delle clausole » e autorizzazione del « ricorso all'arbitrato ». Nella stessa prospettiva si pone la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit., dove rispetto al co. 25 si legge: « Nell'interpretare detta disposizione, si rileva come il comma 25 escluda dall'applicazione del comma 19 *gli arbitrati conferiti o autorizzati prima* della data di entrata in vigore della legge; *pertanto, illustrato comma 19 si applica agli altri casi*, con la rilevante conseguenza che dovranno ritenersi inefficaci quelle clausole compromissorie, ancorché contrattualmente assunte dalle parti, non previamente autorizzate dall'organo di governo. La disposizione del comma 19 deve essere interpretata come diretta a porre, rispetto all'originario contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti, *essendo assente una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa*, sicché la clausola compromissoria contrattualmente prevista risulta sostanzialmente privata della relativa operatività ».

preesistenti, richiedendo in entrambi i casi l'autorizzazione motivata dell'organo di governo della stessa.

La nuova disciplina degli effetti delle clausole preesistenti è dettata dal novellato art. 241, 1° co. secondo periodo, nella parte in cui richiede l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato ». In base ad esso, quando sia azionata una clausola di tal genere — *rectius*: di tale collocazione temporale —, l'autorizzazione deve investire il singolo ricorso all'arbitrato. È una legittima incidenza sulla disciplina della produzione degli effetti futuri di un contratto di durata; gli effetti già prodotti entro la data di entrata in vigore della nuova norma sono regolati dalla vecchia disciplina, in virtù dell'ultrattività ad essa garantita dalla norma transitoria, che fa salvi, peraltro, anche gli arbitrati già soltanto autorizzati. Di tutto ciò si darà ancora più dettagliata prova attraverso l'esame, nel merito, della sentenza della Corte costituzionale (v. *infra*, § 5. ss.).

4.1. *Le diverse sanzioni di nullità nell'art. 241, 1° co.* — Alla luce delle riflessioni fin qui compiute, si possono ora delineare le diverse sanzioni di nullità previste dall'art. 241, 1° co. (secondo periodo), in caso di compimento dell'una o dell'altra attività — l'« inclusione della clausola » o il « ricorso all'arbitrato » — senza previa autorizzazione motivata.

L'inclusione della clausola compromissoria senza autorizzazione è nulla ⁽⁷²⁾; se nonostante ciò fosse inserita nel contratto troverebbe una sanzione sul piano civilistico: la clausola compromissoria — in realtà vero contratto ⁽⁷³⁾ — sarebbe nulla per contrasto con una norma imperativa (l'art. 241, 1° co.). Tale nullità potrebbe formare oggetto di un'autonoma domanda di accertamento ai sensi dell'art. 819 *ter*, 3° co., c.p.c., improprio-

⁽⁷²⁾ V. *supra* nota 2 sul significato dell'« inclusione ». Non sembra possibile alcuna forma di sanatoria, perché l'autorizzazione deve essere espressa e preventiva, anche al fine di consentire all'aggiudicatario la eventuale ricasazione della clausola *ex art. 241 co. 1 bis*.

⁽⁷³⁾ Nonostante si parli di clausola compromissoria è indubbio che questa sia un contratto a sé, cfr. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, cit., 408, 422, e spec. 429 s. dove parla di « contratto a sé »; CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, in ID. (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 14 ss., spec. 17 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 6 ss., spec. 17; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano 2004, 16 ss.; parla di « una sorta di contratto a sé stante » SALVANESCHI, *op. cit.*, sub art. 808, 101. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in questa *Rivista*, 1991, 28 s., efficacemente sottolinea come la clausola rilevi « ora come negozio indipendente, ora come parte di un complessivo contesto », il che concilia l'indicazione come « clausola » e la sua natura di « contratto », per quanto caratterizzato da effetti processuali (cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 320 ss.; di una « specifica efficacia processuale » parla BOVE, *op. ult. cit.*, 429 s.) e con un oggetto soltanto determinabile. La natura di contratto sembra trovare conferma nel riconoscimento dell'autonomia della clausola compromissoria, cfr. Cass., 8 febbraio 2005, n. 2529, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Arbitrato*, n. 105, Cass., 11 luglio 2003, n. 10910, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1555, Cass., 20 giugno 2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1327; e in dottrina BOVE, *op. ult. cit.*, 429 s., SALVANESCHI, *op. cit.*, sub art. 808, 98 ss., VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., Torino 2005, cit., 102 ss., ID., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 69 ss.

nibile in pendenza del giudizio arbitrale ⁽⁷⁴⁾. Se fosse instaurato il giudizio arbitrale, l'incompetenza degli arbitri per invalidità della clausola compromissoria dovrebbe essere eccepita dalla parte ai sensi dell'art. 817, 2° co. (seconda parte) ⁽⁷⁵⁾, altrimenti resterebbe precluso anche il relativo motivo di impugnazione (art. 829, 1° co., n. 1) ⁽⁷⁶⁾. Il vizio della clausola — determinato dalla mancata previa autorizzazione — non potrebbe essere sanato dall'autorizzazione del singolo « ricorso all'arbitrato », che resta una fattispecie ben distinta nel dettato normativo ed autonomamente sanzionata.

L'assenza dell'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » determina infatti una sanzione sul piano « processuale »: il « ricorso all'arbitrato » è nullo. Più precisamente il diniego dell'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato », che sia fondato su una clausola compromissoria preesistente (di per sé valida ed efficace), fa venir meno, secondo lo schema della condizione risolutiva che si è accolto ⁽⁷⁷⁾, l'efficacia della clausola rispetto alla singola controversia.

Qualora fosse stata già proposta la domanda di arbitrato dalla parte privata, alla costituzione del collegio non si dovrebbe affatto pervenire se l'amministrazione intende negare l'autorizzazione. Di regola l'amministrazione dovrebbe dichiarare, entro il termine per la nomina dell'arbitro, di non aderire all'arbitrato in ragione dell'avvenuto diniego dell'autorizzazione. Qualora non lo facesse, la parte privata potrebbe attivare, sulla base della clausola che in mancanza del diniego resta efficace, il procedimento per la nomina coattiva dell'arbitro; e qualora si pervenisse, nella perdurante inerzia della P.A., alla costituzione del collegio, il superamento della barriera preclusiva di cui all'817, 2° co. (seconda parte), impedirebbe alla P.A. di far valere il diniego dell'autorizzazione come causa di inefficacia della clausola rispetto alla controversia, anche in sede di impugnazione (art. 829, 1° co., n. 1). In concreto la P.A. ha l'onere di vigilare.

⁽⁷⁴⁾ Su questa norma cfr. BOVE, *Aspetti problematici della nuova disciplina d'arbitrato rituale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 77 s.; MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in questa *Rivista*, 2013, spec. 368 ss., 371; G.F. RICCI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, in CARPI (commentario diretto da), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna 2008, 514 s.

⁽⁷⁵⁾ Diversamente da quanto avviene in caso di divieto di arbitrato, visto il diverso regime dettato dall'art. 817, 2° co. (seconda parte) per l'inarbitrabilità, che nella vicenda in esame non ricorre (*contra* cfr. ODORISIO, *op. cit.*, spec. 948). Si è già chiarito che il legislatore non ha introdotto un divieto di arbitrato né ha manifestato uno sfavore per l'arbitrato, ma ha soltanto introdotto un diverso meccanismo di determinazione della P.A. all'arbitrato, v. anche *infra* § 5. ss.

⁽⁷⁶⁾ Alla stessa conclusione perviene OCCHIPINTI, *op. cit.*, 283 ss., spec. 285. Tale conclusione non trova ostacolo nel divieto di compromessi in materia (art. 241, co. 1 *bis*), perché la mancata eccezione fonda la competenza degli arbitri in ragione della preclusione maturata (art. 817, 2° co., seconda parte) e non della formazione di un tacito accordo compromissorio. La preclusione dell'art. 817, 2° co., nulla ha a che vedere con la volontà (anche tacita) di compromettere in arbitri. Ma su quest'ultima affermazione, in realtà dibattuta in dottrina, si rinvia alla minuziosa analisi di SALVANESCHI, *op. cit.*, *sub* art. 817, 563 ss.

⁽⁷⁷⁾ V. già il § precedente e *amplius infra* § 6.1. ss.

Anche questa volta si potrà utilizzare l'art. 819 *ter*, 3° co., per l'accertamento giudiziale dell'efficacia o dell'inefficacia della clausola compromissoria, purché prima dell'instaurazione del giudizio arbitrale.

5. *L'offuscamento della distinzione e i suoi effetti nel giudizio di legittimità*: a) *la tesi dell'inefficacia sopravvenuta pro futuro delle clausole preesistenti e l'opinabile parallelo con il divieto sopravvenuto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità (art. 3, 2° co., D.L. 180/1998)*. — Il segnalato offuscamento, nell'intervento della Corte, tra i due oggetti di autorizzazione — l'« inclusione delle clausole » o il « ricorso all'arbitrato » — ha condizionato, innanzitutto, l'esame della prima questione di legittimità ⁽⁷⁸⁾.

La Corte nell'affrontarla osserva, in premessa, che nella prospettiva del ricorrente l'illegittimità della norma transitoria dettata dall'art. 1, co. 25., deriverebbe dal « presupposto implicito, ma evidente », che la norma faccia salve le clausole per le quali sia stato attivato o autorizzato un arbitrato entro la data di entrata in vigore della L. 190, mentre le altre clausole sarebbero state « retroattivamente colpite da inefficacia ». Questa falsa lettura avrebbe determinato il fraintendimento del rimettente sulla portata del novellato art. 241, 1° co., che ha introdotto il sistema dell'autorizzazione, e la conseguente questione di legittimità anche della norma transitoria dettata dall'art. 1, co. 25. La Corte rigetta il motivo osservando che, contrariamente a questa prospettiva, l'art. 241, 1° co., « è una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti » ma senza incidere retroattivamente sulle clausole già stipulate, bensì rendendole inefficaci a partire dalla data di entrata in vigore della norma. Si tratta di un'« inefficacia per il futuro », senza che la norma transitoria del co. 25 possa renderla in concreto retroattiva.

Il richiamo così compiuto alla nullità/inefficacia sopravvenuta (*e pro futuro*) non è affatto nuovo in tema di arbitrato. Se ne è rinvenuta esperienza, tra l'altro, nel ricordato divieto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità, espressamente richiamato dalla Corte. In questa materia di fronte al sopravvenuto divieto di arbitrato, introdotto dall'art. 3, 2° co., D.L. 180/1998, le clausole compromissorie preesistenti sono state ritenute affette da nullità/inefficacia sopravvenuta; sono stati fatti salvi, secondo la norma transitoria dettata dallo stesso art. 3, 2° co., i lodi emessi e le domande di arbitrato notificate entro la data di entrata in vigore del divieto ⁽⁷⁹⁾.

Il parallelo con questa esperienza compiuto dalla Corte è tuttavia opinabile. Si può di certo discorrere, anche di fronte al novellato art. 241,

⁽⁷⁸⁾ V. *supra* § 1.

⁽⁷⁹⁾ V. *supra* § 2 e nota 10.

1° co., di inefficacia sopravvenuta delle clausole preesistenti, ma si tratta, al di là dell'identità/affinità terminologica, non già dell'inefficacia *tout court* delle clausole, bensì della mancata produzione, *rispetto ad una o più controversie specifiche*, del loro effetto di “deferire ad arbitri”; e ciò in ragione della mancata autorizzazione del singolo « ricorso all'arbitrato ». Le clausole preesistenti devono essere idonee a consentire, in via generale, il deferimento ad arbitri delle controversie sorte dal contratto a cui accedono, altrimenti non si porrebbe affatto la questione della deferibilità « in concreto » della singola controversia attraverso l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato »⁽⁸⁰⁾. Questa volta risulta improprio presupporre la nullità sopravvenuta delle clausole, così come discorrere della loro generale inefficacia sopravvenuta e *pro futuro*. Nel caso in esame la ragione dell'inefficacia non risiede affatto nella sopravvenienza di un divieto di arbitrato, come invece nell'esperienza richiamata, ma nel sopravvenuto inserimento di una condizione di efficacia — sarà da chiarire se sospensiva o risolutiva, ma è già trapelata l'opzione qui accolta — che condiziona il singolo “ricorso all'arbitrato” per una determinata controversia.

5.1. b) *la non persuasiva obiezione in tema di lesione della parità delle parti nel processo*. — L'offuscamento della distinzione emerge ancor più chiaro dall'analisi della seconda questione di legittimità, che ha investito l'art. 241, 1° co., soltanto nella parte in cui prevede l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » (non invece nella parte in cui prevede l'autorizzazione all'« inclusione delle clausole »)⁽⁸¹⁾. Il limite dell'investitura è di certo chiaro alla Corte⁽⁸²⁾, perché altrimenti avrebbe dovuto dichiarare la questione di legittimità inammissibile in quanto non rilevante nel caso concreto: la clausola compromissoria era stata pattuita prima dell'entrata in vigore del novellato art. 241, 1° co., quindi non sottoposta ad autorizzazione; invece la domanda di arbitrato era stata proposta in forza di essa ma dopo l'entrata in vigore della nuova legge, quindi con sopravvenuta sottoposizione del « ricorso all'arbitrato » all'autorizzazione motivata.

Anche nel trattare la seconda questione, tuttavia, la Corte sembra

⁽⁸⁰⁾ Il deferimento ad arbitri della controversia si determina già, dal punto di vista dell'effetto obbligatorio di devolvere ad arbitri, con la pattuizione della clausola compromissoria. Rispetto alla clausola il ricorso all'arbitrato — *id est*: la proposizione della domanda di arbitrato — non è altro che una forma di adempimento dell'obbligo, un'attuazione dei suoi effetti (v. *supra* nota 59). La domanda di arbitrato — come atto attraverso cui si realizza il ricorso all'arbitrato — rappresenta il momento in cui la controversia è in concreto deferita ad arbitri, con i connessi effetti sostanziali e processuali. Si attua, in questo modo, l'obbligo di deferire ad arbitri già sorto con la pattuizione della clausola (senza dimenticare — v. *supra* nota 2 — che l'*inclusione*, di cui discorre l'art. 241, 1° co., non è ancora *pattuizione* della stessa; sarà soltanto la mancata ricusazione della clausola da parte dell'aggiudicatario a determinarne la pattuizione, in quanto forma di tacito consenso).

⁽⁸¹⁾ Per questa delimitazione della questione di legittimità v. *supra* note 5 e 7.

⁽⁸²⁾ V. *supra* nota 32.

mettere da parte la distinzione: il rimettente critica il sistema dell'autorizzazione « perché attribuirebbe alla pubblica amministrazione *un potere di autorizzare il ricorso all'arbitrato*, che si risolve in un vero e proprio *diritto potestativo all'instaurazione del giudizio arbitrale*, tale da pregiudicare la parità delle parti nel processo e da determinare uno sbilanciamento in favore della parte pubblica »⁽⁸³⁾; la Corte respinge l'argomento osservando che il requisito introdotto « si inserisce *in una fase che precede l'instaurazione del giudizio — e la stessa scelta del contraente —* e non determina pertanto alcuno squilibrio di facoltà processuali a favore della parte pubblica ». È chiaro che tale obiezione riguarda *l'inclusione della clausola* nel bando, nell'avviso o nell'invito, come conferma il successivo richiamo della Corte all'art. 241, co. 1 *bis*, che disciplina la ricusazione della clausola da parte dell'aggiudicatario prima della stipulazione del contratto⁽⁸⁴⁾; tutt'altro che efficace risulta l'obiezione se è riferita, come sarebbe stato corretto, all'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » rispetto ad una specifica controversia, unico oggetto di autorizzazione rilevante nel giudizio *a quo*⁽⁸⁵⁾.

5.2. *La Corte non può aver presupposto la tesi della “doppia autorizzazione”*. — Al fine di leggere diversamente la sentenza non si potrebbe sostenere che la Corte abbia presupposto il ricordato (e criticato) sistema della “doppia autorizzazione”: prima dell'« inclusione della clausola » e poi del concreto « ricorso all'arbitrato » all'insorgere di una controversia⁽⁸⁶⁾. Se lo avesse presupposto avrebbe dovuto, per restare coerente con il motivo di rigetto della prima questione di legittimità — relativa alla norma transitoria —, rigettare la seconda questione — relativa al novellato art. 241, 1° co. — per lo stesso motivo della prima: ancora una volta l'inefficacia sopravvenuta *pro futuro* delle clausole preesistenti. Più precisamente, in ragione di tale inefficacia avrebbe dovuto dichiarare la seconda questione inammissibile perché non rilevante nel giudizio *a quo*, fondato su una clausola anteriore alla L. 190 ed instaurato dopo l'entrata in vigore del novellato art. 241, 1° co. Questa norma avrebbe determinato l'inefficacia sopravvenuta della clausola preesistente, pertanto inidonea a fondare la devoluzione di controversie ad arbitri (se non

⁽⁸³⁾ Poco dopo lamenta la violazione dell'art. 3 Cost. per disparità di trattamento con gli altri arbitrati, per i quali il ricorso all'arbitrato non è subordinato ad autorizzazione, v. *supra* § 1 e nota 7.

⁽⁸⁴⁾ Si legge nella sentenza: « Al contrario, lo stesso art. 241 prevede, nel successivo comma 1-*bis*, un adeguato meccanismo di tutela della libertà contrattuale della parte privata qualora l'autorizzazione sia concessa, stabilendo che l'aggiudicatario “può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione” ».

⁽⁸⁵⁾ V. *supra* § 1 e note 5, 7, 32.

⁽⁸⁶⁾ V. *supra* § 3.1.

entro i limiti fissati dalla norma transitoria). Ciò avrebbe escluso in radice la rilevanza, nel giudizio *a quo*, della questione di legittimità dell'art. 241, 1° co., nella parte in cui prevede l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato », norma da limitare agli arbitrati attivati sulla base di clausole stipulate secondo la nuova disciplina. Di tutto ciò non vi è traccia nella sentenza. Tutt'altro: la Corte esamina “nel merito” la seconda questione, così dimostrando di presupporre — pena il contrasto logico e pratico con le ragioni poste a fondamento del rigetto della prima — che l'art. 241, 1° co., nella parte in cui richiede l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » si riferisce proprio agli arbitrati azionati sulla base di clausole preesistenti alla L. 190. Queste, lo si ribadisce, restano efficaci, non è stato introdotto alcun divieto di arbitrato, ma soltanto un meccanismo più rigoroso di determinazione della P.A. a pattuire nuove clausole o a ricorrere all'arbitrato sulla base di quelle preesistenti, richiedendo in entrambi i casi l'autorizzazione motivata dell'organo di governo.

6. *Il significato dell'inefficacia sopravvenuta (ma in realtà eventuale) delle clausole preesistenti: il limitato (o persino inesistente) parallelo con il divieto di arbitrato ex art. 3, 2° co., D.L. 180/1998.* — Inizia dunque a vacillare la tesi che le clausole preesistenti siano divenute inefficaci, come invece la Corte ha ritenuto nell'esaminare la prima questione di legittimità. Di certo non lo sono divenute nel senso in cui se ne parla per l'arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità, dove l'inefficacia era determinata dal divieto sopravvenuto di arbitrato, fondamento della nullità/inefficacia sopravvenuta delle clausole preesistenti. Lì si trattava di un divieto di arbitrato senza eccezioni; inoltre la norma transitoria legittimamente, al fine di rispettare l'art. 25 Cost. e il principio generale di cui all'art. 5 c.p.c. ⁽⁸⁷⁾, nonché, in una prospettiva negoziale, gli effetti già prodotti, faceva salve le domande di arbitrato notificate oltre che i lodi emessi entro la data di entrata in vigore della legge ⁽⁸⁸⁾. In questo modo il fluire del tempo assurgeva a legittimo criterio per disciplinare diversamente situazioni in origine uguali ⁽⁸⁹⁾. Nel caso in esame, invece, non si

⁽⁸⁷⁾ V. *supra* nota 44.

⁽⁸⁸⁾ In un'ottica negoziale la clausola obbliga le parti a rivolgersi ad arbitri e non alla giustizia statale qualora sorga una controversia da dirimere; questo effetto obbligatorio si attua attraverso la proposizione della domanda di arbitrato (v. *supra* nota 59). Pertanto, il principio correttivo che fa salve, di fronte alla sopravvenuta norma imperativa irretroattiva, anche le domande di arbitrato già proposte (oltre che i lodi emessi), tutela questo effetto concretamente prodotto dalla clausola compromissoria, in modo da soddisfare quanto prescritto dalla teoria dei diritti quesiti e dalla teoria del fatto compiuto (sulle quali v. *infra* nota 112).

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, cit., secondo cui « il fluire del tempo costituisce idoneo elemento di differenziazione delle situazioni soggettive, cosicché non sussiste alcuna ingiustificata disparità di trattamento per il solo fatto che situazioni pur identiche siano soggette a diversa disciplina *ratione temporis* ». In modo costante la Corte afferma che « il fluire del tempo costituisce, di per sé, idoneo elemento di differenziazione delle situazioni sogget-

tratta di un sopravvenuto divieto di arbitrato: l'art. 241, 1° co., nella parte in cui subordina il ricorso all'arbitrato all'autorizzazione si limita ad introdurre una condizione per la "concreta devolvibilità" ad arbitri di controversie oggetto di clausole compromissorie stipulate prima della nuova legge, quindi non pattuite previa autorizzazione; la norma transitoria dettata dal co. 25 è una norma che regola gli effetti delle clausole compromissorie nella transizione verso una nuova disciplina, non invece una norma sugli effetti residuali, o ultimi, di clausole ormai colpite da inefficacia *pro futuro* per effetto della norma sopravvenuta. Dopo l'entrata in vigore della L. 190 la disciplina degli effetti delle clausole preesistenti è dettata dal novellato art. 241, 1° co., nella parte in cui prevede l'autorizzazione del concreto « ricorso all'arbitrato ». Ciò presuppone, in modo evidente, che tali clausole siano (e restino) efficaci. Non si spiegherebbe, altrimenti, come esse possano generare il « ricorso all'arbitrato », seppur in concreto subordinato nella sua (perdurante) efficacia all'autorizzazione della P.A. È dunque limitato, o appare persino inesistente, il parallelo con la pregressa esperienza.

Non resta che chiarire come l'autorizzazione operi sull'efficacia delle preesistenti clausole compromissorie.

6.1. *Autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » e clausole preesistenti: l'eterointegrazione legislativa della clausola compromissoria secondo lo schema della condizione risolutiva sopravvenuta.* — I meccanismi di incidenza di una norma imperativa sopravvenuta su clausole preesistenti sono variabili. La norma sopravvenuta può incidere sull'oggetto della clausola dichiarando inarbitrabile una controversia prima arbitrabile, ma senza intervenire sul carattere disponibile del diritto (cfr. art. 806, 1° co., c.p.c.): un mero divieto sopravvenuto di arbitrato⁽⁹⁰⁾; o può prescrivere, eventualmente in modo espresso a pena di nullità, un determinato contenuto per le clausole compromissorie⁽⁹¹⁾; o può dichiarare, *sic et simplici-*

tive », cfr. Corte cost. 7 aprile 1988, n. 409, in *Giur. costit.*, 1988, I, 1833, Corte cost., 13 giugno 1997, n. 175, in *Cons. Stato*, 1997, II, 865, Corte cost., 12 luglio 1995, n. 311, in *Giur. costit.*, 1995, 2419.

⁽⁹⁰⁾ Come è accaduto con l'art. 3, 2° co., D.L. n. 180/1998, v. *supra* nota 10.

⁽⁹¹⁾ Come è accaduto con l'art. 34, 2° co., D.lgs. n. 5/2003, v. *supra* nota 16, secondo cui la clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo di una società deve « prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società ». La norma deve essere posta in collegamento con l'art. 41, 2° co., D.lgs. cit., che ha prescritto l'adeguamento delle « clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili » del citato D.lgs. nei termini e nei modi di cui agli artt. 223-bis e 223-duodecies, disp. att. c.c. Per le questioni suscitate da queste norme cfr. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.leg. 17 gennaio 2003 n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in questa *Rivista*, 2004, 361 ss.; CORSINI, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 809 ss.; DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F.*

ter, nulle le clausole compromissorie già stipulate contenute in certi tipi di contratti⁽⁹²⁾; o si può limitare ad integrare il contenuto della clausola preesistente inserendo una condizione di efficacia, come è accaduto nella vicenda in esame⁽⁹³⁾.

Il meccanismo dell'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato », introdotto dall'art. 241, 1° co., presuppone clausole già efficaci o idonee ad acquisire efficacia, a seconda che si voglia ricostruire l'autorizzazione come un evento risolutivo negativo — *id est*: se non è concessa l'autorizzazione — o come una condizione sospensiva — *id est*: se è concessa l'autorizzazione —.

Lo schema più ragionevole, in grado di bilanciare la tutela dell'autonomia privata e i fini perseguiti dalla legge sopravvenuta, appare, come è già emerso nelle precedenti pagine, quello della condizione risolutiva sopravvenuta. Una condizione inserita *ex lege* nelle preesistenti clausole compromissorie, in realtà veri contratti⁽⁹⁴⁾, in forza dell'eterointegrazione legislativa sopravvenuta del loro contenuto/effetti, mutuando lo schema degli artt. 1339 e 1374 c.c.⁽⁹⁵⁾. Più precisamente, la norma imperativa sopravvenuta ha inciso sulla disciplina della produzione degli effetti delle

Campobasso, 1, Torino 2006, 247 ss.; SALVANESCHI, *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune: una specie che stenta a raggiungere la dovuta estinzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 548.

⁽⁹²⁾ Come è accaduto con l'art. 15, 3° co., D.L. 30 dicembre 2009, n. 195 (sul quale v. Corte cost., 27 gennaio 2011, n. 31, in *Giur. costit.*, 2011, 379), che recita: « Al fine di assicurare risparmi di spesa, i compromessi e le clausole compromissorie inserite nei contratti stipulati per la realizzazione d'interventi connessi alle dichiarazioni di stato di emergenza ai sensi dell'articolo 5, comma 1 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e di grande evento di cui all'articolo 5-bis, comma 5, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, sono nulli e i collegi arbitrali già eventualmente costituiti statuiscano in conformità ». In sede di conversione del decreto ad opera della L. 26 febbraio 2010, n. 26, le parole « e i collegi arbitrali già eventualmente costituiti statuiscano in conformità » sono state sostituite dalle seguenti: « Sono fatti salvi i collegi arbitrali presso cui pendono i giudizi per i quali la controversia *abbia completato la fase istruttoria* alla data di entrata in vigore del presente decreto ».

⁽⁹³⁾ In tutte le ipotesi descritte la norma imperativa sopravvenuta pone il problema di determinarne gli effetti sulle clausole preesistenti e sui giudizi arbitrali in corso. Di solito soccorre, a tal fine, l'aiuto di norme transitorie, non sempre ispirate allo stesso criterio (ad es. si fa ora riferimento alla salvezza delle domande di arbitrate notificate, ora all'avvenuta costituzione del collegio, ora alla salvezza dei giudizi arbitrali nei quali sia stata completata la fase istruttoria; soltanto il primo criterio appare adeguato, v. *supra* nota 52). Queste norme transitorie servono per stabilire i limiti di ultrattività delle norme preesistenti (v. *supra* nota 70). L'effetto della norma imperativa sopravvenuta sulle clausole preesistenti dipende dal contenuto della prima. Si parlerà di nullità/inefficacia sopravvenuta soltanto quando le clausole preesistenti siano incompatibili con la nuova disciplina imperativa; la norma sopravvenuta potrebbe infatti limitarsi a dettare una nuova regolamentazione degli effetti delle clausole preesistenti, salvi gli effetti già prodotti. Ciò si è verificato nella vicenda in esame, quando l'art. 241, 1° co., ha prescritto il meccanismo dell'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato ».

⁽⁹⁴⁾ V. *supra* nota 73.

⁽⁹⁵⁾ Sul rapporto tra le due norme in caso di eterointegrazione determinata da una norma imperativa, v., anche per riferimenti, MACARIO, sub art. 1374, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile - Dei contratti in generale (artt. 1350-1386)*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, spec. 707 s.

clausole preesistenti, introducendo una condizione risolutiva della loro efficacia rappresentata dalla mancata autorizzazione del ricorso all'arbitrato.

Lo schema della condizione risolutiva sopravvenuta è compatibile con la perdurante validità ed efficacia delle clausole preesistenti, fatto salvo l'effetto risolutivo in caso di mancata autorizzazione, effetto da limitare *alla singola controversia*. Non può sorprendere che rispetto ad un contratto di durata ad esecuzione periodica, quale è la clausola compromissoria, in cui la periodicità nella produzione degli effetti dipende dall'insorgere di una controversia in relazione al contratto (o altro rapporto) a cui la clausola accede ⁽⁹⁶⁾, si possa configurare ora la produzione ora la negazione dell'effetto di devolvere la controversia ad arbitri. L'autorizzazione opera come una condizione risolutiva; quest'ultima, per definizione, agisce sul piano dell'efficacia e nei contratti ad esecuzione periodica ben può essere di tipo reiterativo, nel senso che il suo avverarsi ben può essere collegato a ciascun momento in cui il contratto — nella specie la clausola compromissoria — dovrebbe produrre l'effetto — nella specie la concreta devoluzione della controversia ad arbitri —. Del resto è lo stesso legislatore ad aver individuato, nel novellato art. 241, 1° co., il « ricorso all'arbitrato » quale oggetto di autorizzazione e perciò come evento condizionato, prevedendo che in mancanza dell'autorizzazione sia nullo ⁽⁹⁷⁾.

6.1.1. *Le iniquità dello schema della condizione sospensiva confermano la ragionevolezza dello schema della condizione risolutiva.* — La ragionevolezza ⁽⁹⁸⁾ dello schema della condizione risolutiva è rafforzato dagli squilibri che lo schema dell'autorizzazione come condizione sospensiva sopravvenuta determinerebbe.

Quest'ultimo schema potrebbe, di primo acchito, apparire più lineare in ragione del tipo di evento posto in condizione: l'autorizzazione dell'organo di governo della P.A. Esso comporterebbe, tuttavia, che la parte privata non possa mai proporre domanda di arbitrato, salvo che non sia

⁽⁹⁶⁾ La clausola, pertanto, è essa stessa la fonte di un rapporto giuridico contrattuale (v. *supra* nota 73), ben distinto sia dal contratto (o altro rapporto) a cui accede, sia dalla controversia sorta in relazione a quest'ultimo. Tra gli effetti che la clausola produce spiccano, quale effetto iniziale ed effetto finale, l'obbligo di deferire la controversia ad arbitri e la soggezione al lodo (nel caso del lodo rituale tale soggezione discende anche dall'art. 824 *bis*, c.p.c., sul quale v. LUIO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2010, 235 ss.). La pronuncia del lodo, tuttavia, esaurisce l'efficacia della clausola limitatamente alla controversia azionata, dal momento che essa, a differenza del compromesso, esplica i suoi effetti rispetto ad ogni controversia che potrà nascere dal rapporto. In ciò si manifesta la segnalata natura di contratto di durata, nella specie ad esecuzione periodica. Per la ricostruzione in questi termini v., se vuoi, MARZOCCO, *op. cit.*, 491 s.

⁽⁹⁷⁾ V. *supra* § 4.1.

⁽⁹⁸⁾ Sulle declinazioni del concetto di ragionevolezza, che in questo studio è stato impiegato in più ambiti (da quello pubblicistico a quello, ora, privatistico), v. da ultimo G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec 66 ss., 91 ss.

intervenuta l'autorizzazione preventiva del ricorso al singolo arbitrato da parte della P.A., evento inverosimile o quanto meno raro. La P.A., invece, potrebbe proporre domanda di arbitrato dopo averlo autorizzato rispetto alla singola controversia; o ancora, di fronte alla domanda giudiziale della parte privata — impedita ad attivare la clausola in assenza di autorizzazione — potrebbe eccepire l'arbitrato previa autorizzazione dello stesso (visto che è prescritta un'autorizzazione espressa⁽⁹⁹⁾). È evidente lo squilibrio a favore della P.A., che in tal modo potrebbe disporre delle forme del diritto di azione della controparte (anche inteso in senso negativo), così incidendo sull'art. 24 Cost.⁽¹⁰⁰⁾; e della stessa garanzia del giudice naturale *ex art. 25 Cost.*, dal momento che non consentirebbe la *efficace* proposizione della domanda di arbitrato sulla base della clausola compromissoria già stipulata⁽¹⁰¹⁾; o potrebbe vanificare la domanda giudiziale. Da qui il convincimento che sia costituzionalmente orientata l'interpretazione in termini di condizione risolutiva sopravvenuta. In questo caso la parte privata è libera di proporre anche la domanda di arbitrato o di eccepire in giudizio l'arbitrato, salvo che — o meglio fino a che — la P.A. non manifesti — al momento in cui è invitata a nominare l'arbitro o a seguito di un'autonoma istanza di autorizzazione, o già con l'atto introduttivo dell'azione giudiziale quando sia attrice, così da impedire l'eccezione di arbitrato — la non autorizzazione del « ricorso all'arbitrato » nel caso concreto. Il diniego dell'autorizzazione impedisce il ricorso all'arbitrato rispetto alla singola controversia; resta ferma la possibilità che la clausola preesistente manifesti efficacia rispetto ad una diversa controversia, salvo che non sia negata ancora una volta l'autorizzazione.

6.1.2. *Parità delle parti e (ancora) ragionevolezza dello schema della condizione risolutiva.* — L'autorizzazione del ricorso all'arbitrato — attraverso l'eterointegrazione legislativa sopravvenuta delle clausole compromissorie preesistenti — appare giustificata dal perseguimento di precisi interessi pubblici⁽¹⁰²⁾; e non sembra determinare l'inserimento nelle clausole di una condizione meramente potestativa, visto che l'autorizzazione, anche se non è riducibile alla categoria dei meri apprezzamenti tecnici, non è un'attività meramente discrezionale⁽¹⁰³⁾. Resta tuttavia

⁽⁹⁹⁾ V. *supra* nota 63 e testo corrispondente, nonché *infra* nota 112.

⁽¹⁰⁰⁾ V. *supra* nota 61.

⁽¹⁰¹⁾ È questo il profilo sotto cui si potrebbe affermare, un pò forzando i limiti del riconoscimento della garanzia del giudice naturale rispetto all'arbitrato (*supra* nota 44), la violazione dell'art. 25 Cost. Per le implicazioni negative sulla conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda di arbitrato v. *infra* § 6.1.2.

⁽¹⁰²⁾ V. *supra* § 2. e note 29, 30.

⁽¹⁰³⁾ All'amministrazione non è rimessa una scelta meramente arbitraria, da qui l'esclusione che si tratti di una condizione risolutiva meramente potestativa. Si può invece trattare di

indubbio che le doglianze del rimettente relative al riconoscimento alla P.A. del diritto potestativo di scegliere se ricorrere all'arbitrato e alla lesione della parità delle parti nel processo — ma in realtà anche nel giudizio arbitrale (art. 816 *bis*, 1° co.) ⁽¹⁰⁴⁾ — non erano affatto peregrine. E ciò indipendentemente dallo schema accolto, come evidenziano i seguenti esempi: *a*) se si segue lo schema della condizione risolutiva, la P.A. potrebbe eccepire nel giudizio arbitrale l'inefficacia (sopravvenuta) della clausola per la mancata autorizzazione (come avveramento della condizione risolutiva sopravvenuta, così non aderendo all'arbitrato); oppure, potrebbe instaurare il giudizio ordinario previa manifestazione di non voler autorizzare l'arbitrato rispetto ad una determinata controversia (a cui altrimenti sarebbe stata obbligata in virtù della preesistente clausola compromissoria); mentre la parte privata non avrebbe altra strada che introdurre il giudizio arbitrale, pena il rischio di subire la relativa eccezione; *b*) se invece si segue lo schema della condizione sospensiva, si è già detto che nel giudizio ordinario instaurato dalla parte privata — unica scelta possibile per la parte privata fino a che non sia intervenuta l'autorizzazione — la P.A. potrebbe eccepire l'arbitrato previa autorizzazione, quale avveramento della condizione sospensiva dell'efficacia della clausola compromissoria preesistente; inoltre soltanto la P.A. potrebbe, previa autorizzazione, introdurre il giudizio arbitrale.

Queste possibili alterazioni della parità delle parti, sia nel giudizio statale che in quello arbitrale, determinate dalla posizione riconosciuta alla P.A., depongono ancora una volta a favore dello schema della condizione risolutiva quale interpretazione costituzionalmente orientata degli effetti della norma sopravvenuta sulle clausole preesistenti. Se è vero, infatti, che la condizione risolutiva non può che operare *ex tunc* una volta che si sia verificato l'evento — nella specie negativo e perciò da collegare ad un diniego espresso o altrimenti al decorso di un termine fissato alla P.A. ⁽¹⁰⁵⁾ —, è innegabile che a tutela della parte privata

una condizione risolutiva potestativa semplice — come tale ammissibile — perché dipende dalla volontà dell'amministrazione ma sulla base di seri ed apprezzabili motivi, come individuati dalla stessa Corte costituzionale, v. *supra* § 2.

⁽¹⁰⁴⁾ Su questa norma cfr., anche per riferimenti, SALVANESCHI, *op. cit.*, *sub* art. 816-*bis*, spec. 401 ss.; in generale sull'arbitrato come processo e le relative garanzie cfr. CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, 1770 ss.; CAVALLINI, *op. cit.*, 797 ss.; CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2002, 1 ss.; CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in questa *Rivista.*, 1995, 222 ss.; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.; VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in questa *Rivista*, 2002, 633 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ L'attribuzione di un preciso significato al silenzio della P.A. sarebbe opportuna, per evitare, di fronte all'eventuale istanza della parte privata, che il silenzio-inadempimento della P.A. generi nuovo contenzioso. Nell'ottica, qui sostenuta, del diniego dell'autorizzazione come condizione risolutiva dell'efficacia della clausola compromissoria preesistente, la P.A. potrebbe

intervengano la dimensione “processuale” della clausola compromissoria, quale negozio ad effetti processuali ⁽¹⁰⁶⁾, e in particolare la domanda di arbitrato con i connessi effetti sostanziali e processuali ⁽¹⁰⁷⁾, salvaguardati in caso di “*translatio*” dinanzi al giudice statale.

La condizione risolutiva determina in modo retroattivo l’inefficacia della clausola rispetto alla singola controversia, ma restano fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda di arbitrato ⁽¹⁰⁸⁾. Si produce in concreto una situazione non dissimile da quella in cui gli arbitri abbiano dichiarato il proprio difetto di *potestas iudicandi*; tali sono gli effetti dell’avveramento della condizione risolutiva ⁽¹⁰⁹⁾. E di certo non dissimili sono le esigenze di tutela della parte che abbia già proposto la domanda di arbitrato in virtù di una clausola poi divenuta inefficace per il verificarsi dell’evento risolutivo, ma in origine idonea a fondare una valida ed efficace domanda di arbitrato ed eventualmente la *potestas iudicandi* degli arbitri ⁽¹¹⁰⁾. Se invece si seguisse lo schema dell’autorizzazione come condizione sospensiva la domanda di arbitrato della parte privata non potrebbe essere considerata, in mancanza dell’autorizzazione, un’efficace domanda di arbitrato, né la clausola potrebbe fondare la *potestas iudicandi* degli arbitri. Non sarebbero affatto riconoscibili gli effetti sostanziali e processuali propri della domanda di arbitrato, tanto meno la loro conservazione per “*translatio*”.

7. *Il completo distacco dall’esperienza del divieto di arbitrato ex art. 3, 2° co., D.l. 180/1998 e le prospettive di “legittimità costituzionale”.* —

anche ricevere direttamente la notificazione della domanda di arbitrato (v. *supra* § 4.1.), vista l’efficacia delle clausole compromissorie preesistenti fino a che non intervenga l’eventuale diniego del singolo « ricorso all’arbitrato ».

⁽¹⁰⁶⁾ Sulla clausola come contratto ad effetti processuali v. *supra* nota 73.

⁽¹⁰⁷⁾ Sugli effetti della domanda di arbitrato cfr. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, cit., 304 ss.; SALETTI, *La domanda di arbitrato e i suoi effetti*, in questa *Rivista*, 2002, 665 ss.; SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645 ss.; TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Il giusto processo civile*, 2006, 57 ss.; VERDE, *L’introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in questa *Rivista*, 1996, 21 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Sembrano ricorrere anche in questo caso le stesse esigenze di tutela riconosciute da Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in questa *Rivista*, 2014, 81, con commenti di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI; in *Corriere giur.*, 2013, 1107, con nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di D’ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, ACONE, *Translatio iudicii tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*; ed ancora BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 61 ss.; BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 374.

⁽¹⁰⁹⁾ V. già *supra* § 4.1., anche per la differenza con gli effetti della mancata autorizzazione all’inclusione della clausola.

⁽¹¹⁰⁾ V. ancora *supra* § 4.1..

Ormai caduta la generale inefficacia sopravvenuta (*pro futuro*) delle clausole preesistenti e letta l'inefficacia della clausola nel più limitato senso dell'esclusione della stessa rispetto alla singola controversia, quando l'organo di governo della P.A. abbia negato l'autorizzazione del ricorso all'arbitrato (evento risolutivo dell'efficacia), appare completo il distacco dall'esperienza del divieto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità. In quell'esperienza le clausole preesistenti non producono più effetti perché colpite da nullità/inefficacia sopravvenuta (divieto sopravvenuto di arbitrato), fatti salvi gli effetti già prodotti (i lodi emessi e le domande di arbitrato notificate); nell'esperienza attuale producono ancora, in via generale, il loro effetto di obbligare le parti a rivolgersi ad arbitri, ma fatto salvo il diniego di autorizzazione del ricorso all'arbitrato (eterointegrazione legislativa sopravvenuta), che tronca l'effetto retroattivamente rispetto alla singola controversia (con conservazione degli effetti della domanda di arbitrato già proposta). In ogni caso restano salvi, in forza della norma transitoria, gli arbitrati già conferiti o autorizzati. Le due esperienze sono dunque lontane.

Questa lontananza ha suscitato, nelle precedenti pagine, dubbi sulle argomentazioni della Corte, ma allo stesso modo si dubita che nuove questioni di legittimità possano avere un destino diverso dalle attuali, se si segue l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che si è qui proposta; altrimenti appare serio il rischio di nuove rimessioni, fondate proprio *sul diritto vivente* che si sta delineando nel senso dell'inefficacia *tout court* delle clausole compromissorie preesistenti ⁽¹¹¹⁾.

Si auspica, alla luce dell'esegesi compiuta del novellato art. 241, 1° co., e della norma transitoria, che le nuove questioni di legittimità, pur attese ⁽¹¹²⁾, non investano più l'art. 1, co. 25, nella parte in cui non facendo salve (ad ogni effetto) le clausole compromissorie preesistenti avrebbe determinato la retroattività dell'art. 241, 1° comma. Il co. 25 ha soltanto regolato le modalità transitorie del « ricorso all'arbitrato » fondato su clausole preesistenti. A tal fine ha fatto salvi gli arbitrati già conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della L. 190; mentre per l'epoca successiva il « ricorso all'arbitrato » è sottoposto al novellato art. 241, 1° co. In questo modo il co. 25 non ha affatto attribuito efficacia retroattiva a quest'ultima norma. Ciò appare chiaro sia in una prospettiva negoziale che in una prospettiva processuale.

Se si muove dalla prima, quindi prendendo in esame la clausola come

⁽¹¹¹⁾ Ne sono prova Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, cit., TAR Lazio, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2423, cit., e, sulla loro scia, la Determinazione ANAC n. 13 del 10 dicembre 2015, cit.

⁽¹¹²⁾ V. l'atto di promovimento ord. 238/2015, in GU n. 46 del 18 novembre 2015, che in particolare prospetta l'illegittimità del novellato art. 241, 1° co., nella parte in cui consente soltanto l'autorizzazione espressa (v. anche *supra* nota 63).

contratto e prescindendo dagli “effetti processuali”, la norma transitoria soddisfa sia la teoria dei diritti quesiti che la teoria del fatto compiuto ⁽¹¹³⁾. Il legislatore, infatti, ferma l’avvenuta acquisizione al « patrimonio » del soggetto interessato della fattispecie produttiva degli effetti — nel nostro caso la clausola compromissoria —, ha inciso, per il futuro, sulla disciplina del meccanismo di produzione degli stessi — vale a dire sull’obbligo di devolvere le controversie insorte ad arbitri —, fermi gli effetti già prodotti ⁽¹¹⁴⁾. Queste riflessioni escludono la violazione dell’art. 41 Cost. Né appare leso il principio dell’affidamento (art. 3 Cost.) ⁽¹¹⁵⁾, vista la salvezza degli arbitrati conferiti (o anche soltanto autorizzati) ⁽¹¹⁶⁾.

Da una prospettiva processuale, invece, la norma transitoria di certo non viola la garanzia del giudice naturale (art. 25 Cost.). Dal momento che si fanno salve le domande di arbitrato proposte — così leggendo la formula « arbitrati conferiti » — la garanzia del giudice naturale è osservata proprio nei limiti in cui la Corte costituzionale l’ha riconosciuta

⁽¹¹³⁾ La teoria dei diritti quesiti e la teoria del fatto compiuto attengono alla *disciplina degli effetti* di una fattispecie già perfezionata che non abbia ancora esaurito i propri effetti al tempo in cui sopravviene una nuova norma. La prima prescrive, di fronte alla sopravvenienza di una norma irretroattiva che disciplini gli effetti di un contratto di durata, la salvezza non soltanto degli effetti già prodotti al tempo di entrata in vigore (o di efficacia) della norma sopravvenuta, ma anche di quelli che si produrranno sotto la vigenza di quest’ultima, perché si ritengono disciplinati dalla norma esistente al momento in cui si è perfezionata la fattispecie produttiva. La teoria del fatto compiuto, invece, fa salvi soltanto gli effetti già prodotti a quel tempo e non anche quelli che si produrranno sotto la vigenza della norma sopravvenuta, i quali saranno disciplinati da quest’ultima. Per la lettura del principio *tempus regit actum* in relazione alle due diverse teorie v., anche per riferimenti, CAPONI, *Tempus regit processum. Un appunto sull’efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, spec. 455 s.; ed inoltre FURGUELE, voce *Diritti acquisiti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino 1989, spec. 371 ss.; MAISTO, *op. cit.*, spec. 92 ss.

⁽¹¹⁴⁾ In questo modo risultano osservati non soltanto i dettami della teoria del fatto compiuto ma anche della teoria dei diritti quesiti, perché le norme preesistenti regolano ancora gli effetti della clausola rispetto agli arbitrati conferiti (o soltanto autorizzati) entro la data di entrata in vigore della L. 190. Gli effetti della clausola rispetto alla controversia che sia stata già azionata attraverso la domanda di arbitrato — o soltanto autorizzata all’arbitrato — si produrranno pienamente, come richiede la teoria dei diritti quesiti, anche sotto la vigenza della norma sopravvenuta. È soltanto rispetto alle controversie non azionate o autorizzate entro quella data che opererà il nuovo sistema dell’autorizzazione del ricorso all’arbitrato dettato dall’art. 241, 1° co. Nessun problema si pone dal punto di vista della teoria del fatto compiuto, che fa salvi soltanto gli effetti già prodotti a quel tempo e non anche quelli che si produrranno sotto la vigenza della norma sopravvenuta, i quali saranno regolati da quest’ultima.

⁽¹¹⁵⁾ V. *supra* nota 41.

⁽¹¹⁶⁾ La Corte costituzionale ha già espressamente riconosciuto che se sono fatte salve le domande di arbitrato proposte — lettura qui accolta della formula arbitrati conferiti, v. *supra* § 3.1.2. — non vi è lesione del principio dell’affidamento, perché la norma transitoria fa in questo modo « applicazione della norma generale enunciata dall’art. 5 del codice di procedura civile » (così Corte cost., 15 gennaio 2003, n. 11, cit., che lo ha affermato proprio rispetto alla disciplina transitoria del divieto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità; conf. Corte cost., 22 maggio 2009, n. 162, cit.; in senso critico CAPPONI, *Il divieto di arbitrato*, cit., 92 s.). Del resto, la circostanza che al momento della stipulazione della clausola compromissoria l’oggetto sia soltanto determinabile consente di ritenere certamente minore l’affidamento che discende dalla stipulazione della clausola rispetto a quello che deriva dalla concreta attivazione del giudizio attraverso la domanda di arbitrato.

rispetto all'arbitrato rituale, perché la norma transitoria osserva il principio di cui all'art. 5 c.p.c. ⁽¹¹⁷⁾. Senza dimenticare che la norma fa salvi persino gli arbitrati già soltanto autorizzati.

Per ragioni simili non appare fondata l'eventuale questione di legittimità della norma transitoria nella parte in cui non fa salve — ad ogni effetto (sottraendole quindi, anche per gli effetti futuri, al sistema dell'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato ») — le *clausole compromissorie già autorizzate* (in forme anche diverse dall'attuale), mentre si limita a far salvi gli *arbitrati autorizzati*. Questa salvezza è ragionevolmente non prevista per due motivi: *a*) avrebbe in concreto negato la portata precettiva, e più in radice l'ambito applicativo, dello stesso art. 241, 1° co., nella parte in cui prevede l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato »; *b*) inoltre, la scelta di salvare gli arbitrati conferiti — *id est*: le domande di arbitrato proposte, secondo la tesi qui sostenuta — soddisfa la garanzia del giudice naturale, tutela gli effetti già prodotti dalla clausola, non lede il principio di affidamento. Non appare, di conseguenza, manifestamente irragionevole neppure l'art. 241, 1° co., nella parte in cui prescrive l'autorizzazione del « ricorso all'arbitrato », soprattutto se si considera che le clausole preesistenti restano in realtà efficaci, mentre è il singolo ricorso all'arbitrato ad essere stato sottoposto al sistema dell'autorizzazione (*recitius*: ad essere stato esposto al diniego di autorizzazione).

A queste condizioni la discrezionalità del legislatore può ben introdurre, per perseguire interessi pubblici, “filtri” del genere e differenziare le discipline nel tempo; il che esclude anche la violazione dell'art. 3 Cost. da parte dell'art. 241, 1° co. Nella vicenda esaminata l'interesse pubblico è stato perseguito non di certo attraverso una sopravvenuta ostilità verso l'arbitrato in materia, ciò che invece aveva caratterizzato il divieto di arbitrato in materia di opere pubbliche post-calamità ⁽¹¹⁸⁾, ma attraverso il sistema dell'*autorizzazione*. Quest'ultima consente all'organo di governo di ponderare l'interesse pubblico all'arbitrato nella singola controversia, quando tale ponderazione non sia stata già fatta, nelle medesime forme, rispetto alla clausola compromissoria, perché preesistente alla nuova legge.

Ferma questa *ratio*, in attesa delle scelte che il legislatore delegato vorrà compiere nel futuro « codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione » ⁽¹¹⁹⁾, si spera nell'interpretazione costituzionalmente orien-

⁽¹¹⁷⁾ V. *supra* nota 44.

⁽¹¹⁸⁾ V. *supra* nota 29.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. L. 28 gennaio 2016, n. 11 (*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), che tra i principi e criteri direttivi indica: « aaa) razionalizzazione dei metodi

tata delle norme vigenti: le norme si dichiarano costituzionalmente illegittime soltanto se non è possibile un'interpretazione conforme alla Costituzione. Si è tentato di proporre una.

ANTONIO MARIA MARZOCCO

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 ».

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civile, sentenza 3 dicembre 2015, n. 24629;
VIVALDI Pres. ed Est.; Alpigest s.r.l. c. Badesi s.r.l.

Mediazione obbligatoria - Opposizione a decreto ingiuntivo - Onere dell'introduzione della mediazione a carico dell'opponente.

L'onere di esperire il tentativo di mediazione di cui all'art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010 grava sulla parte che ha interesse al processo e ad introdurre il giudizio di merito, parte che, in ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo, è individuabile nell'opponente.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione, falsa applicazione di norma di diritto (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3): in particolare, violazione del D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5. La disposizione di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, di non facile lettura, deve essere interpretata conformemente alla sua *ratio*.

La norma è stata costruita in funzione deflattiva e, pertanto, va interpretata alla luce del principio costituzionale del ragionevole processo e, dunque, dell'efficienza processuale.

In questa prospettiva la norma, attraverso il meccanismo della mediazione obbligatoria, mira — per così dire — a rendere il processo la estrema *ratio*: cioè l'ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse.

Quindi l'onere di esperire il tentativo di mediazione deve allocarsi presso la parte che ha interesse al processo e ha il potere di iniziare il processo.

Nel procedimento per decreto ingiuntivo cui segue l'opposizione, la difficoltà di individuare il portatore dell'onere deriva dal fatto che si verifica una inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale diventa l'opposto nel giudizio di opposizione.

Questo può portare ad un errato automatismo logico per cui si individua nel titolare del rapporto sostanziale (che normalmente è l'attore nel rapporto processuale) la parte sulla quale grava l'onere.

Ma in realtà — avendo come guida il criterio ermeneutico dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione — la soluzione deve essere quella opposta.

Invero, attraverso il decreto ingiuntivo, l'attore ha scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo.

È l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore.

È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perché è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga.

La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice.

Del resto, non si vede a quale logica di efficienza risponda una interpretazione che accoli al creditore del decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà opposizione allo stesso decreto ingiuntivo.

È, dunque, l'opponente ad avere interesse ad avviare il procedimento di mediazione pena il consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo *ex art.* 653 c.p.c.

Soltanto quando l'opposizione sarà dichiarata procedibile riprenderanno le normali posizioni delle parti: opponente convenuto sostanziale, opposto — attore sostanziale.

Ma nella fase precedente sarà il solo opponente, quale unico interessato, ad avere l'onere di introdurre il procedimento di mediazione; diversamente, l'opposizione sarà improcedibile.

Il motivo quindi non è fondato. (*Omissis*).

L'opposizione a decreto ingiuntivo e l'esperimento del tentativo di mediazione ai sensi del D.Lgs. n. 28/2010.

1. Con la sentenza sopra riportata, la Corte di Cassazione affronta con senso pratico un problema che invece affanna i tribunali di merito ⁽¹⁾. In sintesi, si può così riassumere il ragionamento svolto dalla Suprema Corte: data la *ratio* deflattiva sottesa all'introduzione dell'istituto della mediazione di cui al D.Lgs. n. 28/2010, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, questa deve essere esperita dal creditore opponente. Ciò in quanto è quest'ultimo a dare impulso al giudizio di merito, lungo e dispendioso. Secondo tale logica, a nulla rileva la tralatizia affermazione per cui, con l'opposizione al decreto ingiuntivo, si verifica un'inversione tra la titolarità del rapporto sostanziale e l'impulso processuale. Indipendentemente dalla posizione sostanziale, la mediazione, quale filtro all'azione, deve essere introdotta da colui che ha il potere di avviare il giudizio.

Sebbene la conclusione raggiunta meriti piena condivisione, due sono le considerazioni che occorre svolgere. *In primis*, l'allocatione in capo all'opponente dell'onere di introdurre la mediazione non può giustificarsi solamente in virtù di ragioni di economia processuale. Per quanto questa sia un'importante norma ermeneutica, di certo non è l'unica; né mancano esempi in cui la stessa Corte di Cassazione ha adottato soluzioni non allineate ai canoni della speditezza e del decongestionamento delle aule giudiziarie. Inoltre il solo ricorso alle ragioni dell'economia processuale potrebbe autorizzare parte della giurisprudenza di merito a ritenersi non persuasa dalla soluzione indicata dalla Suprema Corte. *In secundis*, l'affermazione di essa soluzione richiede ulteriori sforzi di coordinamento con la complessiva ricostruzione dell'istituto dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

⁽¹⁾ V. *infra* note n. 3 e 5.

Per corroborare la tesi per cui il tentativo di mediazione debba essere esperito dall'opponente, conviene fornire una breve panoramica del quadro normativo e delle motivazioni sottese alle contrastanti decisioni dei Giudici di merito sul punto.

2. L'art. 5 D.Lgs. n. 28/2010, come modificato da ultimo dal D.L. n. 69/2013 convertito con L. n. 98/2013, prevede *inter alia* i casi in cui l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda, ovvero può essere disposto dal giudice, « *anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa* ». Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, tuttavia, il comma 4° lettera a) del medesimo articolo esonera dall'applicazione della mediazione i « *procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione* ».

La ragione di tale esclusione è individuata dalla relazione illustrativa ⁽²⁾ nelle esigenze di celerità, nel carattere differito del contraddittorio nonché nella prevalente funzione esecutiva dell'accertamento sommario di cui al procedimento monitorio. Posto ciò, si afferma che sarebbe illogico frustrare le peculiarità proprie dello strumento processuale in discorso. La mediazione può invece essere utilmente esperita una volta che le esigenze di celerità siano cessate. Il dato normativo tuttavia non specifica chi debba considerarsi onerato dell'introduzione del tentativo di mediazione, né quali siano le conseguenze a fronte dell'eventuale mancato esperimento della stessa.

Da un canto, alcune pronunce fanno leva sull'insegnamento per cui il ricorrente, per quanto convenuto formale in fase di opposizione, è attore in senso sostanziale. Essendo pertanto la domanda giudiziale azionata dal ricorrente, espletati gli adempimenti di cui agli articoli 648 e 649 c.p.c., quest'ultimo torna ad essere onerato dell'introduzione della mediazione ⁽³⁾. Si argomenta inoltre che, a voler opinare diversamente, la posizione del debitore verrebbe ad essere eccessivamente gravata. Costui infatti, oltre a dover proporre l'opposizione nel termine di decadenza, dovrebbe parimenti introdurre il procedimento di mediazione; incom-

⁽²⁾ Cfr. Relazione illustrativa - schema di decreto legislativo recante: « *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali* ».

⁽³⁾ Trib. Foggia 21 settembre 2011, in *Pluris*; Trib. Lamezia Terme 19 aprile 2012 in *Pluris*; Trib. Varese 18 maggio 2012, *Foro it.*, *Rep.* 2012, voce *Conciliazione in genere*, n. 203, e *Giur. it.*, 2012, 2620; Trib. Siena, 25 giugno 2012, in *Pluris*; Trib. Firenze 17 marzo 2014, *Foro it.*, *Le banche dati, archivio Merito ed extra*, 2014.187.1; Tribunale di Firenze, Sez. III, del 24.09.2014, in *DeJure*; Trib. Ferrara 7 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 3732; Trib. Cuneo 1° ottobre 2015, in *Foro it.*, *Le banche dati archivio Merito ed extra*, 2015.798.2.

benza questa che non gli sarebbe toccata se il creditore avesse scelto la via del processo ordinario di cognizione ⁽⁴⁾.

Un'altra parte della giurisprudenza di merito ⁽⁵⁾ sostiene la soluzione opposta principalmente per le tre ragioni di seguito indicate. La prima consiste nella valorizzazione della *ratio* deflattiva della mediazione e nella conseguente necessità che essa venga esperita da chi ha interesse all'instaurazione del giudizio di opposizione. La seconda ragione poggia sulla qualificazione del mancato esperimento della mediazione come ipotesi di inattività delle parti, la quale conduce all'improcedibilità dell'opposizione e, posta l'analogia tra l'opposizione stessa e l'appello, alla conseguente definitività del decreto ingiuntivo. Sicché, proprio per evitare tale definitività, sarà nel migliore interesse del debitore ingiunto esperire la mediazione. Alle considerazioni ora sintetizzate si aggiunge anche un ulteriore argomento *a contrario*. Si nota infatti come l'orientamento che pone l'onere dell'introduzione della mediazione in capo all'opposto — attore sostanziale — configura un'eccentrica ipotesi di « *improcedibilità postuma che dovrebbe colpire un provvedimento giudiziario condannatorio idoneo al giudicato sostanziale, già definitivamente emesso, ancorché sub iudice* » ⁽⁶⁾. Negata quindi la possibilità di concepire simile « *improcedibilità postuma* », si nega la premessa di partenza, ovvero che la mediazione debba essere introdotta dal creditore opposto.

Oltre alle cennate ricostruzioni giurisprudenziali, alcuni autori hanno immaginato di poter percorrere una terza via. Alle opinioni di chi ritiene che l'onere dell'introduzione della mediazione gravi sul creditore opposto ⁽⁷⁾, ovvero sul debitore opponente ⁽⁸⁾, è stata affiancata una soluzione

⁽⁴⁾ Cfr. *supra* giurisprudenza in nota n. 3.

⁽⁵⁾ Trib. Firenze 30 ottobre 2014, *Foro it.*, *Le banche dati, archivio Merito ed extra*, 2014.556; traspota letteralmente, in Trib. Chieti 8 settembre 2015 in *DeJure*; Trib. Nola, 24 febbraio 2015, in *Dejure*; Trib. Bologna, 20 gennaio 2015, n. 20059 in *Pluris*; Trib. Prato, 18 luglio 2011, in *Dejure*; Trib. Rimini, 05 agosto 2014, in *Pluris*; Trib. Siena, 25 giugno 2010, in *Dejure*; Trib. Genova, Sez. III, 15 giugno 2015, in *Pluris*; Trib. Monza, Sez. I, 31.03.2015, in *Pluris*; Trib. Nola, 24 febbraio 2015, in *Dejure*; Trib. Busto Arsizio, 15 giugno 2012, in *Dejure*. Distingue il Trib. Pavia, 12 ottobre 2015, in *Foro it.*, in *Merito ed extra*, voce 2015.801.1, secondo cui il Giudice potrebbe onerare tanto l'opponente quanto l'opposto e quindi, in caso di mancata proposizione della mediazione, rispettivamente verrebbe dichiarata improcedibile l'opposizione, ovvero verrebbe revocato il decreto. La sentenza da ultimo citata afferma che, in mancanza di ulteriore indicazione da parte del Giudice, sarebbe preferibile la tesi della improcedibilità dell'opposizione con conseguente definitività del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 653 c.p.c.

⁽⁶⁾ Trib. Firenze, Sez. III, sent. 30 ottobre 2014, cit.

⁽⁷⁾ A. G. DIANA, *Il procedimento monitorio*, Padova, 2013, p. 31; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, a cura di A. Carratta, Vol. III, Torino, 2015, p. 518 *sub* nota n. 29; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di A. A. Romano, Milano, 2012, p. 244; A. TEDOLDI, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino, 2013, p. 884, 885; ID., *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, nota a Trib. Varese, sent. 18.05.2012, in *Giur. It.*, 2012, fasc. 12, p. 2620 e ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del procedimento per ingiunzione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 113.

⁽⁸⁾ E. BENIGNI, *Mediazione - incombe sull'opponente ex art 645 c.p.c. l'onere di proporre l'istanza di mediazione*, in *Giur. It.*, 2015, fasc. 5, p. 1123 e ss.; M. DE CRISTOFORO, F. MURINO, *sub*

mediana. Questa afferma che detto incumbente debba ragionevolmente allocarsi in capo al creditore opposto, qualora in sede di prima udienza venga disposta la sospensione della provvisoria esecutorietà, ovvero sopra il debitore opponente, nel caso in cui il decreto sia provvisoriamente esecutivo ⁽⁹⁾.

Esposte in breve le posizioni che caratterizzano il panorama giurisprudenziale e dottrinale in *sedes materiae*, è ora possibile analizzare più nello specifico le criticità di ciascuna di esse.

3. Appare isolata l'opinione da ultimo richiamata che ripartisce l'onere dell'introduzione della mediazione in via differenziata, a seconda della concessione della provvisoria esecutorietà, ovvero della sospensione della stessa. Vero è che all'atto pratico, il Giudice genericamente demanda alle parti l'esperimento del tentativo di mediazione e ciascuna di esse ha la facoltà di procedervi. Vero anche che, a seconda delle contingenze del caso concreto, il creditore opposto ovvero il debitore opponente possono avere maggiore o minore interesse alla procedibilità della fase di opposizione. Siffatta ricostruzione tuttavia non persuade per due motivi. In primo luogo, pare che l'interesse all'esperimento della mediazione, debba essere valutato in astratto — sotto un profilo strutturale — e non in concreto — a seconda della concessione o meno della provvisoria esecutorietà. In secondo luogo, la tesi che qui si critica non spiega se sia possibile revocare il decreto ingiuntivo emesso in difetto dell'esperimento del tentativo di mediazione, né eventualmente su quali basi.

Diverse le considerazioni da svolgere rispetto alla posizione di chi ritiene che il mancato esperimento della mediazione, essendo condizione di procedibilità dell'azione introdotta dal creditore, comporti l'improcedibilità dell'intero giudizio, compresa la fase monitoria, con la conseguente revoca del decreto ingiuntivo. Avverso tale ordine di idee si obietta infatti che una simile revoca rappresenterebbe una singolare « *improcedibilità postuma* » la quale sarebbe una sanzione eccentrica, priva di cittadinanza nell'ordinamento processuale ⁽¹⁰⁾.

È bene però precisare che non sembra ci si debba concentrare sull'improcedibilità di per sé, né sulla singolarità che questa travolga *ex post* gli atti che precedono, validamente posti in essere. L'improcedibilità è difatti una sanzione eterogena, non disciplinata in via generale, che presenta differenti schemi operativi a seconda delle diverse ipotesi in cui

art. 5 d.lgs. n. 28/2010, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, 2013, p. 2355; F. DE STEFANO, A. VALITUTTI, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013, p. 442; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, 2015, Milano, p. 76; F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012, p. 73.

⁽⁹⁾ M. BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2010, p. 191.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Trib. Firenze, Sez. III, 30 ottobre 2014, cit.; v. *supra* nota n. 5 e n. 8.

viene comminata⁽¹¹⁾. Tanto più che non si ha difficoltà a riconoscere l'eccentricità del requisito del previo esperimento del tentativo di mediazione⁽¹²⁾. In questo caso poi la stravaganza degli effetti della declaratoria di improcedibilità dipenderebbe più che altro dalla configurazione dei rapporti tra mediazione, ricorso per decreto ingiuntivo e opposizione. Secondo questa impostazione l'ordinamento consentirebbe l'introduzione di una domanda con dispensa dall'avveramento di una condizione di procedibilità salvo poi richiedere, in un dato momento futuro⁽¹³⁾, la realizzazione della stessa. Se si condivide questa impostazione, è possibile ritenere che la declaratoria « postuma » del difetto della condizione di procedibilità comporti la revoca degli atti posti in essere *medio tempore*. Pertanto, anche se la tesi non convince per i motivi che si andranno a dire, date le premesse, la sanzione della « *improcedibilità postuma* » parrebbe congrua.

Certo è che simile interpretazione non si pone in linea con la *ratio* sottesa alla stessa introduzione della mediazione da parte del legislatore. È pacifico infatti che quest'ultima abbia una funzione deflattiva. A ritenere invece che alla mancata proposizione della mediazione consegua la revoca del decreto ingiuntivo, tutto si perseguirebbe tranne che una funzione deflattiva. Venuta meno l'ingiunzione, in effetti, il creditore ben potrà rivolgersi nuovamente all'Autorità giudiziaria, con evidente duplicazione delle attività e spreco di risorse. Così si ribadisce anche l'incongruità della revoca del decreto ingiuntivo, il quale invece è un provvedimento stabile, idoneo alla produzione degli effetti sostanziali del giudicato — o quasi⁽¹⁴⁾. Appare infine paradossale che il creditore, per vedere soddisfatto il proprio credito come risultante dal decreto d'ingiunzione,

⁽¹¹⁾ S. LA CHINA, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXV, Milano, 1986, p. 798 e ss.; F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, Vol. II, *op. cit.*, p. 363.

⁽¹²⁾ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, Vol. I, Torino, 2015, p. 546. Riguardo ai tradizionali concetti di presupposto processuale e condizione dell'azione, per ragioni di brevità, non si può che rimandare ad altra sede v. in sintesi C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Nov. dig. it.*, Vol. XII, Torino, 1966.

⁽¹³⁾ Cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 132, 133, la quale definisce il requisito del previo esperimento della mediazione come condizione di procedibilità e non di proponibilità; così anche E. BENIGNI, *Mediazione - incombe sull'opponente ex art 645 c.p.c. l'onere di proporre l'istanza di mediazione*, *op. cit.*, p. 1123; F. P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, *op. cit.*, 65, 66, i quali sottolineano la necessità costituzionale di simile configurazione della mediazione. Sul punto v. anche R. CONTE, *Del procedimento d'ingiunzione*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2012, p. 29 e ss.

⁽¹⁴⁾ Sulla idoneità del decreto ingiuntivo alla produzione degli effetti della cosa giudicata e le posizioni che invece negano tale portata, ovvero affermano un'efficacia limitata alla preclusione *pro iudicato*, cfr. *ex multis* E. GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, *op. cit.*, p. 6 e ss.; F. DE STEFANO, A. VALITUTTI, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013, p. 12 e ss.; sul punto v. anche A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, *op. cit.*, p. 85 e ss. Di recente, a favore della tesi per cui al decreto ingiuntivo definitivo conseguono effetti preclusivi *pro iudicato* v. B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, p. 723; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, Vol. II, 2015, p. 180; v. anche Cass., 28 maggio 2015, n. 11040, in *Pluris*.

debba essere onerato dell'introduzione di un'ulteriore procedura, la quale è tendenzialmente tesa al conseguimento di un *minus* rispetto a quanto gli viene riconosciuto dallo stesso provvedimento giurisdizionale.

Avverso le critiche da ultimo riportate si osserva tuttavia che l' idoneità del decreto ingiuntivo al giudicato, in quanto condizionata alla mancata opposizione, è solamente potenziale⁽¹⁵⁾. Per converso, nulla toglie che nella successiva fase a cognizione piena, rilevato il difetto di una condizione di decidibilità, si arrivi alla revoca dell'ingiunzione. Né le sopra citate argomentazioni consentono di escludere nel loro complesso che, per quanto defatigante, debba essere il creditore opposto, in quanto attore sostanziale, a dover introdurre la mediazione⁽¹⁶⁾. A ben vedere infatti la maggiore o minore efficienza dell'una o dell'altra soluzione, sebbene indicativa di quale possa essere l'interpretazione preferibile, non destituisce di ogni fondamento la tesi meno funzionale.

Per giungere a tanto e, correlativamente, per confermare la fondatezza della soluzione che vuole sia il debitore opponente ad introdurre la mediazione, pare necessario fare un passo indietro. In particolare, occorre indagare più approfonditamente la premessa principale dalla quale muove la tesi che grava dell'introduzione della mediazione il creditore opposto. Bisogna quindi vedere più da vicino la tratizia affermazione per cui il creditore opposto sarebbe in verità l'attore sostanziale⁽¹⁷⁾. Chiaritone il senso, si potrà compiutamente prendere posizione in ordine al caso di specie. A tale fine giova passare in breve rassegna i principali orientamenti riguardo la natura speciale ovvero ordinaria del procedimento di ingiunzione, nonché i rapporti tra la fase monitoria e l'opposizione.

4. Particolare rilevanza va attribuita all'opinione di chi sostiene che il decreto d'ingiunzione rientri nella categoria degli « *accertamenti con prevalente funzione esecutiva* »⁽¹⁸⁾. All'autorevolezza di colui che per

⁽¹⁵⁾ V. *supra* nota n. 3, tra le pronunce ivi citate specialmente Trib. Ferrara 7 gennaio 2015, cit.

⁽¹⁶⁾ V. *supra* nota n. 3 e 7.

⁽¹⁷⁾ *Leitmotiv* della giurisprudenza della Cassazione, tra le ultime v. Cass. 19 novembre 2015, n. 23677 in *Pluris*; Cass. 30 ottobre 2015, n. 22296 in *Pluris*; Cass. 29 ottobre 2015, n. 22108, in *Pluris*; Cass. 14 ottobre 2015, n. 20765, in *Pluris*; Cass. 17 luglio 2015 n. 14691, in *Foroitaliano.it, banche dati*. In dottrina v. B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, op. cit., p. 246; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, Vol. IV, op. cit., p. 160, 161; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 36; C. MERLO, A. TEDOLDI, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, op. cit., p. 511. In senso parzialmente difforme E. GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, op. cit., p. 166. Sul senso da attribuire all'inversione della posizione sostanziale e quella processuale v. *infra*.

⁽¹⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 128 e ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, p. 215 e ss. Anche S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. IV, Milano, 1968, p. 6 e ss. muove dalla stessa prospettiva quando parla di "normativa senza giudizio"; più di recente L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2005, Vol. I, p. 48; così anche M. CATALDI, *La natura del rito*

primo ha coniato la locuzione citata si aggiunge anche l'importante rilievo che essa viene espressamente riportata nella relazione illustrativa al Decreto Legislativo n. 28/2010.

Tale accertamento è caratterizzato dalla sommarietà della cognizione del Giudice, dalla provvisorietà del provvedimento reso e, per conseguenza, dal fatto che quest'ultimo non conduce all'affermazione del diritto, potendo questa conseguire solamente dalla cognizione piena ⁽¹⁹⁾.

Diversamente altri ritengono che la specialità del procedimento d'ingiunzione sia data dalle forme previste per l'introduzione del giudizio, il quale tuttavia non si distinguerebbe per la sua natura da un'ordinaria azione di condanna ⁽²⁰⁾.

Altri ancora ipotizzano l'esercizio congiunto per mezzo del ricorso alla tutela ingiuntiva di entrambe le azioni: sia di quella speciale, sia di quella ordinaria, condizionatamente alla proposizione dell'opposizione ⁽²¹⁾.

Ciò posto, l'opinione professata in ordine alla natura e alle caratteristiche principali del procedimento monitorio influenza variamente la ricostruzione dei rapporti tra questo e la successiva opposizione. Difatti alle teorie sopra riportate si giustappone un altrettanto variegato novero di ricostruzioni circa i rapporti tra la fase monitoria e la successiva ed eventuale opposizione. A fronte della tendenziale unanimità nel riconoscere che la fase di opposizione introduce un giudizio a cognizione piena ⁽²²⁾, il rapporto di questa con l'azione esperita in sede monitoria viene configurato in vario modo.

In particolare, vi sono coloro che ritengono che l'opposizione e la fase monitoria si collochino in posizione di autonomia. In questo senso si pone

monitorio, in *Il procedimento di opposizione*, a cura di B. CAPPONI, *op. cit.*, p. 78. Per una completa ricostruzione della corrente dottrinale in questione sia consentito rimandare a E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, *op. cit.*, p. 24 *sub* nota 18. Cfr. F. DE STEFANO, A. VALITUTTI, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, *op. cit.*, p. 24. In giurisprudenza l'affermazione per cui il procedimento monitorio avrebbe la funzione di "accertamento con prevalente funzione esecutiva" si trova riportata in Cass., sez. I, 18 dicembre 1998, n. 12668 in *Foro it.*, voce *Ingiunzione (procedimento)* [3570]; Cass., 30 marzo 1998, n. 3316, in *Foro it.*, 1998, I, 2161.

⁽¹⁹⁾ V. *supra* nota n. 18.

⁽²⁰⁾ Per tutti v. E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, *op. cit.*, p. 42 e ss.; F. DE STEFANO, A. VALITUTTI, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, *op. cit.*, p. 24, 25; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 194 e ss. specialmente p. 197 e nota n. 107; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, Vol. III, p. 48 e ss.

⁽²¹⁾ L'indirizzo seppur minoritario viene sostenuto in maniera autorevole v. per tutti V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedure civile*, Vol. IV, Napoli, 1967, p. 67 e ss.; v. anche A. SEGNI, *Giudizio di verificaione di credito ed estensione del giudicato*, in riv. dir. comm., 1941, p. 98. Per una persuasiva critica di questa dottrina occorre rinviare a E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, *op. cit.*, p. 28, 31.

⁽²²⁾ Così espressamente E. GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, p. 163. Di recente v. Cass., Sez. Un., 10 luglio 2015, n. 14475, in *Foro It.*, 2015, 11, 1, 3520, §§ 45 e 46: « (...) fase di opposizione, che completa il giudizio di primo grado (le due fasi fanno parte di un medesimo giudizio che si svolge nel medesimo ufficio (...) in caso di opposizione il procedimento monitorio si trasforma in giudizio a cognizione piena, che prosegue dinanzi allo stesso ufficio giudiziario ».

la ricostruzione che descrive la fase senza contraddittorio come « *normativa senza giudizio* », mentre quella successiva sarebbe caratterizzata dalla presenza del contraddittorio e quindi dalla sussistenza di un « *giudizio* »⁽²³⁾. La qual cosa induce a ritenere che, con la proposizione dell'opposizione, il debitore assume la veste di attore non solo in senso formale, bensì anche in senso sostanziale. Pertanto l'opponente, impugnando il decreto, dovrebbe affermare l'inesistenza del diritto sotteso all'ingiunzione⁽²⁴⁾.

Altri qualificano l'opposizione come un atto di impugnazione, il quale introduce, seppur nel quadro di un unico processo di cognizione, un nuovo procedimento di primo grado⁽²⁵⁾. Si esclude così che la citazione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. possa equivalere ad una comparso di costituzione e risposta, essendo il primo un atto tipicamente introduttivo, né potendo la mancata costituzione produrre gli effetti della mancata opposizione⁽²⁶⁾. Alla stregua di tale prospettazione, l'opposizione varrebbe quale *provocatio ad probandum*, dovendo il creditore provare l'esistenza del credito affermato a seguito della contestazione effettuata dal debitore⁽²⁷⁾.

Una diversa impostazione sostiene che tra la fase monitoria e la successiva eventuale opposizione non vi sia soluzione di continuità e attribuisce all'opponente la qualifica di convenuto in senso sostanziale⁽²⁸⁾.

5. Come già anticipato, in questa sede non si ha la pretesa di trattare della fondatezza delle sopra riportate ricostruzioni dogmatiche. Ciò che conta invece è vedere come l'opzione per l'una o l'altra posizione influisca sul punto dell'allocazione dell'onere dell'introduzione della mediazione

⁽²³⁾ Cit. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. IV, *op. cit.*, p. 13: « *alla base dell'azione sta un'azione che si è esaurita con il decreto quando ha costituito il credito, ed è solo con un giudizio di esistenza o inesistenza del debito che il decreto può essere rimosso (...)* », v. *ibidem* p. 75 e ss. *Contra v. ex multis* E. GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, *op. cit.*, p. 166 e 167; di recente v. G. RUFFINI, *Sulla c.d reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, fasc. 4, p. 1097.

⁽²⁴⁾ V. *supra* nota n. 23.

⁽²⁵⁾ E. GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, p. 169, così anche C. MERLO, A. TEDOLDI, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il procedimento di ingiunzione*, a cura di B. Capponi, Bologna, 2009, p. 467. In senso opposto E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del procedimento per ingiunzione*, *op. cit.*, p. 113, la quale qualifica il creditore come attore « *finanche in senso processuale* ».

⁽²⁶⁾ V. *supra* nota n. 23, sul punto concordano anche A. VALITUTTI, F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, *op. cit.*, p. 273; cfr. invece C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, a cura di A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 36, v. ivi ampi riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

⁽²⁷⁾ Oltre a nota n. 25 e 26, v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, Vol. IV, p. 161.

⁽²⁸⁾ C. MADRIOLI, *op. ult. cit.*, p. 36; in questo senso pare orientata anche la giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione cfr. nota n. 22.

nonché, di riflesso, sugli effetti conseguenti alla mancata proposizione di essa.

In primis si rileva che, adottando la tesi per cui l'opposizione costituisce un giudizio autonomo rispetto all'azione introdotta in sede monitoria, non vi è alcun dubbio su chi debba esperire la mediazione. Se si afferma che l'opponente è attore, non solo in senso formale ma anche sostanziale, è certo che la mediazione debba essere introdotta per l'appunto dal debitore-attore.

Lo stesso discorso vale anche rispetto alla tesi che qualifica l'opposizione come impugnazione di primo grado e l'opponente come attore, sì ma solo in senso formale⁽²⁹⁾. Tuttavia, diversamente da quanto comunemente affermato, per definire chi debba introdurre la mediazione, l'opponente o l'opposto, non conta la stabilità del decreto, né l'interesse al mantenimento degli effetti di questo o la concessione della provvisoria esecutorietà. Questi sono tutti dati susseguenti. Bisogna invece prima capire a cosa acceda il requisito del previo esperimento della mediazione: alla fase monitoria, nella quale viene azionato il diritto da parte del ricorrente; ovvero al successivo giudizio di opposizione, proposto dal debitore avverso il decreto ingiuntivo. In altri termini non è l'idoneità al giudicato o la qualità dell'accertamento contenuto nel decreto che può indicare chi debba introdurre la mediazione, o a cosa questa si riferisca.

Se così è, chiaro e pacifico che la mediazione non è né può essere un requisito per l'accesso alla tutela monitoria⁽³⁰⁾, ne consegue che essa rappresenta un filtro al giudizio a cognizione piena di opposizione a decreto ingiuntivo. Posto quanto detto, occorrerà poi avere riguardo al solo dato formale per cui il giudizio di opposizione viene introdotto dall'opponente. Solo in tale momento infatti, a seguito della notificazione dell'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, viene ad instaurarsi un giudizio per il quale l'ordinamento richiede la mediazione. Non rileva invece che il diritto sotteso all'ingiunzione sia stato azionato dal ricorrente. Nulla toglie infatti che l'impulso alla prosecuzione del giudizio secondo le forme del processo ordinario di cognizione viene dall'opponente; impulso quest'ultimo che richiede appunto l'esperimento del tentativo della mediazione.

Se quanto detto è corretto, le medesime considerazioni valgono anche rispetto alla tesi secondo la quale non vi sarebbe alcuna soluzione di

⁽²⁹⁾ V. *supra* note n. 25, 26 e 27.

⁽³⁰⁾ Oltre alle ragioni esposte nella Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 28/2010 di cui alla nota n. 2, si nota che l'esperimento della mediazione richiede la costituzione del contraddittorio tra le parti v. C. Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Riv. dir. proc.*, 2000, fasc. 4, p. 1219 e ss. con nota di R. CONTE, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e in materia di lavoro, giurisdizione condizionata e finalità del procedimento monitorio*; Id., R. CONTE, *Del procedimento d'ingiunzione*, *op. cit.*, p. 29; A. STORTO, *Lo svolgimento e i possibili esiti della fase senza contraddittorio, in Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di B. CAPPONI, *op. cit.*, v. anche *supra* nota n. 13.

continuità tra la fase monitoria e quella oppositiva. Posto infatti che il requisito del previo esperimento del tentativo della mediazione attiene all'instaurazione del giudizio di opposizione, a nulla vale obiettare che, essendo il debitore opponente convenuto in senso sostanziale, l'onere debba gravare sul creditore opposto quale attore sostanziale.

Pur ritenendo che il primo atto difensivo dell'opponente debba avere il contenuto tipico della comparsa di costituzione e risposta, ciò non toglie che la forma da attribuire a detto atto difensivo sia quello della citazione, né che l'opponente abbia l'onere di compiere le attività tipiche connesse all'introduzione dell'opposizione. Non a caso infatti gli stessi sostenitori dell'argomento della continuità tra la fase monitoria e quella oppositiva — seppur in altre sedi — rimarcano l'importanza di scindere il profilo sostanziale e contenutistico dell'atto di opposizione dal dato strutturale e formale. Un caso su tutti è dato dalla chiamata del terzo da parte dell'opponente. Per la prevalente giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione questa andrebbe autorizzata dal Giudice, con rinvio dell'udienza ai sensi dell'art. 269 comma 2° c.p.c. ⁽³¹⁾. Siffatto orientamento viene però correttamente criticato per l'exasperazione del concetto di « *convenuto in senso sostanziale* » ⁽³²⁾; tanto estremizzato da sfociare nella

⁽³¹⁾ Di recente Cass., 29 ottobre 2015, n. 22113 in *Foro Italiano*, voce *Ingiunzione (procedimento per) Sentenza civile [6100]* — la quale tra l'altro sostiene la rilevanza d'ufficio della irrivalenza della chiamata del terzo, diversamente da quanto stabilito in Cass., 20 gennaio 2015, n. 883, in *Pluris*; v. anche Cass., 19 ottobre 2015, n. 21101, in *Pluris*; Cass., 14 maggio 2014, n. 10610, in *Foro Italiano*, voce *Procedimento civile davanti al giudice di pace [5200]*; Cass., 20 gennaio 2015, n. 883 cit.; cfr. per la chiamata del terzo nell'opposizione a decreto ingiuntivo introdotta mediante ricorso v. Cass., 15 maggio 2012, n. 7526 in *Pluris*. V. anche Cass., 19 ottobre 2009, n. 22123 in *Pluris*, citata anche in E. DEBERNARDI, *infra*, nota n. 32.

⁽³²⁾ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 36; per una ricostruzione complessiva delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sia consentito rinviare a C. MERLO, A. TEDOLDI, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di B. CAPPONI, *op. cit.*, p. 530 e ss. Si veda anche E. DEBERNARDI, *Brevi cenni sulla chiamata del terzo nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1137 e ss., in nota a Trib. Varese, 5 febbraio 2010 — secondo il quale le qualifiche di attore e convenuto devono ritenersi confinate all'ambito processuale, laddove la qualifica dell'opponente come convenuto in senso sostanziale rileva ai soli fini dell'allocatione dell'onere probatorio; similmente R. CONTE, *Ruolo sostanziale delle parti nell'opposizione a decreto ingiuntivo ed oneri processuali (chiamata in causa del terzo, domanda riconvenzionale e termine per la formulazione di eccezioni)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1820 e ss., in nota a Ord. Trib. Milano, 28 febbraio 2003, il quale sostiene che, se è ben vero che rispetto all'onere probatorio l'opponente riveste la qualifica di convenuto sostanziale, non è possibile estendere la portata di detto principio in riferimento alla questione della chiamata in causa del terzo; v. anche R. CAPONI, in nota a Cass., 16 luglio 2004, in *Foro it.*, I, 1468. Gli autori sopra citati concordano nel ritenere che il punto di partenza della tesi per cui l'opponente debba richiedere l'autorizzazione del Giudice alla chiamata del terzo sia dato dal divieto di instaurare il giudizio di opposizione tra soggetti diversi da quelli della procedura monitoria. Siffatto ordine di idee pare però tipico dei giudizi impugnatori. In ciò si intravede però un contrasto con la stessa giurisprudenza prevalente della Corte Suprema di Cassazione la quale invece qualifica l'opposizione, non come giudizio di impugnazione, bensì come fase ulteriore a cognizione piena dello stesso giudizio di primo grado, v. *supra* nota n. 22.

tendenziale qualificazione dell'opponente come convenuto anche in senso processuale e formale ⁽³³⁾.

Le considerazioni da ultimo svolte portano quindi a ribadire che, qualunque sia la concezione dei rapporti tra la fase monitoria e la successiva opposizione, si deve scindere il profilo sostanziale e contenutistico dell'atto di opposizione da quello strutturale e formale. Laddove è chiaro che, proponendosi l'opposizione con lo stesso atto previsto per l'avvio del giudizio ordinario di merito, è alle forme di questo atto che bisogna guardare per definire come incardinare il procedimento. Ciò anche se si dovesse ritenere che detto giudizio rappresenti una continuazione, secondo le forme del processo a cognizione piena, della previa fase monitoria.

Bisogna in altri termini distinguere tra il "contenitore", ovvero il processo, e il "contenuto" di questo. Da un lato, le difese del debitore — ovvero il contenuto dell'atto — debbono ricalcare la posizione sostanziale dello stesso, potendosi così convenire sul fatto che l'ingiunto non sia tenuto a dare la prova dell'inesistenza del diritto portato dal decreto ⁽³⁴⁾. D'altro canto però lo stesso debitore è tenuto ad imbastire il contenitore nel quale riversare le proprie difese secondo le ordinarie norme sull'instaurazione del giudizio.

In virtù di quanto sopra, si conclude ribadendo che l'onere dell'introduzione della mediazione attiene all'instaurazione della fase di opposizione. È quindi in primo luogo interesse dell'opponente che detto giudizio venga correttamente instaurato. Posto ciò, il Giudice ben può assegnare indistintamente alle parti il termine per il deposito della domanda di mediazione, potendovi quindi provvedere anche il creditore opposto. In difetto, qualora nessuno proceda all'esperimento della mediazione, il Giudice, vista l'inattività delle parti, dovrà dichiarare l'estinzione del giudizio di opposizione — non dell'intero procedimento compresa la fase monitoria — alla quale conseguirà la definitività del decreto ingiuntivo. Per i motivi sopra visti è invece da rigettare la tesi per cui, in quanto attore nella fase monitoria e titolare della situazione soggettiva di vantaggio, il creditore opposto debba introdurre la mediazione, dovendosi in difetto revocare il decreto ingiuntivo. Si esclude altresì che l'allocatione dell'onere dipenda da fattori esterni e contingenti come la concessione della provvisoria esecutorietà.

6. Le considerazioni sopra svolte non traspaiono dalla sentenza della Corte Suprema di Cassazione riportata in apertura. In essa si legge

⁽³³⁾ Proprio in questo senso però E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del procedimento per ingiunzione*, op. cit., p. 113.

⁽³⁴⁾ Cfr. *supra* nota n. 25.

in primo luogo l'attenzione al profilo dell'economia processuale e della deflazione del contenzioso. È solo sulla scorta di questi elementi che la Corte alloca l'onere dell'introduzione della mediazione in capo all'opponente, il quale « *ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore* ». Il Supremo Collegio tuttavia non dice che ciò debba avvenire, indipendentemente dai motivi dell'economia processuale, qualunque sia l'orientamento del legislatore verso il processo ordinario, perché l'opponente riveste il ruolo di attore in senso processuale, essendo quindi egli gravato dagli oneri che attengono tipicamente a tale qualifica.

Inoltre la soluzione alla quale giunge la Corte Suprema di Cassazione, sebbene condivisibile, sembra che mal si concili con l'affermazione per cui l'opponente che voglia chiamare il terzo nel giudizio di opposizione debba richiedere l'autorizzazione ai sensi dell'art. 269 c.p.c. comma 2°. Se difatti onerare l'opponente dell'introduzione della mediazione significa qualificarlo come attore in senso processuale — almeno implicitamente o solo per ragioni di economia processuale — sostenere che la chiamata del terzo debba essere autorizzata ai sensi dell'art. 269 comma 2° c.p.c. presuppone invece la posizione di convenuto processuale. Se così è, a margine del presente scritto, pare lecito auspicare che la sentenza della Corte di Cassazione del 3 dicembre 2015 n. 24629 porti ad un *revirement* in ordine alla chiamata del terzo da parte dell'opponente.

BEKA TAVARTKILADZE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza 19 agosto 2015, n. 16901; DI PALMA Pres.; SAMBITO Est.; VELARDI P.M.; Hotel Columbus S.r.l. (avv.ti Veneziano, Capponi) c. Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme (avv.ti Merla, Maranella).

Arbitrato - Legittimazione processuale - Eccezione sollevata in sede di memoria di replica ex art. 190 c.p.c. - Tardività.

Impugnazione lodo arbitrale - Assorbimento del lodo nella sentenza che conclude il giudizio impugnatorio - Negazione - Richiesta riconoscimento ed esecuzione del lodo estero - Adozione di procedimento diverso da quello ex artt. 839 e 840 c.p.c. - Assenza di pregiudizio per il diritto di difesa - Irrilevanza dell'errore sul procedimento.

La contestazione circa la mancanza di legittimazione processuale della parte non è da considerarsi come eccezione rilevabile d'ufficio in ogni grado e stato del giudizio e, se sollevata in sede di memoria di replica, ex art. 190 c.p.c., è da ritenersi tardiva.

Il lodo arbitrale soggetto ad impugnazione non viene assorbito dalla sentenza dell'autorità giudiziaria che ne afferma la legittimità e pertanto oggetto del procedimento di riconoscimento ed esecuzione è il lodo e non la sentenza dell'autorità giudiziaria. Peraltro la mancata attuazione del procedimento corretto, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione di un lodo estero, rileva solo qualora la violazione delle norme processuali abbia cagionato un pregiudizio al diritto di difesa della parte richiedente.

CENNI DI FATTO. — Il 17.12.2007, il Collegio Arbitrale designato dalle parti nella sede convenuta della Città del Vaticano, ha pronunciato un lodo di parziale accoglimento della domanda proposta dall'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme (OESSG) nei confronti della Hotel Columbus S.r.l. (HC), dichiarando che il contratto di locazione *inter partes* andava a scadere il 31 dicembre 2007 e stabilendo che la Hotel Columbus S.r.l. era tenuta a restituire all'Ordine Equestre l'immobile, di proprietà del medesimo ente.

Il predetto lodo veniva impugnato per nullità ex art. 717 c.p.c.v. dalla Hotel Columbus S.r.l., dinanzi al Tribunale di prima istanza dello Stato della Città del Vaticano, il quale rigettava con sentenza del 25.07.2008-13.11.2008 la domanda di annullamento del lodo e condannava la parte ricorrente alla spese di giudizio.

Avverso detta sentenza, proponeva ricorso per cassazione la Hotel Columbus S.r.l. innanzi alla Corte di Cassazione dello Stato della Città del Vaticano; il giudizio di legittimità venne definito con sentenza in data 29.5.2009, depositata il 4.6.2009, con la quale il ricorso veniva rigettato e le spese compensate tra le parti.

L'Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme chiese che, *ex art. 67 della L. n. 218 del 1995* — sul presupposto della “mancata, spontanea ottemperanza da parte di HC s.r.l. al “dictum” contenuto nel lodo arbitrale, risultante dalle impugnazioni proposte avverso il predetto lodo avanti al Tribunale di prima istanza dello S.C.V. e avanti alla Suprema Corte di Cassazione dello S.C.V.” — venisse dichiarata l'esistenza dei requisiti di efficacia in Italia del lodo arbitrale con

conseguente ordine a carico della convenuta di rilasciare l'immobile oggetto del contratto di locazione. (*Omissis*).

La Corte d'Appello di Roma, con sentenza del 24.2.2012, dichiarò efficace nel territorio della Repubblica il lodo arbitrale pronunciato nello Stato della Città del Vaticano, rigettando tutti i motivi con cui la Hotel Columbus S.r.l. si opponeva al riconoscimento e all'esecuzione del lodo in Italia e ordinando alla Hotel Columbus S.r.l. l'immediato rilascio dell'immobile.

La Corte di Cassazione chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della sentenza della Corte d'Appello di Roma, con sentenza deliberata il 9 luglio 2015, rigetta il ricorso confermando la sentenza della Corte di Appello, pur modificando la motivazione di uno dei motivi di rigetto.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con il primo motivo la ricorrente in cassazione contesta la legittimità del rigetto dell'eccezione di difetto di rappresentanza processuale dell'OESSG da lei sollevata. Su tale eccezione la Corte di Appello si era pronunciata dichiarando che l'eccezione era stata proposta tardivamente perché sollevata in sede di memoria di replica, *ex art.* 190 c.p.c., e che questo aveva precluso l'instaurazione del contraddittorio e l'eventuale ratifica da parte attrice. L'HC ritiene che così facendo i giudici della Corte d'Appello abbiano dato luogo ad una violazione e falsa applicazione dell'art. 75 c.p.c. in tema di rappresentanza processuale degli enti e dell'art. 1399 c.c. in materia di ratifica del contratto. L'articolo 75 c.p.c. sarebbe stato violato nella parte in cui prevede (al comma 3) che le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto. Ebbene, la ricorrente evidenzia che lo Statuto dell'OESSG attribuisce il potere di rappresentanza dell'ente al "Governatore Generale" e non al "Gran Maestro e legale rappresentante", che nel caso di specie aveva conferito la nomina ai difensori. Per quanto concerne la tardività dell'eccezione sollevata, la ricorrente, riferendosi alle sentenze della Cass. n. 22783/2006 e n. 20596/2007 ritiene che l'eccezione sia rilevabile d'ufficio anche in sede di impugnazione; inoltre, la parte attrice non avrebbe potuto ricorrere al rimedio della ratifica del mandato *ad litem*, non operando in ambito processuale l'istituto della ratifica del contratto, *ex art.* 1399 c.c. La Corte di legittimità rigetta il motivo prospettato dalla ricorrente. Il principio desumibile dalle due sentenze sopra riportate, relativo al dovere del giudice di accertare la legittimazione processuale delle parti "anche d'ufficio e in sede di impugnazione", è stato oggetto di errata interpretazione da parte della ricorrente. Nel caso di rappresentanza processuale delle persone giuridiche non soggette a pubblicità legale, è onere dell'ente giuridico fornire la prova-positiva circa il potere rappresentativo del soggetto che ha conferito l'incarico al difensore, ma solo qualora la relativa eccezione sia sollevata tempestivamente. Inoltre, la statuizione in base alla quale il giudice, anche d'ufficio o in sede di impugnazione, debba verificare se il soggetto che agisce o contraddice in nome e per conto dell'ente abbia anche dichiarato di avere la rappresentanza sostanziale dell'ente nel processo, non va interpretata in modo da attribuire al giudice il compito di svolgere di sua iniziativa indagini circa l'effettiva qualità spesa dal rappresentante. Inoltre, l'eccezione è da rigettarsi anche nel merito in quanto non sarebbe ravvisabile una violazione delle norme dello Statuto dell'OESSG sulla legittimazione processuale, essendo l'attività del Governatore Generale in ogni caso soggetta ad attività di controllo e direzione del Cardinale Gran Maestro.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente in cassazione censura la violazione e falsa applicazione degli artt. 839, 840 c.p.c. e 64, 67 della L. n. 218 del 1995, per avere i giudici della Corte d'Appello ritenuto ammissibile la domanda di riconoscimento ed esecuzione della sentenza straniera, proposta dall'OESSG, quando si sarebbe dovuta attivare la procedura prevista dal codice di rito italiano per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo estero. La Corte d'Appello ha motivato la propria decisione sulla considerazione della natura di atto negoziale del lodo arbitrale, il quale, una volta sottoposto a verifica giudiziaria, viene inglobato ed assorbito dalla sentenza che viene emessa in esito al processo di impugnazione, sia che questo si concluda con una pronuncia di rigetto (e quindi di conferma della pronuncia arbitrale) che in caso di accoglimento dell'impugnazione e di annullamento del lodo. I giudici di legittimità, nel pronunciarsi sul punto, rigettano la censura sollevata dalla ricorrente e quindi confermano il dispositivo della sentenza della Corte d'Appello ritenuto conforme a diritto ma, esercitando il potere loro conferito dall'art. 384 c.p.c., ne correggono la motivazione. Secondo quanto statuito nella sentenza della Corte Suprema, l'impostazione da cui muove la Corte d'Appello, ovvero quella relativa alla natura negoziale della pronuncia arbitrale, è da ricollegarsi a una ricostruzione adottata dalla Cassazione nella sentenza n. 527 del 2000, ormai superata dalla riforma realizzata con il d.lgs. 40 del 2006 e dalla nota ordinanza delle Sezioni Unite n. 24153 del 2013. In particolare, inoltre, nell'ordinanza n. 24153/2013 le Sezioni Unite nel ritenere ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione riferito alla competenza arbitrale estera, asseriscono che "il lodo non è dotato di efficacia negoziale ma dell'efficacia e della autorità della cosa giudicata". La Cassazione riconosce che l'OESSG avrebbe dovuto esperire il procedimento *ex artt. 839 e 840 c.p.c.*, ma tale *error* non può essere causa di annullamento della sentenza dei giudici dell'appello in quanto esso non ha comportato pregiudizio al diritto di difesa del ricorrente, in applicazione del principio in base al quale "la denuncia di vizi fondati sulla violazione di norme processuali non va vista in funzione autoreferenziale di tutela dell'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce, solo, l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte per effetto della violazione denunciata".

Argomenta la Corte che le differenze processuali tra il procedimento di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere e quello relativo al riconoscimento ed esecuzione dei lodi esteri non hanno leso il diritto di difesa del ricorrente, il quale, al contrario, si è potuto giovare di un procedimento a cognizione ordinaria (*ex artt. 64, 67 L. 218 del 1995*) piuttosto che di un procedimento monitorio a contraddittorio posticipato (*ex artt. 839 e 840 c.p.c.*). In tal senso la Corte rigetta anche la doglianza sollevata dalla ricorrente in base alla quale la fase di valutazione della compromettibilità in arbitri della controversia, prevista al comma 3 dell'art. 839 c.p.c. sarebbe stata pretermessa, non costituendo requisito per il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza straniera. I giudici di legittimità affermano che tale accertamento non sia stato affatto omesso dalla Corte territoriale la quale, pur considerando la questione non rilevante nel caso di specie (in quanto oggetto del riconoscimento è la sentenza e non più il lodo che in questa è stato assorbito), ha confermato quanto stabilito dalla Cassazione dello Stato della Città del Vaticano, concludendo per la possibilità di compromettere in arbitri le controversie in materia di cessazione del contratto di locazione.

Antiformalismo della Cassazione di fronte al recepimento di lodo estero (inecepibile a proposito della legittimazione processuale, problematico a proposito della sostanziale irrilevanza dell'erronea individuazione del rito deliberatorio).

1. La controversia in esame ha costituito l'occasione per i nostri giudici di legittimità di chiarire anzitutto la portata di alcuni aspetti processuali relativi alla legittimazione processuale.

Come accennato, il ricorrente in cassazione con il primo motivo di ricorso ritiene che la Corte d'Appello abbia errato nel qualificare l'eccezione di difetto di legittimazione processuale da lui proposta come eccezione tardiva perché sollevata in sede di memoria di replica *ex art. 190 c.p.c.*

A sostegno della sua tesi, il ricorrente invoca due precedenti sentenze della Corte di Cassazione, dalle quali si dovrebbe evincere la natura di eccezione rilevabile d'ufficio (o di eccezione in senso lato) dell'eccezione volta a far rilevare il difetto di legittimazione processuale della controparte. Le massime delle sentenze a cui ci si riferisce, ovvero la sentenza n. 22783 del 2006 ⁽¹⁾ e n. 20596 del 2007, possono essere lette nella sentenza ⁽²⁾ dei giudici d'appello impugnata dal ricorrente, perché utilizzate dai giudici dell'appello per sostenere la tardività dell'eccezione sollevata.

Non si può non notare come, sia il ricorrente che la corte territoriale abbiano argomentato le loro opposte posizioni circa la tempestività o meno dell'eccezione di difetto di legittimazione processuale, sulla base degli stessi precedenti giurisprudenziali che, evidentemente, sono stati oggetto di differente interpretazione.

L'intervento della Corte di Cassazione è da ritenersi, a questo punto, non solo opportuno quanto necessario per garantire quella certezza interpretativa relativa alla disciplina di un importante presupposto processuale, quale quello della legittimazione al processo.

La S.C., richiamando anche ulteriori sue decisioni sull'argomento ⁽³⁾, conferma l'interpretazione contenuta nella sentenza emessa in appello e conclude per la tardività dell'eccezione sollevata dal ricorrente.

Mentre infatti è noto che, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., *le persone giuriche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta, in conformità alla legge o allo statuto*, una distinzione si impone, qualora il giudizio riguardi una

⁽¹⁾ Vedi anche sentenza Cass. n. 13669 del 2006.

⁽²⁾ Per la lettura del testo del provvedimento, si veda la sentenza della Corte d'Appello di Roma, Sez. III, del 24.2.2012.

⁽³⁾ I precedenti giurisprudenziali a cui ci si riferisce sono Cass. Sez. Un. n. 13381 del 2007; n. 28401 del 2008; n. 22287 del 2009; n. 9545 del 2009; n. 9988 del 2010; n. 19824 del 2011; n. 20563 del 2014.

persona giuridica soggetta a pubblicità legale oppure un'entità giuridica i cui atti non siano assoggettati a tale tipo di pubblicità.

Tale distinzione va individuata nell'applicazione del principio dell'onere di provare la qualità di rappresentante legale della persona che ha conferito mandato al difensore.

Se, come nel caso di specie, la persona giuridica non deve pubblicizzare i propri atti, incombe su chi agisce l'onere di provare che il mandato al difensore è stato dato da persona legittimata a rappresentare l'ente giuridico ma, sottolinea la Corte di Cassazione, sempre che la relativa eccezione sia stata tempestivamente sollevata.

Inoltre, e soprattutto, non si può far discendere dal principio espresso nella sentenza del 2006 n. 22783, in base al quale "il giudice ha il dovere di accertare, anche d'ufficio e in sede d'impugnazione, la legittimazione processuale delle parti", che l'eccezione di difetto di legittimazione processuale costituisca eccezione rilevabile d'ufficio in ogni grado e stato del giudizio.

A tal proposito, infatti, la Corte asserisce che il contenuto del suddetto dovere di accertamento del giudice debba limitarsi alla verifica della dichiarazione da parte di colui che ha conferito il mandato *ad litem* di avere il potere di rappresentare l'ente anche in senso sostanziale, non che il giudice debba verificare nel merito se tale potere di rappresentanza organica sussista realmente; una tale valutazione potrà essere oggetto di accertamento solo previa contestazione avversaria.

Appare cruciale, quindi, determinare il termine ultimo entro il quale l'eccezione di difetto di legittimazione processuale deve essere sollevata. A tal proposito, il quadro normativo è stato interessato dalla riforma al codice di procedura civile, attuata dalla Legge n. 69 del 18 giugno 2009⁽⁴⁾, con la quale sono state apportate significative modifiche al dettato dell'art. 182 c.p.c., in materia di "difetto di rappresentanza o di autorizzazione".

Il testo, nella sua versione precedente, prevedeva il controllo da parte del giudice istruttore della regolarità della costituzione delle parti e la mera facoltà di assegnare un termine per "sanare" il difetto di legittimazione processuale, qualora avesse rilevato un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione.

Oggetto di riforma⁽⁵⁾ è stato il secondo comma dell'articolo in

⁽⁴⁾ Secondo quanto previsto dalla disciplina transitoria, il nuovo testo si applica a tutti i procedimenti promossi dal 5 luglio 2009; di conseguenza si dovrebbe applicare anche al giudizio promosso dall'OESSG dinanzi alla Corte d'Appello di Roma, essendo la citazione stata notificata in data 12.7.2009.

⁽⁵⁾ Vedi SASSANI, SALETTI, in *Commentario alla riforma del Codice di Procedura Civile*, Torino, 2009; BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, in *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009; CONSOLO, in *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009; CONSOLO, COMOGLIO, SASSANI, VACCARELLA, in *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 2012.

esame, nel quale è stata modificata la disciplina relativa alla sanatoria dei vizi sopra richiamati, ed è stata introdotta la disciplina relativa alla sanatoria del vizio di nullità della procura alle liti.

Secondo il nuovo testo, ogni qual volta il giudice rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione od un vizio di nullità della procura, ha l'obbligo di assegnare alla parte un termine perentorio per sanare ⁽⁶⁾, con efficacia *ex tunc*, il vizio di legittimazione processuale.

L'aspetto che nel nostro caso più interessa è quello relativo alla natura dell'eccezione di legittimazione processuale e alle conseguenze dell'omessa rilevazione del vizio.

Nonostante l'introduzione del secondo comma dell'art. 182 c.p.c. ad opera della riforma del 2009 e nonostante sia pacifico in dottrina che l'eccezione di difetto di *legittimatio ad processum* costituisca un'eccezione rilevabile d'ufficio, rientrando essa tra quei presupposti processuali a cui la decisione nel merito è subordinata, è proprio nella giurisprudenza di legittimità che si rinvengono i maggiori dubbi interpretativi ⁽⁷⁾.

Su tali aspetti le Sezioni Unite, esercitando ed adempiendo alla loro funzione nomofilattica, si sono pronunciate con sentenza n. 9217 ⁽⁸⁾ del 2010 concludendo la diatriba che vedeva contrapposte due linee interpretative.

Secondo una prima impostazione, l'intervento del giudice rappresenta un potere meramente facoltativo che, qualora esercitato, è atto a generare una sanatoria con effetti *ex nunc*. Inoltre, la facoltà di concedere un termine alle parti per regolarizzare la propria posizione nel processo non

⁽⁶⁾ Il nuovo testo del secondo comma dell'art. 182 c.p.c. così recita: "Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, ovvero per il rilascio della procura o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione".

⁽⁷⁾ Vedi *infra* nota n. 8 (successiva).

⁽⁸⁾ Queste le questioni di diritto affrontate dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 9217 del 2010: a) se il potere giudiziale di regolarizzazione della rappresentanza o assistenza o autorizzazione delle parti, previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.c., possa essere esercitato solo durante la fase istruttoria (Cass., sez. II, 10 marzo 2009, m. 5775, m. 607106, Cass., sez. III, 31 marzo 2007, n. 8058, n. 598620) ovvero anche nella fase decisoria e quindi anche nei gradi di giudizio successivi al primo (Cass., sez. I, 27 marzo 2003, n. 4555, m. 561505, Cass., sez. III, 2 settembre 1998, n. 8722, m. 518569); b) se il giudice abbia solo la facoltà (Cass., sez. I, 7 aprile 2006, n. 8241, m. 588563, Cass., sez. L, 16 giugno 1998, n. 6010, m. 516529) o invece il dovere di esercitare tale potere (Cass., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4485, m. 606793, Cass., sez. II, 11 aprile 2006, n. 8435, m. 588542); c) se la conseguente regolarizzazione abbia effetti *ex tunc* (Cass., sez. I, 6 luglio 2007, n. 15304, m. 600422) o *ex nunc* (Cass., sez. I, 9 marzo 2005, n. 5175, m. 579954); d) se il limite delle decadenze già maturate, imposto dall'art. 182 comma 2 c.p.c., sia riferibile alle sole decadenze relative al rapporto sostanziale (Cass., sez. III, 29 settembre 2006, n. 21255, m. 593892, Cass., sez. III, 27 ottobre 2005, n. 20913, m. 584205) ovvero anche a quelle verificatesi nel processo (Cass., sez. I, 30 settembre 2005, n. 19214, m. 584007, Cass., sez. I, 18 aprile 2003, n. 6297, m. 562313).

può essere esercitata oltre la fase istruttoria, né in sede di impugnazione, a causa dell'operare delle decadenze processuali già realizzatesi.

Al contrario, la seconda tesi interpretativa riconosce al potere conferito al giudice dall'art. 182 comma 2 c.p.c. natura obbligatoria, con efficacia *ex tunc* del relativo effetto sanante, esercitabile in ogni stato e grado del processo senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali. La Cassazione, accogliendo quest'ultima linea interpretativa, riconosce il principio che la legittimazione processuale possa essere fatta valere dal giudice in ogni stato e grado del giudizio, ovvero, anche in sede di impugnazione e dopo che la fase di istruzione della causa si sia conclusa.

Per ragioni logiche e sistematiche, se si ammette la possibilità per il giudice di assegnare un termine per la regolarizzazione della posizione della parte nel processo in qualunque fase del giudizio di primo grado (e quindi anche all'esito della fase istruttoria), non si vede perché si dovrebbe escludere la possibilità che lo stesso termine perentorio venga disposto dal giudice su iniziativa della parte, la quale sollevi l'eccezione in sede di memoria di replica *ex art 190 c.p.c.* Inoltre, a sottolineare come il giudice, nel provvedere alla regolarizzazione della legittimazione processuale della parte, non eserciti un potere arbitrario ma adempia ad un dovere, autorevole dottrina sostiene che, qualora la parte, sia essa attore che convenuto, difetti di legittimazione processuale e il meccanismo di sanatoria non sia stato disposto, la decisione finale del giudice sarà appellabile e la relativa censura potrà essere fatta valere dinanzi al giudice dell'impugnazione.

La sentenza cui questo commento è rivolto sembrerebbe non aver fatto applicazione dei principi stabiliti dalle Sezioni Unite nel 2010. Prevedendo che l'eccezione di legittimazione processuale sollevata in sede di memoria di replica sia da ritenersi tardiva, la sentenza tradisce il fine oggettivo dell'art. 182 c.p.c. di salvaguardia, non solo del potere di azione esercitato attraverso la proposizione della domanda ⁽⁹⁾, ma anche del più ampio principio di conservazione degli atti del processo, essendo il sistema di sanatoria retroattiva applicabile anche agli atti posti in essere dal difensore del convenuto; se si aderisce a tale impostazione e si riconosce al meccanismo previsto dall'art. 182 c.p.c. valore di norma a tutela del principio di economia processuale, la possibilità per le parti di poter regolarizzare la propria posizione processuale non può essere confinata alla sola fase di trattazione e di istruzione del primo grado di giudizio, ma deve interessare l'intero svolgersi del processo.

2. Veniamo ora al punto più delicato della sentenza in oggetto,

⁽⁹⁾ Si veda, MURONI, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, Vol. III, Tomo I, Torino, 2012.

ovvero quello relativo alla possibilità di rendere esecutivo un lodo estero tramite il procedimento previsto dagli artt. 64-67 della Legge n. 218 del 1995.

Come si ricorderà, la parte che aveva interesse a chiedere l'esecuzione in Italia del lodo arbitrale, emanato nello Stato della Città del Vaticano, erroneamente ne ha chiesto l'esecuzione mediante l'attuazione della procedura prevista per il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza straniera, quando, invece, si sarebbe dovuto procedere all'attivazione della procedura prevista dagli artt. 839 e 840 del codice di rito.

L'eccezione sollevata dalla controparte e volta a far rilevare la violazione degli articoli 839-840 c.p.c. e del principio di specialità della legge, viene rigettata sia dalla Corte d'Appello che dalla Cassazione basandosi, però, su ragioni giuridiche differenti.

Per la Corte territoriale, la procedura di fatto applicata coincide con quella che astrattamente si sarebbe dovuta applicare, ed il motivo è da individuarsi nel fatto che le sentenze emesse all'esito dei procedimenti di impugnazione esperiti dinanzi agli organi giudiziari⁽¹⁰⁾ dello SCV hanno comportato l'assorbimento del lodo nel provvedimento giudiziale finale⁽¹¹⁾ dell'*iter* impugnatorio.

I giudici di legittimità, invece, pur riconoscendo che la procedura attuata non coincide con quella che secondo diritto doveva trovare attuazione, non ravvisando pregiudizio al diritto di difesa della parte ricorrente, concludono per il rigetto del ricorso.

La posizione della Corte d'Appello è sicuramente da non accogliersi, in quanto obsoleta. Nell'asserire che la pronuncia arbitrale "è per sua natura un atto negoziale riconducibile al *dictum* di soggetti privati" ed ancora che "una volta sottoposta a verifica giudiziaria la sua natura di atto negoziale viene inglobata ed assorbita dalla sentenza che viene emessa all'esito del giudizio di impugnazione", i giudici della corte territoriale sembrano non aver tenuto conto della riforma⁽¹²⁾ resa possibile con il D.Lgs. n. 40 del 2006, con la quale viene positivizzata la natura giurisdizionale del lodo arbitrale.

⁽¹⁰⁾ Per approfondimenti si veda Juan Ignazio ARRETA, in *Codice di Norme Vaticane*, Venezia, 2006 ed in particolare il *motu proprio* contenente la Legge n. II sulle fonti del diritto del 7 giugno 1929 e la Legge n. CXIX che approva l'Ordinamento giudiziario dello S.C.V. del 21 novembre 1987.

⁽¹¹⁾ Ci si riferisce alla sentenza emessa dalla Corte di Cassazione dello Stato della Città del Vaticano, la quale esercita il potere giudiziario dello SCV in nome del Sommo Pontefice; il potere giudiziario è inoltre esercitato dal giudice unico, dal tribunale e dalla corte d'appello (ex art. 1 Legge n. CXIX del 1987). Si vedano gli articoli dal 18 al 23 della predetta legge per quanto concerne la competenza, la sede e i componenti della Corte di Cassazione.

⁽¹²⁾ Per approfondimenti si veda FAZZALARI, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80 del 2005 e D.Lgs. n. 40 del 2006)*, Milano, 2006; PUNZI, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012; di BOVE, CECHELLA, in *Il nuovo processo civile*, Milano 2006; MENCHINI, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova 2010.

Inoltre, l'impostazione appare anacronistica non solo sul piano del diritto positivo ma anche su quello giurisprudenziale, in quanto, con la nota ordinanza n. 24153 ⁽¹³⁾ del 2013, le Sezioni Unite si sono pronunciate a favore dell'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione riferito alla competenza arbitrale estera, riconfermando la natura giurisdizionale dell'attività degli arbitri.

Tra l'altro, una volta rigettata l'idea della natura negoziale del lodo, anche il principio dell'assorbimento non sembra poter operare nel caso di specie, o almeno non sembra poter operare nel modo in cui è stato prospettato dalla Corte d'Appello ⁽¹⁴⁾.

Se la sentenza dell'autorità giudiziaria che si pronuncia sul lodo viene vista come uno strumento attraverso cui poter conferire natura giurisdizionale ad un atto che ne nasce sprovvisto, è chiaro che ogni volta ci sia il controllo del *dictum* arbitrale da parte dell'autorità giudiziaria, il lodo verrà assorbito dalla sentenza resa all'esito del controllo; ma se la pronuncia arbitrale nasce già capace di produrre gli effetti della sentenza ⁽¹⁵⁾, il suo eventuale controllo da parte del giudice statale potrà essere assorbente solo qualora modifichi il *dictum* arbitrale, non già nel caso in cui semplicemente lo confermi.

Più complesse appaiono le argomentazioni addotte dalla Corte di Cassazione a favore della non censurabilità dell'adozione del procedimento di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere.

Come accennato, la Suprema Corte conferma il dispositivo della sentenza d'appello impugnata ma ne corregge la motivazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 384 c.p.c.; pur ravvisando la violazione (per mancata attuazione) degli artt. 839-840 c.p.c., la Corte ritiene che ciò non abbia comportato un pregiudizio alla posizione del ricorrente in cassazione, che anzi sarebbe stato agevolato dalla diversità del procedimento effettivamente esperito, essendosi instaurato un procedimento a cognizione ordinaria piuttosto che un procedimento monitorio a contraddittorio differito.

⁽¹³⁾ L'ordinanza è stata oggetto di numerosi commenti da parte della dottrina; tra tutti si veda in *Corriere Giuridico*, 2014, 84, la nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, anche in questa *Rivista*, 2015, con nota di BERGAMINI.

⁽¹⁴⁾ V. App., Roma, Sez III., 24 febbraio 2012 "Una volta che una pronuncia arbitrale, che per sua natura è un atto negoziale riconducibile al *dictum* di soggetti privati, viene sottoposta (secondo le regole procedurali dell'ordinamento di appartenenza) a verifica giudiziaria (per l'impugnativa proposta da una delle parti), la sua natura di atto negoziale viene inglobata ed assorbita dalla sentenza che viene emessa in esito al processo di impugnazione sia che questo si concluda con una pronuncia di rigetto (e quindi di conferma del *dictum* arbitrale) che in caso di accoglimento dell'impugnazione e di annullamento del lodo".

⁽¹⁵⁾ V. art 824 *bis* c.p.c. ai sensi del quale "(...) il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria". Per un commento a tale articolo, tra i tanti si veda A. AULETTA, *Efficacia del lodo*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI Sergio, Padova, 2010, 420 ss..

Il tema toccato rientra nel più generale tema della violazione delle norme processuali e delle sue conseguenze.

I giudici di legittimità, a riguardo, ricordano che la violazione della norma processuale non è da considerarsi sempre rilevante, essendo censurabile solo qualora dalla violazione derivi una lesione al diritto di difesa della parte che tale violazione invochi, non essendo le norme processuali finalizzate alla tutela “dell’interesse all’astratta regolarità dell’attività giudiziaria”.

La posizione della Corte, ispirata indubbiamente anche da motivi di economia processuale e richiamata in altri precedenti giurisprudenziali⁽¹⁶⁾, pare ragionevole nella parte in cui connette l’interesse a far valere la violazione di una norma processuale con il pregiudizio subito; se la posizione della parte nel processo, ovvero le facoltà e i poteri che compongono il proprio diritto di difesa, non venissero pregiudicati dalla violazione della norma processuale che si vuol far valere, si rischierebbe di dar luogo a censure pretestuose, perché sollevate con il mero intento di ribaltare il provvedimento giurisdizionale.

Come autorevole dottrina⁽¹⁷⁾ sottolinea, l’interesse ad agire e a contraddire si identifica sia nell’interesse al risultato, che nell’interesse alla utilizzazione di uno specifico mezzo di difesa processuale.

Oltre all’interesse al mezzo processuale attuato (che nel caso di specie consiste nella richiesta di annullamento della sentenza della Corte d’Appello), deve sussistere anche l’interesse a far valere il vizio di procedura; in applicazione del principio secondo cui devono essere evitati eccessi di formalismo, tale interesse può ritenersi esistente solo se il vizio procedurale abbia cagionato un effettivo pregiudizio alla parte richiedente.

Se così non fosse, si realizzerebbe una situazione in cui il vizio di procedura verrebbe sollevato solo perché strumentale all’annullamento della sentenza impugnata, non anche perché quel vizio di procedura ha cagionato un pregiudizio al diritto di difesa della parte, tale da portare alla formazione di una sentenza illegittima.

Nel caso di specie, l’aspetto più critico è costituito dal fatto che il ricorrente non lamenta la violazione o la mancata applicazione di una o più norme processuali all’interno di un procedimento volto ad ottenere un certo risultato, ma bensì correttamente censura la sostituzione del procedimento corretto con un procedimento ad altro fine destinato.

In altre parole, non credo sia configurabile, nel caso di specie, un’ipotesi di eccesso di formalismo, se non altro perché i due procedimenti in oggetto sono pensati dal legislatore per rendere esecutivi prov-

⁽¹⁶⁾ Si veda Cass. n. 13662 del 2004; n. 4340 del 2010; n. 18635 del 2011; n. 1201 del 2012; n. 26831 del 2014; n. 6330 del 2014; n. 7086 del 2015.

⁽¹⁷⁾ Il riferimento è a Francesco P. Luiso, in *Diritto processuale civile*, Tomo I, Milano, 2011.

vedimenti, rispettivamente il lodo straniero e la sentenza straniera, che, pur assimilabili sul piano della loro efficacia giurisdizionale, sono il risultato di “processi” con caratteristiche profondamente differenti.

Sarebbe auspicabile da parte dei nostri giudici di legittimità un chiarimento circa la portata e i limiti, qualora esistenti, del principio sopra commentato, ovvero della relazione tra pregiudizio subito e violazione delle norme processuali, al fine di confinare il pericolo che per evitare eccessi di formalismo si svuoti di significato il principio di specialità delle norme che disciplinano il processo.

FLAVIA CONTE

II) STRANIERA

Sentenze annotate

SVIZZERA - TRIBUNAL FEDERAL, I^o Cour de droit civil - 4A 34/2015 sentenza 6 ottobre 2015; A. c. B.

Arbitrato Internazionale - Protezione degli Investimenti Internazionali - Energy Charter Treaty - Arbitrato ad hoc UNCITRAL - Umbrella Clause - Riserva apposta al Trattato ed eccezione di incompetenza arbitrale - Ammissibilità del rilievo dei medesimi fatti ai sensi di altre previsioni del Trattato.

Trattato - Riserva espressa dello Stato - Interpretazione buona fede.

Lodo arbitrale - Diritto dell'Unione Europea - Aiuti di Stato - Nullità per violazione dell'ordine pubblico sostanziale - Incompatibilità della condanna risarcitoria ai sensi dell'Energy Charter Treaty con il divieto di aiuti di stato previsto dal Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea - Esclusione.

È valido secondo il diritto svizzero l'accordo arbitrale formatosi ai sensi dell'art. 26 dell'Energy Charter Treaty attraverso l'incontro dell'offerta dello Stato contraente, manifestata con la medesima sottoscrizione del Trattato, e dell'accettazione manifestata dall'investitore in un momento successivo, anche attraverso la proposizione della domanda di arbitrato. La riserva espressa dallo Stato, rispetto all'applicabilità dell'arbitrato di cui all'art. 26 dell'Energy Charter Treaty alle controversie nascenti dalla c.d. umbrella clause, prevista dall'ultima frase dell'art. 10(1), non esclude la possibilità di ricorrere all'arbitrato nel caso in cui i medesimi fatti rilevino come violazione di altre disposizioni del medesimo trattato.

La riserva espressa da uno Stato alla sottoscrizione di un trattato internazionale non deve necessariamente essere interpretata in modo restrittivo ma secondo buona fede, avendo riguardo all'intenzione dello Stato, così come emerge in primo luogo dal testo, dall'oggetto e dallo scopo del trattato, nonché dalle circostanze nelle quali è stata formulata. Non è tuttavia ammissibile ampliare l'oggetto di una riserva applicando il principio in dubio mitius.

La violazione di un'obbligazione assunta direttamente nei confronti di un investitore e/o un investimento ai sensi dell'ultima frase dell'art. 10(1) dell'Energy Charter Treaty (c.d. "umbrella clause") non integra di per sé una violazione dell'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo. Non si può tuttavia

escludere che il quadro giuridico e contrattuale nell'ambito del quale è stato posto in essere l'investimento rilevi ai fini di una domanda fondata sulla violazione dell'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo e non discriminatorio senza che tale contestazione debba ricondursi necessariamente ad una violazione della ombrella clause.

CENNI DI FATTO ⁽¹⁾. — Lo stato A. e lo Stato X. sono entrambi parti dell'Energy Charter Treaty sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994.

La società B., costituita secondo il diritto dello Stato X., aveva acquisito nell'anno 2000 una partecipazione pari all'89% (poi cresciuta fino al 95%) della società C., società costituita secondo il diritto dello Stato A. ed attiva nel settore della cogenerazione di calore ed elettricità. In virtù di contratti di acquisto di energia di lunga durata (c.d. *Power Purchase Agreements*, di seguito solo "PPA") in essere tra la società C. e la società monopolista della distribuzione del mercato elettrico controllata dallo Stato A., la società C. poteva vendere l'energia elettrica prodotta a tariffe particolarmente vantaggiose e non corrispondenti a quelle che sarebbero state possibili in un mercato aperto alla concorrenza. A seguito dell'ingresso dello Stato A. nell'Unione Europea, la Commissione Europea, con decisione del 4 giugno 2008, ha ritenuto che i PPA costituissero aiuti di stato non consentiti ai sensi del TFUE ed ha imposto ad A. di revocarli nonché di recuperare quanto *medio tempore* percepito dalle imprese beneficiarie. La Commissione tuttavia autorizzava la concessione di indennizzi compensatori ai produttori di energia per tenerli indenni dagli investimenti perduti a causa del recesso anticipato dai PPA nella misura pari ai c.d. costi irrecuperabili (detti altrimenti "costi incagliati" o "costi affondati") in inglese definiti "*Stranded Costs*". Al fine di adempiere alla decisione della Commissione UE, il Governo dello Stato A. ha dunque adottato il decreto n. 149 del 29 aprile 2010 con il quale ha imposto la revoca retroattiva dei contratti di acquisto di energia con decorrenza dal 31 dicembre 2008 con contestuale obbligo dei produttori di restituire le tariffe agevolate percepite nel periodo intermedio. Per quanto concerne l'indennizzo dovuto ai produttori, invece, il decreto in questione prevedeva che questi ultimi potessero portare in compensazione i crediti derivanti dai c.d. *costi irrecuperabili* fino a concorrenza dei debiti nascenti dall'obbligo di restituire gli aiuti percepiti. Era tuttavia esclusa la possibilità per i produttori di ottenere il pagamento dei costi irrecuperabili in eccedenza rispetto al debito compensato. Nel caso di specie, la società C. vantava crediti per costi incagliati superiori al doppio di quanto dovuto a titolo di rimborso.

Successivamente, con decreto n. 50 del 30 settembre 2011, lo Stato A. ha inoltre posto un tetto agli utili spettanti agli operatori come la società C.

Nel frattempo, a seguito del fallimento del tentativo di composizione amichevole, la società B. attivava un procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 26 dell'ECT e la controversia era sottoposta ad un Collegio Arbitrale costituito da tre

⁽¹⁾ Per la similitudine dei fatti sottostanti, si segnala anche il procedimento arbitrale Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, nell'ambito del quale sono stati pronunziati un primo lodo parziale del 30 novembre 2012 ed un lodo definitivo del 25 novembre 2015 che ha rigettato la pretesa dell'investitore.

membri ai sensi del regolamento arbitrale UNCITRAL con sede arbitrale in Zurigo e sotto l'egida della Corte Permanente di Arbitrato.

Con lodo del 3 dicembre 2014 il Collegio Arbitrale rigettava le eccezioni di incompetenza sollevate dallo Stato convenuto e, ritenendo violato l'obbligo scaturente dall'art. 10(1) dell'ECT di garantire un trattamento giusto ed equo agli investimenti della società B., nella specie l'investimento nella società C., condannava lo Stato A. a risarcire all'attrice la somma di Euro 107 milioni di euro, oltre accessori, regolando le spese arbitrali e rigettando ogni altra pretesa.

Tale decisione arbitrale era dunque impugnata dallo Stato A. innanzi al Tribunale Federale Svizzero che ha reso la sentenza qui riportata.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. D'après l'art. 54 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision est rédigée dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci ont utilisé l'anglais. Le mémoire de recours adressé au Tribunal fédéral a été rédigé en français. Par conséquent, c'est cette langue qui sera utilisée pour la rédaction du présent arrêt.

2. 2.1. Le recours en matière civile est recevable contre les sentences touchant l'arbitrage international aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 let. a LTF). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir, du délai de recours, des conclusions prises par la recourante — y compris celle tendant à ce que le Tribunal fédéral constate lui-même le défaut de compétence du Tribunal arbitral (ATF 136 III 605 consid. 3.3.4 p. 616) — ou encore des griefs soulevés dans le mémoire de recours, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière.

Au demeurant, la décision prise le 4 février 2015 par le Tribunal arbitral, sur demande d'interprétation et/ou de rectification de la sentence attaquée, a rendu sans objet la requête de suspension de la cause fédérale formulée dans le présent recours à titre de mesure provisionnelle.

2.2. 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_709/2014 du 21 mai 2015 consid. 2.1 et le précédent cité). Dans le même ordre d'idées, la possibilité de présenter une duplique doit être soumise aux règles restrictives qui viennent d'être exposées au sujet de l'admission de la réplique (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 46 ad art. 102 LTF).

3. Dans un premier et principal moyen, fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, la recourante soutient que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent pour connaître de la demande qui lui était soumise.

3.1. Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral. Il n'en devient pas pour autant une cour d'appel. Aussi ne lui incombe-t-il pas de rechercher lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. C'est bien plutôt à la partie recourante qu'il appartient d'attirer son attention sur eux, pour se conformer aux exigences de l'art. 77 al. 3 LTF (ATF 134 III 565 consid. 3.1 et les arrêts cités).

En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit les constatations de fait que dans les limites usuelles, même lorsqu'il statue sur le moyen pris de l'incompétence du Tribunal arbitral (arrêt 4A_676/2014 du 3 juin 2015 consid. 3.1).

3.2. La bonne compréhension des motifs retenus par le Tribunal arbitral pour admettre sa compétence et des arguments avancés par les parties, qui pour la lui dénier, qui pour cautionner sa décision, nécessite que soient tracées, au préalable, les limites du cadre juridique dans lequel s'inscrit la problématique soulevée par la recourante.

3.2.1. L'art. 10 par. 1 TCE, inséré dans la partie III du traité, énonce ce qui suit, sous le titre "Promotion, protection et traitement des investissements":

"Chaque partie contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent traité, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune partie contractante n'entrave, en aucune manière, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles. Chaque partie contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre partie contractante".

En tant qu'il intéresse la présente procédure, l'art. 26 TCE, consacré au "[r]èglement des différends entre un investisseur et une partie contractante", contient notamment les dispositions suivantes:

"1. Les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III sont, dans la mesure du possible, réglés à l'amiable.

2. Si un différend de ce type n'a pu être réglé conformément aux dispositions du paragraphe 1 dans un délai de trois mois à compter du moment où l'une des parties au différend a sollicité un règlement à l'amiable, l'investisseur partie au différend peut choisir de le soumettre, en vue de son règlement:

a) aux juridictions judiciaires ou administratives de la partie contractante qui est partie au différend; ou

b) conformément à toute procédure de règlement des différends applicable préalablement convenue; ou

c) conformément aux paragraphes suivants du présent article.

3. a) Sous réserve des seuls points b) et c), chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale, conformément aux dispositions du présent article.

b) ...

c) Les parties contractantes énumérées à l'annexe IA ne donnent pas ce consentement inconditionnel pour les différends survenant au sujet de la disposition contenue dans la dernière phrase de l'art. 10, par. 1.

4. [énumération des différentes procédures d'arbitrage entrant en ligne de compte]

6. Un tribunal constitué selon les dispositions du par. 4 statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international”.

A. _____ est l'une des quatre parties contractantes énumérées à l'annexe IA, au sens de l'art. 26 par. 3 point c) TCE.

3.2.2. Le contentieux des investissements internationaux, phase procédurale de la protection des investisseurs étrangers contre les actes de l'État d'accueil portant atteinte à leurs droits, fait appel à une distinction fondamentale entre les *contract claims* et les *treaty claims*: les premières sont des réclamations que les investisseurs élèvent en se fondant sur le contrat qu'ils ont conclu avec l'État d'accueil ou avec une autre personne publique dépendant de cet État; les secondes sont celles qui se basent sur un traité conclu entre l'État national des investisseurs et l'État d'accueil pour la protection réciproque de leurs investisseurs (cf., parmi d'autres: Pierre Mayer, *Contract claims* et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements, in *Journal du Droit International*, 2009, p. 71 ss, 72).

Les traités sur la protection des investissements, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, contiennent des engagements matériels repris de la pratique antérieure des juridictions internationales en matière de droit international général, tels que l'exigence d'un traitement loyal et équitable, la prohibition des mesures discriminatoires ou l'interdiction des expropriations et nationalisations sans indemnité. Ces traités contiennent surtout une clause juridictionnelle en vertu de laquelle chaque État accepte par avance, au profit des investisseurs nationaux de l'autre État ou des autres États qui investissent sur son territoire, que les litiges relatifs à l'investissement soient portés contre lui par l'investisseur devant un tribunal arbitral indépendant (Mayer, op. cit., p. 73 s., n. 3). Tel est le cas du TCE qui, à son art. 26 par. 2 point c), en liaison avec le par. 4, offre le choix à l'investisseur — il peut aussi porter l'affaire devant les juridictions judiciaires ou administratives de l'État d'accueil partie au différend ou recourir au mode de règlement des litiges préalablement convenu (art. 26 par. 2 points a) et b) TCE) — entre plusieurs types d'arbitrage pour faire trancher tout litige concernant des *treaty claims* (arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements [CIRDI], arbitrage ad hoc selon le règlement CNUDCI ou arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm).

Les *contract claims*, en revanche, sont exorbitantes du traité de protection des investissements et de ses clauses juridictionnelles. Elles relèvent des tribunaux

nationaux de l'État d'accueil ou, si le contrat d'investissement contient une clause compromissaire, du tribunal arbitral désigné par cette clause.

Le risque est grand, pour l'investisseur qui se plaint d'une violation du contrat passé avec l'État d'accueil, de voir ses *contract claims* laissées sans réponse ou d'être éconduites par les tribunaux de ce même État, trop conciliants à l'égard d'une corporation de droit public dont ils sont un organe, voire d'être contraint d'agir devant un tribunal arbitral manquant d'indépendance. C'est la raison pour laquelle d'aucuns ont eu l'idée d'insérer dans les traités sur la protection des investissements une clause de respect des engagements, appelée aussi clause de couverture, clause ascenseur ou clause à effet miroir, mais le plus souvent dénommée clause parapluie (*umbrella clause*). Quel que soit son nom, cette clause désigne la disposition d'un traité d'investissement par laquelle chaque État partie s'engage, selon des formulations variables, à respecter toute obligation concernant des investissements réalisés par des ressortissants de l'autre État (Gérard Cahin, La clause de couverture (dite *umbrella clause*), in *Revue Générale de Droit International Public*, 2015, p. 103 ss, 103). En d'autres termes, la clause de couverture place le contrat conclu par l'investisseur avec l'État d'accueil directement sous la protection du traité bilatéral ou multilatéral touchant les investissements, lequel traité vient abriter en quelque sorte le contrat sous son parapluie, si bien que toute méconnaissance d'une obligation contractuelle se double, ipso facto, d'une violation d'un engagement international et que les *contract claims* découlant peuvent être invoquées devant l'organe juridictionnel prévu par le traité (Mayer, op. cit., p. 80; Cahin, op. cit., p. 127 ss). Ledit organe sera le plus souvent un tribunal arbitral statuant sous l'égide d'une institution d'arbitrage internationale, tel le CIRDI. Pour le surplus, la clause en question est entourée d'incertitudes, qu'il s'agisse de l'étendue des obligations protégées, de ses effets juridiques ou de sa fonction juridictionnelle (Cahin, op. cit., p. 105), et les tribunaux arbitraux qui ont eu à l'examiner sont divisés sur sa portée (Mayer, op. cit., p. 80 et les sentences arbitrales citées en notes de pied 25 à 27). Ce n'est pas le lieu d'entrer dans cette controverse. On se contentera d'examiner, ci-après, les questions juridiques indispensables au traitement du cas concret.

La dernière phrase de l'art. 10 par. 1 TCE constitue indéniablement une clause parapluie. Il est tout aussi incontestable que A. _____ a fait usage de la possibilité, réservée à l'art. 26 par. 3 point c) TCE, de ne pas donner son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale pour les différends tombant sous le coup de cette clause parapluie. Le litige divisant les parties suppose que soit déterminée l'incidence de ladite clause et de la réserve qui l'affecte sur les prétentions élevées par l'intimée et, partant, sur la compétence du Tribunal arbitral. La Cour de céans procédera à cette recherche en se fondant sur le texte original de la sentence déferée, afin d'éviter les discussions pouvant résulter d'un éventuel désaccord entre les parties quant à la fidélité de la traduction des passages pertinents proposée dans leurs écritures respectives.

3.3. 3.3.1. Dans sa sentence du 3 décembre 2014, le Tribunal arbitral, après avoir résumé les arguments développés par la recourante (n. 270 à 276) et par l'intimée (n. 277 à 279), respectivement défenderesse (*Respondent*) et demanderesse (*Claimant*) dans la procédure arbitrale, a motivé en ces termes sa décision d'admettre sa compétence pour connaître de la demande formée par l'intimée:

“280.

First, the Tribunal notes that the Claimant’s primary request for relief, in its Claim (i), seeks a declaration “that Respondent has breached Article 10 (1) of the ECT”. This paragraph of Article 10 indeed includes the last sentence which is considered as the umbrella clause.

281.

However, in reply to the Respondent, the Claimant expressly states that it does not raise an umbrella clause claim under the last sentence of that provision. The Claimant’s request for relief, therefore, is to be interpreted with that qualification and limitation. Consequently, the Claimant’s argumentation for a breach does not in any way focus on a breach of the last sentence, but only on the earlier sentences of Article 10 (1).

282.

In this context, the Respondent argues that, even though the Claimant invokes the language of FET [acronyme pour *Fair and Equitable Treatment*] and unreasonable impairment, what it really asserts is an umbrella clause claim falling within the last sentence of Article 10 (1) ECT. The Tribunal is not persuaded by that argument. When considering the Respondent’s conduct under the criteria of FET and unreasonable impairment, all of that conduct can be relied on. This conduct includes the PPAs and other contractuel arrangements between the parties which are obviously a very relevant framework regarding the expectations of the Parties. Further, their implementation by each of the Parties is indeed relevant for the examination of whether there may be a breach of the provisions on FET and unreasonable impairment. That does not make them a claim under the umbrella clause.

283.

Accordingly, the Tribunal will not examine whether the umbrella clause has been breached, but concludes that this will not prevent it from accepting jurisdiction over the claims raised regarding alleged breaches of the earlier sentences of Article 10 (1) ECT”.

3.3.2. Pour contester les motifs ainsi retenus par le Tribunal arbitral et la conclusion qu’il en a tirée quant à sa compétence, la recourante se lance dans une longue argumentation, souvent redondante, qu’elle est toutefois parvenue à résumer en quelques lignes. A l’en croire, les arbitres n’auraient pas procédé à une analyse approfondie de la véritable nature des demandes formulées par l’intimée, pour s’en tenir à la qualification, proposée par cette dernière, selon laquelle ses demandes étaient basées sur le devoir d’accorder un traitement juste et équitable à l’investisseur. Par cette qualification, l’intéressée aurait cherché uniquement à bénéficier du consentement à l’arbitrage donné par la recourante, alors que les demandes étaient, en réalité, fondées sur la clause parapluie pour laquelle cette partie avait exclu son consentement. Le Tribunal arbitral aurait donc statué sans convention d’arbitrage (réplique, n. 5).

La Cour de céans examinera le grief tiré de l’incompétence du Tribunal arbitral en focalisant son attention sur son essence même, telle qu’elle ressort de ce résumé. Aussi ne se déterminera-t-elle pas sur l’ensemble des moyens développés dans les écritures de la recourante, dont elle a dûment pris connaissance, certains d’entre eux — agrémentés parfois de schémas explicatifs (cf. réplique, n. 44) — méconnaissant d’ailleurs les règles susmentionnées touchant la réplique (cf.

consid. 2.2), mais se bornera-t-elle à analyser ceux qui lui paraissent objectivement pertinents au regard du grief considéré.

3.4. 3.4.1. La convention d'arbitrage doit satisfaire aux exigences posées à l'art. 178 LDIP.

En vertu de l'art. 26 par. 3 point a) TCE, chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale prévue par les dispositions du même article. Quant à l'art. 26 par. 4 TCE, il prévoit, en substance, que, si un investisseur choisit la voie arbitrale pour faire trancher le différend qui l'oppose à une partie contractante, il donne son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant l'une des institutions d'arbitrage énumérées dans la suite de la clause. L'art. 26 par. 5 point a) let. ii) ajoute que le consentement prévu au par. 3 et le consentement écrit donné par l'investisseur en application du par. 4 sont considérés comme satisfaisant à l'exigence d'un accord par écrit aux fins de l'art. II de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12). Or, les exigences formelles posées à l'art. II al. 2 de cette convention ne sont en tout cas pas moins strictes que celles qui caractérisent la forme écrite simplifiée prescrite par l'art. 178 al. 1 LDIP (ATF 121 III 38 consid. 2c p. 44; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, 2e éd. 2010, n. 212 et 212a). Aussi n'est-il pas contestable, ni contesté d'ailleurs, que les clauses citées du TCE satisfont à la forme requise par cette dernière disposition.

3.4.2. En vertu de l'art. 178 al. 2 LDIP, la convention d'arbitrage est valable, s'agissant du fond, si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. La disposition citée consacre trois rattachements alternatifs *in favorem validitatis*, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l'objet du litige (*lex causae*) et le droit suisse en tant que droit du siège de l'arbitrage (ATF 129 III 727 consid. 5.3.2 p. 736).

Le Tribunal arbitral, dont le siège a été fixé à Zurich, a statué sur sa propre compétence et jugé la cause à la lumière du TCE, convention qui fait partie intégrante du droit suisse et qui ne renvoie pas au droit d'un autre État pour l'interprétation et l'application de sa clause juridictionnelle. Faute d'une élection de droit se rapportant à ladite clause, le droit suisse constitue donc à la fois la *lex causae* et la *lex fori* en l'occurrence. L'examen de la Cour de céans se limitera donc à la question de savoir si le Tribunal arbitral a méconnu le droit suisse — concrètement, le TCE — en admettant sa compétence.

Il sied de préciser, à cet égard, que la convention d'arbitrage résulte, *in casu*, d'un mécanisme particulier puisque son point d'ancrage se situe directement dans un traité multilatéral conclu par des États pour la protection des investissements, traité dont une disposition prévoit le recours à l'arbitrage pour régler les différends relatifs aux prétendues violations de ses clauses matérielles (appelées aussi substantielles). La pratique arbitrale assimile pareille disposition à une offre de chacun des États contractants de résoudre par l'arbitrage les litiges qui pourraient l'opposer aux investisseurs (non parties au traité) des autres États contractants. La convention d'arbitrage n'est conclue qu'au moment où l'investisseur accepte l'offre de l'État, ce qu'il fera le plus souvent par l'acte concluant que constitue le

dépôt d'une requête d'arbitrage (Kaufmann-Kohler/Rigozzi, op. cit., n. 230 et note de pied 148). L'art. 26 par. 4 TCE exige, il est vrai, que l'investisseur donne son consentement par écrit. Cependant, la recourante n'allègue pas que l'intimée ne l'aurait pas fait, ni ne se prévaut d'un éventuel vice de forme susceptible d'invalidier l'acceptation de l'offre. D'où il suit que l'existence d'une convention d'arbitrage doit être admise, sous cette modalité atypique que la jurisprudence a envisagé de rapprocher de la stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO (arrêts 4P.114/2006 du 7 septembre 2006 consid. 4.1 et 1P.113/2000 du 20 septembre 2000 consid. 1c).

3.5. Ainsi que l'art. 26 par. 3 point c) TCE l'y autorisait, la recourante, à l'instar de trois autres parties contractantes, n'a pas donné son consentement inconditionnel pour les différends survenant au sujet de la disposition contenue dans la dernière phrase de l'article 10 par. 1 de ce traité, c'est-à-dire la clause parapluie. Il y a lieu d'envisager la portée de cette manifestation de volonté unilatérale, faite en application de la clause topique du traité multilatéral en question, afin de déterminer si les prétentions élevées par l'intimée tombaient sous le coup de ladite clause. Si tel était le cas, les arbitres se seraient déclarés à tort compétents pour connaître du différend opposant les parties et le grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP devrait être admis.

3.5.1. Comme tout traité, le TCE doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (art. 31 al. 1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités [CV; RS 0.111]; ATF 131 III 227 consid. 3.1 p. 229). Au demeurant, le principe de la bonne foi est intimement lié à la règle de l'effet utile, même si cette dernière n'apparaît pas expressément à l'art. 31 CV. L'interprète doit donc choisir, entre plusieurs significations possibles, celle qui permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant toutefois d'aboutir à une signification en contradiction avec la lettre ou l'esprit du traité (arrêt 4A_736/2011 du 11 avril 2012 consid. 3.3.4).

Il n'en va pas différemment de la réserve formulée par un État, qui doit être considérée comme faisant partie intégrante du traité (dernier arrêt cité, consid. 3.3.1). Par "réserve", on entend une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État (art. 2 al. 1 let. d CV). Aux termes de l'art. 4.2.6 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, dont le texte a été adopté le 11 août 2011 par la Commission du droit international des Nations Unies (sur l'origine et la nature de ce document, consultable sur le site internet <http://legal.un.org>, cf. Alain Pellet, *The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur*, in *European Journal of International Law*, 24/2013 p.1061 ss), une réserve doit être interprétée de bonne foi, en tenant compte de l'intention de son auteur telle qu'elle est reflétée en priorité par le texte de la réserve, ainsi que de l'objet et du but du traité et des circonstances dans lesquelles la réserve a été formulée (p. 25). Le Commentaire officiel de ce guide souligne, entre autres précisions, que, si l'on excepte éventuellement le cas des traités des droits de l'homme, il n'y a pas lieu d'admettre qu'en règle générale, toute réserve devrait faire l'objet d'une interprétation restrictive (p. 496 n. 13).

3.5.2. Dans la partie théorique de son mémoire principal (recours, n. 77 à 103), la recourante insiste, tout d'abord, sur le fait que le consentement à l'arbitrage ne peut pas être admis à la légère (ATF 140 III 134 consid. 3.2 p. 139). Rappelant ensuite certaines des règles susmentionnées relatives à l'interprétation des traités, elle y ajoute le principe *in dubio mitius*, qu'elle met en relation avec cette jurisprudence, pour en déduire que, dans le doute, il faut préférer l'interprétation du traité qui soit la moins onéreuse pour la partie qui s'oblige, autrement dit l'interprétation qui réduira autant que faire se peut la portée de l'acceptation de l'État à voir les différends l'opposant à un investisseur soumis à l'arbitrage. La recourante, références jurisprudentielles et doctrinales à l'appui (en particulier: Christoph H. Schreuer, Fair and Equitable Treatment (FET): interactions with other standards, in Investment Protection and the Energy Charter Treaty, Coop/Clarisse [éd.], Huntingdon: JurisNet 2008, p. 63 ss, 90), met encore l'accent sur la nécessité de distinguer entre les demandes basées sur la clause imposant un traitement loyal et équitable, d'une part, et celles qui reposent sur une clause parapluie, d'autre part, cette clause-là revêtant, à ses yeux, un caractère subsidiaire par rapport à cette clause-ci. Et de conclure en soulignant qu'un droit international de l'investissement, un tribunal arbitral ne peut pas s'en remettre simplement à la qualification que le demandeur donne à son action, mais a l'obligation de rechercher la véritable nature juridique des demandes qui lui sont soumises sur le vu des faits allégués pour les étayer.

Appliquant ces principes au cas concret, la recourante précise, à titre liminaire, que la clause parapluie figurant à l'art. 10 par. 1 dernière phrase TCE, dont elle a expressément écarté l'application ainsi que le lui permettait la réserve de l'art. 26 par. 3 point c) TCE, ne concerne pas uniquement des obligations à caractère contractuel, mais n'importe quel engagement pris par l'État hôte envers des investisseurs d'un autre État partie au TCE. Cette précision apportée, elle envisage, en premier lieu, la question de savoir si les demandes de l'intimée entrent dans la catégorie de celles qui sont couvertes par la clause parapluie. A cet égard, elle reproche au Tribunal arbitral de s'être reposé sur les seules déclarations de l'intimée pour en juger. A la suivre, en effet, une analyse approfondie démontre que cette partie cherchait à être replacée dans la même situation financière que celle qui eût été la sienne si les CAE n'avaient pas pris fin; partant, quelle que fût l'étiquette que l'intimée tentait d'apposer sur ses demandes, ces dernières entraînent bel et bien dans le champ d'application de la clause parapluie. En second lieu, la recourante fait grief aux arbitres d'avoir apparemment retenu que, si un même état de fait peut être rangé à la fois dans la catégorie des *treaty claims* et dans celle des *contract claims*, il suffit que leur compétence soit donnée à l'un ou l'autre titre. Selon l'intéressée, semblable approche, du reste contraire au principe *in dubio mitius*, prive de son sens la réserve faite par elle à l'art. 26 par. 3 point c) TCE, méconnaissant par là même le principe de l'effet utile, puisqu'aussi bien un investisseur pourrait se contenter de soutenir que sa demande repose sur ce double fondement à la seule fin de contourner la réserve émise au sujet des demandes découlant de la clause parapluie.

3.5.3. Il convient d'examiner les arguments ainsi développés par la recourante à la lumière des principes juridiques gouvernant l'interprétation des traités et des réserves qu'ils contiennent, en tenant compte des objections soulevées à leur égard dans la réponse de l'intimée (n. 59 à 124). Avant d'y procéder (cf. consid.

3.5.4 ci-après), il se justifie, toutefois, d'émettre quelques considérations d'ordre théorique qui permettront de mieux comprendre les réponses apportées aux questions soulevées dans le présent recours.

3.5.3.1. On peut admettre, avec la recourante, que la clause parapluie de l'art. 10 par. 1, dernière phrase, TCE et les engagements matériels souscrits par les États parties au traité dans les phrases précédentes de la même disposition, tels que celui d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes, ne sont pas interchangeables. L'intimée en convient elle-même (réponse, n. 83). C'est là, du reste, une constatation qui découle de la simple logique, sauf à dénier toute portée à la clause parapluie et, plus encore, à l'exclusion par une partie contractante de son consentement inconditionnel à voir les différends y relatifs soumis à la procédure d'arbitrage prévue par le traité. Pour étayer le grief de violation du standard du traitement juste et équitable contenu dans le traité, l'investisseur ne peut donc pas se contenter d'établir la seule méconnaissance, par l'État hôte, de ses obligations envers lui couvertes par la clause parapluie. Il lui faut, bien plutôt, démontrer, à tout le moins, que la manière dont cet État a traité son investisseur était injuste et/ou inéquitable. Cela étant, il paraît néanmoins très difficile, pour ne pas dire exclu, de faire abstraction totale du contexte historique spécifique dans lequel l'investisseur étranger a réalisé des investissements sur le territoire de l'État hôte ainsi que du cadre juridique propre à ces investissements. Aussi la prise en compte de tels éléments, en particulier la référence au contrat conclu par l'investisseur avec l'État d'accueil, ne saurait-elle impliquer qu'une prétention fondée sur le non-respect de l'exigence d'un traitement correct et non discriminatoire doive nécessairement être rangée sous la clause parapluie de ce seul fait.

En outre, il ne va pas de soi, en ce qui concerne son champ d'application *ratione personae*, qu'une clause parapluie permette à un actionnaire étranger de se prévaloir des contrats qu'une société de droit local, objet de son investissement, a conclu avec l'État hôte ou avec une entreprise publique qui en dépend, la jurisprudence arbitrale étant partagée à ce sujet (cf., parmi d'autres: SOPHIE LEMAIRE, *La mystérieuse Umbrella Clause [...]*, in *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 479 ss, 498 à 501 et CAHIN, *op. cit.*, p. 135 s., chacun avec des références jurisprudentielles). Posée autrement, la question revient à se demander si l'investisseur peut revendiquer le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pas partie, sur le fondement de la clause parapluie. Le premier auteur cité y répond par l'affirmative, pour ce qui est du TCE, dès lors que l'art. 10 par. 1 in fine de ce traité se réfère aux obligations qu'un État a contractées non seulement vis-à-vis d'un investisseur, mais également "à l'égard des investissements" d'un investisseur d'une autre partie contractante, recouvrant ainsi deux réalités différentes (LEMAIRE, *op. cit.*, p. 501 n. 51). C'est aussi l'interprétation que privilégie le document officiel établi par le Secrétariat de la Charte de l'Energie, d'après lequel *[t]his provision covers any contract that a host country has concluded with a subsidiary of the foreign investor in the host country or a contract between the host country and the parent company of the subsidiary* (The Energy Charter Treaty - A reader's guide, juin 2002, p. 26, cité par Lemaire, *ibid.*). Quant au champ d'application *ratione materiae* de la clause parapluie, la question — elle aussi controversée — se pose de savoir si toutes les sources formelles d'obligations peuvent être couvertes par cette clause, qu'elles soient contractuelles, unilatérales ou conventionnelles (cf. Le-

maire, op. cit., p. 484 ss.; Cahin, op. cit., p. 119 ss.). Lemaire suggère, non sans pertinence, d'admettre que la violation d'une norme de portée générale, abstraite et hypothétique, édictée par l'État hôte, n'affecte pas la clause parapluie, tandis que, si la mesure contestée revêt un caractère concret et catégorique, elle constitue une décision à l'égard de laquelle l'investisseur pourra réclamer la protection de ladite clause (op. cit., p. 490 n. 26).

La déclaration unilatérale faite par la recourante en application de l'art. 26 par. 3 point c) TCE est une réserve au sens juridique du terme. Comme telle, elle doit être interprétée de bonne foi, conformément à l'intention de son auteur, qui ressort au premier chef de son texte, ainsi que de l'objet et du but du traité où elle figure, et compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été formulée. Quoiqu'en dise l'intimée (réponse, n. 102 à 106), cette réserve ne doit pas forcément être interprétée restrictivement (cf. consid. 3.5.1, 2e §, ci-dessus). À l'inverse, il n'est pas possible d'entériner la démarche de la recourante qui consiste, indirectement, à élargir l'objet de la réserve en question par le truchement d'une interprétation extensive de la clause parapluie couplée avec la mise en oeuvre du principe *in dubio mitius*. Cela reviendrait à priver l'art. 10 par. 1 TCE (à l'exception de sa dernière phrase) et l'art. 26 par. 3 point a) TCE de toute portée, contrairement à la règle de l'effet utile, en ce sens que les *treaty claims* seraient assimilées aux *contract claims* et soustraites, par là même, au tribunal du traité. Pour reprendre l'image du parapluie, ce serait comme si le porteur de l'ombrelle protectrice cherchait à attirer le plus grand nombre possible de personnes sous celle-ci (interprétation extensive de la clause parapluie, alors que celle-ci vise pourtant à restreindre la souveraineté juridictionnelle de l'État hôte), puis fermerait brusquement le parapluie (invocation de la réserve) en laissant les infortunés sans défense face aux intempéries. Du reste, la présomption *in dubio mitius* n'est plus très appliquée (Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international*, 2006, p. 659 note de pied 841), y compris pour l'interprétation des traités de protection des investissements (Katrin Meschede, *Die Schutzwirkung von umbrella clauses für Investor-Staat-Verträge*, 2014, p. 53 ss).

3.5.3.2. En vertu d'un principe général de procédure, pour trancher la question de la compétence, il faut se baser en premier lieu sur le contenu et le fondement juridique de la prétention élevée par le demandeur. L'objet de la demande est défini par celui qui la fait valoir en justice, si bien que la partie défenderesse n'a pas le pouvoir de le modifier ni de contraindre le demandeur à en changer le fondement. Le demandeur détermine la question qu'il pose au juge et celui-ci statue sur la réponse à donner à cette question. S'agissant de l'appréciation juridique des faits allégués à l'appui de la demande, le tribunal n'est cependant pas lié par l'argumentation du demandeur (ATF 137 III 32 consid. 2.2; arrêt 4P.18/1999 du 22 mars 1999 consid. 2c).

Par ailleurs, lorsque les faits déterminants pour la compétence du tribunal le sont également pour le bien-fondé de l'action — on parle, dans ce cas, de faits doublement pertinents ou de double pertinence (*doppelrelevante Tatsachen*; arrêt 4A_703/2014 du 25 juin 2015, destiné à la publication, consid. 5.1) —, l'administration des preuves sur de tels faits est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond. Ainsi en va-t-il notamment lorsque la compétence dépend de la nature de la prétention alléguée (même arrêt, consid. 5.2). Cependant, la théorie de la double pertinence n'entre

pas en ligne de compte lorsque la compétence d'un tribunal arbitral est contestée, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux s'il n'est pas compétent pour le faire (même arrêt, consid. 5.3 et les précédents cités).

3.5.4. 3.5.4.1. *In casu*, c'est avec raison que le Tribunal arbitral s'est fondé au premier chef sur la demande, telle que l'intimée la lui avait présentée, pour trancher la question de sa compétence. Il n'a fait qu'obéir, de la sorte, à la règle générale qui vient d'être rappelée. Par conséquent, la recourante tente en vain de présenter cette demande sous un autre jour, de lui donner une coloration différente, bref de la remodeler à sa guise afin de la faire entrer dans les prévisions de la clause parapluie, dont la réserve formulée par elle paralyse l'application.

Au demeurant, quoi qu'en dise l'intéressée, les arbitres ne s'en sont pas remis aveuglément à la qualification juridique que l'intimée avait donnée à sa demande, s'agissant d'un point de droit à l'égard duquel ils jouissaient d'un plein pouvoir d'examen. Si l'on fait abstraction de ses conclusions en constatation de droit (i) et (ii), la demande de l'intimée, dans son dernier état, comportait quatre conclusions condamnatoires sur le fond, dirigées contre la recourante, plus précisément une conclusion principale et trois conclusions subsidiaires (sentence, n. 80). La conclusion principale (iii) visait à la réparation du dommage résultant de la résiliation des CAE et de l'adoption du décret n° 50/2011. Elle a été écartée par le Tribunal arbitral, motif pris de ce que la résiliation incriminée ne constituait pas en soi une violation de l'art. 10 al. 1 TCE (sentence, n. 535). Le même sort a été réservé à la première conclusion subsidiaire (iv), laquelle tendait à l'indemnisation du préjudice issu, outre de l'adoption dudit décret, de l'absence de mise en place, par la recourante, d'un mécanisme de compensation des coûts échoués propre à rétablir les bénéfices engendrés par les CAE. Pour les arbitres, qui se sont rangés sur ce point à l'avis de la recourante, suivre la théorie du dommage formulée dans cette conclusion eût été une manière d'admettre la tentative de l'intimée de réintroduire les CAE (sentence, n. 640). En revanche, le Tribunal arbitral a considéré que les dommages-intérêts réclamés via la deuxième conclusion subsidiaire (v), au double titre de l'adoption du susdit décret, d'une part, et du défaut de mise en oeuvre d'un mécanisme de compensation des coûts échoués de nature à procurer à C._____ un retour sur investissement raisonnable, d'autre part, n'équivalaient pas à créer un CAE artificiel (*a synthetic PPA*), raison pour laquelle il est entré en matière sur cette conclusion-là (sentence, n. 641). Quant à la troisième conclusion subsidiaire (vi), fondée exclusivement sur le préjudice lié à l'adoption du décret n° 50/2011, les arbitres ne s'y sont pas arrêtés parce qu'elle faisait double emploi, selon eux, avec une partie de la conclusion précédente (sentence, n. 570).

Selon la recourante, ces explications n'auraient pas trait à la compétence du Tribunal arbitral, mais au calcul du dommage (réplique, n. 18). Rien n'est moins sûr. Il en appert, au contraire, qu'elles s'inscrivent dans une démarche visant à distinguer les conclusions de la demande en fonction de leur nature juridique respective, et non à établir le quantum du préjudice, sans qu'importe, à cet égard, le fait qu'elles n'apparaissent pas dans le chapitre traitant spécifiquement de la compétence. En effectuant une telle démarche, les arbitres ne se sont donc pas reposés sur les seules allégations de l'intimée, comme si la théorie des faits de double pertinence eût été applicable. Ils ont, bien plutôt, cherché à découvrir à quoi correspondaient, juridiquement parlant, les faits avancés par cette partie pour

étayer ses prétentions, faits dont l'existence en tant que telle n'était au demeurant pas litigieuse.

3.5.4.2. En l'occurrence, l'intimée, comme elle le relève à juste titre, n'a jamais prétendu que D._____ aurait violé ses obligations contractuelles envers C._____ en résiliant prématurément les CAE. Elle aurait difficilement pu soutenir un tel point de vue, d'ailleurs, dès lors que cette résiliation avait été imposée à D._____, via la recourante, par une décision de la CE à laquelle il ne lui était pas possible de se soustraire. L'intimée n'a pas non plus fait valoir que l'une ou l'autre des clauses des CAE aurait été méconnue par D._____. Il sied d'observer, par ailleurs, encore que la chose ne devrait pas forcément constituer une objection dirimante à la mise en oeuvre de la clause parapluie (cf. consid. 3.5.3.1, 2e §, ci-dessus), que ni l'investisseur, i.e. l'intimée, ni l'État hôte, à savoir la recourante, n'étaient parties aux CAE. Ces derniers, qui plus est, avaient été conclus avant l'arrivée de l'investisseur. Aussi, vouloir ranger à tout prix dans la catégorie des *contract claims* la prétention élevée par l'intimée au moyen de sa conclusion (v) — la seule à avoir été accueillie par le Tribunal arbitral — est une démarche qui ne tient pas compte des circonstances du cas concret.

Le Tribunal arbitral a bien vu que ce qui était reproché à la recourante, à l'appui de ladite conclusion, c'était de ne pas avoir mis en place un système d'indemnisation raisonnable des coûts échoués de C._____, qui eût offert à cette filiale de l'intimée une compensation adéquate de tels coûts, alors que semblable compensation était non seulement permise par le droit de l'UE, mais encore encouragée par les conseillers étrangers de la recourante et la CE notamment (sentence, n. 467). On ne peut que l'approuver d'avoir considéré que pareil reproche s'inscrivait dans le cadre des devoirs généraux, faits à l'État d'accueil par les premières phrases de l'art. 10 par. 1 TCE, d'accorder un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes et de ne point en entraver la jouissance ou le maintien par des mesures déraisonnables ou discriminatoires. Il n'était ainsi nullement contraire à cette norme conventionnelle de qualifier la demande liée à ce reproche de *treaty claim* d'admettre, partant, qu'elle était exorbitante de la réserve affectant la clause parapluie.

3.5.4.3. Si l'on comprend bien la recourante, le seul fait qu'il y ait pu y avoir un lien entre les attentes légitimes de l'intimée quant à la protection de ses investissements, d'une part, et l'existence ou le maintien des CAE, d'autre part, suffirait à faire des demandes fondées sur le prétendu non-respect des promesses génératrices de telles attentes des *contract claims*. Semblable thèse ne convainc pas. Poussée dans ses extrémités, elle reviendrait à interdire à un investisseur de dénoncer une violation du standard du traitement juste et équitable contenu dans le traité au seul motif qu'il a investi des fonds dans l'État d'accueil en vue de bénéficier des conditions avantageuses auxquelles une société contrôlée par cet État achetait l'énergie produite par le fournisseur objet de son investissement. Interprété de la sorte, l'art. 10 par. 1 TEC, qui impose le respect de ce standard, serait privé d'effet utile. Du reste et sur un plan plus général, on ne voit pas qu'il soit possible de faire abstraction totale du contexte factuel et du cadre juridique dans lesquels les investissements ont été opérés lorsqu'il s'agit de vérifier que l'auteur de ceux-ci a été traité par la suite de manière juste, équitable et non

discriminatoire. Ce serait oublier que le fait même d'investir est déjà en soi un acte appréhendé par le droit.

Les remarques précédentes peuvent être opposées également, *mutatis mutandis*, à l'argument de la recourante selon lequel la clause parapluie ne serait pas limitée aux seuls engagements contractuels pris par l'État hôte, mais viserait encore d'autres sources formelles d'obligations, tels des actes gouvernementaux à caractère unilatéral (cf., sur ce point, le consid. 3.5.3.1, 2e § in fine, ci-dessus).

3.5.4.4. Enfin, pour les raisons déjà exposées plus haut (consid. 3.5.3.1, 3e §), les principes généraux en matière d'interprétation des traités et des réserves y figurant ne sont d'aucun secours à la recourante.

3.5.5. Il suit de là que le Tribunal arbitral s'est déclaré à bon droit compétent pour se prononcer sur la conclusion (v) que l'intimée lui avait soumise. Partant, le grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP tombe à faux.

4. Dans un deuxième groupe de moyens, la recourante reproche au Tribunal arbitral d'avoir violé son droit d'être entendue en procédant au calcul du dommage subi par l'intimée.

4.1. 4.1.1. Tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, le droit d'être entendu en procédure contradictoire 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 a 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 (ATF 127 III 576 consid. 2c; 116 II 639 consid. 4c p. 643). Quant au principe de la contradiction, il garantit à chaque partie la faculté de se déterminer sur les moyens de son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves rapportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves avant qu'une décision ne soit prise en sa défaveur. Enfin, le principe de l'égalité entre les parties, au sens des deux dispositions précitées, exige du tribunal arbitral qu'il traite les parties de manière semblable à toutes les étapes de la procédure (ATF 133 III 139 consid. 6.1 p. 144 et les références).

4.1.2. Le droit d'être entendu en procédure contradictoire, sanctionné par 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 (ATF 133 III 235 consid. 5.2 et les arrêts cités).

4.1.3. Etant donné la nature formelle du droit d'être entendu, la violation de cette garantie entraîne l'annulation de la sentence attaquée (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 in fine).

4.2. S'agissant de déterminer le montant du préjudice formant l'objet de la conclusion (v) de la demande, le Tribunal arbitral a pris pour base le calcul, fait par un expert que l'intimée avait mandaté à cette fin (la société E._____), de la différence entre la situation hypothétique qui aurait été celle de l'investissement si les faits reprochés à la recourante ne s'étaient pas produits (*But For Scenario* ou *Counterfactual Scenario*), d'une part, et la situation effective de l'investissement (*Actual Scenario*), d'autre part. Il en est résulté un montant de 107 millions d'euros qui a été alloué à l'intimée à titre de dommages-intérêts (sentence, n. 634 à 681). La compréhension des griefs formulés par la recourante relativement à ce calcul ne nécessite pas que l'on détaille celui-ci (sur ce point, cf. recours, n. 139 à 154).

4.3. 4.3.1. Dans la première branche du moyen considéré, la recourante reproche au Tribunal arbitral d'avoir méconnu son droit d'accéder aux moyens de son adversaire afin de les critiquer et de les réfuter (recours, n. 182 à 186). Il y aurait là une violation de son droit d'être entendue, qui pourrait aussi constituer une violation de l'égalité entre les parties. A cet égard, l'intéressée expose que le rapport E._____, pris pour base de calcul par les arbitres, reposait sur un modèle de prévisions élaboré par un tiers — la société F._____ (ci-après: F._____) —, à la demande de l'intimée, modèle auquel elle-même n'avait pas eu accès malgré ses protestations réitérées et les démarches entreprises en vue d'obtenir la production des documents y relatifs.

4.3.2. Sans être véritablement contredite par la recourante sur ce point, l'intimée explique que F._____, contrairement à E._____, n'intervient pas en tant qu'expert chargé d'évaluer des dommages dans le cadre d'une procédure contentieuse, mais ne fait que fournir à ses clients des projections, touchant notamment le prix de l'électricité, qu'elle a établies à partir d'informations collectées au fil des ans, sans leur dévoiler les données sous-jacentes qui constituent son savoir-faire et son fonds de commerce. F._____ serait donc un indicateur de tendances auquel il est communément fait référence pour déterminer l'évolution prévisionnelle du marché de l'électricité. Et l'intimée de préciser qu'elle a révélé, dans le cadre de la procédure arbitrale, l'ensemble des échanges qu'elle a eus avec cette société-là, si bien que les deux parties à ladite procédure ont eux accès au même niveau d'information en la matière (réponse, n. 132 à 135).

Au regard de ces explications qui paraissent à tout le moins plausibles et ne sont du reste pas formellement contestées, l'atteinte à l'égalité des parties, que la recourante déduit uniquement du niveau différent d'information entre ces dernières relativement aux données de base élaborées par F._____ (recours, n. 187), ne se vérifie pas in specie.

Sous l'angle du droit d'être entendu, on peut déjà se demander si la recourante a vraiment fait tout son possible pour mettre en doute la fiabilité des données fournies par F._____. En effet, comme le souligne l'intimée, la partie défenderesse aurait pu injecter dans le modèle E._____ ses propres prévisions du prix de l'électricité pour le marché européen, procéder elle-même à des simulations de marché afin de les comparer avec celles de F._____ ou encore proposer son

calcul à elle des dommages-intérêts auxquels l'intimée disait avoir droit. On ajoutera qu'en dernière extrémité, la recourante aurait pu invoquer l'art. 184 al. 2 LDIP et requérir le concours du juge étatique du siège de l'arbitrage pour tenter d'obtenir, au besoin via une commission rogatoire, que F._____ révélât les sources à partir desquelles elle avait élaboré ses prévisions et la manière dont elle l'avait fait (cf. arrêt 4P.221/1996 du 25 juillet 1996 consid. 3d; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, op. cit., n. 88; Berger/Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3e éd. 2015, n. 1368). Dans ce contexte, la métaphore utilisée par la recourante (réplique, n. 55), n'est pas de mise. Au lieu de se demander, aujourd'hui, comment il lui eût été possible, ne voyant que la pointe de l'iceberg, d'apporter la contre-preuve de l'existence de celui-ci, elle eût mieux fait de tout mettre en oeuvre, alors, pour s'assurer que la partie visible de l'iceberg ne cachât pas une partie immergée beaucoup plus importante. Dans ces conditions, venir se plaindre *ex post* de l'impossibilité d'accéder à un moyen de preuve, sans que tout le nécessaire ait été fait pour sa mise en oeuvre, n'apparaît guère compatible avec les règles de la bonne foi.

Du reste, le Tribunal arbitral a tenu compte des arguments avancés par la recourante au sujet des prévisions établies par F._____. Il leur a consacré deux paragraphes de sa sentence, en admettant qu'ils justifiaient de sa part de n'attacher qu'une force probante réduite à cet élément de preuve (n. 674 et 675). Telle est d'ailleurs la sanction prévue en droit de procédure civile suisse, par exemple, dans les cas de ce genre. L'art. 164 CPC (RS 272) dispose, en effet, que, si une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves. Il n'en va pas autrement en matière d'arbitrage international. Ainsi, il a été posé, de longue date, dans un contexte comparable, que les conséquences de fait qu'un arbitre doit tirer des déclarations et du comportement d'une partie ou d'un témoin, voire du silence ou de l'absence de celui-ci, relèvent de l'appréciation des preuves (dernier arrêt cité, consid. 3c). C'est le lieu de rappeler, à ce propos, que le Tribunal fédéral, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne revoit pas l'appréciation des preuves, fût-elle arbitraire. De même, l'application des règles sur le fardeau de la preuve est soustraite à son examen (arrêt 4A_606/2013 du 2 septembre 2014 consid. 5.3, 3e §, et le précédent cité).

Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu se révèle ainsi infondé, si tant est qu'il soit recevable.

4.4. 4.4.1. Dans la seconde branche du même moyen, la recourante, se disant victime d'un déni de justice formel, fait grief au Tribunal arbitral de n'avoir pas traité un argument important avancé par elle au sujet de la valeur actuelle escomptée du cash-flow après la date de valorisation (*PV [Present Value] of cash flow after valuation date*). Si l'on résume son argumentation sur ce point (cf. recours, n. 165 à 172 et 190 à 196), elle reproche aux arbitres d'avoir purement et simplement repris le même chiffre que E._____ pour fixer le montant de ce poste dans le scénario effectif, à savoir 63 millions d'euros, alors qu'elle avait réduit le montant du même poste de 176 à 146 millions d'euros dans le scénario hypothétique (cf. la ligne [1] du tableau reproduit sous n. 680 de la sentence). Selon elle, la même raison qui les avait poussés à admettre que le chiffre retenu par E._____ dans ce dernier scénario, pour le poste en question, était surestimé — i.e. les incertitudes quant à la fiabilité des données de F._____, vu le manque

d'accès à celles-ci — aurait dû les conduire également à considérer que les cash-flows futurs de la société C._____ dans le scénario effectif était largement sous-estimés.

4.4.2. Dans la note de pied 1203, à laquelle renvoie le n. 672 de sa sentence, le Tribunal arbitral a indiqué pourquoi il n'a pas jugé nécessaire de revoir le montant de 63 millions d'euros avancé par E._____ pour le scénario effectif. Il s'agit là d'un motif qui suffit à justifier la prise en considération de ce montant et, a contrario, l'exclusion implicite des arguments par lesquels la recourante aurait voulu qu'il fût réévalué. Il n'importe que cette dernière qualifie la note en question de "sibylline", d'autant moins que le droit d'être entendu n'exige pas qu'une sentence en matière d'arbitrage international soit motivée (arrêt 4A_178/2014 du 11 juin 2014 consid. 5.1 et les précédents cités). Pour le surplus, les arguments qu'elle avance sous n. 62 à 66 de sa réplique n'y changent rien.

En réalité et bien qu'elle s'en défende, la recourante, sous le couvert du moyen fondé sur l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, cherche, ici aussi, à remettre en cause le résultat de l'appréciation des preuves à laquelle s'est livré le Tribunal arbitral, ce qui n'est pas admissible.

Par conséquent, le grief tiré de la violation du droit d'être entendu apparaît infondé, sinon irrecevable, dans sa seconde branche également.

5. Dans un ultime moyen, la recourante soutient que la sentence attaquée viole l'ordre public matériel, au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

5.1. 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).

5.2. Selon la recourante, le Tribunal arbitral, en la condamnant à payer à l'intimée la somme de 107 millions d'euros, augmentée des intérêts courant dès le prononcé de sa sentence, sans prendre en considération les critères qualitatifs et les contraintes procédurales découlant du droit européen en la matière, la forcerait à violer ses obligations internationales, en particulier le Traité sur le fonctionnement de l'UE (ci-après: TFUE), et, partant, le principe *pacta sunt servanda* dans son acception de droit international public. Pareil résultat ne serait pas compatible avec l'ordre public matériel visé à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

5.3. 5.3.1. A grand renfort de citations extraites de la doctrine et de la jurisprudence relatives au droit international public, la recourante s'emploie, tout d'abord, à démontrer que la violation du principe *pacta sunt servanda*, au sens de ce droit-là, rendrait la sentence qui en est affectée contraire à l'ordre public matériel, dont la disposition précitée sanctionne la violation.

Que semblable démonstration ait été faite n'est déjà pas certain. Sans doute la primauté du droit international sur le droit interne est-elle un principe généralement admis, y compris par la Suisse (cf. art. 5 al. 4 Cst.; RS 101). Il ne s'ensuit

pas pour autant qu'il faille nécessairement taxer d'incompatible avec la définition restrictive de l'ordre public matériel rappelée plus haut une sentence imposant à une partie l'obligation de dédommager de façon équitable la partie adverse, quand bien même cette injonction contredirait une norme tirée du droit supranational (cf. ATF 132 III 389 consid. 3). Quoi qu'il en soit, point n'est besoin d'examiner plus avant la question théorique soulevée par la recourante pour les raisons indiquées ci-après.

5.3.2. Le Tribunal arbitral, après avoir soigneusement analysé la question sur la base des arguments avancés de part et d'autre, a jugé qu'il pouvait faire droit à la conclusion (v) de l'intimée sans porter atteinte au droit européen, étant donné, d'une part, qu'il n'y avait pas de contradiction à cet égard entre le TCE et le TFUE et, d'autre part, que l'indemnité allouée à la partie demanderesse était inférieure au montant maximum des coûts échoués éligibles, tel qu'il avait été fixé par la CE. Il s'en est expliqué clairement dans sa sentence (n. 523, 538 à 547 et 681).

5.3.2.1. La recourante lui reproche de ne pas avoir pris en considération des critères qualitatifs pour juger de l'admissibilité de l'indemnisation litigieuse au regard du droit européen. Elle se réfère, à ce propos, à un document intitulé "Communication de la Commission relative à la méthodologie d'analyse des aides d'État liées à des coûts échoués", qu'elle avait produit sous pièce R-331 dans la procédure arbitrale. A la suivre, il découlerait de ce document que les indemnités pour de tels coûts sont assimilées à des aides d'État et soumises, à ce titre, à des conditions.

Les arbitres n'auraient pas non plus tenu compte des contraintes procédurales applicables aux aides d'État en droit européen et, singulièrement, de l'art. 108 al. 3 TFUE en vertu duquel tout paiement visant à réparer des coûts échoués doit impérativement être soumis à l'examen préalable de la CE. Pourtant, leur attention aurait été attirée sur cette question dans un passage du premier mémoire après enquêtes de l'intéressée (n. 199).

Du reste, poursuit la recourante, le Tribunal arbitral n'avait pas jugé nécessaire d'apporter des précisions au sujet des exigences précitées, en dépit de la requête en interprétation qu'elle lui avait soumise.

5.3.2.2. Peut être laissée ouverte la question de savoir si, par le seul dépôt d'un document parmi les quelque 500 pièces qu'elle a versées au dossier de l'arbitrage, et par les quelques lignes qu'elle a consacrées aux prétendues contraintes procédurales, la recourante a suffisamment attiré l'attention des arbitres sur la problématique qu'elle soulève dans son recours.

Toujours est-il que ce qu'elle reproche, en réalité, au Tribunal arbitral, c'est de ne pas avoir pris en considération les arguments soulevés par elle quant aux critères qualitatifs et aux contraintes procédurales applicables aux aides d'État en droit européen. Ce qu'elle dénonce, sous le couvert du grief de violation de l'ordre public matériel, c'est, en fait, une violation de son droit d'être entendue. Force est pourtant de constater qu'elle n'invoque pas le grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. d LDIP dans ce cadre-là. Par conséquent, la Cour de céans ne peut pas entrer en matière, vu l'art. 77 al. 3 LTF.

Pour le surplus, la recourante ne démontre pas que, abstraction faite des deux arguments que le Tribunal arbitral n'a pas pris en considération, en violation ou non de son droit d'être entendue, les motifs qu'il a retenus pour justifier l'indem-

nisation de l'intimée, ordonnée par lui, rendraient à eux seuls la sentence attaquée incompatible avec l'ordre public matériel.

Au demeurant et en tout état de cause, il ne ressort pas de la confrontation des arguments respectifs avancés par les parties dans le recours et la réponse que la prise en compte des critères qualitatifs et des contraintes procédurales préconisée par la recourante conduirait à coup sûr à la mise au jour d'une violation du droit européen imputable au Tribunal arbitral et, suivant la réponse à apporter à la question théorique évoquée plus haut mais laissée indécise, à la constatation de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public matériel. A cet égard, la tentative de la recourante de compléter ses explications dans sa réplique est d'emblée vouée à l'échec, tout comme le dépôt d'une pièce probante portant une date postérieure à celle du prononcé de la sentence entreprise.

6. La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et verser à l'intimée une indemnité pour ses dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté. (*Omissis*).

Effetti dell'esclusione dell'*Umbrella Clause* dal campo di applicazione dell'accordo arbitrale ai sensi dell'*Energy Charter Treaty* e rapporti con le altre previsioni del trattato.

1. Con la pronuncia in commento il Tribunale Federale Svizzero, massima ed unica istanza in caso di impugnazione di lodi arbitrali resi in territorio elvetico ⁽¹⁾, ha respinto l'impugnazione proposta per l'annullamento di un lodo reso da un tribunale arbitrale *ad hoc* secondo le regole UNCITRAL chiamato a decidere in merito ad una controversia tra un investitore ed uno Stato contraente in virtù dell'*Energy Charter Treaty* sottoscritto a Lisbona il 17 Dicembre 1994 (l'"ECT"), trattato internazionale multilaterale volto, tra le altre cose, a garantire una tutela internazionale agli investimenti in materia di energia.

Al pari di numerosi altri trattati internazionali aventi ad oggetto la protezione degli investimenti, l'ECT prevede la possibilità per gli investitori esteri di sottoporre eventuali violazioni del trattato ad un giudizio arbitrale. In particolare, a seconda della scelta dell'investitore, la soluzione della controversia potrà essere deferita ad un Tribunale Arbitrale

⁽¹⁾ Tanto l'art. 191 della Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18 dicembre 1987, applicabile agli arbitrati internazionali, tanto l'art. 389(1) del Codice di Procedura Civile Svizzero, prevedono che il Tribunale Federale Svizzero agisca come prima e unica istanza per l'annullamento di lodi arbitrali resi in Svizzera. Per quanto concerne gli arbitrati domestici l'art. 390 del Codice di Procedura Civile Svizzero consente alle parti di concordare la sostituzione del Tribunale Federale con la corte cantonale, sempre quale prima e unica istanza del procedimento. Cfr. M. ARROYO, *Arbitration in Switzerland, the Practitioners's Guide*, 2013, p. 12.

costituito ai sensi del Regolamento ICSID — ove questo sia applicabile in virtù della Convenzione di Washington del 1965 — ovvero dell'Additional Facility dell'ICSID — ove la predetta convenzione non fosse applicabile — oppure ancora ad un arbitro unico o un collegio arbitrale *ad hoc* costituito secondo le regole UNCITRAL, oppure ad arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio di Stoccolma.

L'art. 26 dell'ECT prevede espressamente che il consenso delle parti per la conclusione dell'accordo arbitrale si formi in modo progressivo. Da un lato, gli Stati Contraenti, con la sottoscrizione del trattato, offrono il loro consenso al deferimento della controversia ad arbitrato internazionale o alla conciliazione; dall'altro l'investitore esprime il proprio consenso in un momento successivo, manifestando la propria espressa volontà di sottoporre la disputa ad uno dei metodi alternativi di arbitrato sopra illustrati. Tale consenso, di norma, è espresso con il medesimo atto di avvio del procedimento arbitrale. L'art. 26.5(a) ECT chiarisce espressamente che il consenso così formato soddisfa (i) il requisito del consenso scritto previsto dal Capitolo II della Convenzione ICSID anche ai fini delle Additional Facility Rules, (ii) il requisito dell'"accordo scritto" richiesto dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 e (iii) il requisito dell'accordo scritto delle parti contrattuali ai fini dell'art. 1 delle regole arbitrali UNCITRAL. Nella specie, tale modalità di formazione del consenso all'arbitrato è stata ritenuta valida dal Tribunale Federale anche alla luce del diritto svizzero, ritenuto nella specie rilevante sia quale *lex causae* sia quale *lex fori*.

Le controversie che gli investitori possono sottoporre ad arbitrato sono esclusivamente quelle che sorgono dalla violazione degli obblighi sanciti nella Parte III dell'ECT e dunque negli articoli da 10 a 17. È stata tuttavia prevista la facoltà per gli Stati Contraenti di escludere espressamente che il consenso all'arbitrato sia riferibile alle controversie che sorgono dalla violazione della disposizione contenuta nell'ultima frase dell'art. 10(1) ⁽²⁾ ai sensi del quale "*Each Contracting State shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party*".

Tale clausola, come rilevato dal Tribunale Federale, appartiene senz'altro al novero delle c.d. "*umbrella clause*" ovvero di quelle clausole che, secondo la definizione più comune, hanno come scopo quello di porre sotto l'"ombrello" del diritto internazionale — e dunque delle tutele che ne discendono — gli obblighi assunti dagli Stati nei confronti degli investimenti stranieri, in particolare — ma non solo — attraverso la sottoscrizione di contratti. La possibilità prevista nell'ECT di escludere gli

⁽²⁾ Gli Stati Contraenti che hanno espresso tale riserva sono Australia, Canada, Ungheria e Norvegia.

obblighi coperti dall'*umbrella clause* dalla sfera di applicazione della clausola arbitrale risponde dunque alla preoccupazione di alcuni Stati rispetto alla sovrapposibilità e cumulatività di rimedi "contrattuali" o di diritto interno e quelli di fonte internazionale, scaturenti dal medesimo ECT.

Nel caso di specie, lo Stato convenuto in arbitrato ai sensi dell'ECT aveva effettivamente fatto ricorso a tale riserva e, sulla base di questa, in sede di ricorso per l'annullamento del lodo che lo ha visto soccombente, fonda il primo e principale motivo di impugnazione del lodo.

2. Nella specie lo Stato ricorrente censura la decisione degli arbitri per aver, a suo dire, seguito acriticamente la tesi attorea che qualificava la domanda come fondata sulla violazione dell'obbligo di garantire all'investimento un trattamento giusto ed equo, e dunque una disposizione dell'art 10(1) dell'ECT rispetto alla quale la riserva non avrebbe avuto effetto, mentre, a ben vedere, le violazioni in concreto allegate dall'investitore avrebbero dovuto essere ricondotte a mere violazioni delle obbligazioni contrattuali nascenti dai PPA. Sostiene pertanto lo Stato ricorrente che, al di là dell'erronea e strumentale qualificazione offerta dall'investitore, l'effettivo fondamento giuridico delle domande attoree altro non è che la c.d. *umbrella clause* e, pertanto, il Collegio Arbitrale avrebbe dovuto escludere l'esistenza di un accordo arbitrale in merito a tali controversie con conseguente dichiarazione della propria incompetenza a decidere.

3. Il Tribunale Federale ammette che la violazione di un'obbligazione assunta direttamente nei confronti di un investitore e/o di un investimento ai sensi della *umbrella clause* non integra di per sé una violazione dell'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo. Al contempo, tuttavia, riconosce che non può escludersi che il quadro giuridico e contrattuale nell'ambito del quale è stato posto in essere l'investimento rilevi ai fini di una domanda fondata sulla violazione dell'obbligo di garantire un trattamento corretto e non discriminatorio senza che per ciò stesso tale contestazione debba ricondursi necessariamente ad una violazione della *umbrella clause*.

Il Tribunale Federale riconosce inoltre che la riserva formulata dallo Stato A. non debba essere necessariamente interpretata restrittivamente, come sostiene l'investitore, ma allo stesso tempo non è ammissibile, come sostiene lo Stato ricorrente, estenderne la portata ricorrendo all'applicazione del principio *in dubio mitius* elaborato dalla dottrina internazionalistica e volto a favorire sempre l'interpretazione meno pregiudizievole per la sovranità dello Stato. L'interpretazione della riserva deve dunque avvenire secondo "buona fede", avendo riguardo *in primis* al dato te-

stuale, all'oggetto e allo scopo del trattato e tenendo conto delle circostanze del caso.

In virtù della particolare ampiezza della formulazione della *umbrella clause* contenuta nell'ECT, lo Stato A. ha tentato di sostenere che, in presenza di una riserva come quella in esame, tutte le controversie che potrebbero cadere sotto la tutela della c.d. *umbrella clause* debbano ritenersi escluse dal campo di applicazione della clausola compromissoria. Il Tribunale Federale respinge tuttavia questa tesi in quanto, contro la regola dell'effetto utile, essa porterebbe a privare di qualsiasi rilevanza le altre previsioni dell'art. 10(1) e l'art. 26 par 3, punto a) dell'ECT ed osserva, metaforicamente, che a seguire la tesi del ricorrente, lo Stato ospite potrebbe così attrarre quante più questioni sotto l'ombrello del Trattato, per poi chiuderlo improvvisamente apponendo la riserva e lasciando così gli investitori senza protezione.

4. Il Tribunale Federale ha inoltre affrontato la censura mossa dal ricorrente nei confronti dell'iter logico seguito dagli arbitri per risoluzione della questione della competenza. Richiamato il principio generale di procedura in virtù del quale la competenza deve essere valutata sulla base della domanda, il Tribunale Federale si è interrogato se, nella specie, il Collegio Arbitrale avrebbe potuto fare applicazione della teoria processuale della "*double pertinence*", di recente ribadita e più chiaramente formulata in un precedente del medesimo Tribunale Federale⁽³⁾. Secondo tale teoria, se i fatti invocati dall'attore sono rilevanti solo ai fini della competenza e non del merito, il giudice procede all'effettivo accertamento degli stessi; se invece i fatti allegati dall'attore sono "doppiamente pertinenti", nel senso che essi rilevano sia ai fini della determinazione della competenza, sia ai fini della decisione nel merito, il giudice dovrà preliminarmente stabilire la propria competenza sulla base delle sole allegazioni attoree. Se il giudice, dopo aver stabilito la propria competenza alla luce di tali allegazioni il giudice accerta che, nel merito, i fatti non corrispondono a quanto allegato dall'attore, renderà comunque una decisione di merito, rigettando la pretesa.

Il Tribunale Federale, nella decisione in commento, ha però escluso che la teoria della doppia pertinenza sia applicabile nell'ambito dei procedimenti arbitrali, non potendosi obbligare una parte a dover "patire" una decisione arbitrale sul merito qualora gli arbitri non siano competenti. Gli arbitri quindi non possono limitarsi ad accettare la qualificazione attorea ma devono spingersi all'accertamento della fondatezza dei fatti "doppiamente pertinenti" anche ai soli fini della determinazione della competenza.

⁽³⁾ Cfr. Tribunal Fédéral, arrêt 4A_703/2014 del 25 giugno 2015.

Il Tribunale Federale ha tuttavia ritenuto che, nella specie, gli arbitri non hanno violato tale principio e non si sono limitati ad accettare acriticamente le allegazioni e la qualificazione giudica dei fatti offerta dall'investitore nella propria domanda di arbitrato.

Gli arbitri, a ben vedere, hanno innanzi tutto respinto la domanda principale tesa alla riparazione del danno risultante dal recesso anticipato dei PPA e dell'adozione del decreto n. 50/2011 in quanto tale comportamento, in sé, non rappresentava una violazione dell'art. 10(1) del trattato. Allo stesso modo è stata respinta la domanda, proposta in via subordinata, con la quale parte attrice richiedeva l'indennizzo derivante, oltre che dall'adozione del predetto decreto, dalla mancata adozione di un sistema di compensazione dei costi irrecuperabili idoneo a ristabilire integralmente gli utili che i PPA avrebbero generato giacché ciò avrebbe avuto un effetto equivalente alla reintroduzione dei medesimi PPA. Il Collegio Arbitrale ha invece ritenuto che fosse possibile entrare nel merito della seconda domanda subordinata perché questa — avente ad oggetto sia l'adozione del decreto sia la mancata previsione di un meccanismo di adeguata compensazione dei costi affondati — non poteva ritenersi equiparabile ad una artificiosa ricostituzione dei PPA.

Lo Stato A. ha però obiettato che il ragionamento del Collegio Arbitrale era stato espresso solo con riguardo al calcolo dei danni e non figurava nella parte del lodo dedicata all'esame della competenza. Il Tribunale Federale ha tuttavia respinto anche questa contestazione osservando che le motivazioni degli arbitri si inseriscono in un ragionamento complessivo volto a distinguere le domande in funzione della rispettiva natura giuridica e non a stabilire il *quantum* del danno, a nulla rilevando che queste motivazioni non fossero presentate in quella parte del lodo specificamente dedicata alla trattazione della questione della competenza. In tal modo gli arbitri non si sono fondati unicamente su quanto allegato dall'investitore, come se fosse applicabile la teoria della doppia pertinenza sopra illustrata, ma piuttosto hanno cercato di qualificare giuridicamente i fatti allegati dalla parte per sostenere la propria pretesa, fatti la cui esistenza non era in questione. Del resto l'investitore non ha mai sostenuto che il recesso dei PPA fosse stato commesso dalla società controllata dallo Stato in violazione di legge giacché tale atto era stato imposto dall'adozione dei provvedimenti del Governo in applicazione dei vincoli imposti dall'Unione Europea. Osserva altresì il Tribunale Federale che l'effettiva violazione dei PPA da parte della società statale non sarebbe stato nemmeno dirimente ai fini dell'applicazione della c.d. *umbrella clause* giacché né l'investitore né lo Stato erano parti dei PPA.

Secondo il Tribunale Federale gli arbitri hanno quindi correttamente stabilito la propria competenza a decidere sulla domanda dell'investitore fondata sulla responsabilità dello Stato ospite per non aver adottato un sistema adeguato di indennizzo dei costi irrecuperabili giacché tale inden-

nizzo era, non solo permesso dalla decisione della Commissione Europea, ma addirittura consigliato dai consulenti esteri del ricorrente e dalla stessa Commissione Europea. Questo comportamento è dunque stato correttamente inquadrato dagli arbitri come violazione dell'obbligo previsto dall'art. 10(1) dell'ECT di garantire un trattamento giusto ed equo all'investimento e di non ostacolarne il godimento o il mantenimento ricorrendo a misure irragionevoli o discriminatorie. Il solo fatto che possa esservi un collegamento tra il provvedimento statale che ha cagionato pregiudizio all'investimento ed il recesso dai PPA non è apparso sufficiente a qualificare la pretesa come mero *contract claim* e, di conseguenza, a sottrarlo alla competenza del Collegio Arbitrale in ragione della riserva espressa dallo Stato A. con l'adesione all'ECT.

5. Da quanto sopra illustrato si evince che il recesso anticipato dai PPA è stato considerato come un fatto che, sia pur rilevante nell'ambito della complessiva vicenda, non è stato determinante per l'accertamento dell'illecito che invece è consistito nell'adozione di un sistema di indennizzo iniquo a fronte dell'adozione di un provvedimento pur obbligato ai sensi del diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, l'iter logico argomentativo seguito dai giudici svizzeri sembra, comunque, palesare una posizione piuttosto chiara riguardo alla questione se la violazione dello Stato ad un obbligo assunto verso un investimento possa comunque assumere rilievo — ed essere sottoposto ad arbitrato — in virtù di altre previsioni della parte III dell'ECT anche in presenza di una riserva operata dallo Stato ospite rispetto alla sfera di applicazione dell'accordo arbitrale a controversie coperte dell'*umbrella clause*. La questione merita ad ogni modo alcune brevi considerazioni.

È in primo luogo lecito chiedersi se per stabilire la concreta portata della riserva in questione occorra procedere ad una vera e propria delimitazione dei confini tra il campo di applicazione della clausola ombrello e degli altri obblighi sanciti dal Trattato, in particolare l'obbligo di garantire un trattamento equo e giusto (FET) ed il divieto di espropriazione senza indennizzo.

La particolare "*umbrella clause*" contenuta nell'ECT ha un'estensione indubbiamente molto ampia se paragonata a quelle contenute in altri trattati potendosi riferire a tutte le obbligazioni assunte dallo Stato, e ciò nei confronti sia dell'investitore sia dell'investimento, e dunque anche nei confronti di una società controllata locale⁽⁴⁾. La giurisprudenza

(4) Tale formulazione è ritenuta più ampia rispetto a quelle riferite solo alle obbligazioni assunte "with respect to an investment" in quanto, si è sostenuto, tale espressione limiterebbe la stessa ai c.d. contratti di investimento ("*conventions d'établissement*"). Cfr. THOMAS W. WÄLDE, *The Umbrella Clause in Investment Arbitration, a Comment on Original Intentions and Recent Cases*, 6 J. World Investment & Trade 183 2005, 203.

arbitrale, con specifico riferimento all'interpretazione dell'*umbrella clause* contenuta nell'Energy Charter Treaty, ha rilevato come il termine "*any obligation*" non possa essere limitato alle obbligazioni di un certo tipo — come quelle contrattuali — ma debba necessariamente riferirsi a tutte le obbligazioni assunte nei confronti degli investimenti compiuti da un investitore di un altro Stato Contraente. In un altro caso, il Collegio Arbitrale ha ritenuto che anche la violazione di una legge interna — nella specie la legge relativa agli investimenti esteri — rientra tra le violazioni coperte dall'*umbrella clause* dell'ECT ⁽⁵⁾.

È dunque in concreto possibile che un comportamento ingiusto ed iniquo o discriminatorio integri anche la violazione di un obbligo assunto dallo Stato nei confronti dell'investimento o dell'investitore. Del pari è ben possibile che la violazione di un contratto o di altro obbligo assunto dallo Stato possa integrare un'espropriazione indiretta ⁽⁶⁾.

Il diverso campo di applicazione dell'*umbrella clause* rispetto agli altri principi è, invero, chiarito proprio dall'origine storica di tale clausola ⁽⁷⁾. In tempi in cui non esistevano ancora trattati bilaterali di tutela degli investimenti l'unica tutela possibile per l'investitore privato era quella di ricorrere alla tutela diplomatica ma questa era raramente giustificata per mere violazioni contrattuali. Restava al contempo il problema della sfiducia dell'investitore estero verso i tribunali dello stato ospite. Al fine consentire la tutela diplomatica anche a mere violazioni contrattuali si ritenne possibile ricorrere a c.d. trattati ombrello — aventi in sostanza unicamente per oggetto quello di qualificare come violazioni internazionali (tra Stato e Stato) anche le violazioni contrattuali ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Cfr. Khan Resources Inc. v. Mongolia, arbitrato *ad hoc*, lodo parziale del 25 luglio 2012: "*The Claimants submit that the terms "any obligations" [in Article 10(1) of the ECT] encompass the statutory obligations of the host state and in this case, Mongolia's obligations under the Foreign Investment Law. Given the ordinary meaning of the term "any" and the fact that the Respondents have not submitted any arguments or authorities to the contrary, the Tribunal accepts the Claimants' interpretation of Article 10(1) of the ECT. It follows that a breach by Mongolia of any obligations it may have under the Foreign Investment Law would constitute a breach of the provisions of Part III of the Treaty*". Il successivo lodo definitivo del 2 marzo 2015 ha, peraltro, accolto anche nel merito la domanda dell'investitore e ritenuto lo Stato convenuto responsabile per la violazione dell'*umbrella clause*.

⁽⁶⁾ Per una analisi della differenza tra mere violazioni contrattuali ed espropriazioni indirette cfr. Christoph SCHREUER, *The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006, 108 e ss., il quale sottolinea che il principale criterio distintivo tra una mera violazione contrattuale ed un'espropriazione indiretta di diritti contrattuali è se lo Stato abbia agito come mera parte contrattuale o facendo esercizio delle proprie prerogative di sovranità.

⁽⁷⁾ Per un'illustrazione delle origine storiche della clausola in questione, cfr. oltre a WÄLDE, cit., Anthony SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, 4 *Arbitration International* (2004). Cfr. anche Andrew NEWCOMBE e Lluís PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, 2008, § 9.4.

⁽⁸⁾ Secondo l'indagine storica di Anthony Sinclair, l'idea di internazionalizzare accordi contrattuali è da ricondurre ad Eli Lauterpacht, consulente legale della società Anglo-Iranian Oil Company, il quale dopo l'accordo transattivo sottoscritto per la risoluzione di una contro-

Tuttavia anche tale forma di tutela si mostrava insufficiente ed apparve necessario garantire all'investitore una tutela diretta che non dipendesse dall'intervento diplomatico dello Stato di provenienza. Ecco dunque che la clausola definita *pacta sunt servanda*, o *umbrella clause*, o clausola ascensore, viene elaborata ed inizia a comparire anche nei *bilateral investment treaties* (BIT) ed in particolare in quello stipulato tra Germania e Pakistan nel 1959, che contiene il primo "modello" di tale clausola ⁽⁹⁾.

Sussistono tuttavia ancor oggi diverse opinioni su quale sia l'effettiva tutela che l'investitore può ottenere in virtù di simili clausole, tanto sotto il profilo oggettivo quanto sotto quello soggettivo, come anche rilevato nella sentenza in commento.

Nel caso *SGS v. Pakistan* ⁽¹⁰⁾ il tribunale arbitrale ha minimizzato gli effetti della clausola ombrello, rifiutando di attribuirle un significato letterale che avrebbe comportato la trasformazione di qualunque contratto commerciale in fonte di "diritto internazionale". Nel caso *SGS v. Filippine* ⁽¹¹⁾ il ragionamento appena descritto è stato espressamente respinto e si è ritenuto, al contrario, che l'*umbrella clause* non ha l'effetto di trasformare in diritto internazionale gli obblighi di natura contrattuale, ma attiene piuttosto all'adempimento delle obbligazioni in questione. Altra questione concerne invece i soggetti le cui obbligazioni sarebbero suscettibili di essere elevate alla tutela internazionale. Secondo un'interpretazione più restrittiva, soltanto gli obblighi assunti direttamente dallo Stato verso l'investimento sarebbero coperti dalla clausola in parola, mentre ne resterebbero esclusi i contratti sottoscritti da altri soggetti pur aventi natura, formale e/o sostanziale, pubblica, come gli enti e le società controllate dallo Stato o le suddivisioni amministrative dello stesso ⁽¹²⁾.

Quel che però appare dirimente al fine di stabilire il diverso campo di applicazione dell'*umbrella clause* rispetto ad altre previsioni dei trattati di tutela degli investimenti in generale, e dell'ECT in particolare, è proprio lo scopo di tale previsione che è senz'altro quello di ampliare la tutela offerta all'investitore e non di ridurla.

versia con l'Iran, suggerì l'utilizzo di un trattato tra governi di natura internazionale per il contratto di progetto al fine sia di internazionalizzare le obbligazioni contrattuali sia consentire un sistema di risoluzione giurisdizionale tra Stati. Cfr. WÄLDE, cit., 202.

⁽⁹⁾ La clausola contenuta nel BIT Germania-Pakistan era del seguente tenore: "Art. 7 *Either party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party*". Cfr. WÄLDE, cit., 203.

⁽¹⁰⁾ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Repubblica islamica del Pakistan*, decisione sulla competenza del 6 agosto 2003, ICSID Case No. ARB/01/13 - BIT Svizzera-Pakistan.

⁽¹¹⁾ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Repubblica delle Filippine*, ICSID Case No. ARB/02/6 - BIT Svizzera-Filippine.

⁽¹²⁾ *Impregilo SpA v. Repubblica Islamica del Pakistan*, Decisione sulla Giurisdizione del 22 aprile 2005 - ICSID Case No. ARB/03/3 - BIT Italia Pakistan.

Significativo è il fatto che proprio in ragione dell'incerta estensione oggettiva e soggettiva della tutela derivante da simili clausole, laddove si è presentata una possibile sovrapposizione con altre previsioni dei trattati, i tribunali arbitrali hanno preferito fondarsi unicamente su queste piuttosto che sulla *umbrella clause* ⁽¹³⁾. È il caso ad esempio del primo lodo arbitrale reso sulla base dell'ECT ⁽¹⁴⁾, peraltro anch'esso relativo alla revoca di contratti di acquisto di energia, nel quale i fatti contestati, pur integrando in concreto violazioni contrattuali, non sono stati caratterizzati come violazioni dell'ultimo periodo dell'art. 10(1) ma piuttosto come violazione dell'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo e del divieto di non discriminazione.

In conclusione, qualunque sia l'ampiezza della tutela che si vuole attribuire all'*umbrella clause* contenuta nell'ECT, appare corretto ritenere che la tutela da essa offerta non sostituisca ma si aggiunga a quella derivante da altri, consolidati, *standard* di protezione dell'investimento previsti nel medesimo trattato e, di conseguenza, l'eventuale esclusione di tale clausola dalla sfera di applicazione della clausola compromissoria non dovrebbe inficiare la competenza arbitrale con riguardo a pretese che, pur fondate in tutto o in parte sui medesimi fatti, risultino tutelate da altre previsioni del trattato.

LUIGI CASONE

⁽¹³⁾ Cfr. W. WALDE, cit., 209.

⁽¹⁴⁾ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v the Republic of Latvia*, Lodo SCC del 16 dicembre 2003.

Ascesa e declino dell'« *Investor-State Arbitration* », fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e *Free Trade Agreements* multilaterali

ROSSELLA SABIA - CESARE TRECROCI (*)

1. *Note introduttive.*

Quale strumento di soluzione delle controversie, l'Investor-State Arbitration (I.S.A.) ha rivoluzionato il concetto stesso di arbitrato internazionale. Ciò nonostante, negli ultimi anni sembrerebbe in atto una crisi dell'I.S.A., considerato da taluni alla stregua di un privilegio nelle mani delle multinazionali.

Nel caso relativo alle “*Concessioni Mavronmatis in Palestina (questioni preliminari)*”, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale delineava i concetti di controversia internazionale e di protezione diplomatica. Più precisamente, la Corte dell'Aja sanciva che “*a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons*”, soggetti “*superiores non recognoscentes*”. La Corte individuava, inoltre, nella protezione diplomatica lo strumento attraverso il quale uno Stato poteva far valere contro un altro Stato i propri “diritti” derivanti dalla violazione delle norme sul trattamento degli stranieri (“*alien protection doctrine*”) ⁽¹⁾. La protezione diplomatica poneva, tuttavia, problemi non irrilevanti, specie in termini di “politizzazione” delle controversie economiche, con conseguenze negative a carico degli investitori stranieri, i quali erano titolari di un'aspettativa di mero fatto in ordine all'attivazione degli strumenti di protezione diplomatica, in ordine all'effettiva definizione delle dispute, in ordine a un completo ristoro dei pregiudizi subiti ⁽²⁾.

(*) Il presente lavoro è frutto della riflessione congiunta degli Autori. In particolare, sono da attribuirsi a entrambi gli Autori le note introduttive e le conclusioni; a Rossella Sabia il paragrafo 2; a Cesare Trecroci il paragrafo 3.

⁽¹⁾ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *Concessioni Mavronmatis in Palestina (questioni preliminari)*, sentenza resa il 30 agosto 1924, Pubblicazioni della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, Serie A, n. 2, par. 10.

⁽²⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, 187: “*One of the Convention's objectives is to depoliticize disputes*”. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008, 291. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della*

L'I.S.A. rimedia agli aspetti negativi della protezione diplomatica concedendo agli investitori stranieri una via diretta per far valere i propri interessi giuridici nei confronti degli Stati ospiti, naturalmente dinanzi a corti arbitrali internazionali e non pure interne ⁽³⁾. In questo scenario, alcuni I.S.A. hanno carattere particolare e si rivolgono al passato ⁽⁴⁾. Per converso, nel sistema della Banca Mondiale, l'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (I.C.S.I.D.) ha una competenza tendenzialmente generale nel senso che, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Washington del 18 marzo 1965, gli investitori possono sottomettere all'attenzione del Centro qualsiasi controversia di carattere giuridico, la quale dovesse sorgere, in relazione a un investimento, con gli Stati ospiti che abbiano ratificato la medesima convenzione istitutiva ⁽⁵⁾.

Fin dal 1972 ⁽⁶⁾, l'istituzione di strumenti di soluzione internazionale delle controversie in tema di investimenti ha determinato una crescita esponenziale degli Stati aderenti agli stessi, degli arbitrati e dei lodi, così come dei trattati bilaterali di investimento ⁽⁷⁾. Ciò nondimeno, dalla metà degli anni '90 al 2013 si registra una progressiva riduzione dei trattati bilaterali di investi-

Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali, in PORRO, *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 177. SASSE, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Amburgo, 2010, 58. Sui tratti costitutivi ed evolutivi della protezione diplomatica, in particolare *vis-à-vis* gli obblighi *erga omnes*, cfr. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Riv. Dir. Int.*, 3, 2008, 669-737. Sull'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti e degli strumenti a protezione degli investitori, cfr. MILES, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, 2013. KINGSBURY, *Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*, BYIL (1992) 1 (73), 97-135.

⁽³⁾ Si è dibattuto in dottrina circa la natura dei tribunali I.C.S.I.D. quali collegi arbitrali interni o internazionali. I fautori della natura "estera" o "nazionale" degli arbitrati I.C.S.I.D. fanno leva essenzialmente sull'atto di espressione del consenso da parte dell'investitore nazionale, requisito ai fini della giurisdizione I.C.S.I.D. e atto di diritto interno. I fautori della natura internazionale dell'arbitrato I.C.S.I.D. affermano invece che "*l'arbitrato I.C.S.I.D. la cui giurisdizione si fonda sopra trattati internazionali [l'art. 25 della Convenzione di Washington, n.d.r.] è senz'altro riconducibile nell'ambito del diritto internazionale pubblico e, in specie, dell'esercizio della funzione arbitrale internazionale*", in SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema I.C.S.I.D.*, Napoli, 2012, 38.

⁽⁴⁾ Come ad esempio il Tribunale dei Reclami USA-Iran del 18 gennaio 1981. In particolare, oltre che sulle dispute inter-statali, il Tribunale dei Reclami USA-Iran decide sulle controversie tra i cittadini statunitensi o iraniani rispettivamente contro l'Iran o gli Stati Uniti, se le pretese siano risultate "*outstanding*" alla data del 19 gennaio 1981 (art. II.1). Per un approfondimento, cfr. <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>.

⁽⁵⁾ Per un maggiore approfondimento sulla Convenzione I.C.S.I.D. del 18 marzo 1965, cfr. https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_English-fin_al.pdf. Per sottolineare la competenza generale dell'I.C.S.I.D., basti ricordare come, all'anno 2014, circa 150 Stati abbiano ratificato la Convenzione di Washington, e come le *Additional Facility Rules* del 1978 permettano agli investitori di avvalersi del Centro anche nei confronti di Stati ospiti non membri del sistema I.C.S.I.D., ovvero anche nel caso in cui lo Stato di nazionalità dell'investitore non abbia firmato la convenzione istitutiva.

⁽⁶⁾ È l'anno di effettiva attivazione dell'I.C.S.I.D.

⁽⁷⁾ MAURO, *New Issues on Arbitration between States and Foreign Investors in Recent ICSID Tribunals' Case Law*, in *New International Tribunals and New International Proceedings*, a cura di Del Vecchio, Milano, 271.

mento (BIT) siglati, ivi compresi quelli incorporanti una clausola compromissoria. Per converso, il numero dei procedimenti arbitrali attivati in sede I.C.S.I.D. è costantemente aumentato (specie se si bada alle annualità 2012 e 2013). All'interno del "caseload" I.C.S.I.D. è evidente, altresì, una certa prevalenza dei procedimenti arbitrali tra investitori e Stati ospiti europei.

In questo contesto bisogna anzitutto ricordare come la riduzione dei trattati bilaterali di investimento sia dovuta ovviamente anche alla permanenza in vigore di quelli già siglati, nonché alla sostituzione di tali trattati con accordi multilaterali di investimento, unioni doganali o comunque convenzioni più evolute, complesse e comprensive, come gli FTAs⁽⁸⁾. Tuttavia non può non essere insinuato il dubbio in base al quale la riduzione dei BIT potrebbe essere anche connessa a quel processo di ridefinizione dei rapporti di investimento, originatosi non soltanto nei paesi tradizionalmente favorevoli al principio del "trattamento nazionale" (come il Brasile)⁽⁹⁾, ma anche in alcuni paesi di solida tradizione occidentale (come l'Australia e la Nuova Zelanda)⁽¹⁰⁾. Né si può nascondere come la rinegoziazione o la terminazione dei BIT sia strettamente correlata alla critica mossa nei confronti dell'I.S.D.S. (Investor-State Dispute Settlement)⁽¹¹⁾: l'Investor-State Dispute Settlement viene sempre più considerato, infatti, 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", uno strumento del quale non beneficiano i competitori che non sono investitori esteri⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ VOON, MITCHELL, MUNRO, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, in *ICSID Review* (2014) 29 (2), 451-452.

⁽⁹⁾ KALICKI, MEDEIROS, *Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration*, in *Arbitration International* (2008) 24 (3), 431-438. Il Brasile è l'unico Stato sudamericano a non aver mai firmato e ratificato la Convenzione ICSID. Altri Stati hanno però denunciato la Convenzione. L'ostilità brasiliana all'ISA è legata a ragioni culturali e giuridiche. In breve, la Costituzione Brasiliana incorpora la Clausola Calvo, per cui le controversie con gli investitori possono essere decise soltanto da tribunali nazionali, i quali godono di un monopolio della giurisdizione. Inoltre, a lungo, le società a partecipazione pubblica non hanno potuto invocare eccezioni di compromesso internazionale, posto che la devoluzione ad arbitri delle controversie era sanzionata con la nullità per contrarietà all'ordine pubblico. Cfr. il caso *COPEL c. UEG*. Successivamente il legislatore brasiliano ammetteva la stipula di arbitrati internazionali aventi sede in Brasile, purché i procedimenti fossero celebrati in portoghese. Infine, con la pronuncia del 2005, resa sul caso *AES Uruguiana Empreendimentos Ltda. c. Companhia Estadual de Energia Elétrica*, la Corte Suprema brasiliana ha ammesso la stipula di clausole compromissorie tra investitori esteri e società a partecipazione pubblica, le quali operano nel mercato e la cui attività è regolata dal diritto privato.

⁽¹⁰⁾ VOON, MITCHELL, MUNRO, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, cit., 452.

⁽¹¹⁾ Questo acronimo identifica sia l'I.S.A., sia la conciliazione internazionale tra Stati e investitori esteri (I.S.C.).

⁽¹²⁾ Per maggiori approfondimenti, cfr. TRAKMAN, *Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: A Sign of Global Change*, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, Oxford, 2013, 344-373. NOTTAGE, *Consumer Product Safety Regulation and Investor-State Arbitration Policy. Practice after Philip Morris Asia v. Australia*, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, Oxford, 2013, 452. KURTZ, *Australia's*

Il presente contributo intende sottolineare come, tra i fattori disincentivanti rispetto alla stipula di clausole compromissorie internazionali, rilevino:

a) l'estensione dei poteri decisorii dei tribunali (nel merito delle controversie), per esempio in relazione a materie come la corruzione internazionale, le quali sono tradizionalmente appannaggio delle prerogative sovrane degli Stati;

b) l'estensione della giurisdizione del Centro per via pretoria, in relazione a misure di regolazione dei mercati, adottate a tutela dell'ambiente o della salute, nonostante sul punto si siano pronunciate le corti nazionali di ultima istanza.

2. *Corruzione, transnational public policy, protezione dell'investitore. Riflessioni sulla giurisprudenza I.C.S.I.D. nei casi World Duty Free Company c. Repubblica del Kenya e Metal Tech Ltd. c. Repubblica dell'Uzbekistan.*

La corruzione è divenuta una questione centrale nei casi di arbitrato internazionale negli ultimi anni⁽¹³⁾. Lungamente considerata un problema di carattere essenzialmente nazionale e, in quanto tale, qualificata come reato nella gran parte degli ordinamenti interni, la corruzione è stata per molti decenni tollerata nello svolgimento di attività economiche a rilevanza transnazionale (in determinati Paesi, ad esempio, si è ritenuta ammissibile la detrazione, come spese lecite, delle tangenti versate).

Questa impostazione è gradualmente mutata, al punto che oggi si ritiene esistente il c.d. "*Global Antibribery Regime*"⁽¹⁴⁾. Il regime internazionale anti-corruzione può essere scisso in due differenti componenti: il diritto internazionale dei trattati che affronta il problema della corruzione (in tale ottica, uno degli atti più significativi è rappresentato dalla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997)⁽¹⁵⁾ e le leggi domestiche anticorruzione

Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, 27 I.C.S.I.D. Review, 2012, 65. LALANI, POLANCO LAZO, *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2015, 238.

⁽¹³⁾ Sul tema si rinvia, tra gli altri, a CREMADES, CAIRNS, *Transnational public policy in international arbitral decision making: The cases of bribery, money laundering and fraud*, in *Arbitration, Money Laundering, Corruption and Fraud, Dossiers - ICC Institute of World Business Law*, ICC publication No. 651, a cura di KARSTEN, BERKELEY, Parigi, 2003, 65 ss.; CRIVELLARO, *Arbitration case law on bribery: issues of arbitrability, contract validity, merits and evidence*, ivi, 109 ss.; HWANG, LIM, *Corruption in Arbitration - Law and Reality*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2012, 8 (1), 1 ss.; SACERDOTI, *Corruption in Investment Transactions: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice*, in *JCSID Review*, 2009, 24 (2), 565 ss.; SAYED, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, The Hague, 2004.

⁽¹⁴⁾ In argomento, SACERDOTI, *Corruption in Investment Transactions*, cit., 570 ss.; ZACHARY TORRES-FOWLER, *Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, 52 (4), 1001 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, a cura di PIETH, LOW, CULLEN, Cambridge, 2007. Per un commento si veda GALLO, *La corruzione di pubblici ufficiali*

(tradizionalmente, è considerato un primo e fondamentale passo in tale direzione il *Foreign Corrupt Practices Act* ⁽¹⁶⁾ adottato dagli Stati Uniti nel 1977). Accanto alle convenzioni, ai trattati di natura regionale ⁽¹⁷⁾ e alle legislazioni nazionali in materia vi sono inoltre strumenti di natura non vincolante ⁽¹⁸⁾, che completano il quadro internazionale della lotta contro la corruzione ⁽¹⁹⁾.

Una delle pronunce di merito più interessanti sul tema della corruzione, ampiamente commentata — ma, a oggi, per le sue peculiarità, rimasta sostanzialmente isolata — è quella resa nel 2006 in relazione al caso che ha visto contrapposte la società di diritto inglese *World Duty Free* (d'ora in avanti, *WDF*) e la Repubblica del Kenya ⁽²⁰⁾.

La pronuncia suddetta è stata la prima ⁽²¹⁾ in cui un tribunale I.C.S.I.D. si sia espresso in relazione a un *contratto* ottenuto mediante corruzione. Occorre dunque osservare, in via preliminare, come il caso *WDF*, a differenza della maggior parte dei casi I.C.S.I.D., non sia un “*treaty-based claim*”.

Il contratto in discorso aveva a oggetto la ristrutturazione, manutenzione e gestione delle aree commerciali degli aeroporti di Nairobi e Mombasa, per

stranieri e di funzionari delle organizzazioni internazionali: considerazioni critiche sulla Convenzione OCSE del 1997, in Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale, a cura di DEL VECCHIO, SEVERINO, Padova, 2014, 371 ss. Sulla convenzione e la sua attuazione in Italia si veda *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione: dalla Convenzione OCSE 1997 al Decreto n. 231/2001*, a cura di SACERDOTI, Milano, 2003.

⁽¹⁶⁾ *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, Pub. L. No. 95-213, 15 U.S.C. §§ 78dd-1 et seq. (1977), come modificato nel 1988 e nel 1998, consultabile all'indirizzo <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>.

⁽¹⁷⁾ Si vedano, in via esemplificativa, gli atti richiamati nella nota 23.

⁽¹⁸⁾ MAURO, *Il ruolo dell'arbitrato internazionale quale strumento di prevenzione e sanzione della corruzione, con particolare riferimento al sistema ICSID*, in *Il contrasto alla corruzione*, cit., 406, fa riferimento alla raccomandazione sulla deducibilità fiscale delle tangenti a funzionari pubblici stranieri dell'11 aprile del 2006 (C(96)27/FINAL), nonché alla raccomandazione sulla lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali del 23 maggio 1997 (C(97)123/FINAL), adottate dal Consiglio dell'OCSE.

⁽¹⁹⁾ Per una panoramica sugli strumenti internazionali di contrasto alla criminalità economica si veda FOCARELLI, voce *Criminalità transnazionale (repressione della)*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, 2011, Milano, 249 ss. e la letteratura ivi richiamata.

⁽²⁰⁾ *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, 4 ottobre 2006, caso I.C.S.I.D. No. ARB/00/7, consultabile all'indirizzo <http://ita.law.uvic.ca/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>. Per un ampio commento CREMA, *Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi alla giurisdizione ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 1, 111 ss. Più di recente, SPALDING, *Deconstructing Duty Free: Investor-State Arbitration as Private Anti-Bribery Enforcement*, in *U.C. Davis Law Review*, 2015, 49 (2), 443 ss.

⁽²¹⁾ Come rileva acutamente YACKEE, *Investment Treaties and Investor Corruption: an Emergent Defense for Host States?*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, 52 (3), 729: “*Despite the frequency of public corruption, and, increasingly, of investor-state arbitrations, it is surprising that this particular situation has meaningfully arisen only once in a published investor-state award, and relatively recently*”. *World Duty Free* è uno dei rari casi in cui la questione di un contratto ottenuto mediante corruzione è affrontato in un arbitrato internazionale di cui una parte è uno Stato: cfr. i precedenti *Westinghouse and Burns v. National Power Corporation/Republic of the Philippines*, caso ICC No. 6401, nonché *Hub Power Company Ltd. [HUBCO] v. Pakistan WADPA & the Federation of Pakistan*, ove la disputa coinvolgeva un investitore privato e WADPA, un'agenzia del governo pakistano, entrambi citati in SAYED, *Corruption in International Trade*, cit., 119, e 72-74.

la durata di dieci anni rinnovabili. La società *WDF*, lamentando il comportamento illecito del Kenya e la conseguente violazione del contratto, chiedeva all'I.C.S.I.D. la costituzione di un tribunale arbitrale ai sensi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo. Nel contratto era altresì prevista una clausola con cui le parti avevano indicato, quali leggi regolatrici, quella inglese e quella keniana, e non il diritto internazionale in quanto tale.

La società *WDF*, nella specie, si doleva della carcerazione e dell'espatrio forzato del sig. Ali, proprietario della stessa; dell'imposizione di un'amministrazione controllata della società; dell'estromissione della *WDF* dal contratto, con riferimento alla gestione delle aree commerciali, a vantaggio di altra società; domandava pertanto il risarcimento dei danni.

L'aspetto giuridico di maggior interesse emergeva durante lo svolgimento del processo, allorché la *WDF* presentava una testimonianza scritta del suo proprietario, sig. Ali, in cui si attestava che egli aveva consegnato due milioni di dollari all'allora presidente keniano Moi durante la negoziazione del contratto. Emersa tale circostanza, la difesa dello Stato del Kenya chiedeva l'annullamento del contratto per contrarietà all'ordine pubblico inglese, keniano e internazionale ("*international public policy*").

L'attenzione degli arbitri si focalizzava dunque non più sull'illegittimità del comportamento dello Stato, bensì sulla qualificazione del versamento di tale somma: la società *WDF* la considerava una donazione fatta al Presidente keniano a titolo personale, in conformità agli usi locali, mentre il Kenya sosteneva si trattasse di una tangente versata per la conclusione del contratto su cui il ricorso era fondato.

Un primo aspetto rilevante di tale decisione riguarda il modo in cui viene interpretato il divieto della corruzione, qualificato come regola appartenente all'ordine pubblico transnazionale.

Nel lodo si osserva, in primo luogo, che la nozione di "ordine pubblico internazionale" non è univocamente definita⁽²²⁾. Nella ricostruzione del concetto vengono contemplati i due possibili significati attribuibili all'espressione: quello di limite per i giudici nazionali di consentire l'*exequatur* di una sentenza straniera o l'applicazione di una legge estera a esso non conforme; e quello di ordine pubblico internazionale uniforme ("*truly international public policy*") o anche "*transnational public policy*"), la cui nozione si impone universalmente.

(22) Cfr. MAURO, *Il ruolo dell'arbitrato internazionale quale strumento di prevenzione e sanzione della corruzione*, cit., 410, secondo cui "la Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere del 10 giugno 1958, altri trattati multilaterali e la maggior parte delle legislazioni nazionali si riferiscono all'ordine pubblico senza qualificarlo in modo specifico. Peraltro, nella prassi si è adoperata l'espressione *public policy* per fare riferimento alle "most basic notions of morality and justice" [...] quindi, tale nozione rifletterebbe i valori sociali, economici ed etici di una determinata società".

Il tribunale arriva ad affermare l'illiceità della corruzione, quale principio di amplissima diffusione e su cui converge un vasto consenso a livello internazionale. La conclusione nel caso *WDF* è che il divieto della corruzione debba ormai considerarsi appartenente all'ordine pubblico internazionale della grande maggioranza degli Stati.

A sostegno di tale assunto, la pronuncia passa accuratamente in rassegna opinioni dottrinali, decisioni di tribunali interni, legislazioni statali, convenzioni internazionali dedicate alla lotta contro la corruzione⁽²³⁾, e soprattutto alcune decisioni dei tribunali arbitrali in materia⁽²⁴⁾. Tale analisi, ad avviso degli arbitri, dimostrerebbe un crescente impegno degli Stati contro la corruzione e la volontà di reciproca cooperazione nel combatterla, nel quadro del c.d. "*Global Antibribery Regime*".

Queste considerazioni inducono il tribunale a respingere le pretese della parte ricorrente *WDF*, poiché "*bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*"⁽²⁵⁾.

Nella giurisprudenza arbitrale I.C.S.I.D. viene dunque accolta, e trova una propria configurazione a livello concettuale, la cosiddetta "*corruption defense*", in virtù della quale i tribunali arbitrali possono dichiarare nullo e non eseguibile un contratto, se ottenuto attraverso la commissione di reati quali la corruzione o l'abuso d'ufficio.

La "*corruption defense*" è tornata peraltro alla ribalta con la recente decisione di un tribunale I.C.S.I.D., *Metal-Tech Ltd. c. Repubblica dell'Uzbe-*

(23) Ai §§ 143-145 sono richiamati numerosi atti di matrice sovranazionale: la Convenzione contro la corruzione elaborata nel quadro dell'Organizzazione degli Stati Americani del 1996, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997, le due convenzioni adottate dal Consiglio d'Europa nel 1999, riguardanti una il diritto penale e l'altra il diritto civile, la Convenzione per la prevenzione e il contrasto alla corruzione di Maputo del 2003, la dichiarazione contro la corruzione nelle transazioni commerciali internazionali dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 1966, e la convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione adottata nel 2003 a Merida. Il consolidamento di una 'strategia' anticorruzione su scala globale passa anche attraverso la diffusione di organizzazioni governative e non governative impegnate a contrastare il fenomeno: si pensi, solo per citarne alcune, al Gruppo di Stati contro la corruzione (*GRECO*), in seno al Consiglio d'Europa, alla *UNCAC Coalition* di cui fanno parte moltissime ONG (ad esempio *Transparency International*, le cui attività di monitoraggio possono essere consultate all'indirizzo: <http://www.transparency.org/research/cpi/overview>), a *EITI (Extractive Industries Transparency Initiative)* supportata dalla *World Bank*, al *Global Compact* delle Nazioni Unite.

(24) Ai §§ 149-155 sono esaminati moltissimi casi: *Westinghouse and Burns v. National Power Corporation/Republic of the Philippines*, caso ICC n. 6401; *Frontier AG and Brunner Siedade v. Thomson CSF*, caso ICC n. 7664; *Loewe*, caso ICC n. 3916; il caso ICC n. 3913; *Hilmarton v. OTV*, caso ICC n. 5622; *Westacre v. Jugoinport*, caso ICC n. 7047; caso ICC n. 8891.

(25) *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, cit., § 157.

kistan (d'ora in avanti, *Metal-Tech*)⁽²⁶⁾, la quale è stata resa nell'ambito di un "treaty-based arbitration", all'esito di diversi procedimenti arbitrali internazionali incentrati su questioni di corruzione⁽²⁷⁾.

Il caso in questione ha visto contrapposti, innanzi a un tribunale I.C.S.I.D., la compagnia israeliana *Metal-Tech* e l'Uzbekistan, in forza del BIT esistente tra Israele e Uzbekistan.

Il tribunale ha riscontrato che "the rights of the investor against the host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear [...] that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability"⁽²⁸⁾.

Come nel caso *WDF*, si è ritenuto raggiunto il c.d. standard di prova richiesto per dimostrare le accuse di corruzione poiché, sostanzialmente, le circostanze in cui si è verificato il pagamento di tangenti sono state ammesse dagli stessi soggetti corruttori.

Anche l'amministratore delegato di *Metal-Tech*, sentito durante il procedimento, aveva ammesso di aver pagato 4 milioni di dollari a tre presunti consulenti, inclusi un ufficiale del governo e il fratello del Primo Ministro uzbeko.

Il tribunale I.C.S.I.D. ha dunque ritenuto provata la corruzione, così affermando di non avere giurisdizione sulla base del BIT tra Israele e Uzbekistan e della Convenzione I.C.S.I.D.

Sebbene abbia declinato la propria giurisdizione, il tribunale arbitrale — a differenza di quanto avvenuto nel caso *WDF* — ha riconosciuto lo Stato dell'Uzbekistan responsabile di aver fornito un apporto partecipativo alla condotta corruttiva, così ordinando a ciascuna parte di sopportare i propri costi, dal momento che *Metal-Tech* era stata privata della protezione accordata dal BIT e, conseguentemente, lo Stato ospitante era sfuggito a qualsiasi potenziale responsabilità.

Nel dibattito sul ruolo della corruzione, la dottrina nota come la scoperta

⁽²⁶⁾ *Metal-Tech Ltd v. The Republic of Uzbekistan*, 4 ottobre 2013, caso I.C.S.I.D. No. ARB/10/3, consultabile all'indirizzo <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>.

⁽²⁷⁾ Come rilevato in LAMM, GREENWALD, YOUNG, *From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption*, in *ICSID Review*, 2, 2014, 329, a partire da *WDF* in molti altri casi I.C.S.I.D. sono state sollevate accuse di corruzione quale difesa concernente questioni di giurisdizione o di ammissibilità, tra i quali gli Autori menzionano *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, caso No. ARB/03/25; *African Holding Company of America, Inc and Société Africaine de Construction au Congo SARL v. Democratic Republic of Congo*, caso No. ARB/05/21; *TSA Spectrum de Argentina SA v. Argentine Republic*, caso No. ARB/05/5; *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, caso No. ARB/05/15; *EDF (Services) Ltd v. Romania*, caso No. ARB/05/13; *RSM Production Corp v. Grenada*, caso No. ARB/10/6; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. People's Republic of Bangladesh*, casi Nos. ARB/10/11 and ARB/10/18.

⁽²⁸⁾ *Metal-Tech Ltd v. The Republic of Uzbekistan*, cit., § 422.

di attività corruttive spesso ricada pesantemente sull'attore, mentre vi è la possibilità che il convenuto, sebbene coinvolto nelle pratiche corruttive, sia esonerato da responsabilità; in tale ottica, la decisione *Metal-Tech* certamente conferma tale assunto, costituendo un ulteriore affondo nei riguardi della posizione degli investitori ricorrenti, per cui sia dimostrato che siano stati coinvolti in attività di corruzione. Tuttavia, non può non sottolinearsi che, rispetto al caso *WDF*, è riservato un trattamento parzialmente differente allo Stato ospite, ritenuto complice della corruzione e pertanto condannato a sostenere parte delle spese.

La maggiore criticità sollevata in letteratura rispetto alla pronuncia *WDF* non può comunque dirsi superata. Invero, essa era legata alla circostanza che il tribunale I.C.S.I.D., chiamato a pronunciarsi in tema di corruzione, non si fosse spinto fino a formulare la tesi del concorso di colpa, mentre lo Stato del Kenya, corrotto nella persona del suo Presidente, non era stato ritenuto in alcun modo responsabile per la sua partecipazione agli atti di corruzione.

Da questa posizione discende la discutibile implicazione secondo cui l'investitore estero potrebbe perdere la protezione dell'I.S.A., venendo ritenuto responsabile di attività illecite in virtù della "*corruption defense*", a fronte di uno Stato ospite che si avvantaggia dell'atto corruttivo in sede di accesso dell'investimento⁽²⁹⁾ e in sede di controversie connesse alla sua permanenza.

Le pronunce esaminate offrono alcuni spunti di riflessione in tema di incentivi e disincentivi in capo agli investitori rispetto alla prospettiva di avvalersi del sistema I.C.S.I.D.

Anzitutto, se i tribunali arbitrali continueranno a seguire questo approccio restrittivo (c.d. *Zero Tolerance Approach*) rispetto alla "*corruption defense*", investimenti basati sul pagamento di tangenti a pubblici ufficiali non riceveranno la protezione generalmente garantita agli altri investimenti. Al contrario, un simile approccio potrebbe creare notevoli incentivi per lo Stato ospite, il quale sarebbe indotto in modo perverso a lucrare ulteriormente sul versamento di pagamenti illeciti, acquisendo automaticamente i benefici connessi alla "*corruption defense*" nell'ipotesi di un futuro arbitrato I.C.S.I.D.

Circostanza ancor più importante: riservandosi di provare in modo adeguato che è stata utilizzata la corruzione per ottenere l'investimento, gli Stati ospiti potrebbero compiere qualsiasi azione contraria ai diritti di proprietà dell'investitore in relazione al suo investimento, senza alcuna conseguenza; e ciò in base agli insegnamenti del caso *World Duty Free*.

Simili incentivi minano l'obiettivo fondamentale dell'I.C.S.I.D di proteggere e promuovere gli investimenti in fori potenzialmente ostili e, data la frequenza con cui la corruzione si riscontra nell'ambiente degli investimenti

⁽²⁹⁾ In argomento, DE LUCA, *La nozione di investimento illegale nella prassi arbitrale: il caso della corruzione*, in questa *Rivista*, 2013, 1, 249 ss.

internazionali, la “*corruption defense*” a oggi potrebbe rendere l’I.C.S.I.D. un meccanismo di risoluzione delle controversie non del tutto percorribile. Gli investitori che fronteggiano richieste di pagamenti illeciti sono costretti o a scegliere di non investire oppure a perdere la protezione del sistema I.C.S.I.D.

Una simile impostazione, dunque, potrebbe causare conseguenze gravi non solo per gli investitori, ma anche per il sistema I.C.S.I.D. e per il “*Global Antibribery Regime*” nel suo complesso, il quale appunto ha tra i suoi principali obiettivi il contrasto di atti stranieri di corruzione ⁽³⁰⁾.

3. *Giurisdizione I.C.S.I.D., “regulatory measures”, “common concerns”. Un breve commento al caso Philip Morris Svizzera c. Uruguay.*

Gli I.S.A. — e quindi anche gli arbitrati I.C.S.I.D. — sono strumenti di diritto internazionale, preordinati a incrementare il flusso degli investimenti.

Al riguardo, la letteratura gius-economica concorda sulla circostanza per cui, “*if investor protections are enforceable in impartial international tribunals, investors need not worry that they will be “hometowned” in the courts of the host country*”; “*investors can bring claims on their own behalf without having to persuade their home governments to act, and money damages can compensate the investors for their losses; risk premiums decline and capital-importing states have cheaper access to foreign capital*” ⁽³¹⁾.

A ogni modo, l’I.S.A. non è esente da controindicazioni.

Così, si è evidenziato in dottrina che, specialmente nel campo della regolazione dei mercati, questo strumento può assicurare agli investitori esteri un vantaggio competitivo rispetto agli operatori economici nazionali.

Si è viepiù considerato che, nell’ambito delle misure adottate a tutela della salute o dell’ambiente, una protezione rafforzata degli investitori esteri può condurre a risultati socialmente, politicamente e persino economicamente indesiderati.

Infine, si è data enfasi al deficit democratico connesso alla composizione dei collegi arbitrali, nonché al rischio di diversione del commercio e dei flussi di capitale, specialmente nel caso in cui gli investitori esteri dovessero decidere di destinare i propri fondi verso quegli Stati che si presentino più propensi a stipulare clausole compromissorie internazionali ed eventualmente a non contestare estensioni della loro portata applicativa ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ ZACHARY TORRES-FOWLER, *Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration*, cit., 1017-1018.

⁽³¹⁾ POSNER, SYKES, *The Economic Foundations of International Law*, Cambridge, 2013, 288 e 294.

⁽³²⁾ Sul punto cfr. TRAKMAN, *Australia’s Rejection of Investor-State Arbitration: A Sign of Global Change*, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, cit. NOTTAGE, *Consumer Product Safety Regulation and Investor-State Arbitration Policy. Practice after Philip Morris Asia v. Australia*, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment*

Pur se incentrata su questioni di giurisdizione, la sentenza arbitrale *Philip Morris Svizzera c. Uruguay* offre interessanti spunti di riflessione su queste problematiche, in un settore, quello dei tabacchi, dove le ragioni dello sviluppo economico sono di sovente contrapposte a quelle della pubblica salute⁽³³⁾.

In questa sede giova rilevare preliminarmente come il tribunale arbitrale abbia mantenuto ferma la propria giurisdizione sulla base di due concorrenti ragioni.

In primo luogo, il tribunale arbitrale ha sancito che, ai sensi del B.I.T. Uruguay-Svizzera, la Philip Morris aveva rispettato il termine dilatorio di 18 mesi per il previo esaurimento dei ricorsi interni.

In secondo luogo, il tribunale arbitrale ha sancito che, per essere tale, un investimento suscettibile di protezione nel sistema I.C.S.I.D. non dovrebbe apportare necessariamente un contributo allo sviluppo dello Stato ospite, come invece preteso da cd. “*Salini Test*”.

Tutto ciò premesso, la sentenza resa sul caso *Philip Morris Svizzera c. Uruguay* si inserisce nel solco di quella giurisprudenza I.C.S.I.D. che ha dilatato la giurisdizione I.C.S.I.D.

Anzitutto, la pronuncia in esame fornisce un’interpretazione estensiva della nozione di investimento⁽³⁴⁾, valida ai fini dell’instaurazione della giurisdizione del Centro.

Con riguardo alla nozione di investimento, si possono registrare tre distinte generazioni di decisioni arbitrali.

Una prima generazione di pronunce si è limitata a individuare alcune caratteristiche tipiche degli investimenti, come l’impiego di capitali, l’assunzione del rischio e il contributo allo sviluppo dello Stato ospite (cd. “*Salini Test*”)⁽³⁵⁾, riconoscendo che tali elementi, “*lungi dal costituire fattori costitutivi necessari e requisiti di giurisdizione I.C.S.I.D., [...] [dovrebbero] essere*

Law, cit. KINGSBURY, SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging of Global Administrative Law*, I.J.I.L. Working Paper (2009) 6.

⁽³³⁾ *Philip Morris Brands sàrl, Philip Morris Products sa, Abal Hermanossa v. Oriental Republic of Uruguay*. Decisione sulla giurisdizione resa il 2 luglio 2013, case n. ARB/10/7. Il caso di specie trae origine da una disputa che vede opposti la Philip Morris e l’Uruguay in relazione all’adozione di alcune misure restrittive di cd. “*plain packaging*”.

⁽³⁴⁾ Con riferimento alla nozione di investimento, sussistono due contrapposte metodologie di analisi. Da un lato, una corrente dottrinarica ha sviluppato un metodo “deduttivo” o “giurisdizionale”, in base al quale le caratteristiche intrinseche degli investimenti, individuate dalla letteratura economica, dovrebbero sempre sussistere, cumulativamente, nella realtà concreta di una controversia. Dall’altro lato, una diversa corrente dottrinarica ha ideato un metodo “induttivo” o “pragmatico”, in base al quale non esistono caratteristiche intrinseche e predeterminate degli investimenti, le quali siano indipendenti dalla volontà degli Stati parte del Trattato Bilaterale o Multilaterale di Investimento.

⁽³⁵⁾ *Salini Costruttori SpA e ItalStrade SpA c. Regno del Marocco*. Decisione resa sulla giurisdizione, ICSID Case No. ARB/00/4.

apprezzati da ciascun tribunale tenendo conto del tipo di operazione economica realizzata, degli interessi perseguiti, della condotta delle parti e, soprattutto, della definizione di investimento adottata nei trattati”⁽³⁶⁾.

Una seconda generazione di pronunce arbitrali ha recepito invece una definizione “oggettiva” e “definitiva” dell’investimento, affermando che il contributo allo sviluppo dello Stato ospite rappresenta un requisito indefettibile dello stesso, al pari dell’apporto di capitali, dell’assunzione del rischio, della durata dell’attività, e persino di requisiti ulteriori come la consistenza quantitativa, il rispetto del diritto interno, la buona fede dell’investitore⁽³⁷⁾.

Una terza generazione di decisioni ha respinto infine ogni tentativo di ricostruire in via aprioristica una nozione di investimento, svolgendo “una considerazione più generale sul rischio di interpretazioni restrittive e sulla necessità di salvaguardare la volontà degli Stati parte del BIT, quale elemento centrale onde garantire il corretto e proficuo funzionamento del sistema I.C.S.I.D.”⁽³⁸⁾.

In tale scenario, l’evoluzione della giurisprudenza arbitrale si è accompagnata all’evoluzione degli orientamenti dottrinari.

Pertanto, in un primo momento, Christoph Schreuer non ha avuto remore nell’affermare che “it would not be realistic to attempt yet another definition of “investment” on the basis of I.C.S.I.D.’s experience. But it seems possible to identify certain features that are typical to most of the operations in question”: e ciò fatta salva la circostanza per cui, comunque, “there should be some positive impact on development”⁽³⁹⁾.

Successivamente, però, l’individuazione di una nozione oggettiva e

⁽³⁶⁾ CSOB S.A. c. Repubblica Slovacca. Decisione sulla giurisdizione del 24 maggio 1999, ICSID Case No. ARB/97/4. Fedax N.V. c. Repubblica del Venezuela. Decisione della giurisdizione dell’11 luglio 1997, ICSID Case No. ARB/96/3. MCI Power Group L.C. e New Turbine, Inc. c. Repubblica dell’Ecuador. Decisione del 31 luglio 2007, ICSID Case No. ARB/03/6.

⁽³⁷⁾ Joy Mining Machinery c. Repubblica Araba di Egitto. Decisione resa sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, ICSID Case No. ARB/03/11. Consorzio Groupement LESI-Dipenta c. Repubblica Democratica e Popolare Algerina. Decisione resa del 10 gennaio 2005, ICSID Case No. ARB/03/08. Victor Pey Casado et Fondation Presidente Allende c. Repubblica del Cile. Decisione dell’8 maggio 2008, ICSID Case No. ARB/98/2. Saba Fakes c. Repubblica di Turchia. Decisione del 14 luglio 2010, ICSID Case No. ARB/07/20. Malaysia Historical Salvors SDN, BHD c. Governo della Malesia. Decisione resa sulla giurisdizione del 17 maggio 2007, ICSID Case No. ARB/05/10. Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Repubblica delle Filippine. Decisione del 16 agosto 2007, ICSID Case No. ARB/03/25. Phoenix Action Ltd. c. Repubblica Ceca. Decisione del 15 aprile 2009, ICSID Case No. ARB/06/5.

⁽³⁸⁾ SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema I.C.S.I.D.*, cit., 72-74. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. C. United Republic of Tanzania. Decisione del 24 luglio 2008, ICSID Case No. ARB/05/22. Pantechniki S.A. Contractors and Engineers c. Repubblica di Albania. Decisione del 30 luglio 2009, ICSID Case No. ARB/07/21. Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Governo della Malaysia. Decisione di annullamento del 16 aprile 2009, dissenting opinion del giudice Shahabuddeen, ICSID Case ARB/05/10. Quiborax SA et al. c. Bolivia. Decisione sulla giurisdizione resa il 27 settembre 2012, Case No. ARB/06/2. Alpha Projectholding c. Ucraina. Decisione resa l’8 novembre 2010, ICSID Case No. ARB/07/16. Inmaris Perestroika Maritime Service GmbH c. Ucraina. Decisione sulla giurisdizione resa l’8 marzo 2010, ICSID Case No. ARB/08/8.

⁽³⁹⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., 140, 125.

inderogabile dell'investimento è stata oggetto di aspre critiche, con particolare riferimento proprio al contributo allo sviluppo dello Stato ospite o “*Salini Test*”⁽⁴⁰⁾.

In estrema sintesi, per la dottrina più recente, la delimitazione della giurisdizione del Centro non dovrebbe affidarsi a criteri soggettivi, rimessi al prudente apprezzamento dei collegi arbitrali. Piuttosto, secondo questa impostazione, il contributo allo sviluppo dello Stato ospite si paleserebbe quale requisito problematico in termini di connotazione qualitativa e quantitativa, dal momento che è difficile stabilire — e sarà sempre difficile stabilire — quale sia il discrimine tra la misura rilevante e quella irrilevante del contributo allo sviluppo⁽⁴¹⁾.

Stando così le cose, dunque, Williams e Foote hanno commentato come “*the primacy of the parties’ consent to I.C.S.I.D. jurisdiction is in the ascendancy*”, mentre “*the requirement that an investment constitute a significant contribution to the economy of the host State has been severely diluted if not eliminated*”⁽⁴²⁾.

Il caso *Philip Morris Svizzera c. Uruguay* si inserisce in questo dibattito, incidendo su di esso.

Pertanto, se per un verso Williams e Foote sono pervenuti alla conclusione per cui il contributo allo sviluppo è da ritenersi “*diluted if not eliminated*”, per altro verso, *Philip Morris c. Uruguay* pone definitivamente fine al contributo in questione, affermando come l’incostanza della prassi giurisprudenziale si rifletta in un “*Salini Test*” che non ha mai assunto il rango di norma di diritto internazionale generale.

Parimenti, il caso *Philip Morris Svizzera c. Uruguay* ribalta l’angolo di visualizzazione rispetto al commentario Schreuer, secondo cui il contributo

⁽⁴⁰⁾ Si è rimarcato come il preambolo della Convenzione di Washington non abbia una portata dispositiva e si limiti a descrivere un effetto desiderato del sistema di protezione degli investimenti in sede I.C.S.I.D. Secondo questa prospettiva, il preambolo non potrebbe mai aver definito l’investimento, dal momento che i “*consideranda*” si riferiscono allo scopo del Centro nel complesso considerato, e non pure alla giurisdizione su singoli casi concreti. Ciò sarebbe ancor più vero a fronte di lavori preparatori della Convenzione (e di un commento dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale), i quali valorizzano la decisione delle Alte Parti Contraenti di lasciare indefinita la nozione di cui trattasi. Cfr. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, par. 27, in <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#02>: “*No attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre*”.

⁽⁴¹⁾ GAILLARD, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in *International Investment Law for the 21st Century*, 2009, 403-416. Ho, *The Meaning of ‘Investment’ in ICSID Arbitration*, in *Arbitration International* (2010) 26 (4), 633-648.

⁽⁴²⁾ WILLIAMS, FOOTE, *Recent developments in the approach to identifying an ‘investment’ pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention*, in BROWN, MILES, *Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, 2011, 63.

allo sviluppo non doveva concepirsi in chiave prettamente economica o quantitativa, ma bastava che un certo contributo vi fosse stato, anche in termini di beneficio culturale ⁽⁴³⁾.

In *Philip Morris c. Svizzera* rileva l'attività di produzione e distribuzione dei tabacchi, foriera di benefici economici che sono controbilanciati da costi non quantificabili sul servizio sanitario nazionale, motivo per cui il collegio arbitrale si trova di fronte a tre scelte: qualificare o meno un'attività economica dannosa come investimento; fare proprie le ragioni della salute pubblica o le ragioni degli investitori; risolvere il *trade-off* che contrappone lo sviluppo dei PVS alla crescita dell'economia mondiale.

Orbene, alla luce di tali considerazioni e dinanzi a una casistica incostante, il collegio arbitrale opta 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.

Naturalmente, come ha osservato la dottrina italiana, “an “unauthorized” broadening of the investment notion could then bring about an effect opposite to the desired one, and cause both a weakening of the investor protection and a consequent regression of the law; moreover, 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*” ⁽⁴⁴⁾.

Rese con riferimento alla nozione di investimento, tali considerazioni non possono non valere anche con riguardo a un ulteriore quesito formulato nel corso dell'arbitrato *Philip Morris c. Svizzera*, là dove in quell'occasione si è tentato di estendere la giurisdizione del Centro anche per tramite della Clausola della Nazione più Favorita.

La Clausola della Nazione più Favorita viene definita come “*la clausola con cui uno Stato assicura ad un altro Stato il trattamento più favorevole accordato a Stati terzi in una determinata sfera di rapporti giuridici*” ⁽⁴⁵⁾.

Il problema è valutare se tra questi rapporti giuridici possano rientrare anche i diritti procedurali nascenti da una clausola compromissoria, sicché un investitore possa ritenersi abilitato a invocare i compromessi più favorevoli, contenuti in trattati stipulati dallo Stato ospite con Stati terzi.

⁽⁴³⁾ Con ciò viene comunque superata una delle obiezioni mosse da Gaillard rispetto al “Salini Test”, e cioè l'assenza di parametri chiari e inequivocabili per la valutazione qualitativa del contributo allo sviluppo, soprattutto in assenza di indici di progresso economico.

⁽⁴⁴⁾ MAURO, *New Issues on Arbitration between States and Foreign Investors in Recent ICSID Tribunals' Case Law*, in *New International Tribunals and New International Proceedings*, a cura di Del Vecchio, cit., 287.

⁽⁴⁵⁾ In particolare, la Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite (C.D.I.) definisce la Clausola della Nazione più favorita come “*la clausola con cui uno Stato assicura ad un altro Stato il trattamento più favorevole accordato a Stati terzi in una determinata sfera di rapporti giuridici*”, “*subject-matter*” da individuarsi, in assenza di specifiche pattuizioni, in base alla cd. “*ejusdem generis rule*”.

La Philip Morris riteneva che, alla luce della decisione arbitrale resa nel caso *Maffezini c. Spagna*, questa strada fosse percorribile, al fine di superare la condizione sul previo esaurimento dei ricorsi interni, contenuta nella clausola compromissoria di cui al BIT Svizzera-Uruguay.

Nel caso *Maffezini*, infatti, il tribunale arbitrale ha ritenuto possibile il superamento di una clausola di previo esaurimento delle procedure interne di ricorso per tramite della Clausola della Nazione più Favorita, ricomprendendo nell'oggetto della stessa anche i diritti procedurali aventi a oggetto una causa di improcedibilità per l'esaurimento dei giudizi interni “*under a certain period of time*”⁽⁴⁶⁾.

Sebbene la sentenza *Philip Morris Svizzera c. Uruguay* non si sia pronunciata sul punto, il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato oggetto di approfondimenti e critiche.

Per esempio, in *RosInvest c. Federazione Russa*, un collegio arbitrale S.C.C. ha ritenuto come non sussista una chiara linea di demarcazione fra le semplici cause di improcedibilità “*under a certain period of time*” e le clausole poste dallo Stato ospite come condizioni per l'espressione del proprio consenso, queste ultime insuscettibili di estensione per tramite della Clausola della Nazione più Favorita. Gli arbitri hanno quindi ritenuto che il previo esaurimento delle procedure interne di ricorso attenga alla protezione dell'investitore più che dell'investimento, equivalendo con ciò a una mera causa di improcedibilità della domanda arbitrale, estensibile per tramite della Clausola della Nazione più Favorita⁽⁴⁷⁾.

Per contro, la dottrina e la casistica I.C.S.I.D più recenti hanno obiettato come la Clausola della Nazione più Favorita non annovererebbe mai i diritti procedurali all'interno proprio ambito di applicazione, a meno che la clausola stessa non sia esplicita al riguardo: e ciò in base al principio “*expressio unius est exclusio alterius*”.

Per tale corrente dottrinarina, inoltre, il consenso (o, comunque, l'assenza di un consenso condizionato) non può essere mai presunto — e men che meno ricavato — mediante il sistema della Clausola della Nazione più Favorita⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ *Emilio Augusto Maffezini c. Regno di Spagna*. Decisione resa sulla giurisdizione del 25 gennaio 2000, ICSID Case No. ARB/97/07. *Siemens AG c. Argentina*. Decisione resa sulla giurisdizione del 3 agosto 2004, ICSID Case No. ARB/02/8. *Gas Natural SDG c. Argentina*. Decisione resa sulla giurisdizione del 17 giugno 2005, ICSID Case No. ARB/03/10. Tale decisione è stata assunta in questi termini, tenendo presente il tenore estremamente generico della clausola, ovvero la pronuncia arbitrale resa sul caso *Ambaetilos* del 1956, ovvero l'irrelevanza di qualsiasi distinzione tra diritti sostanziali e procedurali, tutti connessi alla protezione dell'investitore.

⁽⁴⁷⁾ *RosInvest Co. Ltd. c. Federazione Russa*. Decisione resa sulla giurisdizione dell'ottobre 2007, S.C.C.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto, il riferimento giurisprudenziale è P.C.I.J., *The Case of S.S. 'Lotus'*, 7 settembre 1927, Serie A n. 10, 28-29, per cui il consenso ad agire in protezione diplomatica sulla base di una clausola compromissoria non può essere tacito e non si può presumere. Fa naturalmente eccezione la regola del '*forum prorogatum*', in base alla quale la Corte mantiene ferma la propria giurisdizione se lo Stato convenuto non muove contestazioni al riguardo.

Allo stesso tempo, secondo tali autori, la Clausola della Nazione più Favorita dovrebbe avere a oggetto soltanto il diritto materiale, premesso che la distinzione tra diritti sostanziali e procedurali troverebbe un chiaro supporto normativo nel principio generale di autonomia delle clausole compromissorie ⁽⁴⁹⁾, le quali costituiscono un negozio collegato ⁽⁵⁰⁾.

In ogni caso, la sentenza *Maffezini* ha fatto presente che la Clausola della Nazione più Favorita non potrebbe giammai applicarsi là dove vi sia il rischio di “*disruptive treaty shopping*”, ovvero di uno spaccettamento e di una combinazione di diverse previsioni procedurali contenute in BIT differenti, con un intento marcatamente elusivo delle condizioni apposte alla clausola compromissoria: tanto potrebbe verificarsi, ad esempio, nell’ipotesi di estensione delle materie arbitrabili, ovvero di mutamento del foro arbitrale, ovvero di clausole cd. “*fork in the road*” ⁽⁵¹⁾, ovvero di “*highly institutionalized systems of arbitration that incorporate precise rules of procedure*”, come il chapter 11 del N.A.F.T.A. ⁽⁵²⁾.

In definitiva, comunque, ritornando al caso *Philip Morris Svizzera c. Uruguay*, è possibile che l’equilibrio sinallagmatico alla base del BIT possa risultare alterato, là dove, oltre al ricorso all’arbitrato “*without privity*” ⁽⁵³⁾, l’utilizzo della Clausola della Nazione più Favorita a fini procedurali si combini con l’impiego di una società di comodo in Svizzera ⁽⁵⁴⁾, al fine di poter superare l’impasse derivante dall’assenza di un trattato di investimento tra Montevideo e Washington: ipotesi di abuso, almeno per alcuni autori ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁹⁾ In relazione al case law ICSID, cfr. *Salini Costruttori SpA e ItalStrade Spa c. Regno Ascemita di Giordania*. Decisione resa sulla giurisdizione del 29 novembre 2004, ICSID Case No. ARB/02/13. *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria*. Decisione resa sulla giurisdizione dell’8 febbraio 2005, ICSID Case No. ARB/03/24. *Wintershall AG c. Argentina*. Decisione dell’8 dicembre 2008, ICSID Case No. ARB/04/14. In relazione alla dottrina contraria, cfr. BANIFATEMI, *The Emergence of the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration*, in BJORKLUND, LAIRD, RIPINSKY, *Investment Treaty Law: Current Issues*, III, BIICL, 2009, 241-273. RADI, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’*, in E.J.I.L. (2007) 18 (4), 757-774. GAILLARD, *Establishing Jurisdiction through a Most-Favoured-Nation Clause*, in *New York Law Journal* (2005) 233 (105). PARKER, *A BIT at a Time: the Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, in *Arbitration Brief* (2012) 1 (2), 30-63. SCHILL, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favoured-Nation Clauses*, in *Berkeley Journal of International Law* (2009) 27 (2), 496-569. SUTTON, *Emilio Augusto Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary General’s Screening Power*, in *Arbitration International* (2005) 21, 113-126.

⁽⁵⁰⁾ Cassazione, Sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2598.

⁽⁵¹⁾ Si tratta di clausole compromissorie in cui la devoluzione ad arbitri delle controversie è posta su un piano di stretta alternatività rispetto al ricorso ai giudici nazionali. Per converso, le clausole “*no u-turn*” individuano un percorso fondato sul previo esaurimento di negoziati o di ricorsi interni prima di ricorrere ad arbitrati internazionali. Solo in questo caso potrebbe essere applicato il case law *Maffezini*, purché la “*non-exhaustion clause*” non sia configurata quale mera clausola di improcedibilità della domanda.

⁽⁵²⁾ Cfr. nota 82.

⁽⁵³⁾ Il consenso dello Stato ospite viene presunto *juris et de jure*, fatte salve specifiche clausole di approvazione delle domande di arbitrato, laddove vi sia una legge nazionale sugli

Ciò detto, dal “*disruptive treaty shopping*”, così come da eccessive dilatazioni nell’efficacia delle clausole compromissorie, discendono conseguenze negative, le quali possono essere apprezzate secondo un test micro-analitico oppure secondo un test macro-analitico.

Sotto un profilo micro-analitico, Andrea Giardina ha affermato come l’estensione dell’ambito di applicazione oggettiva delle clausole compromissorie dovrebbe essere visto “*avec une certaine réserve dans la mesure où [cette interprétation, n.d.r.] pourrait conduire, à l’initiative de la partie privée, à une méconnaissance du principe de réciprocité et à un bouleversement de l’équilibre contractuel général que le parties avaient négocié et arrêté dans le clauses des contrats*”⁽⁵⁶⁾.

Per contro, sotto un profilo macro-analitico, l’estensione della giurisdizione dei tribunali I.C.S.I.D. può rappresentare per gli Stati sia un disincentivo (rispetto alla stipula di BIT o accordi multilaterali incorporanti una clausola compromissoria), sia un incentivo (rispetto alla rinegoziazione di BIT o trattati multilaterali, nel senso di escludere o limitare la devoluzione ad arbitri delle controversie in tema di investimenti).

D’altra parte, gli Stati sono gelosi della propria sovranità e possono avvertire la sproporzione tra i benefici e i costi derivanti dall’I.S.A. Ciò avviene in particolare quando i tribunali arbitrali esercitano la propria giurisdizione su misure di regolazione dei mercati a tutela di beni pubblici, senza tuttavia applicare test di proporzionalità al fine di bilanciare la protezione dei diversi interessi coinvolti⁽⁵⁷⁾.

In questo caso, la stipula di clausole compromissorie potrebbe comportare un rischio di comportamento opportunistico da parte dei collegi arbitrali (agente) e a carico dello Stato ospite (principale), là dove i collegi dovessero per assurdo estendere i propri poteri cognitori in punto di giurisdizione e di merito, ma anche nel caso in cui non fosse possibile valutare la conformità dei

investimenti che preveda inequivocabilmente l’arbitrato internazionale, ovvero laddove vi sia un BIT, un FTA o un MIT contenente disposizioni sull’ISA. La legge nazionale o il trattato vengono equiparati a un’offerta irrevocabile di arbitrato da parte dello Stato ospite.

⁽⁵⁴⁾ Trattasi di società di comodo (o “shell companies”) costituite per instaurare la giurisdizione del Centro. Contro questa prassi, cfr. National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt, decisione sulla giurisdizione, 3 aprile 2014, ICSID Case No. ARB/11/7; TSA Spectrum de Argentina SA c. Argentina Republic, decisione sulla giurisdizione, 19 dicembre 2008, ICSID Case No. ARB/05/05. *Contra*, cfr. Tokios Tokelés c. Ucraina, 29 aprile 2005, ICSID Case No. ARB/02/18.

⁽⁵⁵⁾ BURRIEZ, *Le treaty shopping procédural d’incorporation dans le contentieux arbitral transnational*, in ICSID Review (2010) 25 (2), 393-408.

⁽⁵⁶⁾ GIARDINA, *Clauses de stabilisation et clauses d’arbitrage: vers l’assouplissement de leur effet obligatoire?*, in *Révue de l’arbitrage*, 2003, 664-666.

⁽⁵⁷⁾ KINGSBURY, SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging of Global Administrative Law*, I.J.I.L. Working Paper (2009) 6, 6.

lodi rispetto agli standard globali di buona amministrazione, mediante strumenti di appello oppure mediante un preventivo giudizio di valutazione dei lodi rispetto ai principi di “*ordre public*”⁽⁵⁸⁾.

Tanto è ancor più vero quando, ai sensi degli articoli 54 e 55 della Convenzione di Washington, il lodo I.C.S.I.D. è definitivo, e il riconoscimento dello stesso è sostanzialmente automatico, cioè soggetto a una mera verifica dell'autenticità formale della pronuncia, e non pure alla previa deliberazione circa il rispetto delle norme di ordine pubblico, interno o internazionale⁽⁵⁹⁾.

In Italia, forse, nella remota ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità dovesse un giorno ammettere una valutazione della decisione arbitrale straniera (e non solo del procedimento) alla luce dei principi di ordine pubblico⁽⁶⁰⁾, si potrebbero prospettare l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.⁽⁶¹⁾ oppure altri strumenti di opposizione alla stregua di strumenti rimediali a favore dell'operatore pubblico, rispettivamente avverso i lodi I.C.S.I.D. contenenti una condanna pecuniaria, ovvero avverso i lodi I.C.S.I.D. non contenenti una condanna pecuniaria, i quali siano stati resi titolo esecutivo in conformità al diritto interno.

In particolare, proprio nell'atto di opposizione, si potrebbe profilare la formulazione di una questione di legittimità costituzionale, basata sulla dottrina dei controlimiti e dell'azione “*ultra vires*” dei tribunali anazionali⁽⁶²⁾,

⁽⁵⁸⁾ Sull'impostazione del rapporto tra Stato ospite e tribunale arbitrale come problema di agency, cfr. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema I.C.S.I.D.*, cit., 35.

⁽⁵⁹⁾ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, cit., 1126: “*The system of review under the Convention is self-contained and does not permit any external review*”. In questi termini si sono espresse anche la Cour d'Appel de Paris, *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, 8 agosto 1980, la Cour de Cassation fr., *SOABI c. Senegal*, 11 giugno 1991 (con nota introduttiva di Delaume in 30 I.L.M. 1167 (1991)), la US District Court for the Southern District of New York, *LETCO c. Liberia*, 12 dicembre 1986, in ICSID Reports, Cambridge, vol. 2.

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. I, 8 aprile 2004, n. 6947: “*In tema di riconoscimento di lodo straniero, l'error in iudicando non è compreso tra i vizi per i quali è data opposizione ai sensi dell'art. 840 c.p.c., terzo comma, numero 4), atteso che tale disposizione prevede che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero sono rifiutati se si accerta la non conformità all'accordo delle parti (o, in mancanza di tale accordo, alla legge del luogo di svolgimento dell'arbitrato) della costituzione del collegio arbitrale o del procedimento arbitrale, non già del lodo o della decisione in esso contenuta*”. È questo, comunque, un principio generale derivante dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri.

⁽⁶¹⁾ L'opposizione all'esecuzione è il tipico rimedio per contestare l'efficacia del titolo esecutivo, premesso che il lodo ICSID contenente una condanna pecuniaria è direttamente eseguibile negli Stati membri (art. 54 della Convenzione di Washington), fatti salvi i limiti connessi alle immunità giurisdizionali degli Stati.

⁽⁶²⁾ In generale, la teoria dei controlimiti si basa sull'assunto per cui l'atto internazionale può essere direttamente applicabile ed efficace nel diritto interno, data la “*primauté*” di un particolare ordinamento sovranazionale (come l'Unione Europea) su quello nazionale. Tuttavia, l'atto internazionale non può spingersi sino a violare i diritti dell'uomo e il nucleo essenziale dei principi costituzionali fondamentali. Sui controlimiti, in giurisprudenza, cfr. C. Cost., 5 giugno 1984, n. 170, *Granital*. BVerfG, 29 maggio 1974, BvL 52/71, *Solange I*, e 22 ottobre 1986, BvR 197/1983, *Solange II*. Conseil d'Etat, *M. Sarran, M. Levacher et autres*, 30 ottobre 1998. La teoria dei controlimiti viene declinata anche diversamente. In Inghilterra e in Irlanda, per esempio, la teoria dei controlimiti assume le forme dell'incorporazione dei Trattati istitutivi in

soprattutto quando il lodo stesso risulti incompatibile con interpretazioni costituzionalmente orientate, rese da tribunali di ultima istanza e dalla Consulta.

Naturalmente è questa una provocazione, atteso che: *a*) non vi sono precedenti in tal senso; *b*) la giurisprudenza americana e quella francese si sono dimostrate sostanzialmente ostili rispetto a valutazioni di merito sulle decisioni I.C.S.I.D.⁽⁶³⁾; *c*) la medesima teoria dei controlimiti e delle pronunce “*ultra vires*” risulta controversa⁽⁶⁴⁾; *d*) non vi è un orientamento assolutamente pacifico in tema di efficacia dei lodi I.C.S.I.D. rispetto alle sentenze nazionali passate in giudicato⁽⁶⁵⁾. Senza dimenticare come eventuali

un Act parlamentare, il quale non è soggetto a “*implied repeal*”, ma potrebbe essere soggetto, astrattamente, ad abrogazione espressa da parte del parlamento. Cfr. Supreme Court of Ireland, *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IESC 4, [1987] IR 713, [1987] ILM 400, [1987] 2 CMLR 666, (1987) 93 ILR 480. High Court of Justice, Queen’s Bench Division, *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] 3 WLR 247, [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151. In Germania, invece, la dottrina dei controlimiti può assumere, altresì, la struttura del giudizio e della pronuncia “*ultra vires*”, con la quale il *Bundesverfassungsgericht* valuta la legittimità degli atti delle istituzioni europee, se le stesse abbiano esorbitato dalle proprie competenze, interferendo negli spazi riservati al riservato dominio dello Stato membro nazionale, in violazione dei limiti impliciti imposti al consenso prestato ai trattati istitutivi, nonché in violazione del nucleo essenziale delle prerogative sovrane e costituzionali degli Stati, in violazione dei limiti interni insiti nella “*clausola comunitaria*” contenuta nella “*Grundgesetze*”. In giurisprudenza, cfr. BVerfG, 14 gennaio 2014, BvR 2728/13. In dottrina, cfr. DI FABIO, *The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal* (2014) 15 (1), 107-110. Gärditz, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal* (2014) 15 (2), 183-202. Da ultimo, comunque, la BGH è giunta a riesaminare la correttezza di un procedimento e di un lodo arbitrale non ICSID, annullando lo stesso per aver errato il collegio nel non rilevare l’immunità dalla giurisdizione (e non pure dalla mera esecuzione) del Regno di Thailandia (rilevabile in ogni stato e grado del giudizio), principio consuetudinario che fa parte della tradizione costituzionale tedesca. Cfr. BGH, *Werner Schneider (liquidator of Walter Bau AG c. Regno di Thailandia)*, 30 gennaio 2013, caso n. III ZB 40/12, con nota di Kläger in *ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), 142-148. Un approfondimento sugli strumenti di reazione degli Stati ospiti ovvero di controeazione degli investitori a fronte dei lodi ICSID è in Uchkunova, *Temnikov, Enforcement of Awards under the ICSID Convention-What Solutions to the Problem of State Immunity?*, in *ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), 187-211. Contro il sindacato “*ultra vires*” si è espressa la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, *Gauweiler e A. c. Governo federale tedesco*, 16 giugno 2015, causa C-62/14, in ordine alla legittimità del programma OMT della BCE.

⁽⁶³⁾ US District Court for the Southern District of New York, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia*, 12 dicembre 1986, 2 ICSID Rep. 385 (1984) Cour d’Appel de Paris, 26 giugno 1981, 1 ICSID Rep. 369 (1993), *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. République du Congo*. PARRA, *The Enforcement of ICSID Arbitral Awards*, in *Joint Colloquium on International Arbitration*, 2007, in http://www.arbitration-icca.org/media/0/12144885278400/enforcement_of_icsid_awards.pdf.

⁽⁶⁴⁾ In Italia, pur avallando teoricamente la teoria dei controlimiti, la Corte Costituzionale ha assunto un orientamento non apertamente favorevole al sindacato “*ultra vires*” degli atti comunitari o comunque stranieri. In breve, adottata prima della sentenza *Granital* del 1984, C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, sembrerebbe aver escluso che sia possibile valutare la legittimità costituzionale di atti comunitari, i quali appartengono, secondo una concezione dualista, a un ordinamento diverso da quello italiano.

⁽⁶⁵⁾ BERGAMINI, *Giurisdizione Italiana e Arbitrato I.C.S.I.D. Il riconoscimento dell’accordo compromissorio e la pendenza del procedimento*, Firenze, 2012, 194: l’autrice sostiene che, a differenza di quanto accade con le pronunce dei giudici internazionali come la C.I.G. o la

resistenze statali in sede di esecuzione e riconoscimento dei lodi rischierebbero soltanto di prorogare le controversie a livello internazionale, potendo lo Stato di provenienza dell'investitore adire la Corte Internazionale di Giustizia, ai sensi dell'art. 64 della Convenzione di Washington.

Come rimedio alle succitate negatività, comunque, la letteratura predilige una riforma delle cause e degli strumenti di appello internazionale, ma non pure situazioni in cui i giudici nazionali si dimostrino pronti a valutare la conformità dei lodi rispetto all'ordine pubblico.

Del pari, la letteratura preferisce una maggiore trasparenza nei procedimenti arbitrali ed un maggior controllo in sede di costituzione e ricsuzione dei componenti dei collegi (ovvero dei comitati di annullamento), piuttosto che l'abbandono definitivo dell'I.S.A. e il ritorno al principio del trattamento nazionale (o dottrina Calvo) ⁽⁶⁶⁾.

Così, la costruzione di efficienti meccanismi di appello compensa la

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *“la pronuncia ed il riconoscimento del lodo I.C.S.I.D. [...] non richiedono di “rimuovere” gli effetti del giudicato interno in contrasto con la decisione arbitrale, semplicemente perché tale giudicato non è mai stato in grado di produrre legittimamente effetti alla stregua del diritto italiano. Esso è invalido, inesistente [...] perché è il frutto di un vizio assoluto ed insanabile: è stato pronunciato da un giudice che l'organismo internazionale ha accertato essere radicalmente carente di giurisdizione, in violazione di un obbligo internazionale assunto dallo Stato. Un vizio che travolge sia le sentenze di merito rese che gli eventuali giudicati interni sulla giurisdizione. Un vizio che potrebbe essere fatto valere in ogni tempo e sede”*. Tali conclusioni potrebbero essere convincenti in caso di litispendenza a livello internazionale e interno. Non sembrerebbero convincenti, invece, in caso di successione tra il rimedio nazionale e il giudizio I.C.S.I.D., se il compromesso contempla una clausola di previo esaurimento dei giudizi interni, ovvero se la domanda di arbitrato è stata registrata sulla base di un BIT (*“arbitration without privity”*), ovvero se non vi sia coincidenza tra le parti nel procedimento nazionale e in quello internazionale, ovvero se i procedimenti nazionali non abbiano investito direttamente la violazione del trattato di investimento, ancorché fossero identici per *petitum* mediato. È questo il caso di *Philip Morris Svizzera c. Uruguay*, rispetto alla quale pronuncia non è forse del tutto corretto affermare che il giudice nazionale non fosse munito originariamente di giurisdizione. Nella specie, ciò sarebbe vero a fronte di una mancata invocazione del BIT contenente la clausola compromissoria nel procedimento dinanzi al TCA. Inoltre, ciò sarebbe vero a fronte dell'attivazione del sistema I.C.S.I.D. soltanto in un secondo momento, con il consenso presunto dello Stato ospite (sulla base del BIT), e in base all'iniziativa della multinazionale americana, la quale era naturalmente eventuale alla data della domanda giudiziale dinanzi al giudice amministrativo, riferimento indefettibile per definire la *“potestas judicandi”*. Su una eccezione di compromesso I.C.S.I.D., cfr. Trib. Padova, Sez. I, 6 maggio 2014, *A.B.B. c. Banca Antonveneta*: *“[...] per effetto dell'adesione all'arbitrato internazionale non c'è nessuna rinuncia alla tutela giurisdizionale nei confronti della banca, perché l'arbitrato è promosso dagli investitori nei confronti dello Stato Argentino, mentre la presente azione ha ad oggetto i rapporti con l'intermediario per negligenze relative alla condotta dell'intermediario medesimo”*. La divaricazione tra il *petitum* dinanzi al giudice nazionale e il *petitum* dinanzi all'arbitro internazionale potrebbe ricomporsi in presenza di ricorsi fondati su cd. *“umbrella clauses”*, ovvero sia postille, contenute nei BIT, le quali elevano le violazioni di qualsiasi contratto di investimento a violazione di trattato, con conseguente attivabilità delle procedure di I.S.A. L'ammissibilità delle *“umbrella clauses”* è comunque controversa. In *SGS c. Pakistan* (decisione sulla giurisdizione resa il 6 agosto 2003, ICSID Case No. ARB/01/13) è stata ammessa. Non pure in *SGS c. Filippine* (decisione sulla giurisdizione resa il 29 gennaio 2004, ICSID Case No. ARB/02/6).

⁽⁶⁶⁾ GARCÍA-BOLÍVAR, *Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?*, in *ICSID Review* (2009) 24 (2), 464-488.

sfiducia degli Stati ospiti rispetto alla drasticità di talune decisioni arbitrali rese in prime cure. Per converso, una delibazione sostanziale dei lodi presso i giudici nazionali esporrebbe gli investitori a rischi di discriminazione, con conseguenze negative in termini di prevedibilità dei costi.

Similmente, il miglioramento delle procedure decisionali in sede arbitrale non può non determinare minori preoccupazioni in capo agli Stati ospiti, premesso che, comunque, la letteratura economica non riscontra evidenze empiriche circa la tendenziale avversità dei collegi nei confronti dei governi ⁽⁶⁷⁾.

Al contrario, la rinegoziazione dei BIT e l'abbandono della cd. "formula Hull" ⁽⁶⁸⁾ rischierebbe soltanto di esporre gli investitori nazionali alle insidie dei giudizi interni, presso Stati ospiti che possono non offrire sistemi giudiziari giusti ed equi ⁽⁶⁹⁾.

È questa la preoccupazione della dottrina in seguito al gran rifiuto, operato dal governo australiano, nei confronti dell'I.S.A.

In effetti, in seguito all'instaurazione del caso *Philip Morris Asia c. Australia* ⁽⁷⁰⁾, il governo australiano ha adottato il cd. "Gillard Trade Policy Statement" (aprile 2011), dichiarazione con cui si è dato avvio a un processo di rinegoziazione dei BIT, mediante l'esclusione delle clausole compromissorie.

Ciò nondimeno, diversi autori hanno ammonito come la rinuncia all'I.S.A. possa comportare conseguenze negative, esponendo gli investitori alle diverse giurisdizioni nazionali, fatto salvo il caso in cui la nuova policy commerciale dovesse ammettere deroghe in relazione al minor livello di sviluppo degli Stati ospiti: ed è secondo tale prospettiva che l'Australia potrebbe mantenere in vita alcune clausole compromissorie stipulate con i PVS ⁽⁷¹⁾.

Sarà importante valutare in che senso queste critiche potranno influire

⁽⁶⁷⁾ SASSE, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, cit., 64.

⁽⁶⁸⁾ Ispirata al Segretario di Stato dell'amministrazione Roosevelt, Cordell Hull, la formula Hull è il contraltare della Clausola Calvo. Tale formula denota la sottoposizione degli investimenti a standard internazionali di trattamento come l'indennizzo pronto, equo ed effettivo, ovvero come l'I.S.A. stesso.

⁽⁶⁹⁾ VOON, MITCHELL, MUNRO, *Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, cit., 468-473. KALICKI, MEDEIROS, *Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration*, cit., 425: "Investors [...] had serious doubts about the neutrality of host state courts in actions against sovereigns or sovereign entities".

⁽⁷⁰⁾ Caso definito dalla Corte Permanente di Arbitrato. Anche l'India ha manifestato un certo disagio dinanzi alla valutazione di misure di regolazione da parte di un tribunale UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. Republic of India*, 30 November 2011, cit. in RANJAN, *India and Bilateral Investment Treaties - A Changing Landscape*, in ICSID Review (2014) 29 (2), 441.

⁽⁷¹⁾ Al riguardo cfr. TRAKMAN, *Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: A Sign of Global Change*, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, cit., 344-373. NOTTAGE, *Consumer Product Safety Regulation and Investor-State Arbitration Policy*.

sulla stipula del futuro trattato di cooperazione economica tra l'Unione Europea e l'Australia⁽⁷²⁾, ovvero del Trans-Pacific Partnership Agreement⁽⁷³⁾.

4. Conclusioni.

In definitiva, per la letteratura dominante, se la rinegoziazione dei BIT deve avere luogo, è opportuno limitarsi a chiarire la portata della clausola compromissoria, anche attraverso speciali comunicazioni al Segretario Generale I.C.S.I.D.⁽⁷⁴⁾ o, comunque, attraverso l'adozione di nuovi modelli di BIT⁽⁷⁵⁾.

A ogni modo, affinché l'I.S.A. possa favorire la costruzione di un clima di fiducia tra investitori e Stati ospiti, risulta necessario che i fori arbitrali sviluppino un case law costante e coerente, ma anche un modello decisionale che applichi le coordinate generali della "global administrative law", in primis il principio di proporzionalità⁽⁷⁶⁾.

Practice after Philip Morris Asia v. Australia, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, cit., 452. KURTZ, *Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation*, *I.C.S.I.D. Review* (2012) 27 (1), 65-86; *A.J.I.L.* (2011) 15 (1).

⁽⁷²⁾ NOTTAGE, *Consumer Product Safety Regulation and Investor-State Arbitration Policy. Practice after Philip Morris Asia v. Australia*, in TRAKMAN, RANIERI, *Regionalism in International Investment Law*, cit., 459. La notizia dei negoziati è stata resa pubblica il 6 settembre 2011.

⁽⁷³⁾ Sul punto, in letteratura si è raccomandato all'Australia di stipulare una clausola compromissoria condizionata all'esaurimento dei rimedi interni, piuttosto che lasciare i propri investitori in balia dei trattamenti nazionali; e ciò nonostante la stessa "exhaustion clause" sia considerata un pregiudizio rispetto alla ragionevole durata dei procedimenti, soprattutto quando le vie di giudizio nazionale si rivelino senza possibilità di esito positivo. Un monito per le istituzioni europee, dovessero le stesse optare per il previo esaurimento dei ricorsi interni al fine di bilanciare le necessità degli investitori con quelle della regolazione dei mercati per motivi di interesse pubblico. Cfr. KAWHARU, *The Negotiations for a Trans-Pacific Partnership Agreement*, *ICSID Review* (2012) 27 (1), 154-158. Si sottolinea come l'Australia abbia siglato nel 2005 un trattato bilaterale con gli Stati Uniti (AUSFTA), in cui è necessario il consenso di ambedue gli Stati per sottomettere le controversie in tema di investimento ad I.S.A. In questo trattato, inoltre, le Alte Parti Contraenti si impegnano a non consentire ai propri investitori l'invocazione del BIT nei ricorsi interni: un'ulteriore barriera a qualsiasi contestazione delle misure di regolazione. Questa barriera non è prevista dal Protocollo del 16 febbraio 2011 al Closer Economic Relations Trade Agreement (CER), del quale sono parti l'Australia e la Nuova Zelanda.

⁽⁷⁴⁾ Art. 71 della Convenzione di Washington, in tema di denuncia del trattato, applicato analogicamente alle dichiarazioni interpretative.

⁽⁷⁵⁾ Anche se per il futuro, ad esempio, il Model BIT americano del 2004 risulta più specifico nell'includere gli investimenti di portafoglio nell'ambito di ciò che è oggetto di protezione internazionale. Pur incorporando il "full protection and security standard", inoltre, il Model BIT americano cerca di bilanciare, forse in modo non pienamente soddisfacente, il risarcimento per espropriazione indiretta (anche per "loss of profits") con le necessità della regolazione preordinata alla tutela e promozione di "public concerns". La nuova CCP europea si muove in quest'ambito. Sul punto, cfr. REINISCH, *The Future Shape of EU Investment Agreements*, in *ICSID Review* (2013) 28 (1), 191.

⁽⁷⁶⁾ KINGSBURY, SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging of Global Administrative Law*, *I.J.I.L. Working Paper* (2009) 6, 51. Sulla "Global Administrative Law" (G.A.L.), cfr. CASSESE, *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, *37 New York University Journal of*

Tuttavia, è evidente come i casi *Philip Morris*, così come i casi *World Duty Free* e *Metal Tech c. Uzbekistan*, si sviluppino all'interno di un contesto relazionale politico-economico che, dopo il grande successo degli anni '80, vede l'indebolimento dell'I.S.D.S./I.S.A., e una crescente critica verso tale strumento (77).

Per un verso, infatti, lo “zero tolerance approach” giunge a configurare la corruzione internazionale persino quale “jurisdictional condition”, incidendo dunque sulla stessa configurabilità di una protezione internazionale degli investitori e dei capitali esportati.

Per altro verso, invece, specialmente presso il Parlamento Europeo, è emersa fin dal 2010 una preoccupazione in relazione al grado di pervasività dell'I.S.A. (78), inteso alla stregua di uno strumento che attenua il potere di regolazione, ma anche il potere della Corte di Giustizia di avere l'ultima parola in tema di interpretazione e applicazione del diritto dell'U.E. (79).

Proprio con riferimento a queste preoccupazioni, utilizzando le “exception clauses” e le “carve-out clauses” elaborate in sede UNCTAD, un'attenta costruzione degli International Investment Agreements (IIAs) è essenziale al fine di preservare l'equilibrio istituzionale in una materia così delicata come la regolazione economica (80).

Ciò detto, è in questo contesto di tensioni che sembrerebbe essere maturata la decisione della Commissione Juncker di non includere una clausola compromissoria nel Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.), vale a dire il futuro ed eventuale trattato istitutivo di un'area di libero scambio tra Stati Uniti e Unione Europea (81).

International Law and Politics, 2005, 663 e ss. KINGSBURY, KRISCH STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law and Contemporary Problems* 2005, 15 e ss. KRISCH, KINGSBURY, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 *E.J.I.L.*, 2006, 1-13. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17 *E.J.I.L.*, 2006, 187-214. KINGSBURY, SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging of Global Administrative Law*, 6 *I.J.I.L. Working Paper*, 2009. *Global Administrative Law*, a cura di Cassese, Carotti, Casini, Cavalieri, MacDonald. SAVARESE, *La nozione di giurisdizione nel sistema I.C.S.I.D.*, Napoli, 2012, 43.

(77) REDFERN, *ICSID Losing its Appeal*, in *Arbitration International* (1987) 3 (2), 98-118.

(78) REINISH, *The Future Shape of EU Investment Agreements*, cit., 192.

(79) *Ibid.*, 194. Cfr. anche Parish, *International Courts and the European Legal Order*, in *E.J.I.L.* (2012) 23 (1), 141.

(80) Questo suggerimento è stato formulato per la nuova politica commerciale dell'India. Cfr. RANJAN, *India and Bilateral Investment Treaties-A Changing Landscape*, cit., 449.

(81) Sul *Financial Times*, cfr. <http://www.ft.com/cms/s/0/e1dac340-59e1-11e4-9787-00144feab7de.html>; <http://www.ft.com/cms/s/0/3571c8b2-5ac0-11e4-b449-00144feab7de.html>; <http://www.ft.com/cms/s/0/d7e2b408-47f1-11e4-b5ad-00144feab7de.html>. Tanto è avvenuto nonostante il nuovo orientamento politico della Commissione non sia stato esteso ai negoziati per la conclusione del Canada-Europe Trade Agreement (C.E.T.A.) tra Unione Europea e Canada. Sul punto, si rammenta come gli Stati Uniti abbiano a loro volta stipulato, con il Canada e il Messico, il North Atlantic Free Trade Agreement (N.A.F.T.A.), il cui “chapter 11” istituisce un complesso sistema istituzionalizzato di arbitrato in base al quale è possibile devolvere le controversie secondo il regolamento UNCITRAL ovvero in sede I.C.S.I.D. ovvero, se la

Come ulteriore spunto di approfondimento, pertanto, potrà essere interessante valutare l'impatto potenziale che l'inserzione di una clausola compromissoria nel T.T.I.P. potrebbe avere in un contesto, come il Mercato Unico Europeo, il quale si fonda sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

Sarà importante accertare altresì se l'inserzione di una clausola compromissoria in un Trattato Multilaterale di Investimento possa influire, pur se negativamente, su tutte quelle politiche nazionali che sono finalizzate a sancire la nullità delle clausole arbitrali nei contratti di appalto pendenti, policy giustificata da ultimo dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 108 del 9 giugno 2015.

A ogni buon conto, deve segnalarsi l'attuale incremento di procedimenti arbitrali ICSID in tema di regolazione dei mercati energetici in Europa, il tutto in base alla clausola compromissoria contenuta nell'Energy Charter Treaty. Decine di procedimenti sono registrati allo stato, ivi compresi cinque contro l'Italia: un primo banco di prova e un primo test di resistenza per l'attività di regolazione e la giurisprudenza amministrativa, rispetto agli standard pretesi dal mercato globale.

D'altro canto, cos'è l'I.S.D.S., cos'è il sistema I.C.S.I.D., se non uno strumento che permette la circolazione di modelli giuridici di diversa estrazione nazionale, la loro fusione o combinazione, la valutazione circa la loro congruità rispetto a parametri internazionali di buona amministrazione⁽⁸²⁾?

E forse non è una sfida permettere una valutazione esterna circa l'operato dei regolatori italiani, ovvero del giudice amministrativo, di sovente felicemente "oppresso" dalle sue stesse costruzioni teoriche.

In attesa del T.T.I.P.

Convenzione di Washington è inapplicabile, ai sensi delle Additional Facility Rules del 1978. Per approfondimenti, cfr. la web page del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti d'America: <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>.

⁽⁸²⁾ CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, fasc. 3, p. 609. FONTANELLI, MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del "dialogo nascosto" fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, fasc. 2, p. 351. In prospettiva critica, cfr. MARCHETTI, *A proposito di "The Law of Global Governance" di Eyal Benvenisti. I possibili ostacoli a una disciplina unitaria della "Governance" globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2014, fasc. 4, p. 916.

La responsabilità penale degli arbitri. Nuove ipotesi in seguito all'emanazione del D.L. 12 settembre 2014 n. 132

ILARIA SALVEMME

1. *Premessa.* — Ha destato una serie di interrogativi che ancora non hanno trovato delle risposte condivise il D.L. 12 settembre 2014 n. 132, (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), emanato allo scopo di contenere ed anzi ridurre l'arretrato che attanaglia la giustizia civile e rappresenta uno dei presupposti che impediscono e frenano gli investimenti esteri nel nostro paese ⁽¹⁾.

La disciplina predetta, infatti, convertita con modificazioni nella L. 10 novembre 2014 n. 162, prevede all'art. 1, comma 1, la possibilità nelle cause civili — che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e non vertano in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale — pendenti dinanzi al tribunale od in grado d'appello, ma non ancora assunte in decisione, di chiedere, previa istanza congiunta delle parti, che la controversia venga definita da un procedimento arbitrale che veda la presenza, a norma dell'art. 1, comma 3, di un arbitro o di un collegio arbitrale (composto da n. 3 membri).

Dalla lettura dell'intera disciplina contenuta nel D.L. 132/2014 sembrerebbe, pertanto, che il legislatore abbia dato luogo ad una “nuova” forma di arbitrato rituale, capace di godere pienamente del *favor* legislativo.

A conferma potrebbe analizzarsi quanto disposto in relazione alla pubblica amministrazione, considerando che si è incentivato il ricorso al procedimento arbitrale anche laddove parte nel procedimento sia una p.a.

L'art. 1, comma 2, prevede a tal riguardo che nelle controversie aventi valore non superiore a 50.000 euro ed oggetto responsabilità extracontrattuale

⁽¹⁾ Per una completa analisi delle conseguenze economiche delle criticità che attanagliano il sistema giudiziario italiano si vedano CARMIGNANI, GIACOMELLI, *Too many lawyers? Litigation in Italian Civil Courts*, in *Banca d'Italia, Temi di discussione*, Febbraio 2010; CARMIGNANI GIACOMELLI, *La giustizia civile in Italia, i divari territoriali*, in *Banca d'Italia, Temi di discussione*, Febbraio 2009; BIANCO, GIACOMELLI, GIORGIANTONIO, PALUMBO, SZEGO, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in www.rivistapoliticaeconomica.it.

od il pagamento di una somma di denaro, possa presumersi il consenso della parte p.a. alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale (“*il consenso (...) si intende in ogni caso prestato*”). Il soggetto pubblico coinvolto potrebbe sottrarsi solo esprimendo per iscritto il proprio dissenso entro 30 giorni dalla richiesta.

Una previsione, quella appena riportata, opposta a quella contenuta nel Codice degli appalti. Ed infatti, l’art. 241 del D. Lgs 12 aprile 2006 n. 163 prevede che le controversie sui diritti soggettivi derivanti dall’esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi o forniture, concorsi di progettazione e di idee, possano essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata dall’organo di governo dell’amministrazione.

Attualmente dunque, ove le controversie abbiano modico valore ed oggetto il pagamento di somme di denaro o responsabilità extracontrattuale, la p.a. è chiamata ad esprimere per iscritto il proprio diniego in relazione ad un loro deferimento ad arbitri. Nelle procedure di evidenza pubblica, invece, ed in particolare nelle controversie derivanti dall’esecuzione di contratti d’appalto, è necessario che gli organi di vertice esprimano chiaramente e con idonea motivazione la volontà di instaurare un procedimento arbitrale.

Non stupisce che il legislatore del 2014 non abbia modificato la norma di cui all’art. 241 del Codice degli Appalti, preferendo la devoluzione agli organi giurisdizionali di cui all’art. 102 Cost. di controversie aventi generalmente valori ingenti e coinvolgenti importanti interessi pubblici ⁽²⁾.

Tuttavia, in relazione alla scelta da ultimo effettuata di devolvere la risoluzione di controversie e dunque la tutela di diritti soggettivi a figure che, quantomeno secondo un orientamento dottrinario e giurisprudenziale, non rivestano alcuna funzione pubblicistica e possano di conseguenza ben prendere parte ad un *pactum sceleris* insieme ad altri soggetti, senza per ciò rispondere ai sensi degli artt. 318 o 319 c.p., la dottrina ha mostrato numerose perplessità.

2. *Il D.L. 12 settembre 2014 n. 132.* — La disciplina *de qua*, la cui *ratio* deflativa è ben chiara ⁽³⁾ sin dalla rubrica (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile), si inserisce nel solco già creato dal c.d. Decreto del Fare (D.L.

⁽²⁾ Il ricorso ad ADR in ambito pubblicistico, in realtà, è molto più vasto. Lo fa ben presente RAMAJOLI, in *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Diritto Amministrativo*, Milano, 2014, 1-2, § 1, 2, mettendo in evidenza che esso è contemplato anche in relazione a provvedimenti e procedimenti che coinvolgono le diverse autorità amministrative indipendenti.

⁽³⁾ Particolarmente critico circa la possibilità che la disciplina *de qua* possa davvero ridurre l’arretrato della giustizia civile è BRIGUGLIO in *L’ottimistico decreto legge sulla degiurisdizionalizzazione ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in questa *Rivista*, 2014, 3, §1, che parla di “goccia nel mare”.

21 giugno 2013 n. 69, convertito nella L. 9 agosto 2013 n. 98), che ha provveduto a reintrodurre nel nostro ordinamento l'istituto della mediazione civile obbligatoria dopo che la Corte Costituzionale (sent. 6 dicembre 2012 n. 272) ne aveva sancito l'abrogazione (4). Entrambe le discipline, infatti, rispondono alla necessità di ridurre l'arretrato che attanaglia la giustizia civile.

A conferma dei precedenti assunti, nonché al fine di garantire maggiore completezza alla presente analisi occorre affermare che lo scopo deflativo non si è tradotto nella sola possibilità di trasferire in arbitrato il procedimento civile. Accanto ad esso è stata prevista la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita (5) — ai sensi dell'art. 2, L. 162/2014, l'accordo mediante il quale le parti convengono di addivenire alla risoluzione della controversia in via amichevole, avvalendosi dell'assistenza di uno o più avvocati (6).

Mentre, tuttavia, l'istituto della mediazione rappresenta una condizione di procedibilità per la risoluzione giudiziale di determinate controversie e risponde alla speranza del legislatore di favorire un cambiamento culturale, incentivando accordi stragiudiziali e scongiurando il ricorso alla giustizia ordinaria, la devoluzione delle azioni già incardinate in primo od in secondo grado ad arbitri, ha acceso fortemente gli animi di dottrina e giurisprudenza.

Il legislatore del 2014 infatti sembra aver scelto di istituire un arbitro rituale *ad hoc*, affidandone la gestione ad avvocati e non ad arbitri amministrati (7). Fortemente in dubbio è, di conseguenza, la possibilità che gli stessi rivestano la qualità di pubblici agenti e che possano dunque integrare reati posti a tutela della pubblica amministrazione.

3. *L'arbitro è un agente pubblico?* — Le perplessità in ordine agli aspetti penalistici della qualifica soggettiva dell'arbitro nascono dalla necessità di rispondere al seguente quesito: quale fattispecie penalmente rilevante potrebbe dirsi integrata nel momento in cui l'arbitro stipuli un accordo corruttivo finalizzato a favorire illegittimamente una delle parti del procedimento? Ci si chiede se un *pactum sceleris* simile a quello appena delineato integri il reato di corruzione, potendo l'arbitro considerarsi pubblico agente ovvero se, diversamente, possa dirsi integrato un reato comune come la truffa, ex 640 c.p.

La linea di cesura tra l'una e l'altra ipotesi è rappresentata dalla possibilità di ascrivere all'arbitro le qualifiche pubblicistiche di cui agli artt. 357, 358 c.p., ma ancor prima natura giurisdizionale al procedimento arbitrale.

(4) Cfr. FABIANO, *Procedimento di mediazione e processo civile, profili di interazione in un'ottica di necessario approfondimento alla luce della Corte Cost. 272 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 267.

(5) Per un maggiore approfondimento dell'istituto si veda CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. It. dir. proc. civ.*, 2015, 221.

(6) È possibile ricorrervi anche nei procedimenti di separazione personale; cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio; modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, a norma degli artt. 6 e ss.

(7) Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 5.

Una parte della dottrina, ammettendo la qualifica di agente pubblico in capo all'arbitro e conseguentemente la possibilità che lo stesso incarni il soggetto attivo dei reati contro la pubblica amministrazione⁽⁸⁾, si è detta certa del fatto che egli eserciti una funzione giudiziaria e che dunque possa considerarsi pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p.

Per raggiungere un simile obiettivo ha argomentato a partire dalla concezione c.d. autonomista del diritto penale⁽⁹⁾, secondo cui al fine di rispondere a questioni concernenti istituti penalistici possono essere utilizzati concetti e significanti appartenenti alla sola predetta branca.

Nel momento in cui, dunque, ci si chiede se un soggetto rivesta o meno la qualifica di agente pubblico, si dovrebbe rispondere utilizzando unicamente le norme di cui agli artt. 357 e 358 c.p. A confermarlo l'*incipit* delle predette disposizioni "*agli effetti della legge penale*". È lo stesso legislatore infatti ad affermare, attraverso l'utilizzo della formula da ultimo citata, di voler dare vita ad una disciplina destinata ad esplicare i propri effetti solo in ambito penalistico.

L'importanza e la centralità delle norme di cui agli artt. 357 e 358 c.p. nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione è data dal fatto che esse costituiscono un limite esterno ovvero la soglia di accesso all'area dei delitti contro la p.a.

Il loro contenuto rispecchia pienamente una concezione funzionale ed oggettiva dell'agente pubblico. Se infatti precedentemente alla l. 26 aprile 1990 n. 86 (che ha provveduto a riformarne parzialmente il dispositivo) il legislatore aveva inteso subordinare il possesso della predetta qualifica alla titolarità di un rapporto di dipendenza dallo Stato o da altri enti pubblici⁽¹⁰⁾, in seguito ha preferito ancorarsi all'effettivo svolgimento di un'attività pubblicistica, prescindendo totalmente dalla tipologia di rapporto d'impiego che legava il soggetto agente alla p.a.⁽¹¹⁾.

È dunque agente pubblico colui che esercita una pubblica funzione

⁽⁸⁾ GAMBARDILLA, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, in *Cass. pen.*, 2014, 12, 4027B.

⁽⁹⁾ Per una corretta analisi del principio di autonomia: FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2009, 35.

⁽¹⁰⁾ Nella sua precedente formulazione l'art. 357 c.p. disponeva che la qualifica di pubblico ufficiale fosse riconosciuta agli impiegati dello Stato o di altro ente pubblico che esercitassero una pubblica funzione ovvero a coloro che esercitassero una funzione di natura pubblicistica anche gratuitamente o temporaneamente. Nell'interpretare la norma predetta si oscillava tra una concezione soggettiva ed una oggettiva. La prima, tuttavia, perse rapidamente terreno. (Per una corretta ed ampia disamina del dibattito dottrinario e giurisprudenziale avente ad oggetto la norma *de qua* si veda FIANDACA MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*. Vol. 1, Bologna, 2009, p. 167 e ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Le qualifiche soggettive*, Milano, 1983).

⁽¹¹⁾ Per un'analisi successiva alla legge di riforma si vedano anche DI GIOVINE, voce *Pubblico Ufficiale (dir. pen.)*, in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4782 e ss.; PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815 e ss.

legislativa, amministrativa o giudiziaria. Proprio la natura pubblicistica delle norme che regolano l'attività svolta dal soggetto assume una rilevanza cruciale nella definizione delle qualità dell'agente⁽¹²⁾.

Prendendo posizione in favore della concezione oggettivo-funzionale, il legislatore ha recepito totalmente quello che era un orientamento diffuso antecedentemente al 1990 ed in virtù del quale si riteneva possibile estendere la qualifica pubblicistica anche a coloro che intrattenessero un rapporto di lavoro di natura privatistica, nel caso in cui la funzione svolta avesse delle rilevanti connotazioni pubblicistiche⁽¹³⁾.

Un'analisi sistematica volta a stabilire l'esistenza della qualifica soggettiva in capo all'arbitro ovvero la natura pubblicistica (*rectius* giudiziale) delle funzioni dal medesimo svolte, registrerebbe in primo luogo un insanabile contrasto con il dispositivo di cui all'art. 813 c.p.c., secondo cui "*agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*".

La norma riportata rappresenterebbe il maggiore ostacolo all'accoglimento della tesi che si sta illustrando.

Lungi dal rappresentare una scelta antinomica del legislatore, tuttavia, essa non potrebbe esplicitare i propri effetti se non all'interno della branca civilistica, pena la mancanza di ragionevolezza e dunque di legittimità costituzionale delle scelte legislative⁽¹⁴⁾. Opinando diversamente si giungerebbe alla conclusione secondo cui il legislatore avrebbe garantito la possibilità di trasferire in arbitri i giudizi pendenti in primo od in secondo grado, affidandone la gestione a soggetti corruttibili, con evidente nocumento per la tutela di diritti, che, al contrario, dinanzi alla giustizia ordinaria non potrebbero subire simili lesioni.

Una simile soluzione si porrebbe in contrasto non solo con l'art. 3 Cost., ma anche con il principio espresso dall'art. 24, comma 1, Cost.

La dottrina, soprattutto in seguito all'emanazione del D.L. 132/14, sembrerebbe essersi divisa in due orientamenti contrapposti.

I sostenitori della valenza dell'art. 813 c.p.c. in materia penale e della conseguente negazione della qualifica pubblicistica all'arbitro, soggetto gestore di una forma di giustizia privata che trae la propria origine da un negozio giuridico, potrebbero dirsi portavoce di una concezione "civilistica"; al contrario la dottrina in precedenza illustrata secondo cui la nozione di agente pubblico dovrebbe determinarsi alla sola stregua delle norme penali potrebbe dirsi fautrice di una concezione "autonomista".

Rifacendosi ad orientamenti risalenti della giurisprudenza di legittimità, poi, potrebbe sostenersi che l'arbitro sia o meno agente pubblico a seconda

(12) Cass. Pen., SS.UU., 13 luglio 1998, in *Cass. Pen.*, 1999, 112, con noa di CITARISTI.

(13) Cass. Pen., SS.UU., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1987, p. 695, con nota di PALIERO.

(14) GAMBARDELLA, *op. cit.*, § 2.

dell'attività in concreto esercitata⁽¹⁵⁾. In tal modo si eviterebbe qualsiasi conflitto, anche potenziale, tra quanto statuito nel codice di procedura civile e la norma definitoria del codice Rocco. Al soggetto *de quo* potrebbe essere applicato in alcune occasioni lo statuto penale comune, in altre la qualifica di agente pubblico, a seconda della normativa che regoli l'attività nel cui ambito sia integrata la fattispecie penalmente rilevante.

Venendo alla definizione dell'art. 357 c.p., può affermarsi che sia agente pubblico colui che esercita una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria. La natura pubblicistica delle norme che regolano l'attività assume dunque una rilevanza cruciale.

Oltre alla connotazione pubblicistica poi, l'attività deve dirsi inerente alla funzione legislativa, amministrativa e giudiziaria. Solo della seconda, più complessa ed equivoca, il legislatore ha fornito i cardini interpretativi (art. 357, comma 2, c.p.). In relazione alla funzione legislativa e giudiziaria, invece, vi sarebbe una coincidenza tra coloro che sovrintendono all'espletamento della funzione *de qua* e i titolari del corrispondente potere, ogni magistrato ad esempio svolgerebbe la funzione giudiziaria⁽¹⁶⁾.

Altra parte della dottrina invece sostiene una tesi estensiva, secondo cui la mancanza di un approfondimento e di una spiegazione circa l'essenza delle funzioni sovraesposte, significherebbe che la funzione legislativa e quella giudiziaria siano automaticamente pubbliche funzioni. Coloro che le esercitano dunque dovrebbero considerarsi automaticamente ed in ogni caso pubblici ufficiali⁽¹⁷⁾.

Giunti a questo punto della trattazione, occorre chiedersi se l'arbitro eserciti una funzione giudiziaria ovvero se il procedimento arbitrale abbia natura privatistica, traendo la propria origine da una clausola compromissoria contenuta in un contratto o rappresentante essa stessa un autonomo negozio giuridico.

La dottrina che sostiene la teoria autonomista propende per la prima ipotesi, sulla base degli ultimi orientamenti giurisprudenziali nonché della riforma del 2014, la quale sembra presupporre la natura giurisdizionale del procedimento arbitrale statuendo, all'art. 1, comma 3, D.L. 132/14, che il lodo abbia gli stessi effetti della sentenza.

3.1. *La natura del procedimento arbitrale. Le posizioni di giurisprudenza e dottrina.* — Il procedimento arbitrale disciplinato nel codice di procedura

⁽¹⁵⁾ Cass. Pen., SS.UU., 23 maggio 1987, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1987, 695, con nota di PALIERO.

⁽¹⁶⁾ FIANDACA, MUSCO, *Dir. pen. Parte speciale, op. cit.*, p. 173; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., 271 ss.; STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Milano, 2009, 105.

⁽¹⁷⁾ PAGLIARO, PARODI, GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 10 ss.; SEMINARA, sub art. 357, in *Commentario breve al codice penale*, cit., 861 ss.

civile è stato oggetto di una profonda e significativa riforma quasi dieci anni or sono, quando il D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 ha completamente sostituito il capo II del Titolo VIII, Libro IV del codice di rito.

La novella ha interessato anche l'art. 813, comma 2, c.p.c., che rappresenta la base giuridica dell'orientamento che sostiene che l'arbitro non possa fregiarsi di qualifiche pubblicistiche ⁽¹⁸⁾.

A supporto della predetta asserzione si sostiene parimenti che la mancata modifica della norma in precedenza illustrata da parte del legislatore del 2014 dimostrerebbe la volontà di quest'ultimo di non voler considerare l'arbitro agente pubblico, in ossequio al brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

La riforma del 2014 dunque, come del resto indicato anche dalle associazioni di categoria ⁽¹⁹⁾, avrebbe rappresentato unicamente la volontà di demandare la risoluzione delle controversie ad organismi alternativi (e dunque aventi natura differente) rispetto a quelli giudiziari. Una simile ricostruzione sarebbe confermata parimenti, seppure utilizzando basi giuridiche differenti, da un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità.

Chiamata recentemente ad esprimersi circa l'esistenza o meno della qualifica di agente pubblico e dunque sull'integrazione delle fattispecie penalmente rilevanti di cui agli artt. 319, 320 e 321 c.p., in capo ad un consulente nominato dal collegio arbitrale, ma pagato dalla società parte del procedimento affinché subordinasse la sua funzione alle loro esigenze, la suprema Corte ha risposto negativamente al quesito, ritenendo che l'intero procedimento arbitrale conservasse una connotazione privatistica ⁽²⁰⁾.

La suprema Corte ha dunque ritenuto che gli arbitri non esercitassero alcuna funzione giudiziaria o giurisdizionale, nonostante la legge Merloni (applicabile al caso illustrato) disponesse l'applicazione delle norme del codice di procedura civile al procedimento arbitrale. In alcuna considerazione è stato tenuto il fatto che il rinvio operasse anche nei confronti dell'art. 64 c.p.c., che equipara quanto a disciplina i periti ed i consulenti tecnici, facendo sì che anche a questi ultimi potesse applicarsi l'art. 358 c.p.

L'arresto summenzionato, lungi dal rappresentare un caso isolato, si inserisce nel solco tracciato dalle Sezioni Unite Civili nella sentenza 3 agosto 2000 n. 527 ⁽²¹⁾ e prima ancora 27 gennaio 2004 n. 1409 ⁽²²⁾. Nelle sedi appena

⁽¹⁸⁾ Cfr. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, MARINUCCI, DOLCINI, Padova, 2013, p. 81, che sottolinea come il problema della qualifica si ponga solo in relazione all'arbitrato rituale, posta la natura senza alcun dubbio privatistica e negoziale dell'arbitrato irrituale. Riflessioni opposte formula, invece, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, artt. 336-360 c.p., Milano, 2008, 290 e ss.

⁽¹⁹⁾ Si vedano le analisi in prima lettura predisposte dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia, in www.consiglionazionaleforense.it.

⁽²⁰⁾ Cass. Pen., 22 gennaio 2013, n. 5901. Da segnalare il fatto che la controversia *de qua* avesse ad oggetto una procedura di evidenza pubblica. Il danno, conseguentemente, si sarebbe consumato nei confronti di una p.a.

⁽²¹⁾ Si veda a tale riguardo la nota di commento a firma di FAZZALARI (in questa *Rivista*,

riportate, infatti, si era già avuto modo di declamare senza alcuna remora la natura negoziale e dunque privatistica del compromesso e conseguentemente l'assenza delle caratteristiche proprie del *dictum* nel lodo arbitrale.

Discendeva dalle predette asserzioni il fatto che gli arbitri non esercitassero funzioni pubblicistiche e che le attestazioni effettuate dai medesimi non godessero della fede pubblica.

Ad approdi opposti giungeva invece la giurisprudenza costituzionale.

In ossequio all'assetto normativo vigente, secondo cui è precluso ad ogni organo giudicante il potere di disapplicare le leggi e di definire i giudizi applicando norme di dubbia costituzionalità, la Consulta ha ritenuto che anche gli arbitri potessero, ed anzi fossero tenuti ad utilizzare il sistema del sindacato sulle leggi ed a sollevare eventuali questioni di costituzionalità (23).

Dunque mentre la giurisprudenza di legittimità sosteneva la natura privatistica del giudizio arbitrale, la Corte costituzionale riconosceva all'arbitrato rituale una sorta di fungibilità con i giudizi ordinari, tanto da ritenere che i medesimi potessero a pieno titolo essere considerati "autorità giurisdizionale" ai sensi dell'art. 23, comma 1, l. 11 marzo 1953 n. 87 (24).

Il dissidio delineato ha avuto modo di ricomporsi recentemente.

Ed infatti attraverso una rilettura ed interpretazione sistematica dell'art. 102 Cost., la Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, nell'ordinanza 25 ottobre 2013 n. 24153 (25) sembra sia ritornata sui propri passi affermando che l'orientamento fatto proprio con la sentenza 527/00 vada rimeditato alla luce delle ultime novità legislative.

2000, 4, 704), il quale sottolinea come la suprema Corte abbia mutato il proprio orientamento. La dottrina e la giurisprudenza, infatti, sin dal XIX secolo avevano preso posizione in favore della natura pubblicistica del procedimento arbitrale (così CARNACINI, VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1937, I, p. 653).

(22) In *Giur. It.*, 2004, p. 2292.

(23) Così Corte Cost., 28 novembre 2001 n. 376, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 1, 39 con nota di IANNOTTA. La Consulta sottolinea con forza come ad una simile conclusione si pervenga facilmente, quantomeno in relazione all'arbitrato rituale, in quanto tali procedimenti devono risolversi secondo diritto. Evidenzia l'importanza dell'arresto anche VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, 12, 2887, definendo le conclusioni fatte proprie dalla Corte "l'unica soluzione possibile".

(24) Ci si chiede se le conclusioni cui sia pervenuta la Corte Costituzionale italiana possano essere estese anche al rinvio pregiudiziale facoltativo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ovvero se gli arbitri possano essere considerati giurisdizionali ai sensi dell'art. 267 TFUE. La stessa Corte di Giustizia in vari arresti (sentt. 30.6.1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Racc. p. 408; 17.9.1997, Dorsch Consult, C-54/96, Racc. p. I-4961; 31.5.2005, Syfait e.a., C-53/03, Racc. p. I-4609; 10.12.2009) ha enucleato una serie di elementi che dovrebbero caratterizzare l'organo in questione. Tra essi, degno di nota è il carattere permanente ovvero il fatto che non si esercitino funzioni giurisdizionali in via occasionale. Il criterio appena riportato ha spinto a negare natura pubblicistica e giudiziaria all'arbitro, anche rituale (cfr. CJUE 23 marzo 1982 n. 107/71CE in *Codice dell'Unione Europea* a cura di DI MAJO, FERRARI-BRAVO, RIZZO, Milano, 2000, p. 710; od anche DE ROBERTO, *L'obbligo di rinvio per le giurisdizioni di ultima istanza*, in www.giustizia-amministrativa.it; DOMENICUCCI, *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, in www.era-comm.eu).

(25) In www.giusticiacivile.com con editoriale di VIGORITI, *Il trasferimento in arbitrato: un'inversione di tendenza?*

La suprema Corte puntualizza infatti che la *ratio* alla base dell'arresto dapprima riportato ovvero la necessità di ribadire la natura privatistica del procedimento arbitrale, dovesse essere rinvenuta nella volontà di mettere l'istituto al riparo da eventuali questioni di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 102 Cost.

Facendo propria una riflessione della Consulta ⁽²⁶⁾, tuttavia, la Corte di Cassazione ha affermato che il fondamento dell'arbitrato debba rinvenirsi nella libera scelta delle parti. Sarebbe dunque il principio racchiuso nell'art. 24, comma 1 Cost. a derogare a quanto stabilito nell'art. 102. Discenderebbe da ciò che la fonte dell'arbitrato non debba rinvenirsi in una legge ordinaria, quanto nell'art. 24, comma 1, Cost.

I dispositivi dei primi due commi dell'art. 102 Cost. inoltre, andrebbero letti ed interpretati come fossero complementari, con la conseguenza che il monopolio di giurisdizione statale non andrebbe inteso in senso assoluto, quanto nel quadro del divieto di istituire giudici straordinari o speciali.

La validità di una simile ricostruzione, che privilegia la natura giudiziale e non negoziale dell'arbitrato rituale, sarebbe confermata dalla stessa Consulta, la quale ha provveduto a dichiarare l'illegittimità dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art 5 c.p.c. ⁽²⁷⁾.

La sentenza della Corte Costituzionale appena riportata risulta interessante anche sotto un altro profilo. In essa infatti si ha modo di ribadire che, quantomeno in relazione all'efficacia, il giudizio arbitrale possa parificarsi a quello dei giudici ordinari e dunque considerarsi un vero e proprio giudizio che si conclude con un atto giurisdizionale vincolante tra le parti ⁽²⁸⁾.

Ulteriori indici della natura giurisdizionale del procedimento arbitrale potrebbero poi rinvenirsi nella legislazione.

La riforma del 2006, infatti, contiene numerosi elementi che porterebbero ad aderire ad una simile tesi. Ci si riferisce all'art. 816 *quinquies* c.p.c. sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione nel diritto controverso, all'art. 819 *bis* laddove presuppone la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale, od ancora all'art. 824 *bis*, secondo cui il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria sin dalla sua sottoscrizione.

⁽²⁶⁾ Corte Cost., 14 luglio 1977 n. 127.

⁽²⁷⁾ Corte Cost. 19 luglio 2013 n. 223, in questa *Rivista*, 2014, 1, p. 91, con nota di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI e SASSANI.

⁽²⁸⁾ “Sul piano della disciplina positiva dell'arbitrato, poi, è indubbio che, con la riforma attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (...), il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale”, così Corte Cost. sent. 223/2013.

La Consulta, inoltre, avrebbe rinvenuto indici sistematici inerenti alla natura giurisdizionale del procedimento arbitrale anche nella disciplina codicistica sostanziale (“*l’ordinamento attribuisce alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe a quelle dell’instaurazione della causa davanti al giudice*”). Nell’arresto da ultimo menzionato, infatti, vengono a tal riguardo esplicitamente citate le norme in materia di prescrizione (artt. 2943 e 2945 c.c.) ed anche quelle riguardanti la trascrizione (artt. 2652, 2653, 2690, 2691 c.c.), con le quali si equipara espressamente alla domanda giudiziale l’atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale.

4. *Conclusioni.* — Quella appena illustrata sembrerebbe essere una soluzione concretamente sostenibile, in virtù dell’esistenza, come si è cercato di spiegare nelle pagine precedenti, di concreti indici normativi.

In tal senso poi sembrerebbero essersi indirizzate anche la giurisprudenza di legittimità più recente nonché quella costituzionale. Certo è, in ogni caso, che il riconoscimento della qualifica pubblicistica in capo all’arbitro permetterebbe parimenti di non incorrere in questioni di illegittimità costituzionale nei termini prima precisati.

DOCUMENTI E NOTIZIE

La novella brasiliana sull'arbitrato (Lei n. 13.129 del 2015 di modifica alla Lei n. 9.307 del 1996)

Si pubblica qui di seguito il testo della Lei n. 9.307 del 23 settembre 1996 contenente la disciplina organica dell'arbitrato, come novellata dalla Lei n. 13.129 del 26 maggio 2015.

In neretto sono evidenziate le modifiche e le abrogazioni.

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996

Dispõe sobre a arbitragem

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso,

decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos

árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

~~Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

~~§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

~~§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

~~§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

CAPÍTULO IV-A

(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

DAS TUTELAS CAUTELARES E DE URGÊNCIA

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

CAPÍTULO IV-B

(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

DA CARTA ARBITRAL

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral

para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Capítulo V Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

~~Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

~~Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

~~Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

~~Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

~~Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

~~Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

~~Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)~~

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

~~§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.~~

~~§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:~~

~~I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;~~

~~II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.~~

~~§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (Vide Lei nº 13.105, de 2015)~~

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Capítulo VI
Do Reconhecimento e Execução de Sentenças
Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal. (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII Disposições Finais

(Omissis).

La scomparsa di Angelo Falzea

Giunge la notizia della scomparsa di Angelo Falzea.

Dalla libreria del mio studio prendo, nello scaffale in cui ho raccolto i classici del diritto civile italiano, “La condizione e gli elementi dell’atto giuridico”, del 1941.

Rileggo le pagine iniziali, in cui si pone a confronto l’ordine dei concetti con l’ordine degli interessi, e si offre dell’interesse una nozione latissima, definendolo come qualunque situazione di valore positivo.

Le qualificazioni giuridiche si confrontano così con la pluralità dei piani di interessi.

Un insegnamento centrale per il tema della nostra rivista, l’arbitrato.

Perché le persone ci lasciano, ma nel lasciarci ci affidano i loro scritti.

[G.D.N.]

Il giorno 11 febbraio del 2016, alle soglie dei 102 anni di età, è mancato Angelo Falzea, decano della civilistica italiana, emerito della Università di Messina, accademico dei Lincei, protagonista perentorio e principesco della nostra cultura giuridica fin da quando nel 1939 pubblicò, sotto la guida di Salvatore Pugliatti, la tesi di laurea sul “*Soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*” imponendosi subito all’attenzione e raggiungendo poi in breve tempo notorietà e prestigio, anche oltre confine, che non molti eguali hanno conosciuto.

Il primo fascicolo della *Rivista dell’Arbitrato* fu da Lui, su invito di Elio Fazzalari, battezzato in un incontro all’Unidroit il 18 giugno del 1991. Falzea insistette sulla “dimensione etica dell’arbitrato”, suscitando in Fazzalari l’immediata ripresa del tema sul secondo fascicolo. Noti a tutti sono stati, inoltre, l’impegno e l’esperienza di Angelo Falzea quale avvocato in arbitrato o arbitro in vicende di grande rilievo.

Non solo per ciò la *Rivista* lo addita alla memoria dei suoi lettori, ma soprattutto perché anche gli studiosi dell’arbitrato, come quelli di ogni altro settore dell’esperienza giuridica, hanno utilmente fatto i conti con le sue raffinate elaborazioni delle principali categorie teorico-general, elaborazioni dapprima innovative, poi classiche ma sempre moderne e feconde; le celebri

“*Voci di teoria generale del diritto*” — più volte edite e da ultimo trasfuse ed arricchite da un Falzea ultraottantenne ed instancabile nelle “*Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*” — ne rappresentano silloge fra le più universalmente consultate e meditatamente citate.

La parola “maestro” ha per i cultori delle scienze giuridiche (e non solo per quelli) connotazioni assai varie, positive e negative, sentimentali ed agiografiche, commoventi ed ipocrite, spesso folkloristiche. Ne ha poi una ed una sola oggettiva e nobile, riconducibile alla speciale capacità di suscitare nei giovani, con la forza dell’ingegno, la passione e l’orgoglio per lo studio del diritto: tale è stata, fra molte altre, la inarrivabile capacità del Maestro (di tanti) Angelo Falzea, e così lo ricorderò sempre.

[A.B.]

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2016

Unione europea	€ 100,00
Paesi extra Unione europea	€ 150,00
Prezzo di un singolo numero	€ 25,00
(Extra U. E. € 38,00)	

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

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