

## LA CONVENZIONE ARBITRALE

Compromesso e clausola compromissoria - La formulazione della convenzione arbitrale e le clausole “patologiche” - Incertezza sulla scelta tra arbitrato e giustizia ordinaria; le clausole asimmetriche e quelle miste - Condizioni per la validità: Forma - La capacità delle parti a compromettere in arbitri - Oggetto ed estensione della convenzione - Arbitrabilità della controversia – Casi particolari: a) *antitrust*; b) proprietà industriale; c) diritto societario; d) fallimento; e) embargo - Effetti e limiti - Rinuncia e cessazione (dell'efficacia) - L'autonomia della convenzione arbitrale. - La convenzione arbitrale nei contratti con Stati o imprese di Stato.

### *Compromesso e clausola compromissoria.*

I vari ordinamenti si hanno da tempo riconosciuto alle parti il diritto di ricorrere all'arbitrato (nazionale) per risolvere le loro controversie. Diverso è l'ambito relativo all'arbitrato estero (o non-nazionale).

La soluzione “classica” data al problema era quella espressa dall'art. 2 c.p.c. it. (ora abrogato), secondo cui essa era consentita *"a favore (...) di arbitri che pronuncino alt estero (...) quando si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente né domiciliato nella Repubblica e la deroga risulti da atto scritto"*.

Un deciso “cambio di rotta” è intervenuto prima con il Protocollo di Ginevra del 1923 (art. 1.1) e poi via via con tutte le convenzioni successive che hanno limitato il monopolio della giurisdizione interna.

Le stesse leggi nazionali, peraltro, consentono ora pacificamente la deroga alla giurisdizione

a favore di arbitrati internazionali o esteri, in ossequio al valore riconosciuto alla volontà delle parti nello stabilire l'assetto dei propri interessi anche nel campo del commercio internazionale.

Nella totalità degli ordinamenti che lo prevedono, il compromesso o la clausola compromissoria sono il presupposto indefettibile per l'arbitrato.

Mentre infatti la giurisdizione statale si impone alle parti *ex lege*, la giurisdizione arbitrale implica sempre e comunque una apposita manifestazione di volontà delle parti in tal senso.

Che questa volontà sia espressa quando è già insorta la controversia ovvero in via preventiva e generale al momento della conclusione del contratto, nulla rileva in campo internazionale, tanto che nelle varie convenzioni si usa unicamente il termine "*convenzione arbitrale*".

La legge-modello UNCITRAL li menziona entrambi, ma solo per assicurarsi che i legislatori nazionali non diano una diversa disciplina alle due figure .

*La formulazione della convenzione arbitrale e le clausole "patologiche".*

Il contenuto della convenzione può avere due connotazioni: essenziale (per la validità della convenzione stessa) e volontario, o eventuale.

La convenzione deve dunque esprimere la volontà delle parti di adire l'arbitrato per una o più controversie e dare indicazioni sulla costituzione e/o nomina del collegio arbitrale (elementi essenziali).

La seconda caratteristica, che potrebbe anche mancare, attiene invece alla facoltà per le parti di essere più o meno dettagliate nel disciplinare in concreto le modalità di espletamento del giudizio arbitrale (elementi eventuali).

In via del tutto preliminare, dunque, si può affermare che la convenzione arbitrale deve obbligatoriamente perseguire lo scopo di rendere palese la determinazione delle parti di voler risolvere le loro controversie mediante il ricorso alla giustizia arbitrale.

L'assunto, apparentemente ovvio, assume il dovuto rilievo laddove si consideri che la stragrande maggioranza dei problemi in discussione nei giudizi (arbitrali quanto ordinari) aventi ad oggetto l'annullamento di lodi nasce proprio dalla scarsa precisione nella formulazione della convenzione.

Né a prevenire le dispute sul punto specifico è servito molto la predisposizione da parte dei grandi organismi internazionali di arbitrato di clausole tipo, perché le parti vi aggiungono o vi cambiano qualcosa, oppure (peggio!) non le utilizzano affatto .

L'*estrema ratio* di tale situazione è costituita dalle cd. "clausole patologiche" ricomprendendosi in tale accezione la previsione di istituzioni arbitrali che non esistono o hanno cessato di esistere o che non sono chiaramente individuate né individuabili.

In giurisprudenza si trovano esempi a dir poco eclatanti: il riferimento, ad esempio, ad un tribunale arbitrale di una (inesistente) Camera di commercio tedesco-olandese; ad una "*Commissione Arbitrale in Svizzera*" all' "*arbitrato della CCI di Ginevra o di Zurigo o di Vienna*", benché la sede della CCI sia solo a Parigi!

Vi è poi l'ipotesi di indicazione nella stessa clausola di due istituzioni arbitrali diverse, senza specificare i criteri di scelta tra l'una e l'altra, circostanza quest'ultima che rende evidentemente nulla la convenzione .

Analoghe considerazioni valgono, poi, per le cd. "clausole in bianco", quelle cioè che non solo non permettono di determinare a quale organismo arbitrale fare riferimento, ma che neppure contengono la nomina degli arbitri ovvero i criteri per nominarli: simili clausole sono state ritenute troppo vaghe, e come tali inefficaci.

Patologiche ed insanabili sono infine le clausole che è impossibile mettere in opera.

Gli esempi sono numerosi: delega alla nomina degli arbitri in favore di un organismo o persona che non sia obbligata a farlo e non lo voglia fare; indicazione di un arbitro che sia morto o divenuto incapace prima del sorgere della controversia; la previsione di termini per l'arbitrato impossibili da rispettare, senza facoltà di proroga .

***Incertezza sulla scelta tra arbitrato e giustizia ordinaria; le clausole asimmetriche e quelle miste.***

Il presupposto indifferibile di tutte le ipotesi sopra indicate è quello relativo alla chiara volontà delle parti di scegliere l'arbitrato, scartando la giustizia ordinaria.

La convenzione che non fosse chiara sul punto deve infatti ritenersi inefficace.

Problemi analoghi solleva anche le convenzioni che prevedano il ricorso all'arbitrato o alla giustizia ordinaria in via alternativa: alcuni ordinamenti le ritengono valide, mentre i giudici inglesi le considerano inefficaci.

Tali clausole ( cd. "*combinata o miste*" ) creano infatti difficoltà nell'accertare quali siano le reali intenzioni delle parti.

In giurisprudenza (arbitrale) si nota, in proposito, un generale tentativo di "salvataggio" della procedura arbitrale che si basa normalmente su di un ragionamento *a contrario*: se le parti cioè non avessero desiderato risolvere le dispute tramite arbitrato, non avrebbero neppure menzionato tale possibilità.

Così salvato l'arbitrato, il conflitto tra arbitri e giudici ordinari viene risolto dando alla clausola (o a parte di essa) che si riferisce ai Tribunali statali un valore "*residuale*", attribuendo alla stessa cioè significato o di scelta di competenza territoriale o di

giurisdizione su questioni per le quali gli arbitri siano incompetenti, ovvero ancora per risolvere incidenti processuali eventualmente sorti durante l'arbitrato .

I giudici statali assumono normalmente un atteggiamento opposto; in caso di dubbio sulla reale volontà delle parti di derogare alla giurisdizione ordinaria, tendono a negarla, procedendo nel giudizio nelle forme ordinarie.

Vi sono poi convenzioni che prevedono il ricorso all'arbitrato come opzione spettante al ricorrente o al resistente (*sole option* o *asymmetric clauses*).

In Francia la Cassazione ha ritenuto valida tale clausola. In Germania, al contrario, una clausola che conferiva tale opzione alla parte che l'aveva predisposta è stata ritenuta inefficace.

### ***Condizioni per la validità.***

Le condizioni per la validità della convenzione arbitrale attengono a:

- a) la forma;
- b) la capacità delle parti;
- c) l'oggetto della convenzione;
- d) l'arbitrabilità della controversia;
- e) il contenuto della convenzione.

*Forma.* Il regime delle convenzioni internazionali, partito dal rigido requisito dello "*scritto*", è approdato ad un regime di minore formalismo.

La Convenzione di New York, nel richiedere che gli accordi arbitrali siano "*scritti*", definisce tali quelli "*firmati dalle parti o contenuti in uno scambio di lettere o telegrammi*", abbandonando sia il requisito della contestualità che quello dell'unicità del documento.

La Convenzione di Ginevra del 1961 (art. 1.2 a) richiede che siano *"firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di note, telegrammi o comunicazioni tramite telescriventi"* (facendo rientrare la giurisprudenza arbitrale in tale categoria anche l'indicazione della clausola su una fattura

non respinta dal destinatario), ed includendo, *"nei rapporti tra paesi le cui leggi non impongono la forma scritta alla convenzione di arbitrato, ogni convenzione conclusa nelle forme ammesse da dette leggi"* (è il caso della Germania ove tra commercianti è ammessa la stipula orale) .

L'effetto uniformante di tali norme assume grande rilievo soprattutto in quei Paesi nei quali l'arbitrato richiede condizioni più severe.

Si trovano infatti Paesi nei quali è richiesto l'atto pubblico o la sua omologa da parte del Tribunale o la controfirma di un terzo qualificato od altre condizioni ulteriori (ad es. Marocco e Brasile).

Tali ulteriori requisiti continuano evidentemente a sussistere per gli arbitrati "domestici", senza però dispiegare effetto nell'ambito degli arbitrati internazionali.

In proposito la legge-modello UNCITRAL, disponendo che *"An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement"*, fa un ulteriore passo rispetto alla *"forma scritta"* della Convenzione di New York, ove infatti si è considerata forma scritta anche lo scambio di dichiarazioni della richiesta (di arbitrato) e della risposta, per cui si afferma l'esistenza di una clausola arbitrale se affermata da una parte e non negata dall'altra (art. 7.2.).

Nella prassi del commercio internazionale accade spesso che le parti, nel documento da loro sottoscritto, non facciano menzione della clausola arbitrale, contenuta invece o in condizioni

generali di contratto od in altri documenti unilateralmente predisposti da una parte oppure in formulari predisposti da terzi a cui il contratto rinvia in modo più o meno specifico.

Solitamente anzi, per esigenze di celerità e speditezza che caratterizzano la condotta di tali operatori, le condizioni generali non vengono nemmeno richiamate interamente in ogni singolo contratto intercorrente tra le parti.

Manca dunque un' accettazione esplicita della clausola compromissoria, che viene incorporata nel rapporto contrattuale tramite un rinvio.

La regola “tradizionale” in vari ordinamenti, basata sull'idea che la convenzione arbitrale abbia natura “inusuale” ovvero “onerosa”, richiedeva o una specifica approvazione (sottoscrizione) del formulario o, almeno, che nel richiamo allo stesso si menzionasse esplicitamente la clausola compromissoria.

La giurisprudenza ha compiuto sul punto notevoli progressi: per un verso si è cominciato ad escludere che, nei rapporti tra commercianti, la clausola arbitrale sia da considerarsi "*inusuale*" od "*onerosa*"; per altro verso si è detto che in tali rapporti è difficile stabilire quale sia il contraente debole; per altro ancora si è presunta la conoscenza e l'accettazione della clausola attraverso rapporti pregressi tra le parti, o con riferimento agli usi commerciali.

In relazione ai contratti commerciali internazionali si è comunque affermato il principio per il quale ad essi non si applicano (necessariamente) le regole dettate per i rapporti domestici: si consideri ad esempio il caso francese, ove lo scritto è richiesto per l'arbitrato interno, ma non lo è più per l'arbitrato internazionale.

*Capacità delle parti (a compromettere in arbitri):* La Convenzione di New York (art. V.1 a), come del resto quella di Ginevra (art. VII.2), stabilisce che la capacità delle parti a

compromettere in arbitri va valutata in base alla "*legge ad esse applicabile*".

Sono necessarie tuttavia alcune precisazioni.

In base alle norme di DIP, infatti, non è detto che la capacità negoziale e la rappresentanza siano rette dalla stessa disciplina: la prima discende infatti dallo statuto personale della "*persona*" (fisica) che manifesta il consenso; la seconda dallo statuto che regge il rappresentato.

Se nei diritti continentali europei la capacità di contrarre di una persona fisica è poi di norma governata dalla "*nazionalità*" del contraente, nella *common law* si ha riguardo al domicilio o alla residenza abituale del soggetto.

Per le persone giuridiche, poi, in molti Paesi si impiega il criterio della registrazione ("*incorporation*"), mentre in altri (ad es. Francia, ma anche Italia) si considera la sede principale degli affari.

Problemi analoghi si pongono per quanto concerne il potere di rappresentanza, benché sia opinione abbastanza diffusa che debba applicarsi il principio della fonte della rappresentanza.

In questa situazione si comprende come parte della Dottrina abbia suggerito di riferirsi, al posto delle norme di DIP, al metodo delle norme "*sostanziali*", e cioè quelle norme che sembrano agli arbitri più appropriate, tenendo conto dell'internazionalità della controversia, ed evitando di compromettere l'eventuale esecuzione del lodo.

Due problemi sorgono in proposito:

a) il primo è se per concludere validamente una clausola compromissoria basti la capacità di stipulare il contratto di cui essa fa parte od occorra un *quid pluris* .

In quei Paesi nei quali la convenzione arbitrale supera i limiti dell'ordinaria amministrazione, occorrerà una capacità ed un potere specifico: ad es. la capacità di



transigere (Belgio) o di disporre del proprio patrimonio (Egitto) oppure ancora una particolare delega di poteri (procura) alle persone fisiche che devono rappresentare una persona giuridica (Austria).

b) Il secondo problema, che concerne la capacità ed i poteri del procuratore, nasce quando l'eventuale carenza o limitazione sia stata nascosta o taciuta all'altra parte che, in buona fede, abbia stipulato il contratto e la clausola arbitrale.

Sulla spinta dei formanti giudiziali e dottrinali di un sempre maggior numero di Paesi si è diffusa la regola per la quale bisogna tutelare la buona fede di chi incolpevolmente ha fatto affidamento sulla capacità ed i poteri del rappresentante.

L'esigenza di salvaguardare l'affidamento incolpevole dell'altra parte ha portato a riconoscere che il potere di stipulare il contratto implicitamente contiene anche il potere di convenire efficacemente la clausola compromissoria.

**Oggetto della convenzione.** Come sopra ricordato, l'oggetto della convenzione arbitrale deve essere sufficientemente preciso e determinato

Sulla stessa, infatti, convergono problemi assai delicati, quali la deroga alla giurisdizione ordinaria, la competenza degli arbitri, l'arbitrabilità della controversia, l'interpretazione della clausola arbitrale e così via.

Quanto all'ambito di estensione della convenzione arbitrale, la prassi e le clausole-tipo suggerite dagli enti arbitrali permanenti coprono solitamente ogni potenziale tipo di controversia legata al contratto : "*Ogni controversia nascente da questo contratto .....* "

In altre situazioni si può avere un profilo più specifico: "*Ogni controversia relativa all'esistenza, validità, interpretazione esecuzione....* ".

Quando l'indicazione dell'oggetto è analitica e la lista non è completa, ci si può esporre, tuttavia, al rischio di una "pericolosa" limitazione della competenza degli arbitri.

Se si indica solo "*esecuzione*" si potrebbe ritenere che questioni relative (ad esempio) alla validità oltrepassino tale competenza. Ma in tal modo, come potrebbe il convenuto, attaccato per inadempimento, difendersi eccependo l'eventuale invalidità della convenzione? E se non potesse farlo, non vi sarebbe forse la violazione di un principio fondamentale del diritto, e cioè quello stesso della difesa?

In proposito, si ritiene che sussista la competenza degli arbitri a decidere anche su questioni "esorbitanti", seppure *incidenter tantum*.

Minori problemi si rilevano nell'ipotesi in cui le parti decidano di affidare agli arbitri la sola "*interpretazione*" del contratto. In tale ipotesi è evidente infatti che essi non potranno emettere alcun lodo di condanna ad un *facere, non facere, dare, praestare o pati*, ma si limiteranno ad un'opera di puro accertamento su un dubbio interpretativo.

Più frequente risulta il caso di "*esclusione di oggetti*"; le parti possono cioè indicare le "*classi di dispute*" che non intendono sottoporre ad arbitrato.

Alcuni tipi di esclusione possono trovare la loro causa direttamente nell'ordinamento: ad es. in clausole usate da soggetti italiani si esclude dall'arbitrato il pagamento di somma di denaro o la consegna di merci perché su tali materie è possibile il ricorso alla procedura monitoria (per sua natura *inaudita altera parte*) che sfocia in un decreto ingiuntivo, che può essere immediatamente esecutivo.

Ad ogni buon conto, poiché la fonte della giurisdizione arbitrale è da ricercare nella volontà delle parti, è opportuno che la formulazione della convenzione consenta di individuare chiaramente (e preventivamente) quali controversie nascenti dal contratto sono devolute al giudizio degli arbitri.

Al riguardo, ci si chiede come possa essere valutata una clausola relativa a "*future controversie tra le parti*": essa, ovviamente, non potrà mai prescindere da un negozio

stipulato tra le parti medesime.

Dobbiamo poi chiederci se ( e come) la convenzione arbitrale possa coprire anche i rapporti "*connessi*" al contratto in cui la medesima è contenuta.

Il problema dell'estensione della validità della clausola ai contratti connessi non ha ricevuto risposte univoche.

L'estensione dovrebbe essere pacifica tutte le volte in cui la clausola riprende la formula più ampia suggerita dagli organismi arbitrali: "*tutte le controversie che nascono da..... o in connessione con....*".

Problemi maggiori sorgono in relazione ai c.d. "contratti normativi", ovvero negozi complessi che hanno bisogno di una serie di contratti specifici per la loro realizzazione.

E' il caso, ad esempio, del contratto di somministrazione rispetto ai singoli negozi giuridici di compravendita, ovvero del contratto di *franchising* ai fini della rivendita, ovvero di un contratto di costituzione di *joint venture* rispetto ai singoli accordi tra i *partners* per il perseguimento dell'oggetto della *joint venture* stessa.

In tali ipotesi, la convenzione arbitrale contenuta nel contratto-quadro dovrebbe estendersi anche ai contratti collegati, a meno che questi non contengano clausole arbitrali diverse o clausole sul foro eventualmente competente.

Non è tuttavia vero l'opposto. Se cioè la convenzione arbitrale è contenuta nel contratto esecutivo o comunque derivato, non potrà estendersi " a ritroso" alle questioni che riguardano il contratto - quadro.

*Arbitrabilità della controversia* I diritti nazionali fissano in vario modo i limiti della materia arbitrabile, vuoi rifacendosi alle "*matières qui intéressent l'ordre public*" (art. 2060 c.c. francese), vuoi usando l'espressione "*materie sottratte alla disponibilità delle parti*" o

altre equivalenti.

Il tentativo di definire l'area "*proibita*" attraverso il ricorso all'indicazione di specifiche materie comporta tuttavia evidenti problemi: si afferma, ad esempio, che la proprietà industriale è sottratta all'arbitrato, ma si sviluppa poi la distinzione tra esistenza e validità della privativa (sottratta) e questioni puramente commerciali (contraffazione, risarcimento, *royalties* per licenze) che sono pacificamente arbitrabili (è il caso della Francia e dell'Italia) . È ovvio che quanto più ampia è l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dal legislatore, tanto più si estenderà *ratione materiae* l'ambito della arbitrabilità di una controversia.

Si deve tuttavia registrare, una tendenza di maggior favore verso l'arbitrabilità di controversie internazionali rispetto alle controversie puramente domestiche .

Dopo l'emanazione della legge-modello UNCITRAL (che non pone alcuna restrizione all'arbitrabilità, ma rispetta le scelte fatte dai singoli Stati: art. 1.5), molti legislatori hanno infatti accolto la regola della generale arbitrabilità: in Svizzera l'art. 177 della LDIP afferma che "*Può essere oggetto di arbitrato qualsiasi pretesa patrimoniale*"; in Germania il § 1030 ZPO ripete la stessa formula, aggiungendo che sono arbitrabili anche le pretese non patrimoniali, purché le parti possano validamente transigerle; in Spagna l'art. 2 della legge n. 60 del 23 dicembre 2003 che afferma: "*Son susceptibles de arbitrar las controuersias sobre materias de libre disposicion conforme a derecho*".

Peculiare è il Portogallo dove la legge sull'arbitrato volontario afferma che può essere sottoposta ad arbitrato "*ogni disputa relativa a diritti disponibili*"; la norma afferente alla creazione dei centri di arbitrato "rovescia" la frase, sottoponendovi "*ogni litigio che non riguardi diritti indisponibili*".

## **CASI PARTICOLARI:**

a) **Antitrust** Negli Usa fino a venti anni fa, la materia era considerata non arbitrabile per ragioni di *public policy*.

La Corte Suprema, nel caso *Mitsubishi Motors Corp v. Soler*, deciso il 2 giugno 1985, ne ha ammesso l'arbitrabilità, atteso che l'arbitrato commerciale internazionale rappresenta un alleviamento delle tensioni risultanti dall' applicazione extraterritoriale delle leggi antitrust USA ed un accrescimento della stabilità e prevedibilità del sistema del commercio internazionale.

Tutti i lodi CCI, poi, si reputano competenti a decidere in materia, eccetto che si tratti di decisione che la legge riserva in via esclusiva alle autorità *antitrust*, oppure dell'approvazione o meno di un'operazione di concentrazione

Nella CE la stessa Commissione, che inizialmente aveva visto di mal occhio la giurisdizione arbitrale in tema di *antitrust*, temendo che si trattasse di una via per bypassare l'indisponibilità dei divieti, col tempo è passata ad un atteggiamento più tollerante, sfociato nella sentenza della Corte di Giustizia CE 1.6.1999 ( *Eco Sunss c. Benetton* ), nel quale si è passati dalla facoltà per gli arbitri di giudicare in materia all'obbligo in capo agli stessi di applicare le norme *antitrust*.

In Italia, dopo qualche iniziale rifiuto si è fatta strada l'opinione che anche le controversie nascenti da contratti potenzialmente nulli (o contenenti clausole potenzialmente nulle) ai sensi della normativa antitrust potessero validamente essere sottoposte a giudizio arbitrale, con l'intesa che gli arbitri avrebbero dovuto applicare tali norme, trattandosi di norme inderogabili se non addirittura di ordine pubblico.

b) **Proprietà industriale**. Analoga apertura all'arbitrato si registra per le questioni di proprietà industriale: fermo restando l'esclusiva dello Stato nel concedere il monopolio e

perciò nel risolvere la questione della validità del brevetto o del marchio *erga omnes* (trattandosi di un interesse pubblico e come tale non disponibile alle parti), si riconosce in un gran numero di Stati che gli arbitri possano decidere (oltre che ovviamente della contraffazione e delle azioni consequenziali, nonché delle obbligazioni contenute nei contratti di licenza) della validità, sollevata per opporsi alla contraffazione, *incidenter tantum* e perciò con effetti solo *inter partes* .

**c) Diritto societario.**

Anche la materia del diritto societario vede coinvolti non solo interessi privati tra i soci, ma altresì della collettività e dei terzi (i c.d. *stakeholders*): ai primi il legislatore tende a lasciare la più ampia libertà, per tutelare i secondi si affida a norme imperative.

Su questo terreno della *corporale governance* si manifestano le diversità culturali e le tradizioni dei vari ordinamenti.

È così che negli USA si riducono al minimo le norme inderogabili in tema di struttura delle società, di amministrazione e gestione, di scioglimento e liquidazione, preferendosi lasciare alle forze del mercato ed alle azioni individuali i rimedi contro la violazione degli interessi dei singoli o dei gruppi; al contrario nel modello europeo (continentale), il legislatore incide più profondamente nella vita delle società, dettando norme sicuramente più stringenti.

**d) Fallimento** . La materia fallimentare è generalmente esclusa dall' arbitrabilità.

La regola che si trova in diversi ordinamenti statali prevede che la procedura fallimentare eventualmente sopravvenuta tolga ogni efficacia alla convenzione arbitrale in favore dell'esclusività della giurisdizione ordinaria, essendo coinvolti diritti della collettività, non disponibili dai singoli. Quando poi il fallimento sia intervenuto nel corso di un procedimento, gli arbitri devono sospendere il procedimento: questa è infatti considerata regola di "*international public policy*".

La regola dell' esclusione tuttavia non si trova in tutti gli ordinamenti per cui, a seconda della legge applicabile, possono verificarsi delle "sorprese".

In particolare, in Germania l'apertura di una procedura fallimentare non incide sull'arbitrabilità di una controversia.

Nello stesso ordinamento, poi, esiste un istituto molto particolare, estraneo alla cultura giuridica della maggior parte degli ordinamenti, detto "*Konkursfreigabe*", che consente al curatore di liberare dal patrimonio assoggettato alla procedura concorsuale alcuni diritti o alcune azioni, in modo tale da consentire l'esercizio degli stessi alla persona o al legale rappresentante della società, come se il fallimento non fosse intervenuto.

Sussiste così la legittimazione direttamente in capo al fallito a promuovere azioni o ad essere oggetto di domande riconvenzionali che, non applicandosi la regola della "*vis attractiva concursus*" prevista ad esempio nel nostro ordinamento, vengano giudicate inopportune da parte del curatore (o per la scarsa probabilità di successo o per la modestia degli importi in causa).

In Francia la giurisprudenza non ha dubbi sulla sospensione dell'arbitrato in caso di fallimento per ragioni di "*ordine pubblico interno ed internazionale*".

In Olanda non sono considerate arbitrabili le azioni dei creditori verso la massa. In Svizzera si riconosce che esiste la regola di sospensione del processo civile in caso di fallimento (art. 207 legge fall.). In applicazione di tale regola, gli arbitri sospendono il procedimento, benché si discuta se lo debbano obbligatoriamente fare o no.

A nostro avviso, se viene universalmente riconosciuto alla dichiarazione di fallimento l'effetto sospensivo delle procedure individuali (158), le procedure arbitrali potrebbero ricevere un trattamento privilegiato rispetto alle ordinarie procedure giudiziarie e pertanto dovrebbero essere sospese; tutt' al

più si potrebbe accogliere una diversa soluzione quando a fallire sia l'impresa ricorrente (suppostamene creditrice) (1'9).

*e) Embargo.* Anche nel caso di embargo gli arbitri non declinano la giurisdizione, pur riconoscendo il loro dovere di applicare le norme di *public policy*.

Lo stesso è a dirsi delle dispute fiscali, nei limiti in cui si tratta della ripartizione contrattuale tra le parti degli oneri fiscali dovuti allo Stato.

Si può concludere sul punto affermando che, nell'arbitrato internazionale, è da condividere la tendenza a restringere l'area della non-arbitrabilità, salvo il dovere degli arbitri di applicare le norme di *public policy*.

### ***Effetti e limiti della convenzione arbitrale***

Gli effetti della convenzione arbitrale si possono produrre in tre direzioni: tra le parti, nei confronti dei giudici, nei confronti dei terzi.

*a)* Fra le parti, gli effetti sono puramente obbligatori: esse sono tenute a sottoporre le controversie all'arbitrato, rinunciando ad adire l'autorità giudiziaria ordinaria.

La mancata osservanza di tale obbligo non è tanto sanzionata con il risarcimento (pure possibile, almeno in teoria), quanto con la costituzione dell'organo arbitrale anche senza la collaborazione o contro la volontà dell'altra parte, il che costituisce di fatto una sorta di esecuzione specifica del relativo obbligo.

Altre volte (come nei Paesi di *common lato*), si raggiunge lo stesso scopo considerando l'arbitro nominato dal ricorrente come unico arbitro (è il caso dell'Inghilterra).

L'eventuale ostruzione della parte resistente può essere tale da impedire in pratica la costituzione del collegio arbitrale.

In tali casi, come rimedio estremo, alcune leggi (Svizzera, Svezia) o la giurisprudenza (USA



e Francia ) prevedono che i giudici riacquistino la giurisdizione

La soluzione non rende giustizia alla legittima aspirazione dell'altra parte di risolvere le dispute mediante arbitrato, ma sembra il male minore per evitare un totale *denial of justice* .

b) Nei confronti dei giudici, la convenzione arbitrale produce un effetto negativo, facendo venir meno la loro giurisdizione, con l'obbligo di astenersi dal giudicare.

Tale effetto non è riconosciuto ovunque; per esempio, secondo la *common law* inglese, il giudice può ancora giudicare se reputa che ci siano validi motivi quali, ad esempio, la nullità e/o l'inefficacia *prima facie* della convenzione.

La carenza di giurisdizione dei tribunali non ha comunque carattere assoluto, dovendo essere sollevata dalle parti nelle prime fasi del giudizio e non potendo essere rilevata *ex officio* (è il caso della Francia e dell'Italia).

Il problema è ovviamente affrontato anche dalle convenzioni internazionali.

La Convenzione di New York precisa che il giudice dovrà rinviare le parti all'arbitrato "*su richiesta di una di esse a meno che non accerti che detta convenzione è caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione*".

A sua volta, la Convenzione di Ginevra del 1961 offre poi ulteriori precisazioni.

In primo luogo, per l'art. VI.1, l'eccezione dell'esistenza di una convenzione arbitrale deve, a pena di preclusione, "*essere sollevata dal convenuto prima oppure al momento della presentazione delle sue difese di merito*".

L'art. VI, 3 prevede l'ipotesi che una procedura sia stata già introdotta prima del ricorso all'autorità giudiziaria: in tal caso i giudici dovranno astenersi, "*salvo gravi motivi, dal pronunciarsi sulla competenza dell' arbitro fino alla pronuncia della sentenza arbitrale*".

L'importanza di tale regola si apprezza osservando che, senza di essa, sarebbe troppo semplice paralizzare una procedura arbitrale, mediante la proposizione di un'istanza di

accertamento sulla inesistenza, nullità o caducazione della convenzione arbitrale, davanti ai giudici ordinari, con la conseguenza di dover attendere la soluzione di questa pregiudiziale per un lungo periodo di anni.

c) L'esame degli effetti della clausola arbitrale nei confronti dei terzi (*non signatories*) introduce il tema del gruppo di società, ciascuna delle quali sia dotata di propria autonomia e personalità giuridica.

Talvolta le Corti ed i tribunali arbitrali hanno esteso gli effetti della clausola arbitrale firmata dalla capogruppo anche ad altre imprese del gruppo, benché queste ultime non l'avessero sottoscritta. Ogni volta, però, la conclusione si è raggiunta sulla base delle circostanze di fatto; in particolare, si è posto l'accento non tanto (o non solo) sull'appartenenza al gruppo, quanto sul fatto che tale sottoposizione corrispondesse alla vera intenzione delle parti .

Sulla scorta della giurisprudenza maggioritaria si può comunque affermare che, benché il rapporto società-madre/società-figlia in se stesso non sia sufficiente perché chi non ha sottoscritto la clausola arbitrale possa essere obbligata ad accettare l'arbitrato, lo schermo della personalità giuridica può essere superato per prevenire (o sanzionare) comportamenti fraudolenti, oppure quando la madre domina e controlla completamente la figlia.

L'elemento necessario deve dunque consistere in un significativo controllo diretto delle attività della società figlia da parte della società madre. Allo stesso modo, il superamento della personalità giuridica si impone quando il controllo e la gestione della società figlia da parte della società madre ha contribuito a creare nei terzi l'illusione dell'unità.

Sono comunque necessari un elemento oggettivo (controllo e direzione unitaria) ed uno soggettivo (che il terzo contraente conosca e faccia affidamento sull'unità del gruppo).

Va tuttavia ricordato che tale orientamento continua ad essere estranea a molti ordinamenti:

ad esempio, in Panama e Costa Rica, con la conseguenza che in questi Paesi un lodo arbitrale che si basasse su di essa rischierebbe di essere annullato o l'esecuzione impedita per contrarietà all'ordine pubblico.

***Rinuncia e cessazione dell'efficacia della convenzione arbitrale.***

La cessazione di efficacia della convenzione arbitrale, in forza della sua autonomia, può solo verificarsi per cause inerenti la stessa e non per quelle inerenti il contratto che la contiene.

L'effetto della convenzione arbitrale, in quanto tale, non viene toccato dall'intervenuta prescrizione del diritto fatto valere: tale prescrizione (ove le parti intendano avvalersene) potrà essere sollevata solo come eccezione per respingersi la domanda, ma non per opporsi al procedimento arbitrale.

Quanto alla transazione, la giurisprudenza reputa che essa non tocchi l'efficacia della convenzione; pur tuttavia, essendo uno strumento di risoluzione della lite, essa è novativa (vedi ad es. art. 1976 c.c. it.), e come tale estingue la clausola compromissoria.

La convenzione perde efficacia anche se le parti vi rinunciano, esplicitamente o implicitamente: il caso “di scuola” è rappresentato dall'ipotesi in cui, nonostante la clausola, l'attore si rivolge ai giudici ordinari ed il convenuto si costituisce e difende senza eccepire la carenza di giurisdizione.

In qualche ordinamento (ad es. Costa Rica ) si prevede che le parti possano decidere, di comune accordo, di porre nel nulla la clausola compromissoria, durante tutto il procedimento arbitrale.

L'eventuale ritardo nella nomina dell'arbitro non costituisce rinuncia, atteso che vi si può supplire o col supporto dei giudici ordinari o con il regolamento arbitrale.

Neppure è causa di cessazione dell'efficacia della convenzione il fatto che gli arbitri non abbiano emesso il lodo entro il termine prescritto, perché quand'anche gli stessi avessero perso la giurisdizione, nulla impedisce alle parti di dare inizio ad un nuovo arbitrato ( a meno che le parti abbiano convenuto un termine perentorio per dare inizio alla procedura arbitrale, con l'effetto che la decorrenza dello stesso impedisce la promozione in epoca successiva di un nuovo procedimento).

### ***L'autonomia della convenzione arbitrale.***

Strettamente legato al tema precedente è quello dell'autonomia della convenzione arbitrale.

Secondo un principio comunemente accolto, la nullità di un contratto comporta la nullità di tutte le sue clausole, a meno che sia possibile "*separarlo*" in diversi "*pezzi*" che abbiano autonomia causale, perché in tal caso si applica la regola *vitiatur sed non vitiat*.

Nel nostro tema si pone il problema della sorte della convenzione arbitrale nell'ipotesi in cui il contratto cui inerisce risulti affetto da nullità.

A favore della tesi della caducazione si afferma che la clausola compromissoria è contenuta nello stesso contratto che si assume nullo, ed anzi ne costituisce un elemento importante.

Si obietta però che un contratto può risultare come la "somma" di diversi documenti, che non necessariamente ne intaccano l'unicità.

Inoltre, legare la convenzione arbitrale alla eventuale sorte del contratto sarebbe comunque contrario alla volontà delle parti ogni qualvolta le stesse, esplicitamente o implicitamente, desiderano che gli arbitri decidano anche sulla validità o efficacia del contratto di cui la convenzione fa parte.

Vi è chi sostiene che non bisogna attribuire a tale distinzione effetti troppo marcati.

Conseguentemente, se il vizio fosse talmente grave da far dubitare *ictu oculi* sull'esistenza

stessa del contratto, alla stessa sorte non potrebbe sfuggire la clausola compromissoria.

Questa è la ragione per la quale alcune istituzioni arbitrali prevedono un esame preliminare: la Corte arbitrale, se il resistente non presenta la risposta o solleva la questione di inesistenza della clausola, decide se *prima facie* una clausola arbitrale possa esistere (CCI art. 6.2).

Allo stesso risultato perviene il regolamento di Milano il cui art. 13 (versione 2004) intitolato "Procedibilità dell'arbitrato" dispone che *"Se una parte contesta l'applicabilità del regolamento, prima della costituzione del Tribunale arbitrale, il Consiglio arbitrale dichiara la procedibilità o l'improcedibilità dell'arbitrato"*

La mancata affermazione della regola dell' autonomia avrebbe per altro “ucciso sul nascere” lo sviluppo dell' arbitrato, perché l'eccezione di nullità del contratto, che contiene la convenzione arbitrale, rappresenterebbe una via di fuga sempre e comunque praticabile.

Il favore sempre più marcato per l'arbitrato ha portato al riconoscimento dell'autonomia della convenzione arbitrale sia all'interno dei singoli ordinamenti che nella prassi e nelle convenzioni internazionali.

In Francia il principio è previsto nell'art. 1443 del codice di procedura civile.

In Belgio è nello stesso senso l'art. 1697, comma 2°, introdotto nel 1982, riprendendo una norma contenuta nella Convenzione di diritto uniforme del Consiglio d'Europa.

In Italia l'autonomia era affermata unanimemente da dottrina e giurisprudenza ed è ora sancita dal nuovo art. 808.3 c.p.c.

In Panama il decreto legge n. 5/1999 dichiara esplicitamente, all'art. 7.4, l'autonomia della convenzione arbitrale. Nello stesso senso si pongono l'art. 343 del c.p.c. romeno, aggiornato con la legge n. 59 del 23.7.1993, nonché la legge turca *sull'International Arbitration* (LIA) del 2001-art. 4.

Devono poi essere ricordati, tra gli altri, e nel medesimo senso, l'art. 1053 c.p.c. olandese, come modificato *dall'Arbitration Act* del 1986; l' art. 178.3 LDIP svizzero; art. 8 della legge n. 36/88 spagnola (oggi art. 9 legge 60/2003); l'art. 8 legge brasiliana n. 9.307 del 23.9.1996; l' art. 458 *bis* 1.4 c.p.c. del decreto lgs.algerino n. 93-09 del 25.4.1993; art. 61.1 legge tunisina n. 93-42 del 26.4.1993; art. 23 legge egiziana n. 27 del 1994, aggiornata con la L.n. 8/2000.

Tradizionalmente la *common law* inglese era riluttante ad ammettere tale regola, che ha trovato il suo *leading precedent* nel caso *Harbour v. Kansa*, dove la High Court nel 1991 e la Court of Appeal nel 1993 hanno declinato la giurisdizione su un ricorso per illiceità del contratto di riassicurazione contenente la clausola arbitrale, per essere lo stesso in contrasto con la disciplina che regolava l'esercizio dell'assicurazione.

Oggi dunque l'autonomia è generalmente riconosciuta, facendo leva sulla dottrina della *separability*, in base alla quale si è ritenuto legittimo sottoporre il contratto ad una legge e la clausola compromissoria ad una legge diversa .

Negli Stati Uniti si era per lungo tempo dubitato della autonomia della clausola compromissoria, sinché la Corte Suprema, nel caso *Prima Paint* del 1967, comunemente considerato una pietra miliare, ha dichiarato che tale autonomia poteva essere affermata tutte le volte che non risultasse "*una diversa intenzione delle parti*" .

Come conseguenza di tal punto di approdo, oggi anche i regolamenti delle istituzioni arbitrali, che vivono nell' ambito della *common law*, affermano l'autonomia della convenzione arbitrale.

L'autonomia della convenzione arbitrale è poi affermata in molti regolamenti arbitrali: si vedano le regole UNCITRAL il cui art. 21.2 chiarisce che la clausola arbitrale, ai fini di stabilire la competenza del tribunale arbitrale, sarà trattata come un accordo indipendente

dalle altre parti del contratto; l'art. 6.4 del regolamento CCI .

Fra le convenzioni internazionali, mentre quella di New York nulla dice, quella di Ginevra 1961 accoglie, seppure implicitamente, la teoria dell'autonomia al suo art. V. 3, e lo stesso fa la Convenzione di Washington del 1965, il cui art. 41.1 dispone che "*il tribunale sarà giudice della sua propria competenza*".

### ***La convenzione arbitrale nei contratti con Stati o imprese di Stato.***

Una percentuale sempre maggiore degli scambi internazionali globali avviene oggi con gli Stati o con loro emanazioni (*instrumentalities*).

Pur tuttavia, non c'è altro settore del commercio internazionale dove le regole di diritto siano più incerte e le soluzioni proposte più discutibili.

Quando gli Stati intervengono come uno dei contraenti, è molto probabile che molte delle problematiche legate ai contratti internazionali ed ai relativi arbitrati mutino.

Al riguardo, è stata coniata una terminologia variegata: da *international* o *internationalized contracts* a *quasi-international agreements*; da *economic development agreements* (*government contracts*) a *transnational agreements*; formule espressive di una categoria eterogenea di fattispecie contrattuali, raggruppate però dal comune denominatore della natura statale o pubblica di uno dei contraenti.

I contratti di cui si discute "scontano" spesso il desiderio degli Stati di sottoporre il contratto esclusivamente alla propria legge nazionale, oppure di considerare competenti per conoscere delle controversie soltanto i propri giudici nazionali, oppure, ancora, di invocare i poteri di sovranità su tutto ciò che concerne gli atti di politica economica, circostanze queste che portano ad escludere l'arbitrato da tali contratti.

Lo Stato come *partner* contrattuale, si incontra più spesso in particolari tipologie di

contratti: finanziamenti internazionali; "concessioni" (per lo sfruttamento di miniere, esplorazioni petrolifere o lo sviluppo economico di certe aree); forniture di beni o servizi; cooperazione industriale; appalti per grandi opere pubbliche.

Tali contratti sono poi più frequenti con Paesi ad economia centralizzata o di Stato.

Un primo problema che si pone riguarda la legge cui è sottoposto il contratto, sul quale interagiscono due fattori: da un lato, il fatto che uno dei due contraenti è un soggetto di diritto internazionale; dall' altro il desiderio della parte privata di evitare che sul rapporto contrattuale vengano a pesare atti unilaterali emanati, nell' esercizio dei poteri sovrani spettantigli, dagli organi dello Stato che è parte del rapporto .

Il tentativo di "denazionalizzare" il contratto può essere perseguito dalla parte privata, ad esempio, riconoscendo agli arbitri la facoltà di agire come "amichevoli compositori", ovvero ricorrendo espressamente agli usi commerciali internazionali, ovvero ancora alle regole di buona fede.

Gli Stati tuttavia sono di solito restii a rinunciare definitivamente alle proprie prerogative sovrane invocando, normalmente, la dottrina dell'immunità per opporsi alla sottoposizione ad una giurisdizione o all'esecuzione di sentenze straniere o di arbitrati esteri o internazionali, ovvero emanando norme che non ammettono l'arbitrato internazionale, o, ancora, non accettando clausole compromissorie o, infine, procedendo ad atti di potere sovrano (ad esempio, nazionalizzazioni).

Un possibile "antidoto, a tali pericoli è costituita dalle cosiddette clausole di "intangibilità", mediante le quali in un contratto fra Stati od enti pubblici e privati stranieri i primi si obbligano a non provocare unilateralmente la modifica, l'abrogazione o l'inesecuzione del rapporto contrattuale, emanando provvedimenti, legislativi o amministrativi, posteriori.



Una variante di questa clausola è quella chiamata anche "di stabilizzazione", che dichiara fissato al momento della conclusione del contratto lo stato del diritto interno dello Stato contraente, che sia, da solo o in concorso con altre fonti, applicabile al contratto .

Tale clausola è frequente negli appalti o nelle concessioni petrolifere, ma non ne mancano esempi nei contratti di trasferimento della tecnologia.

La presenza di una di tali clausole potrà dunque condurre l'arbitro a disapplicare l'eventuale *subsequent legislation* o comunque a ritenere la stessa fonte di responsabilità (a prescindere dalla questione se la violazione di una clausola di stabilizzazione configuri, a carico dello Stato che vi procede, un illecito internazionale).

Anche chi sostiene che non è possibile negare allo Stato la facoltà dell'esercizio di suoi poteri sovrani (l'emanazione di una nuova legge), non potrà negare che, se c'era un impegno formale in senso contrario assunto verso terzi, la mancata osservanza dello stesso sarà fonte di responsabilità,

che *potrà certamente* risolversi nel risarcimento dei danni.

I problemi diventano assai più complessi quando il contraente è un'impresa di Stato: infatti nelle moderne articolazioni dello Stato quest'ultimo persegue i suoi obiettivi economici agendo non più direttamente, ma per mezzo di enti od organismi che esso ha creato, spesso dotandoli di autonomia

giuridica, e che controlla totalmente (*instrumentalities* o *émanations*).

Questa peculiarità irradia le sue conseguenze non solo sul profilo dei limiti dell'estensione soggettiva dell'immunità dello Stato, ma altresì sui criteri di responsabilità dell'Organo rispetto alle sue obbligazioni contrattuali.

Al riguardo, considerare le imprese di Stato come organi dello Stato stesso significherebbe, se non attrarle potenzialmente nell'orbita dell'immunità, almeno far loro godere delle

conseguenze di una legge o provvedimento successivo dello Stato; al contrario, non ritenerle mai come "organo" dello Stato, bensì come entità autonome e distinte, potrebbe condurre alla conseguenza per il quale questi non risponderà mai dell'inesecuzione di obbligazioni contrattuali da parte delle proprie Imprese (sebbene a questo pericolo si potrebbe ovviare con il ricorso alla teoria della responsabilità extracontrattuale dello Stato che, con il suo comportamento od atto legislativo, ha causato ad un terzo un danno).

Il problema attiene più alla fase esecutiva che non a quella giurisdizionale.

Che nessuna delle soluzioni sia soddisfacente è dimostrato, per altro, dal fatto che gli Stati hanno invocato or l'una or l'altra interpretazione secondo la convenienza. Così la Libia nella complessa vicenda Lianco si è attenuta alla prima interpretazione per evitare azioni esecutive sui beni situati all'estero della propria Banca di Stato e delle altre sue banche, mentre gli Stati ex Sovietici, per non rispondere di inadempimento delle imprese per l'import/export, hanno sostenuto la completa separazione ed autonomia dalle stesse.

Soprattutto quando si contrae con altri Paesi conviene dunque far ricorso alla clausola della rinuncia espressa ad ogni pretesa all'immunità giurisdizionale, quale che poi possa essere la sua tenuta concreta .

Altre cautele possono consistere nella clausola di "stabilizzazione" nell'escludere dalla *force majeure l'act of State*; nel richiedere idonee garanzie.

Infine, quanto alla clausola arbitrale, si suggerisce il ricorso alla Convenzione di Ginevra del 1961 oppure un riferimento alla Convenzione di Washington.

La capacità di compromettere in arbitri dello Stato e delle persone giuridiche di diritto pubblico pone problemi particolari: in via preliminare, a causa del tentativo di sottrarsi a qualsiasi giudizio, invocando l'immunità; in secondo luogo per il rifiuto di sottoporsi ad una giustizia privata, ritenuta

comunque meno nobile di quella organizzata dagli Stati stessi.

Al riguardo, si rileva come la Convenzione di Ginevra del 1961 all'art. II disponga che *"le persone qualificate dalla legge applicabile nei loro confronti come "persone giuridiche di diritto pubblico" hanno la facoltà di concludere validamente delle convenzioni di arbitrato"*. Un passo ulteriore è stato poi compiuto dalla Convenzione di Washington del 1965 e da quella di Seul del 1985 (MIGA), che espressamente richiedono agli Stati, dove vengono effettuati investimenti esteri, di sottomettersi alla procedura arbitrale ivi eventualmente prevista.