SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLIV

CARLO RASIA

TUTELA GIUDIZIALE EUROPEA E ARBITRATO

BUP Bononia University Press

Ai miei genitori

Al mio Maestro,
professor Paolo Biavati

Opera stampata con il contributo di

FONDAZIONE DEL
MONTE
1473

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2010 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-577-1

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: novembre 2010

"Dualité de légitimités
mais communauté d'éthique et de fin,
diversité de voies et de moyens
mais unité fonctionnelle,
parallélisme
mais aussi convergences,
telles nous apparaissent aujourd'hui
dans toute leur vérité
justice étatique et justice arbitrale".

Bruno Oppetit,
Théorie de l'arbitrage,
Parigi, 1998, p. 34

PREMESSA

Uno studio sull'arbitrato nell'ordinamento europeo acquista il sapore di una sfida ma al contempo è un invito ad intensificare l'attenzione sull'uso della giustizia privata nello spazio dell'Unione, in particolare in quel contesto di globalizzazione dei mercati e del diritto con cui ogni giurista deve inevitabilmente confrontarsi.

È un dato acquisito che il mercato globale, dal secondo dopoguerra ad oggi, ha portato ad un ripensamento della dimensione spaziale degli ordinamenti e all'arretramento della sovranità degli Stati, allargando, anche a causa delle disfunzioni dell'organizzazione giudiziaria statale, il fenomeno della privatizzazione della giustizia: in un ordinamento aperto, senza confini, infatti, si indebolisce l'idea di una giustizia imposta dallo Stato, mentre si rafforzano le esigenze che spingono a lasciare spazio ai privati.

Ecco che, sul piano strettamente delle tutele, la nozione classica di giurisdizione si evolve ed assume un'accezione moderna di "servizio di soluzione delle controversie", ove l'attenzione non è più puntata sulla natura dell'organo che deve decidere, ma sul destinatario del provvedimento (il "consumatore della giustizia") e sulla protezione dei suoi diritti, cui deve garantirsi, di fronte ad ogni giudicante, un livello di giustizia efficiente.

In una logica di globalizzazione, l'intreccio tra arbitrato ed ordinamento europeo è pertanto uno dei crocevia possibili dell'approccio (ancora in progredire) della giurisdizione "modernamente inte-

sa" ove la garanzia della tutela giurisdizionale del destinatario finale, il cittadino, costituisce la cartina di tornasole del grado di evoluzione dell'intreccio stesso.

Questo studio ha al centro della sua analisi proprio la tutela del cittadino dell'Unione avanti all'arbitro convenzionalmente istituito, sulla base dell'idea, che dovrà essere sottoposta a dimostrazione, secondo cui il singolo, e in particolare la difesa dei suoi diritti, costituisce il vero punto di congiunzione tra l'ordinamento europeo e lo strumento arbitrale privato.

L'esame muove dalla constatazione storica, ma anche normativa, che, per lungo tempo, l'arbitrato e l'ordinamento europeo si sono trovati su due piani paralleli senza punti di convergenza, ignorandosi vicendevolmente. Proprio la globalizzazione dei mercati ha cominciato, invero, a creare momenti di inevitabile contatto, ove l'arbitrato, strumento ottimale per la soluzione delle controversie di vocazione economico-commerciale, si è trovato a misurarsi con norme di ordine pubblico economico di derivazione europea, il cui compito era proprio quello di regolare e tutelare il mercato all'interno dell'(allora) spazio comunitario. L'evoluzione del fenomeno interattivo mostra che, grazie anche a decisioni importanti della Corte di giustizia, i due istituti hanno iniziato, a poco a poco, a creare uno spazio di leale convivenza nell'alveo economico-commerciale dove hanno cercato tuttavia di sopravvivere autonomamente, senza necessità di imporre reali vincoli relazionali.

Lo studio che ci si appresta ad affrontare parte proprio da qui, prendendo atto dello stato dell'arte e proponendosi di mostrare che le corrispondenze tra questi due fenomeni sono senz'altro possibili, sebbene devono essere rivolte più alla protezione del cittadino che alla (sola) tutela del mercato, diversamente da ciò che emerge dalle attuali impostazioni dottrinarie.

L'intento è pertanto quello di dimostrare se di fronte all'arbitro, per diritti di derivazione europea, il cittadino europeo (ma anche ogni individuo) possa trovare gli stessi standard di tutela che rinverrebbe avanti ad un giudice dello Stato. A tale scopo si dovrà esaminare se la disciplina positiva contenuta nei trattati europei, così co-

me modificati dall'entrata in vigore dal trattato di Lisbona, promuove tale uguaglianza di tutela.

Anticipo sùbito che quest'ultimo trattato ha mutato il significato da attribuirsi all'ordinamento dell'UE, ritenendo abbandonati gli obiettivi strettamente economici delle Comunità a favore di una politica legislativa e giudiziaria del cittadino europeo all'interno dell'Unione, ove si incentivi, tra l'altro, in modo ampio ed effettivo, l'accesso agli strumenti di giustizia e di tutela dei diritti (art. 81, comma 2, lett. e), tr. Fue). Come dimostreremo nei vari momenti di relazione tra arbitrato ed Unione, quest'ultima disposizione permette di prendere atto proprio dal "diritto vivente" di una nuova scelta di campo adottata da parte del legislatore europeo che, promuovendo una giustizia ad ampio raggio, arriva a slegare l'arbitrato dalla sola prospettiva economica o di mercato, facendolo rientrare a pieno titolo tra i mezzi di tutela a disposizione dei cittadini europei ed acconsentendogli di raggiungere il medesimo scopo di giustizia del processo statale, senza tuttavia il tramite della sovranità dello Stato.

Naturalmente è evidente che, dietro a questa conclusione, si danno per scontati, come postulati ampiamente dimostrati dalla dottrina moderna, sia una comunanza funzionale tra arbitrato e giudizio ordinario, sia un'accezione di giurisdizione, in un contesto globalizzato, svincolata dalla sovranità e polarizzata sull'obiettivo di tutela dei diritti.

A questo punto mi pare utile dare qualche indicazione più dettagliata circa il piano del presente lavoro.

Dopo un primo capitolo di carattere introduttivo che svolge un'indagine sulla normativa europea che si occupa di arbitrato, evidenziandone un atteggiamento multiforme da parte delle istituzioni dell'Unione, il secondo capitolo concentra l'attenzione sul potere degli arbitri di ricorrere allo strumento pregiudiziale *ex* art. 267 tr. Fue ed analizza il veto della giurisprudenza del Kirchberg sul punto, concentrando l'analisi sulla comunanza funzionale tra arbitrato e giudizio statale.

Nel successivi due capitoli si esaminano, dal punto di vista arbitrale, l'ordinamento europeo e le sue relazioni con l'arbitrato convenzionale: in particolare, si studia il problema dell'applicazione

della normativa europea sia di fronte agli arbitri sia di fronte ai giudici statali in sede di controllo del lodo. Il terzo capitolo è così dedicato, nell'ottica strettamente processuale, ai problemi che l'arbitro incorre nell'applicare il diritto europeo: si affronta il tema dell'arbitrabilità delle controversie nelle quali si ritrova ad applicarsi il diritto europeo, in particolare quello inderogabile, quale quello antitrust o quello consumeristico, nonché ci si sofferma sul potere dell'arbitro di applicare la normativa europea anche d'ufficio. Il quarto capitolo è invece dedicato al sindacato che svolge il giudice statale in sede di impugnazione e di riconoscimento/esecuzione di un lodo in procedimenti arbitrali ove si è applicato o si doveva applicare il diritto dell'Unione. In tutta questa parte, il lavoro analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia, quella arbitrale e quella dei principali Stati membri.

Nel capitolo quinto, infine, si esamina il tema dell'arbitrato nello spazio giudiziario europeo in particolare in relazione alla normativa processuale uniforme del reg. Bruxelles I e della conv. di Lugano, focalizzando l'attenzione ai casi di conflitto di giurisdizione che la materia arbitrale crea con il giudice statale ed analizzando quali sono gli spazi per un'applicazione della disciplina processuale europea anche per gli arbitri.

All'esito dell'indagine, nelle pagine conclusive, ci si ripropone una lettura sistematica del fenomeno arbitrale all'interno dell'Unione, giungendo al risultato che anche l'arbitrato costituisce, sotto il profilo funzionale, uno strumento idoneo alla tutela giudiziaria dei cittadini all'interno dell'ordinamento europeo più di quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia continui a mostrare di ritenere, tesi questa che trova fondamento positivo proprio nell'art. 81 tr. Fue, recentemente introdotto dal trattato di Lisbona.

Capitolo I

IL FENOMENO ARBITRALE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO: UNA PRIMA INTRODUZIONE

"La relation entre l'arbitrage et le droit européen
est caractérisée par un mélange d'amour et de haine
ou mieux (car plus modéré) par une sympathie teintée de réserve".

van Gerven, *L'arbitrage dans le droit européen*,
in *Rev. de droit intern. et de droit comparé*, 1995, p. 67

1. *Premessa: l'evoluzione dei rapporti tra arbitrato e ordinamento europeo*

Nell'ultimo trentennio, le relazioni tra lo strumento arbitrale e l'ordinamento europeo sono state oggetto di numerosi e approfonditi studi, anche di carattere monografico[1], che tuttavia hanno faticato

[1] Nel panorama letterario europeo, si rivengono due lavori monografici in tema di arbitrato e ordinamento europeo: cfr. Shelkoplyas, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Gronigen, 2003 e Zobel, *Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht. Im Spannungsverhältnis zwischen Integration und Exklusion*, Tübingen, 2005. È opportuno sottolineare che mentre la Shelkoplyas, analizzando le problematiche applicative del diritto europeo in arbitrato, punta l'attenzione sul contrasto tra la necessità di applicazione uniforme ed effettiva dell'ordinamento europeo e il rispetto dei principi nazionali di "non interferenza" da parte dei giudici statali nel corso dell'arbitrato e nel controllo del lodo, il lavoro della Zobel è focalizzato essenzialmente sull'esame dei rapporti tra arbitrato e diritto europeo nell'applicazione della convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali (oggi reg. Roma I) da parte degli arbitri e sul divieto degli

non poco nel ritrovare e nel condurre a coerenza sistematica i punti di contatto tra i due istituti. Pur muovendo da presupposti teorici diversi, le indagini svolte hanno messo in luce la reciproca indifferenza che per lungo tempo ha caratterizzato il rapporto tra arbitrato ed Unione europea, in particolare sul piano normativo[2]. In un celebre scritto in materia, Charles Jarrosson e Laurence Idot sottolineavano che l'arbitrato e il diritto comunitario erano due istituti che, in principio, si ignoravano "assez largement", non costituendo la soluzione arbitrale delle liti una priorità delle istituzioni per l'edificazione delle Comunità[3]. Gli stessi studiosi francesi avevano, tuttavia, modo di constatare che "[d]es rencontres de plus en plus fréquentes entre l'arbitrage et le droit communautaire deviennent inévitables en raison su développement concomitant de la construction européenne et de l'arbitrage, tant interne qu'international"[4]. Nessuno poteva negare infatti che, da un lato, lo sviluppo delle relazioni commerciali sul piano internazionale e la mondializzazione degli scambi conduceva gli operatori di settore a trovare nell'arbitrato lo strumento ottimale per la risoluzione delle liti, mentre, dall'altro, il sopravvenire inarrestabile dell'ordinamento europeo, regolatore di situazioni macroeconomiche, proponeva esso stesso un nuovo insieme di regole, primariamente commerciali, a vocazione transnazionale. Era evidente, pertanto, che il campo di azione fra i due fenomeni si presentava, già nella seconda metà del secolo scorso, molto simile se non a volte coincidente.

Nel corso degli anni, gli incontri tra i due istituti si sono moltiplicati e l'interazione, da affare della sola dottrina, ha trovato spunti anche nelle fonti del legislatore europeo che ha cominciato a riconoscere, accanto alla giustizia togata, forme di giustizia privata sia arbitrale che in generale stragiudiziale. È quindi stata la volta delle giurisprudenze nazionali, ma anche degli arbitrati istituzionali (co-

---

stessi all'utilizzo del rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 tr. Ce (oggi nuovo art. 267 tr. Fue).

[2] Bonassies, *Arbitrage et droit communautaire*, in Aa.Vv., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Parigi, 1991, pp. 21-22.

[3] V. la voce *Arbitrage*, in *Encyclopedie Dalloz, Repertoire de Droit communautaire*, Parigi, 1992, p. 1.

[4] *Ibidem*.

me la *Icc* di Parigi)[5] e della giurisprudenza della Corte di giustizia che, più delle altre, per la sua autorevolezza interpretativa, ha avuto il pregio di alimentare la discussione tra i due fenomeni. Proprio i giudici del Kirchberg, dal 1982 con la sentenza *Nordsee* fino ai casi *West Tankers* e *Asturcom* del 2009, hanno contribuito a risolvere vari profili problematici di interazione, supplendo ai vuoti normativi, ed andando a tessere, attraverso la soluzione di talune questioni concrete (come l'arbitrabilità delle controversie europee antitrust, il rinvio pregiudiziale da parte degli arbitri, i rapporti tra arbitri e giudici nello spazio dell'Unione, e via dicendo) le maglie delle relazioni tra questi due mondi, solo trent'anni prima ritenuti lontani.

2. *Riconoscimenti normativi europei nei confronti dell'arbitrato*

È bene precisare da subito che l'indagine delle relazioni tra arbitrato ed ordinamento europeo può essere svolta sotto due visuali: o dal punto di vista europeo, analizzando se l'Unione prende in considerazione lo strumento arbitrale; o dal punto di vista arbitrale, esaminando se le legislazioni nazionali sull'arbitrato, gli arbitri o i giudici nazionali in sede di impugnazione e riconoscimento/esecuzione dei lodi si trovano ad esaminare questioni di diritto europeo. Lasciando quest'ultimo profilo ai capitoli III e IV che seguiranno, è qui interesse soffermarsi sul primo – cioè sull'analisi delle fonti e del comportamento delle istituzioni europee nei confronti dell'arbitrato[6] – e vedere, innanzitutto, se esistono norme di diritto europeo che si occupano d'arbitrato e, in caso di risposta positiva, quali considerano l'arbitrato uno strumento di risoluzione delle controversie, specificando se il legislatore europeo sostiene comunque l'utilizzo di metodi risolutivi che non siano quelli giudiziali statali.

---

[5] Non deve meravigliare l'utilizzo del termine *giurisprudenza arbitrale*, peraltro già da tempo riconosciuta dalla dottrina quando si vuole indicare l'insieme delle decisioni di arbitrati amministrati. Sul punto, Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial International*, Parigi, 1996, n. 384.

[6] Così come farò nel cap. II e nel cap. V.

Prima di rispondere a questi quesiti è necessario tenere a mente due punti fondamentali, per evitare fraintendimenti.

a) In primo luogo, non esiste alcun testo europeo che tratti in via generale ed esaustiva del fenomeno arbitrale e, a volte, quando l'arbitrato viene menzionato, ciò viene fatto o in maniera negativa (come nel reg. Ce n. 44 del 2001) o in maniera incidentale (come nella direttiva Ce n. 93/13 a proposito della materia consumeristica).

b) In secondo luogo, l'opzione di scelta per metodi stragiudiziali non comporta normalmente riconoscimento dell'arbitrato da parte del legislatore (v. oltre par. 3).

Vediamo, a questo punto se le disposizioni europee ed in origine quelle comunitarie si sono occupate, menzionandolo, dello strumento arbitrale[7].

Passando in rassegna le diverse fonti, quanto a quelle primarie, va notata innanzitutto la presenza nel trattato Ce, nella versione originaria del 1957, dell'art. 293 (*ex* art. 220), che offriva la possibilità agli Stati membri di avviare negoziati per semplificare il riconoscimento e l'esecuzione reciproca delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali[8]. Nell'adempiere all'obbligo di contrarre stabilito dalla norma[9], tuttavia, gli Stati membri, al momento della stipula della

[7] Si fa menzione, per fini meramente storiografici dell'evoluzione dell'istituto, da qui in avanti anche delle fonti di diritto comunitario, seppure parte di esse sono state abrogate dal trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea (in *Gazz. uff. Un. eur.*, C. 306 del 17 dicembre 2007, p. 1 ss.), che, in vigore dal 1° dicembre 2009, ha chiuso la fase comunitaria della storia europea.

[8] L'art. 293 tr. Ce (abrogato) prescriveva: "Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: – la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini, – l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità, – il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma 2, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali".

[9] Non era del resto priva di significato la lettera dell'art. 293 tr. Ce ove prevedeva espressamente che i suddetti negoziati fra gli Stati verranno avviati solo "per quanto occorra".

convenzione di Bruxelles del 1968, hanno limitato il suo àmbito di applicazione alla circolazione delle sentenze pronunciate dal giudice statale, giustificando tale scelta con la presenza di altre convenzioni specifiche già vigenti in materia (in specie, la convenzione di New York del 1958). Anche successivamente, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 65 tr. Ce sulla cooperazione giudiziaria in materia civile (che pure si riferiva espressamente alla circolazione anche delle "decisioni extragiudiziali"[10]) le istituzioni, nel trasformare la convenzione nel regolamento Ce n. 44 del 2001, hanno confermato la scelta del testo convenzionale, escludendo ancora una volta l'arbitrato[11].

L'art. 65 è stato abrogato e sostituito, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, dall'art. 81 tr. Fue, il quale non ha solo ribadito come le disposizioni precedenti che l'Unione deve sviluppare una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziali e stragiudiziali, ma ha anche aggiunto – per la prima volta – oltre al sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari – la necessità di adottare "metodi alternativi per la risoluzione delle controversie" (comma 2, lett. g)), incentivando un "accesso effettivo alla giustizia" (comma 2, lett. e)), nozione che non restringe, come vedremo meglio oltre, l'àmbito di tutela giurisdizionale alla via giudiziaria, ma rende ipotizzabile nel quadro europeo una tutela del cittadino anche di fronte ai giudici privati.

Uno spunto a favore dell'arbitrato sembra desumersi, secondo parte della dottrina, dagli artt. 272 e 273 tr. Fue (*ex* artt. 238 e 239

[10] Recitava l'abrogato art. 65 (*ex* art. 73 M) tr. Ce: "Le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, da adottare a norma dell'articolo 67 e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno, includono: a) il miglioramento e la semplificazione: – del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; – della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; – del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali […]".

[11] Anche altri regolamenti comunitari, oltre al reg. n. 44 del 2001, che sono frutto dell'art. 65 dal trattato hanno escluso esplicitamente dal loro àmbito di applicazione l'arbitrato (si veda il reg. n. 2201 del 2003, il reg. n. 805 del 2004, il reg. n. 861 del 2007), ma non così il reg. n. 1206 del 2001, il reg. n. 1896 del 2006, il reg. n. 1393 del 2007 e il reg. n. 4 del 2009.

tr. Ce)[12], i quali menzionano i concetti di clausola compromissoria e di compromesso[13]. La prima disposizione, grazie al rinvio dell'art. 256 tr. Fue, attribuisce al Tribunale di primo grado la competenza a giudicare in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra le istituzioni europee e i privati (frequente è il suo uso nei contratti di appalto); la seconda permette alla Corte di giustizia di conoscere qualsiasi controversia insorta fra Stati membri in connessione con l'oggetto del trattato, quando le venga sottoposta in virtù di un compromesso[14]. Dalla lettura del dettato normativo scaturiscono due considerazioni: a) nessuna delle due norme lascia spazio ai giudici dell'Unione di giudicare nelle controversie contrattuali insorte tra privati, b) deve ritenersi preclusa alle parti la possibilità di scegliere altra procedura da applicare che non sia quella stabilita dai regolamenti processuali degli organi europei[15].

Sono dell'idea che questi due profili bastino ad eliminare allo strumento stabilito dall'art. 272 tr. Fue i tratti dell'arbitrato di diritto privato: infatti, a) non si permette l'utilizzo di tale mezzo come metodo risolutivo di controversie tra cittadini europei; b) imponendo le norme del procedimento, peraltro coincidenti con quelle di un procedura di un organo giurisdizionale, si assegna alla clausola di ricorso al giudice europeo connotati di clausola attributiva della giurisdizione più che di clausola arbitrale[16]. Quanto, invece, alla figura

---

[12] Cfr, gli analoghi artt. 153 e 154 tr. Ceea.

[13] V. la dottrina *infra* in nota 16.

[14] Recitano gli artt. 272-273 tr. Fue: "Art. 272. La Corte di giustizia è competente a giudicare in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di diritto pubblico o di diritto privato stipulato dall'Unione o per conto di questa". "Art. 273. La Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso".

[15] Come è stato confermato dalla stessa giurisprudenza europea che non presenta precedenti a riguardo.

[16] La dottrina si è divisa nel qualificare o meno quali procedimenti arbitrali quelli delineati dalle due disposizioni di cui ci si occupa. In senso ostativo v. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, 4ª ed., Milano, 2009, pp. 86-87, Condinanzi-Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 319 ss. Parla di una funzione "solo apparentemente arbitrale", Frigo, *L'arbitrato e il diritto comunitario*, in Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, p. 487 ss., spec. p. 507. La discussione si è concentrata principalmente sull'art. 272 tr. Fue (*ex* 238 tr. Ce e già art. 181 tr. Ce) e sul fatto

delineata dall'art. 273 tr. Fue, qui non c'è interesse a trattenersi poiché si tratta di una vera e propria clausola arbitrale di diritto pubblico, tipica del diritto internazionale, che non produce effetti diretti sui cittadini[17].

Passando quindi ad esaminare il trattato Ceea, sopravvissuto oggi nonostante l'entrata in vigore del testo di Lisbona, un cenno al-

---

se la clausola compromissoria ivi citata sia una vera clausola arbitrale (Briguglio, *L'art. 181 tr. Ce fra giurisdizione ed arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 110 ss.) o più semplicemente una clausola attributiva della giurisdizione ai giudici europei in deroga alla giurisdizione o alle giurisdizioni nazionali (Burst, *L'arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennees*, in *Rev. arb.*, 1979, p. 109). L'unico punto pacifico tra i due schieramenti è che il processo che ne segue è integralmente regolato dalle norme di diritto processuale dell'Unione contenute nei trattati, nello Statuto della Corte di giustizia e nei regolamenti di procedura (v. art. 38, par. 6, reg. Corte, v. art. 44, par. 5-*bis*, reg. Trib.). Il diritto europeo sarà il diritto sostanziale applicabile al merito, come quello che regolerà anche la validità dell'accordo, la decisione del Tribunale di primo grado sarà impugnabile avanti la Corte di giustizia, la decisione del Tribunale e della Corte avranno efficacia di titolo esecutivo al pari delle altre sentenze europee *ex* artt. 254, ult. comma, e 280 tr. Fue. Punti di distanza rimangono quelli della possibilità di deroga alle norme processuali europee (possibilista Schmitthoff, *Arbitration and EEC law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1987, p. 156), come quello di statuire per equità (Idot, *Arbitrage et droit communautaire*, in *Rev. droit affaires internationales*, 1996, p. 586; *contra*, Burst, *L'arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennes*, cit., p. 109). I giudici di Lussemburgo, in virtù della clausola compromissoria contenuta in un contratto, possono conoscere solo delle domande derivanti dal contratto o che siano in relazione diretta con le obbligazioni derivanti da tale contratto (Corte giustizia, 3 dicembre 1998, C-337/96, *Commissione c. Industrial Refuse & Coal Energy*, in *Racc.*, 1998, I, p. 7943 ss.). Sull'evoluzione giurisprudenziale dei giudici del Kirchberg in senso restrittivo in occasione dell'interpretazione della clausola compromissoria *ex* art. 238 (oggi art. 272 tr. Fue), v. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., pp. 86-87. Sul punto va evidenziato che i giudici europei sono fermi nell'affermare che la loro competenza, quando sia fondata sulla clausola compromissoria, costituisce una deroga rispetto al diritto ordinario e, in quanto tale, deve essere interpretata in senso restrittivo, a tal punto che essi devono conoscere solo delle domande derivanti da un contratto stipulato dalla Comunità che contiene la clausola compromissoria o che sono in relazione diretta con le obbligazioni derivanti da tale contratto (cfr. Corte giustizia, 20 febbraio 1997, causa C-114/94, *IDE c. Commissione*, in *Racc.*, 1997, I, p. 803 ss.).

[17] Quanto all'art. 273 tr. Fue (*ex* 239 tr. Ce), invece, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere il compromesso ivi previsto come una clausola d'arbitrato di diritto pubblico e non di diritto privato (Idot, *Arbitrage*, cit., p. 583), conforme alla natura della Corte di giustizia quale corte internazionale deputata su un piano sovranazionale a dirimere le controversie tra Stati. V. la funzione prevalentemente arbitrale svolta al pari della Corte internazionale di giustizia in Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pp. 253-254.

lo strumento arbitrale viene fatto in materia di concessioni di licenze d'uso non esclusive sui brevetti, sui titoli di protezione e sui modelli di utilità relativi alle invenzioni connesse alle ricerche nel settore nucleare, che secondo il trattato possono essere concesse con l'intervento di un comitato d'arbitrato "obbligatoriamente amministrato", le cui decisioni devono essere impugnate avanti la Corte di giustizia (dagli artt. 17 a 23)[18]. Lo statuto e il regolamento della stessa Corte dettano, infatti, alcune disposizioni specifiche per il procedimento di ricorso contro le decisioni del collegio arbitrale[19].

[18] Sul punto, v. Aa.Vv., *Euratom. Analyse et Commentaires du Traité*, Bruxelles, 1958, p. 77 ss. e Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., pp. 304-306. Recita così il Titolo III, sez. II, del tr. Ceea, rubricato "(c) Concessione di licenze d'uso con procedimento arbitrale o d'ufficio", i cui artt. 17 e 18 prescrivono: "Art. 17. – 1. In mancanza di accordo per trattativa privata, possono essere concesse licenze d'uso non esclusivo, con procedimento arbitrale o d'ufficio, alle condizioni definite dagli articoli da 18 a 23 inclusi: a) alla Comunità o alle imprese comuni […] b) a persone o imprese che ne abbiano fatto richiesta alla Commissione […]". "Art. 18. – Ai fini previsti dalla presente sezione, è istituito un Collegio arbitrale il cui regolamento è stabilito ed i cui membri vengono designati dal Consiglio, che delibera su proposta della Corte di giustizia. Nel termine di un mese dalla loro notificazione, le decisioni del Collegio arbitrale possono formare oggetto di ricorso sospensivo delle parti alla Corte di giustizia. Il controllo della Corte di giustizia può vertere unicamente sulla regolarità formale della decisione e sulla interpretazione data dal Collegio arbitrale alle disposizioni del presente trattato. Le decisioni definitive del Collegio arbitrale hanno forza di cosa giudicata tra le parti interessate e sono esecutive alle condizioni fissate dall'articolo 164" [i.d., *n.d.r.*, art. 164. – L'esecuzione forzata è regolata dalle norme di procedura civile vigenti nello Stato sul cui territorio essa viene effettuata. La formula esecutiva è apposta, con la sola verificazione dell'autenticità del titolo, dall'autorità nazionale che il governo di ciascuno degli Stati membri designerà a tal fine, informandone la Commissione, la Corte di giustizia e il Collegio arbitrale istituito in virtù dell'articolo 18].

[19] Articolo 22 protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia recita: "1. – Nei casi contemplati dall'articolo 18 tr. Ceea, la Corte è adita mediante ricorso trasmesso al cancelliere. Il ricorso deve contenere l'indicazione del nome e del domicilio del ricorrente e della qualità del firmatario, l'indicazione della decisione avverso la quale è proposto ricorso, l'indicazione delle parti avverse, l'oggetto della causa, le conclusioni e un'esposizione sommaria dei motivi invocati. 2. – Al ricorso deve essere allegata una copia conforme della decisione del Collegio arbitrale che viene impugnata. Se la Corte rigetta il ricorso, la decisione del Collegio arbitrale diventa definitiva. 3. – Se la Corte annulla la decisione del Collegio arbitrale la procedura può essere ripresa, eventualmente, a cura di una delle parti in causa, dinanzi al Collegio arbitrale. 4. – Quest'ultimo deve uniformarsi ai principi di diritto enunciati dalla Corte".

Diversamente dalle fonti primarie, sul piano della legislazione derivata, si incentiva il ricorso allo strumento arbitrale ed infatti, nonostante un'iniziale ostilità, le istituzioni dell'Unione si sono mostrate aperte verso l'utilizzazione da parte degli operatori economici sia degli strumenti stragiudiziali in generale sia dell'arbitrato in particolare[20].

In questo senso già il Parlamento europeo in una Risoluzione del 1994 getta le basi per delineare l'istituto arbitrale nell'ordinamento europeo, ritenendo "interessante valutare e accertare se e fino a che punto la clausola compromissoria copra le controversie attinenti alle relazioni di vita sociale regolate dalle disposizioni dell'ordinamento comunitario", una volta constatato che "un numero sempre maggiore di controversie a livello nazionale viene risolto ricorrendo all'arbitrato" e che "l'istituzione del mercato interno unico amplia gli scambi interstatali"[21].

Anche il Consiglio vede con favore lo strumento privato: con la decisione del 16 dicembre 1991, allegato V, si stabiliscono le regole di procedura (dettagliatamente descritte dalla domanda d'arbitrato al lodo) degli arbitrati nelle controversie relative ad un contratto di appalto finanziato dal Fondo europeo di sviluppo[22]; con la direttiva 87/344/Cee del Consiglio del 22 giugno 1987 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'assicurazione per la "tutela giudiziaria", si ritiene opportuno che le polizze di assicurazione per il rischio di avviare o resistere

[20] Non verrà qui esaminata la giurisprudenza della Corte di giustizia cui sarà dato ampio spazio nel corso di questo lavoro.

[21] Così la Risoluzione 6 maggio 1994 sulla promozione dei ricorsi arbitrali per la soluzione delle controversie in materia giudiziale, in *G.u.c.e.*, C. 205 del 25 luglio 1994, p. 519 ss., che purtroppo non è stata seguita dagli Stati membri. V. la critica di Jarrosson, in *Rev. arb.*, 1995, p. 355, il quale tuttavia denunciava la confusione nel testo normativo, in quanto il Parlamento, oltre a dimenticare di distinguere l'arbitrato di "diritto pubblico" da quello "di diritto privato", promuoveva l'arbitrato in materia consumeristica, confermando al contempo la non arbitrabilità delle controversie che coinvolgono norme europee di ordine pubblico.

[22] La Decisione 92/97/Cee (in *G.u.c.e.*, L. 40 del 15 febbraio 1992) prescrive le norme generali, i capitolati generali di oneri e le regole procedurali per la conciliazione e l'arbitrato degli appalti pubblici di opere, di forniture e di servizi finanziati dal Fondo europeo di sviluppo (FES), in relazione alla loro applicazione nell'associazione dei paesi e territori d'oltremare alla Comunità economica europea.

in occasione di una causa contemplino, accanto alla via giurisdizionale, la possibilità di un ricorso all'arbitrato o a una procedura che presenti garanzie analoghe (art. 6)[23].

Quanto, infine, alla Commissione europea, accanto alla decisioni che riconoscono l'arbitrabilità delle controversie antitrust (di cui ci occuperemo nel cap. III), vi è un diffondersi di atti che prevedono l'arbitrato come strumento deputato alla risoluzione delle controversie. Questa tendenza favorevole all'uso dello strumento privato si manifesta nel regolamento Ce n. 4056 della Commissione del 22 dicembre 1986 ove, nel determinare le modalità di applicazione degli artt. 85 e 86 tr. Ce (oggi artt.101-102 tr. Fue) ai trasporti marittimi, si stabilisce che le decisioni arbitrali in determinati casi debbano essere notificate senza dilazione[24]. Più di recente, anche il regolamento Ce n. 874 della Commissione del 28 aprile 2004, nello stabilire "le disposizioni applicabili alla messa in opera e alle funzioni del dominio di primo livello .eu e i principi relativi alla registrazione", prevede una procedura di risoluzione arbitrale quando la registrazione sia abusiva o speculativa[25].

Nel settore degli accordi conclusi prima dalla Comunità poi dall'Unione con gli Stati terzi, si riscontra un ampio ricorso al giudice privato. Grazie, infatti, all'art. 310 tr. Ce (oggi art. 217 tr. Fue)[26], la Comunità europea ha concluso le quattro convenzioni di Lomé (precedute dalle due di Yaoundé[27]) con gli Stati ACP (Africa, Carai-

[23] In *G.u.c.e.*, L. 185 del 4 luglio 1987, p. 77 ss.

[24] V. Art. 5, par. 5. (*Notifica alla Commissione delle sentenze arbitrali e delle raccomandazioni)*: "Le sentenze arbitrali e le raccomandazioni di conciliatori accettate dalle parti devono essere immediatamente notificate alla Commissione quando compongono controversie vertenti su pratiche delle conferenze oggetto delle disposizioni dell'articolo 4 e dei punti 2 e 3" (in *G.u.c.e.*, L. 378 del 31 dicembre 1986, p. 4 ss. e successive modifiche).

[25] Artt. 22-23 del reg. Ce n. 874/04, in *G.u.c.e.*, L. 162 del 30 aprile 2004, p. 40 ss.

[26] Art. 217: "L'Unione può concludere con uno o più Stati o organizzazioni internazionali accordi che istituiscono un'associazione caratterizzata da diritti ed obblighi reciproci, da azioni in comune e da procedure particolari".

[27] È noto che gli accordi di Yaoundé sono rispettivamente del 1964 e del 1969, mentre quelli di Lomé del 1975, del 1979, del 1984, e del 1989 (quest'ultimo modificato dall'accordo di revisione firmato a Maurizio il 4 novembre 1995).

[28] Oltre che con gli Stati ACP, numerosi trattati internazionali conclusi dalle Comunità prevedono una procedura arbitrale per la risoluzione delle controversie,

bi, Pacifico), volte ad incentivare lo sviluppo economico e gli investimenti stranieri in questi paesi[29]. È interessante notare che già nella prima convenzione di Yaoundé del 1963, l'arbitrato era stato scelto come metodo obbligatorio di risoluzione delle controversie per i contratti finanziati dal Fondo europeo dello Sviluppo. In virtù di una disposizione transitoria della convenzione veniva quindi inclusa in tutti gli accordi finanziari una clausola compromissoria che dava competenza alla Corte arbitrale della *Icc* di Parigi[30]. Questo metodo di risoluzione ha continuato ad essere usato nelle versioni successive senza eccezioni. Da ultimo, anche l'Unione stipulando la convenzione di Cotonou del 2000 (che sostituisce in materia l'ultima convenzione di Lomé) ha previsto, in caso di lite circa l'interpretazione e l'applicazione dell'accordo, il ricorso ad un arbitrato non più obbligatorio ma facoltativo[31], che segue una procedura *ad hoc* scelta dagli

---

cfr. la convenzione di Helsinki sulla protezione dell'ambiente marino della zona del mar Baltico, dopo la revisione del 1992. Un segno evidente a favore della scelta arbitrale convenzionale proviene da altri trattati internazionali, come in passato l'accordo (oggi abrogato per l'entrata dello Stato bulgaro nell'Unione) del 1° novembre 1990 tra la Comunità e la Bulgaria sul commercio e la cooperazione commerciale ed economica, il quale incoraggiava i ricorsi all'arbitrato nelle cause tra privati (in *G.u.c.e.*, L. 291 del 23 ottobre 1990, p. 9 ss., in particolare l'art. 20 dell'Accordo), ed oggi il vigente Accordo di partenariato e collaborazione con l'Ucraina (in *G.u.c.e.*, L. 49 del 19 febbraio 1998, p. 1 ss., in partic. l'art. 93).

[29] Per quanto riguarda la terza convenzione di Lomé, si vedano alcuni estratti dei lodi della *Icc* di Parigi in *Icc Bulletin*, 2, 1994, p. 51. In questo senso Mc Clellan, *Commercial arbitration and European community law*, in *Arb. int.*, 1989, 73 ss. e Brown, *Commercial arbitration and the European Economic Community*, in *Jour. internat. arb.*, 1985,1, p. 21 ss, in part. 33 ss., il quale concentra l'attenzione sulla seconda convenzione di Lomé. Per ulteriori approfondimenti sull'arbitrato in questo settore, considerazioni interessanti per uno studio più esauriente sull'argomento, in Amissah, *The ACP/CEE Conciliation and Arbitration Rules*, in *Arb. int.*, 1992, p. 167 ss.

[30] Già per alcuni la quarta convenzione di Lomé faceva intravedere un arbitrato facoltativo e non più obbligatorio, v. Bourque, *Le cadre juridique de l'arbitrage dans l'Union Européenne*, in *Icc Bulletin*, *suppl. spec.*, 1994, p. 26 ss.

[31] Così come fa il noto regolamento arbitrale Uncitral adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite mediante risoluzione n. 31/98 del 15 dicembre 1976. La convenzione di Cotonou, firmata nella capitale del Benin il 23 giugno 2000, ed in vigore dal 1° aprile 2003 (in *Gazz. uff. Un. eur.*, L. 317 del 15 dicembre 2000, p. 3 ss.) prende il posto della precedente Convenzione di Lomé nel gestire i rapporti di cooperazione allo sviluppo tra i paesi ACP ed i paesi dell'Unione europea. *L'art. 98 della Convezione (*non modificata dal successivo Accordo 2005/599/Ce del 21 giugno del 2005 (in *Gazz. uff. Un. eur.*, L. 209 dell'11 agosto 2005, p. 26 ss.)

arbitri e non amministrata da istituzioni permanenti (art. 98). Viene tuttavia fatta salva, in via sussidiaria, la possibilità di utilizzare il regolamento della Corte permanente d'arbitrato dell'Onu nonché di ricorrere al Segretariato della Corte internazione d'arbitrato dell'Aja per la nomina degli arbitri[32].

Molti altri sono poi i trattati stipulati con paesi terzi dall'Unione che prevedono l'arbitrato come strumento ottimale per la soluzione delle controversie, in particolare quando non è possibile intraprendere la strada della conciliazione o delle vie amministrative. Tra i tanti, un esempio recente è dato dall'accordo del 2008 tra l'Unione europea e la repubblica del Camerun sullo *status* delle forze armate provenienti dall'Unione europea in transito sul territorio della repubblica del Camerun, che prevede la scelta della via arbitrale in caso di richieste di indennizzo che debbano insorgere tra le parti[33]. Va precisato che qui, come nel caso precedente, si tratta di arbitrati

---

e da successivi accordi) prevede proprio lo strumento arbitrale per risolvere le controversie interpretative e applicative inerenti all'Accordo. L'art. 21, comma 1, lett. (d), pone poi proprio lo strumento arbitrale quale oggetto per la promozione dello sviluppo nel paesi ACP assieme alla materia degli investimenti e dello sviluppo privato.

[32] L'art. 5, commi 4, 5, 6, dell'Accordo tra Unione e Camerun del 6 febbraio 2008 (in *Gazz. uff. Un. eur.,* L. 57 del 1° marzo 2008, p. 31 ss.*)* recita: "4. La controversia, se non può essere composta nell'ambito della Commissione per le richieste di indennizzo, è sottoposta a un'istanza arbitrale, le cui decisioni sono vincolanti. – 5. L'istanza arbitrale è composta di tre arbitri, di cui uno nominato dallo Stato di transito, uno dalle EUFOR e il terzo congiuntamente dallo Stato di transito e dalle EUFOR. Se entro due mesi una delle parti non ha nominato un arbitro oppure se lo Stato di transito e le EUFOR non hanno raggiunto un accordo sulla nomina del terzo arbitro, l'arbitro in questione è nominato dal presidente della Corte di giustizia delle Comunità europee. – 6. Le EUFOR e le autorità amministrative dello Stato di transito concludono un accordo amministrativo inteso a definire il mandato della commissione per le richieste di indennizzo e dell'istanza arbitrale, le procedure applicabili all'interno di tali organi e le condizioni cui è soggetta la presentazione delle richieste di indennizzo".

[33] Nozione coniata da Briguglio, *Gli arbitrati obbligatori o gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 81 ss., il quale, per differenziare l'arbitrato da legge da quello obbligatorio, inquadra il primo come un arbitrato facoltativo (e quindi non imposto, come quello obbligatorio) nell'*an*, ma obbligatorio nel *quomodo* (p. 83).

"legislativamente imposti o da legge", secondo l'ormai nota definizione della dottrina[34].

Da questo rapido *excursus* emerge che nel campo delle relazioni dell'Unione con i paesi ed organizzazioni terze, lo strumento arbitrale trovi più che in altri settori un ampio utilizzo, in virtù dei connotati di internazionalità propri dell'istituto di giustizia privata. Ma qui, in realtà, ricadiamo fuori dell'àmbito dell'arbitrato convenzionale e versiamo in quello del diritto internazionale pubblico: le clausole arbitrali, infatti, sono finalizzate solo all'interpretazione ed esecuzione di trattati e non a risolvere liti tra privati.

3. *L'atteggiamento verso le* A.d.r.

Su un piano più generale, come più sopra anticipato, l'ordinamento europeo attribuisce una grande importanza ai metodi di soluzione alternativa delle controversie (indicati con l'acronimo di *A.d.r.*), campo in cui mi sembra corretto comprendere la conciliazione e la mediazione, ma non lo strumento arbitrale, il cui prodotto finale è sempre una decisione imposta da un terzo, seppure non da un giudice statale[35]. L'evoluzione normativa di quasi vent'anni dimostra che, nei confronti delle *A.d.r.*, le istituzioni europee hanno rivolto grande attenzione, molto più che verso la giustizia arbitrale, nonostante quest'ultima sfoci in una decisione con effetti simili a

[34] Secondo l'impostazione della Commissione europea del Libro Verde del 2002, su cui v. *infra* nel testo. Vi sono tuttavia autori che, a mio parere erroneamente, accostano i concetti di arbitrato e conciliazione esaminandoli indistintamente nel panorama dell'ordinamento europeo, v. DE LA FUENTE, voce "Arbitrage au sein de l'Union", in *Dictionnaire juridique de l'Union Européenne*, (traduz. di Denis), Bruxelles, 1998, p. 62 ss.

[35] Sull'evoluzione normativa delle *A.d.r.* nel contesto europeo prima della direttiva sulla mediazione del 2008, v. tra gli scritti più recenti AMBROSI, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie: creazione di una Rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005,1, p. 209 ss.; GHIRGA, *Mediazione e conciliazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss.; SALOMONE, *Il regolamento Ce n. 861 del 2007 sul procedimento per le controversie di modesta entità e le ADR in ambito comunitario*, in BIAVATI-LUPOI (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, p. 135 ss., spec. p. 145 ss.

quella statale[36]. Il primo intervento per la promozione di tali misure è stato presentato dalla Commissione europea nel 1993 con il Libro Verde "sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'àmbito del mercato unico"[37]. Con il successivo piano d'azione del 1996 prima[38], e con le due raccomandazioni del 1998 e del 2001 poi[39], la stessa Commissione, nell'opera di incentivazione del mezzo alternativo, ha tracciato i principi essenziali che i soggetti responsabili dei sistemi di conciliazione devono osservare al fine di assicurare la tutela dei diritti dei consumatori. Nel 2002 con il Libro Verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, il tema delle *A.d.r.* non è stato più limitato alle controversie di consumo ma è stato esteso all'intero campo civile-commerciale con lo scopo di arrivare ad adottare uno strumento europeo vincolante che consentisse di regolamentare le *A.d.r.* in modo uniforme nei vari Stati

[36] Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'àmbito del mercato unico (COM (93) 576 def., Bruxelles, 16 novembre 1993) è pubblicato in *Documenti e Giustizia*, 1994, 3, c. 533 ss. V. il commento di Capponi, *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, ivi, 1994, c. 361 ss.

[37] Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'àmbito del mercato interno (COM (96) 13 def.).

[38] Si tratta rispettivamente della Raccomandazione 30 marzo 1998 sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo, in *G.u.c.e.*, L. 115 del 17 aprile 1998 e della Raccomandazione 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie di consumo, in *G.u.c.e.*, L. 109 del 19 aprile 2001.

[39] V. il Libro Verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002, COM (2002) 196 def., consultabile sul sito web *http://europa.ue.int/comm/off/green/index/_it.htm*. Nel Libro Verde la Commissione esclude di voler trattare esplicitamente lo strumento arbitrale, il quale pertanto non viene compreso nel campo delle *A.d.r.* (nota 2 del testo, secondo cui l'arbitrato sarebbe "un modo di risoluzione delle controversie assimilabile più ai procedimenti giurisdizionali che ai modi alternativi, in quanto il lodo arbitrale mira a sostituirsi alla decisione giudiziaria"). Tra gli sviluppi più importanti del Libro Verde vanno menzionati nel 2004 la pubblicazione di un codice di condotta per mediatori e nello stesso anno, la proposta di una direttiva sulla mediazione civile e commerciale che, coerentemente all'impostazione del Libro Verde (considerando n. 8) continua ad escludere l'arbitrato dal suo campo d'applicazione. Tale proposta è sfociata nel 2008 nella direttiva Ce n. 2008/52, su cui v. nota seguente.

membri[40]. Proprio a seguito delle consultazioni avviate con il Libro

[40] Direttiva Ce n. 2008/52 del Parlamento e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in *Gazz. uff. Un. eur.,* L. 136 del 24 maggio 2008, p. 3 ss. V. il commento critico di Vaccà, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *Contratti*, 2008, 8-9, p. 857 ss., nonché quelli di Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.; Vigoriti, *La direttiva europea sulla* mediation*. Quale attuazione?*, in *Riv. arbitrato*, 2009, p. 1 ss.; Minervini, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 41 ss. La stessa direttiva ha imposto agli Stati membri l'introduzione dello strumento conciliativo all'interno del proprio ordinamento entro il termine del 21 maggio 2011. Tale adempimento è stato puntualmente rispettato dal legislatore italiano che, in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, ha emanato il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (in *Gazz. Uff.*, 5 marzo 2010, n. 53), normativa che intende regolare dal 20 marzo 2011 (data della sua piena entrata in vigore) la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Con tale normativa, di cui per ragioni di economia espositiva si può qui solo fare qualche cenno, il nostro legislatore ha voluto promuovere la fiducia verso una nuova forma di composizione delle liti, alternativa a quella ordinaria con lo scopo principale di facilitare l'accesso alla giustizia e di alleggerire il carico delle corti statali. Si è infatti previsto l'utilizzo obbligatorio della mediazione quale condizione di procedibilità del processo civile in determinate materie ritenute ad elevato tasso di litigiosità (condominio, risarcimento danni da circolazione stradale, responsabilità medica, ecc.) (art. 5), stabilendo al contempo, anche nei casi di ricorso facoltativo al mezzo conciliativo, sia alcune agevolazioni di natura fiscale (art. 17), sia una disciplina delle spese processuali del giudizio seguente l'insuccesso della mediazione tale da sanzionare la parte vincitrice che abbia ingiustificatamente rifiutato la proposta conciliativa cui la fase stragiudiziale era arrivata (art. 13). Su tale normativa, *ex multis*, v. Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 195 ss.; Canale, *Luci ed ombre ad una prima lettura dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, ivi, p. 109 ss.; Carratta, *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, ivi, p. 141 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 653 ss.; Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, p. 759 ss.; Ambrosi-D'Auria, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, p. 477 ss.; Pagni-Armone-Porreca, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, p. 619 ss.; gli scritti su "La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28)" di Caponi (*Quadro generale*), di Armone-Porreca (*La mediazione tra processo e conflitto*), di Dalfino (*Mediazione, conciliazione*

Verde, è stata adottata nel maggio 2008 la direttiva europea relativa alla mediazione in materia civile e commerciale, che costituisce oggi un esplicito riconoscimento e una tappa fondamentale nell'àmbito di armonizzazione delle modalità alternative di composizione delle controversie da parte del legislatore dell'Unione, a dimostrazione che, come evidenziato dallo stesso "considerando" alla direttiva, lo strumento della conciliazione/mediazione costituisce un tassello importante al fine di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno[41].

A conferma di tale atteggiamento, va poi ricordato che già nell'ottobre del 1999 a Tampere proprio il Consiglio europeo nel definire nuove prospettive in tema di giustizia ed affari interni, aveva auspicato lo sviluppo delle procedure extragiudiziali ed aveva deliberato l'avvio di studi alternativi di soluzione delle controversie[42].

---

e rapporti con il processo), in *Foro it.*, 2010, V, c. 90 ss.; nonché Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 142 ss.; Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose non vanno*, ivi, c. 146 ss. Va infine ricordato nel quadro europeo della promozione *A.d.r.* che, nel maggio del 2000 nel corso della Conferenza di Lisbona, è stata lanciata l'idea della Rete europea di risoluzione extragiudiziale delle controversie "European Extra-judicial Network" (c.d. *EEJ-Net*), la quale permette ai consumatori di indirizzarsi verso punti di contatto o camere nazionali, la cui funzione è quella di fornire informazioni al consumatore riguardo alle procedure di risoluzione extragiudiziale a livello interno ed eventualmente in altri paesi in caso di controversie transfrontaliere. Si tratta della Risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000, relativa ad una Rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in *G.u.c.e.*, C. 155 del 6 giugno 2000.

[41] I punti fondamentali delle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999) sono ricompresi fra il 28 e il 39. In particolare, il punto 30 invita il Consiglio a stabilire, sulla base di proposte della Commissione, "specifiche norme procedurali comuni per semplificare ed accelerare la composizione delle controversie transnazionali di piccola entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori, nonché le causa relative a prestazioni alimentari e in materia di crediti non contestati. Gli Stati membri dovrebbero inoltre istituire procedure extragiudiziali alternative". Il testo integrale delle conclusioni è consultabile sul sito web *www.europarl.europa.ue/summits/tam_it.htm*. In letteratura, v. il commento di Kennett, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford, 2000, *passim*.

[42] L'esclusione dell'arbitrato è esplicita nella direttiva Ce n. 2008/52, v. punto 11.

Oggi, infine, l'art. 81 tr. Fue ha stabilito espressamente la necessità dell'Unione di adottare misure volte a dare sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie (comma 2, lett. g)).

In conclusione, si ha l'impressione che le *A.d.r.*, da intendersi però quali mezzi solutori delle liti ove l'arbitrato non è ammesso[43], siano fortemente volute dagli organi europei che vi vedono dei meccanismi convenienti e rapidi per non incappare, al contempo, sia nelle lungaggini e nelle disfunzioni della giustizia ordinaria, sia nella tela di giudizi arbitrali ritenuti meno garantisti, soprattutto quando toccano soggetti deboli dell'ordinamento come i consumatori[44].

4. *Un "mélange d'amour et de haine" ma anche tanta indifferenza: il mutevole e disomogeneo rapporto tra arbitrato e ordinamento europeo*

Una volta chiarito il diverso peso che hanno nella politica europea gli strumenti stragiudiziali di soluzione delle liti (*A.d.r.*) e l'arbitrato, è lecito chiedersi quale atteggiamento le istituzioni europee abbiano sviluppato fino ad oggi nei confronti di quest'ultimo, fotografando lo stato dell'arte prima di abbozzare delle riflessioni generali.

Sul punto degne di nota sono le parole di Walter van Gerven che, a metà degli anni Novanta, ebbe modo di disegnare le interazioni tra arbitrato e diritto europeo come "un mélange d'amour et de haine" o come "una sympathie teintée de reserve"[45]. La definizio-

[43] Riecheggia in queste righe il monito di Biavati (*Europa e processo civile*, Torino, 2003, p. 69) secondo cui il richiamo a forme di risoluzione alternativa esprime il concetto, tipicamente mercantile, che la lite è un male e che il processo è uno spiacevole incidente. A tutt'altre esigenze, secondo l'a., è invece proteso l'arbitrato, il quale, seppure strumento privato, è sempre un giudizio e presuppone una decisione, una scelta fra vinto e vincitore, cosa che non possiede la conciliazione o la mediazione, ove le parti fanno reciproche concessioni con l'aiuto di un terzo (conciliatore o mediatore).

[44] V. van Gerven, *L'arbitrage dans le droit européen*, in *Rev. internat. dr. comp.*, 1995, p. 67.

[45] Si condividono le parole di Benedettelli, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale:* favor, *ostilità o indifferenza?*, in Boschiero-

ne fu azzeccata ed è ancora attuale. Anche oggi, seppure assistiamo ad un crescente (e seppur non omogeneo) riconoscimento normativo dell'arbitrato, il pendolo dell'ordinamento europeo continua ad oscillare tra apertura e chiusura, tra favore ed ostilità.

Non vi sono ancora chiare tendenze su quale strada le istituzioni vogliano intraprendere, tanto che in un ideale spettro dei sentimenti "dell'amore e odio" bisogna tener conto anche di quella "terra di mezzo" che è l'indifferenza. Qui l'ordinamento europeo sceglie di dimenticarsi dell'arbitrato, a volte pure dopo averlo inizialmente richiamato. Prima di esaminare le singole tendenze, va da subito chiarito che questo mutevole e disomogeneo atteggiamento dell'ordinamento europeo riflette essenzialmente il punto di vista da cui l'istituzione volta per volta si mette a valutare lo strumento arbitrale: a volte spicca lo spirito filo-arbitrale che sostiene l'operato dell'arbitro e ne protegge il prodotto finale dalle incursione del giudice statale (c.d. atteggiamento di favore), a volte prevale un contrapposto spirito filo-europeista che predilige il dialogo delle istituzioni solo con le giurisdizioni incardinate nello Stato membro (c.d. atteggiamento di ostilità). Prevale, infine, l'atteggiamento dell'indifferenza – tipico, come abbiamo anticipato, del primo periodo dei rapporti tra arbitrato e ordinamento europeo – quando, volutamente, l'istituzione europea non prende posizione in materia arbitrale, perché sembra voler evitare effetti di ricaduta nelle relazioni processuali tra arbitro e giudice, così come concepite nei singoli ordinamenti, e non vuole forzarne gli equilibri.

In altre parole, quale che sia l'atteggiamento seguito dall'istituzione, ciò non è altro che la messa alla prova, sulla bilancia europea, dell'idoneità o meno dell'arbitrato ad assurgere a mezzo di risoluzione delle liti nell'ordinamento europeo e quindi, indirettamente, di messa a confronto della giustizia privata con quella statale[46].

Bertoli (a cura di), *Verso un "ordine comunitario del processo civile"*, Napoli, 2008, p. 111 ss., che parla di rapporto "schizofrenico" tra l'ordinamento europeo e l'arbitrato.

[46] È noto che l'arbitrato venga perennemente studiato accanto alla giurisdizione statale così come si studiano le relazioni tra i due istituti. Il tema non può qui essere adeguatamente approfondito: trattasi, infatti, dello studio dell'origine della legittimazione dell'arbitrato all'interno di un ordinamento, tema che è stato oggetto di pregevolissimi fiumi di inchiostro. Basti qui limitarsi a

A questo punto, più nello specifico, tracciando solo linee di prima approssimazione e lasciando ai capitoli che seguiranno ogni approfondimento, possiamo ricostruire, con esempi, i tre atteggiamenti tenuti dall'ordinamento europeo nei confronti della giustizia privata.

5. Segue: *l'utilizzo dell'arbitrato da parte dell'Unione e il* favor arbitratus: *la sentenza* Benetton*, il reg. Ce n. 139 del 2004 sulle concentrazioni, gli artt. 272-273 tr. Fue*

L'atteggiamento di favore nei confronti dell'arbitrato si rinviene non solo, come abbiamo visto, in certe disposizioni dei trattati e degli atti derivati, ma emerge nel settore del diritto europeo antitrust e, in particolare, nel campo dell'arbitrabilità delle suddette controversie. La Corte di giustizia con la sentenza *Benetton* del 1999, riconoscendo il carattere d'ordine pubblico delle norme europee della concorrenza, ha infatti dato, seppur indirettamente, per acquisita l'arbitrabilità delle liti antitrust. Peraltro, in questa pronuncia, nell'ottica di conservazione del prodotto arbitrale (così avvalorando la concezione filo-arbitrale), la Corte ha stabilito che il controllo dei lodi che violano il diritto europeo della concorrenza deve avere carattere limitato cosicché l'annullamento deve essere concesso solo in casi eccezionali[47].

---

notare che la necessità del confronto tra i due istituti è ineludibile: prescindere da una visione comune e sincronica, sul piano strettamente funzionale, tra giustizia statale e arbitrale vorrebbe dire disconoscere gli scopi dell'attività dell'arbitro e del giudice, ossia contrastare quell'unica idea di giustizia, caratteristica che non viene più negata in alcuno dei principali ordinamenti moderni. La scuola parigina (e non solo) degli ultimi decenni si è formata infatti attorno alle parole di Bruno Opettit che nella sua ultima opera (*Théorie de l'arbitrage*, Parigi, 1998), mettendo a confronto arbitrato e giustizia statale, affermava chiaramente lo stretto legame tra i due istituti: "dualité de légitimités mai communauté d'éthique et de fin, diversité de voies et de moyens mais unité fonctionnelle, parallélisme mais aussi convergences, telles nous apparaissent aujourd'hui dans toute leur vérité justice étatique et justice arbitrale" (p. 34).

[47] Corte giust., 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton Int. NV*, in *Racc.*, 1999, I, p. 3055 ss., punto 35: "Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il

Un'ulteriore indicazione di una positiva considerazione dell'arbitrato da parte dell'ordinamento europeo (come vedremo meglio nel cap. III, sez. II, par. 7) risiede poi nel reg. Ce n. 139 del 2004 (già reg. Ce n. 4064 del 1989), ed in particolare nel fatto che la Commissione può subordinare una decisione di autorizzazione a "condizioni e oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune" (art. 6, par. 2, e art. 8, par. 2). Grazie a questa disposizione la Commissione ha, infatti, incluso tra gli strumenti di garanzia efficaci anche le procedure arbitrali, imponendone il ricorso in caso di soluzione di liti relative a rapporti contrattuali sorti per effetto dell'accettazione delle offerte al pubblico di beni o servizi[48].

Marginale spunto a favore della scelta arbitrale è poi, come abbiamo visto, almeno per chi lo ritiene, l'art. 272 tr. Fue che attribuisce ai giudici del Kirchberg competenze di giudizio con riguardo a controversie relative a contratti stipulati tra istituzioni e privati in virtù di clausole compromissorie ivi contenute.

6. Segue: *l'ostilità verso lo strumento arbitrale: il diniego del rinvio pregiudiziale, la dir. Ce n. 93/13 sulle clausole abusive, le sentenze* Mostaza Claro *e* Asturcom

Quanto all'atteggiamento di ostilità nei confronti dell'arbitrato, esso si è manifestato in giurisprudenza innanzitutto sul terreno del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex* art. 234 tr. Ce (oggi, art. 267 tr. Fue).

Come approfondiremo nel cap. II, una consolidata giurisprudenza europea (casi *Nordsee*, *Comune di Almelo*, *Benetton*, *Denu-*

controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali".

[48] V., per esempio, la decisione della Commissione del 4 settembre 1992 che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (caso n. IV/M.235 – *Elf Aquitaine – Thyssen/Minol*) in base al reg. Ce n. 4064 del 1989 del Consiglio, che si può leggere in *G.u.c.e.*, C. 232 del 10 settembre 1992. V. Benedettelli, *op. cit.*, p. 113.

it[49]) esclude, infatti, la possibilità del rinvio pregiudiziale, in particolare quando il collegio arbitrale non presenti le caratteristiche dell'obbligatorietà del mezzo e non preveda l'intervento d'ufficio delle autorità di uno Stato membro nella scelta della via arbitrale o nel corso della procedura. In mancanza di tali requisiti, la Corte non ritiene che il collegio arbitrale privato possa qualificarsi "giurisdizione di uno Stato membro" ai sensi dell'art. 267 tr. Fue nonostante il prodotto finale sia, al pari della sentenza giudiziale, idoneo ad acquisire effetti di cosa giudicata e a costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l'*exequatur*.

Secondo i giudici di Lussemburgo, la fondamentale esigenza sottesa al meccanismo del rinvio pregiudiziale – assicurare la nomofilachia del diritto europeo – viene ugualmente soddisfatta vuoi in sede di assistenza giudiziale offerta agli arbitri per il compimento di determinati atti processuali, vuoi nell'àmbito del controllo del lodo in sede di impugnazione o di *exequatur*[50].

Giusto corollario di questa impostazione, potrebbe sembrare l'attribuzione ai giudici statali di un ampio potere di controllo del lodo, sì da garantire, attraverso di esso, proprio l'uniforme interpretazione di tutte le norme di diritto europeo che l'impedimento del rinvio pregiudiziale non permette *ex ante*. In realtà, come si è sopra anticipato, la Corte di giustizia ha successivamente (nella sentenza *Benetton*), ristretto ad ipotesi eccezionali l'impugnazione del lodo per violazione del diritto europeo. Tale atteggiamento (restrittivo) adottato dalla Corte – e posto evidentemente a tutela del lodo – ha trovato conferma nelle soluzioni adottate dagli Stati membri: infatti, la possibilità che il giudice statale controlli *ex post* la corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri è del tutto eventuale innanzitutto perché condizionata dal comportamento delle parti (avendo i lodi spesso spontanea attuazione) e, in secondo luogo, perché ristretta dalle maglie delle norme processuali nazionali che limitano il vaglio da parte del giudice statale sia in sede di esecuzione/riconoscimento, sia in sede d'impugnazione del lodo: l'ana-

[49] Corte giust., 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc.*, 1982, p. 1095 ss.; Corte giust., 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo c. Energiebedrijf NV*, ivi, 1994, I, p. 1477 ss.; Corte giust., 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Denuit*, ivi, 2005, I, p. 923 ss.

[50] Punto 14 della sent. *Nordsee*.

lisi delle normative arbitrali evidenzia che la maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri esclude l'impugnazione per violazione di norme di diritto (anche europeo), permettendo solo un sindacato (circoscritto) sulle norme d'ordine pubblico.

Invero, un ulteriore profilo di ostilità dell'ordinamento europeo nei confronti dell'arbitrato si è manifestato nel particolare settore dei contratti con i consumatori. Innanzitutto, la direttiva Ce n. 13 del 5 aprile 1993 riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori individua, a titolo esemplificativo, proprio come abusive anche quelle clausole volte a "sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o di vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche […] (art. 1 lett. d) dell'allegato)"[51]. Una tale disposizione, che peraltro delinea un'ambigua nozione di "giurisdizione di arbitrato", a ben vedere, non si può includere in un filone di promozione dell'arbitrato. Tutt'altro: se infatti tale disposizione non impedisce ad un professionista di inserire una clausola compromissoria in un contratto con il consumatore, lascia libero quest'ultimo, quando è parte convenuta in un processo instaurato dal professionista davanti ad un collegio arbitrale, di eccepire sempre l'incompetenza del giudice privato a favore di quello statale[52]. Al di là del fatto che i singoli legislatori nazionali hanno adottato la direttiva seguendo soluzioni diverse[53], è evidente che quello che emerge è una presunzione di vessa-

[51] V. Direttiva Ce n. 93/13 del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori, in *G.u.c.e.*, L. 95 del 21 aprile 1993, p. 29 ss.

[52] Così Idot, *Arbitrage*, cit., pp. 581-582 e, *funditus*, Bourque, *Le cadre juridique de l'arbitrage dans l'Union européenne*, cit., p. 30 (nota 50), ove si ricorda che l'eccezione di cui vantaggia il convenuto consumatore è ispirata al *Consumer Arbitration Agreements Act* del 1988, sez. 1(1).

[53] Per quanto riguarda l'Italia, per esempio, la giurisprudenza prevalente (*ex multis*, Trib. Roma, sent. 18 agosto 2006, in *www.judicium.it*; Trib. Torino, sent. 27 novembre 2001 in *Giur. merito*, 2002, p. 649) considera infatti vessatorie, se inserite in un contratto tra professionista e consumatore, non solo le clausole per arbitrato rituale ma tutte le clausole compromissorie senza distinzione alcuna tra quelle che affidano la soluzione della controversia a un arbitrato rituale e quelle che la affidano a un arbitrato irrituale. Tale orientamento estensivo discende dall'interpretazione estensiva dell'art. 1349-*bis*, comma 3, c.c. oggi riprodotto nell'art. 33, comma 2, Codice del consumo (d.lgs. 6 dicembre 2005, n. 206) che

torietà della clausola arbitrale, che viene ritenuta a priori dal legislatore meno idonea a proteggere i diritti di una parte economicamente debole, qual è il consumatore.

Proprio nella sentenza del 2006 nel caso *Mostaza Claro*[54], la Corte di giustizia ha rafforzato tale impostazione ove, interpretando la direttiva Ce n. 93/13, ha affermato che un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale reso in una lite tra professionista ed un consumatore, deve accertare la nullità della convenzione arbitrale ed annullare quindi il lodo, quando questa configuri una clausola abusiva. Ciò anche se il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nel corso dell'arbitrato, ma solo in quello d'impugnazione e anche se tale attività è ritenuta preclusa dal diritto processuale nazionale.

Da segnalare è infine in materia consumeristica l'atteggiamento meno invasivo seguito dai giudici di Lussemburgo nel caso di *Asturcom* del 2009 ove si è ritenuto che in caso di controllo del lodo interno in sede di *exequatur* è ammissibile un accertamento della nullità della clausola vessatoria (anche per la prima volta d'ufficio da parte del giudice nazionale) solo se le norme processuali dello Stato stabiliscono tale rilievo per analoghi ricorsi di natura interna[55].

In entrambi i casi, l'atteggiamento filo-europeista della Corte prevale sulla conservazione del prodotto arbitrale e sul rispetto dello strumento privato.

---

contiene un'elencazione delle clausole che si devono presumere vessatorie fino a prova contraria. Tra le clausole contenute in questa elencazione (c.d. *grey list*) sono contemplate anche quelle che sanciscono a carico del consumatore "decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni nell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi" (art. 33, comma 2, lett. t), Codice del consumo). Le clausole compromissorie, sia rituali che irrituali, in quanto considerate idonee ad introdurre "una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria", sono state ricondotte proprio alla previsione in oggetto.

[54] Corte giust., 23 ottobre 2006, causa C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL*, in *Racc.*, 2006, I, p. 10421 ss.

[55] Corte giust., 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodrìguez Nogueira*, non ancora pubblicata e oggi rinvenibile nel sito web *www.curia.eu.int*.

7. Segue: *l'indifferenza verso l'arbitrato: il reg. Bruxelles I, le sentenze* Marc Rich, Van Uden *e* West Tankers

Come si è accennato, tra favore ed ostilità, emerge anche un atteggiamento di generalizzata indifferenza da parte dell'ordinamento europeo nei confronti della vicenda arbitrale, il quale caratterizzava – come abbiamo già visto – anche la prima fase del rapporto tra i due istituti[56].

Si è già accennato che all'atto della stipulazione del trattato di Roma i lodi erano stati equiparati dall'art. 293 tr. Ce alle decisioni giudiziarie quali oggetto dei trattati che gli Stati membri avrebbero dovuto negoziare in vista della semplificazione delle formalità per il reciproco riconoscimento ed esecuzione. Nell'adempiere all'obbligo posto dalla norma, tuttavia, gli Stati si sono limitati a concludere la convenzione di Bruxelles del 1968, poi sostituita dal reg. n. 44 del 2001 (c.d. Bruxelles I) che, come noto, tocca solo la circolazione dei provvedimenti pronunciati dalla giustizia statale (art. 1, comma 2, n. 4).

Il tenore perentorio tenuto dall'art. 1, comma 2, n. 4, nell'escludere l'arbitrato dall'àmbito di applicazione prima della convenzione di Bruxelles ed oggi del reg. Bruxelles I, non chiarisce l'esatta portata di tale esclusione. La formula sintetica e laconica ha infatti trovato nella giurisprudenza un'interpretazione a volte estensiva a volte restrittiva dell'esclusione, protesa sia verso il favore che verso l'ostilità dello strumento arbitrale, nell'intento, come adesso verrà dimostrato, che l'ordinamento europeo non abbia volutamente propeso né per l'una né per l'altra, rilevando pertanto un atteggiamento di indifferenza per la materia[57].

Sull'interpretazione dell'esclusione, al di là delle relazioni di accompagnamento della conv. di Bruxelles (relazioni c.d. Jenard, Schlosser e Evrigenis-Kerameus[58]), le pronunce (ad oggi tre) della Cor-

---

[56] Affronta il tema dell'indifferenza tra arbitrato e ordinamento dell'Unione anche Benedettelli, *op. cit.*, p. 115.

[57] Con lo stesso tenore Benedettelli, *op. cit.*, p. 120.

[58] Cfr. la *Relazione sulla convenzione concernente la competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, elaborata da P. Jenard (c.d. relazione Jenard), in *G.u.c.e.*, C. 59 del 5 marzo 1979, p. 13; *la Relazione*

te di giustizia non hanno fatto molta chiarezza e lasciano insolute diverse questioni più complesse che la disposizione solleva. Basti qui ricordare – ma approfondiremo il tema nel cap. V – che nella sentenza *Marc Rich* del 1991 la Corte, affermando che la lite relativa alla designazione di un arbitro ricade nel campo di esclusione del testo di Bruxelles, ha seguíto la medesima soluzione quando il giudice deve preventivamente risolvere una controversia in merito all'esistenza o validità di una clausola arbitrale, trattandosi quest'ultima di questione preliminare, ininfluente per stabilire se Bruxelles si applichi o meno (interpretazione più estensiva dell'esclusione)[59]. Con la successiva sentenza *Van Uden* del 1998 la Corte ha invece ritenuto che l'esclusione dell'arbitrato dal testo convenzionale non si riverbera sull'esercizio della giurisdizione del giudice dello Stato membro che sia richiesto di adottare misure provvisorie o cautelari in forza dell'art. 24 della convenzione (interpretazione più restrittiva dell'esclusione)[60]. La sent. *West Tankers* del 2009, in materia di emissione di *antisuit injunctions* a sostegno di un procedimento arbitrale, scegliendo un'interpretazione ampia dell'art. 1, comma 2, lett d), ha escluso tali misure dall'àmbito di applicazione del regolamento, facendole pertanto rientrare nella nozione di "arbitrato" della norma[61].

---

sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, elaborata da P. Schlosser (c.d. relazione Schlosser) in *G.u.c.e.*, C. 59 del 5 marzo 1979, p. 93; la *Relazione in merito all'adesione della Repubblica Ellenica alla Convenzione comunitaria concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, elaborata da D. Evrigenis e K.D. Kerameus (c.d. relazione Evrigenis-Kerameus) in *G.u.c.e.*, C. 298 del 24 novembre 1986, p. 10.

[59] Corte giust., 25 luglio 1991, causa C-190/89, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti s.p.a.*, in *Racc.* 1991, I, p. 3855 ss., spec. punti 19 e 26-28.

[60] Corte giust., 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden Maritime B.V.*, in *Racc.*, 1998, I, 7091 ss., spec. punto 24.

[61] Corte giust. (grande sezione), 10 febbraio 2009, C-185/07, *Allianz Spa, Generali Assicurazioni Generali spa c. West Tankers Inc.*, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 729 ss.

A fronte di un'apparente mancanza di linea interpretativa unitaria della giurisprudenza europea, si accompagnano le questioni di grande rilievo rimaste irrisolte come, a titolo esemplificativo, l'applicabilità del reg. Bruxelles I ad una pronuncia di un giudice statale che abbia deciso una controversia nonostante la presenza di una clausola arbitrale, ovvero le modalità di riconoscimento di una sentenza che si sia pronunciata sulla validità di un patto compromissorio.

Proprio il tema della portata dell'esclusione della materia arbitrale dal campo di applicazione del reg. n. 44 del 2001, e più in generale della libera circolazione delle decisioni arbitrali nello spazio giudiziario europeo, costituisce, per la dottrina, un aspetto di forte ambiguità della Corte dove nelle pronunce ricordate sembra emergere un'assenza di strategia interpretativa. Una cosa è certa: la disciplina dell'arbitrato nello spazio europeo comporterebbe una regolamentazione ben precisa che spazi dal problema della contemporanea pendenza della lite arbitrale e di quella statale e giunga fino alla soluzione dei problemi di circolazione e riconoscimento dei lodi stranieri. L'articolata materia necessita di uno schieramento definitivo da parte della Corte di Lussemburgo o di una modifica della disposizione regolamentare che prevede l'esclusione del reg. Bruxelles I, come è stato anche recentemente auspicato e proposto da alcuni studiosi e dalla Commissione europea[62].

8. *Considerazioni conclusive*

È giunta l'ora di effettuare una prima sintesi dei dati sopra esposti.

Nell'ordinamento europeo si è assistito ad un significativo sviluppo dello strumento arbitrale, inizialmente accolto solo da spora-

[62] Si rinvia sul punto al cap. V, Cfr., per adesso, il Progetto di revisione del reg. n. 44 del 2001 (c.d. *Heildeberg Report*) del settembre 2007 presentato alla Commissione europea elaborato dai professori Hess, Pfeiffer e Schlosser (study JLS/C4/2005/03), oggi raccolto nel volume Hess, Pfeiffer, Schlosser, *The Brussel I. Regulation 44/2001*, Monaco, 2008, *passim*. V., infine, anche il *Libro Verde sulla revisione del regolamento* (COM (2009) 175 def.), pubblicato il 21 aprile 2009, che si può leggere nel sito web *http://eur-lex.europa.eu*.

diche norme dei trattati, che ha lentamente invaso la legislazione derivata, seppure in settori specifici. Il campo delle relazioni dell'Unione con i paesi ed organizzazioni terze è stato senz'altro quello più coinvolto, per i suoi connotati di internazionalità e di mancanza di diretto effetto sui cittadini europei. Ma non solo. Una buona apertura verso la giustizia privata si è avuta anche in seno alla Corte di giustizia, che, seppure in modo oscillante e a volte disomogeneo, ha cominciato dagli anni Ottanta del secolo scorso a porsi il problema dello strumento arbitrale, riconoscendo al giudice privato sia pregi che difetti e pertanto elevandolo o meno a strumento di soluzione delle liti europee da inserire accanto al giudice statale.

Il concetto di arbitrato accolto dalle istituzioni europee, come lo abbiamo delineato, deve però essere precisato.

In primo luogo, non deve essere confuso l'arbitrato, con le *A.d.r.* Anche quest'ultime fanno parte del campo della giustizia privata ma qui le parti fanno reciproche concessioni mentre l'arbitrato come è noto, si caratterizza per essere un giudizio che si conclude con un provvedimento con effetti pari a quelli di un provvedimento giudiziario[63]. Nei confronti della conciliazione e mediazione il legislatore europeo non ha alcuna diffidenza ma, come dimostrano da ultimo la direttiva del 2008 sulla mediazione e l'art. 81 tr. Fue, comma 2, lett. g), tali strumenti deflativi sono addirittura incentivati a fronte di un'inefficacia pratica della giustizia ordinaria.

---

[63] Come abbiamo già detto *supra* nota 46, la dottrina europea non riesce a celare lo stretto legame esistente tra arbitro e giudice sul piano teleologico-funzionale. Si osserva che, al di là di ogni presa di posizione sull'equiparazione effettuale e pratica tra lodo e sentenza, il processo logico di formazione della decisione nell'arbitro e nel giudice è analogo. Rimane, infatti, a mio avviso sempre valida – anche su un piano comparatistico-europeo – la definizione carneluttiana dell'arbitrato come "equivalente giurisdizionale", volto a perseguire un interesse alla composizione dei conflitti al quale lo stato "riconosce, sotto certe condizioni, idoneità a raggiungere lo stesso scopo a cui tende la giurisdizione" (Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 154). Più di recente nello stesso senso, v. Biavati, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 57 ss., ove l'a. pone in luce il fatto che, proprio in virtù di obiettiva funzione di supplenza rispetto alle inefficienze della giurisdizione dello Stato, "gli arbitri privati sono chiamati a svolgere, nel rispetto del principio di sussidiarietà, una funzione pubblica […]" (p. 65).

In secondo luogo, l'arbitrato quando viene accettato dalle istituzioni europee viene concepito in un'ottica tendenzialmente di strumento obbligatorio o comunque legislativamente regolato (leggasi, *ex lege*), più vicino ad una giurisdizione speciale che ad strumento convenzionale. Nei casi in cui si opta per l'arbitrato facoltativo le istituzioni invece preferiscono il rinvio ai regolamenti delle istituzioni d'arbitrato amministrato (cfr., per esempio, la *Icc* di Parigi) piuttosto che lasciare le parti alla costituzione di arbitrati *ad hoc*. In quest'ultimo caso, è sempre comunque previsto, in via sussidiaria, il ricorso a regole arbitrali predefinite.

Già da queste prime osservazioni si percepisce la tendenza dell'Unione di dar voce solo agli arbitrati vincolati che prestano garanzie sotto il profilo istituzionale, evitando di avere uno strumento di risoluzione delle liti che applica la normativa europea senza un controllo diretto e pertanto senza responsabilità da parte degli Stati membri.

La chiave di lettura dei rapporti tra arbitrato ed ordinamento dell'Unione si risolve nella scelta di campo che l'interprete opta ogniqualvolta esamina una problematica di diritto europeo. Se infatti, condividendo una posizione istituzionale e statalista, si intende l'ordinamento europeo come un fatto di diritto internazionale pubblico, l'arbitrato non può trovare posto, se non quando è frutto dell'istituzione o ad essa strettamente collegato; se invece, dando voce alle dinamiche autonome del commercio, collochiamo l'ordinamento europeo come parte del mondo delle transazioni internazionali, àmbito in cui si assiste all'arretramento dei governi, l'arbitrato si pone quale strumento ottimale per la soluzione delle controversie in ogni situazione, in diretta concorrenza con la giustizia statale. Evidentemente la scelta dell'uno o dell'altro fronte risolve in modo diverso anche le relazioni tra i due istituti.

L'analisi, seppure superficiale dello stato dell'arte fin qui condotta, ci permette di dire per prima approssimazione che il confronto tra le due posizioni è pienamente in corso e non trova ancora se non sporadiche scosse di assestamento. Tuttavia passando in rassegna le diverse tipologie arbitrali che l'ordinamento europeo mette in gioco e quelle che lo stesso predilige – a volte corroborando la natu-

ra istituzionale, a volte quella commerciale dell'istituto – si può arrivare, come si farà, a tracciare almeno le linee guida dell'atteggiamento che le istituzioni europee rivolgono alla vicenda arbitrale, abbozzando una conclusione *in fieri*.

Un'analisi delle interazioni tra arbitrato ed ordinamento europeo deve comunque tener conto di questa polifonia di atteggiamenti delle istituzioni. Da queste considerazioni generali, che sembrano più di politica giudiziaria che di stretto diritto, si deve poi procedere per dimostrare se l'arbitrato possa o meno essere collocato tra gli strumenti di tutela del cittadino europeo, anche nell'ottica della recente introduzione del trattato di Lisbona, tema che costituisce la chiave finale dell'indagine del presente lavoro.

Capitolo II

GLI ARBITRI E IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA *EX* ART. 267 TR. FUE

"La non statualità degli arbitri e la totale estraneità degli organi statali nella scelta delle persone chiamate a comporre i collegi costituisce la trincea dietro alla quale si pone la Corte di Lussemburgo".

Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 433

1. *L'art. 267 tr. Fue e la sua funzione. Il concetto di "giurisdizione di uno Stato membro"*

È noto che la grande maggioranza della normativa dell'Unione, primaria e derivata, proprio per la sua efficacia diretta e per la sua *primauté* sul diritto interno, impone agli organi nazionali, giudici e pubbliche amministrazioni, la disapplicazione delle disposizioni interne con questa confliggenti[1]. A fronte del fatto che gli atti dell'amministrazione sono sempre sottoposti ai giudici dell'ordinamento cui appartengono, avviene che in ultima istanza sono sempre i tribunali statali a doversi occupare del diritto europeo[2]. Per ciò

[1] Cfr. Corte giustizia, sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo spa*, in *Foro it.,* 1991, IV, c. 129 ss., con nota di Barone e Corte giustizia, sent. 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Erich Ciola*, in *Racc.*, 1999, I, p. 2517 ss.

[2] Così Ballarino, *L'art. 177 nella storia e nel sistema del diritto comunitario*, in *Jus*, 1988, pp. 53-54 e di recente Id., *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*,

stesso gli applicatori più importanti del diritto della U.e. sono i giudici nazionali.

Per assicurarsi che le disposizioni europee vengano interpretate ed applicate correttamente nell'ambito delle controversie, i trattati di Roma introdussero il meccanismo del rinvio pregiudiziale onde consentire, da un lato, ai giudici di Lussemburgo di esercitare il proprio compito interpretativo anche relativamente a liti pendenti avanti ai giudici nazionali, dall'altro, a quest'ultimi di ottenere una verifica indiretta e circoscritta della "legittimità" europea del diritto nazionale e di un atto amministrativo di uno Stato.

La funzione ultima del rinvio è quella di realizzare un'interpretazione e quindi un'applicazione uniforme e centralizzata del diritto europeo, per evitare che si formino differenti soluzioni giuridiche nell'applicazione della suddetta normativa da parte dei giudici nazionali[3]. Sullo sfondo di tale obiettivo nomofilattico, la Corte di

---

2ª ed., Padova, 2007, p. 193. Sull'art. 267 tr. Fue (*ex* 234 tr. Ce) innumerevoli sono i contributi in letteratura che qui non si può esaustivamente ricordare, v. solo per le opere più recenti in Italia, Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, *passim*; Id., *I limiti soggettivi e oggettivi dell'obbligo di rinvio pregiudiziale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 119 ss.; Trisorio Liuzzi, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 727 ss.; Raiti, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, *passim*; Schepisi, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003, *passim*; Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., p. 407 ss.; Id., *Profili critici del contraddittorio nel procedimento pregiudiziale europeo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Carmine Punzi*, vol. V, Torino, 2008, p. 379 ss.; Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 308 ss.; Tesauro, *Diritto comunitario*, 6ª ed., Padova, 2010, p. 309 ss.

[3] In letteratura è ripetuto spesso l'assunto secondo cui l'interpretazione del diritto europeo è competenza esclusiva della Corte di giustizia, mentre l'applicazione del diritto è riservata al giudice nazionale. Ciò potrebbe indurre a non prestare attenzione al fatto che anche i giudici nazionali abbiano il potere di interpretare il diritto dell'Unione senza rivolgersi alla Corte. L'art. 267, comma 2, tr. Fue infatti, è chiaro nel lasciare alle *giurisdizioni non di ultima istanza* la libertà di procedere all'interpretazione del diritto europeo. Tale conclusione rischierebbe di paventare un'interpretazione europea a doppio binario. Ma così non è. Infatti, come è stato evidenziato con forza (cfr. Biavati, *Diritto processuale*, cit., p. 428), va eliminato il perseverante convincimento che interpretazione (affidata alla Corte di giustizia) e applicazione del diritto dell'Unione (affidato al giudice nazionale) siano due categorie completamente separate tra loro. Non risulta sempre agevole distinguere dove finisce l'applicazione e inizia l'interpretazione, così come è difficile ravvisare un'applicazione scevra di elementi interpretativi. L'interpretazione spetta alla Corte

giustizia risulta competente sia a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del trattato ma anche, e parallelamente ad altre procedure esperibili (come l'azione di annullamento), a decidere sulla validità e sull'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni dell'Unione[4].

---

solo quando i criteri interpretativi assumono una dimensione così problematica da far nascere una vera e propria questione che necessità di una soluzione "a largo raggio" di cui peraltro può beneficiare tutto l'ordinamento. Pertanto si può ritenere che un primo lavoro interpretativo debba sempre spettare al giudice nazionale e solamente in secondo luogo, quando si è di fronte ad una questione controversa, lo stesso possa o debba (a seconda dei casi) rinviare gli atti ai giudici di Lussemburgo. In ogni caso tutto ciò va inquadrato in un quadro di coordinamento attivo (*rectius*, cooperazione) tra Corte e giurisdizioni nazionali, come disposto dall'art. 4, par. 3, tr. Ue (*ex* art. 10 tr. Ce), in quanto i giudici nazionali agiscono come una sorta di organi decentrati della giurisdizione di Lussemburgo, concorrendo a garantire l'osservanza di quel diritto. Diverso è comunque il valore tra l'interpretazione fornita dai giudici nazionali e quella fornita dalla Corte di giustizia: la prima è un'interpretazione "pura e semplice", suscettibile di impugnazione di fronte ai superiori organi nazionali; la seconda si pone, invece, come un'"interpretazione autoritativa" (oltre che qualificata, come la definisce la nostra Corte costituzionale, v. sent. Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232 (*Fragd)*, in Mengozzi, *Casi e materiali di diritto comunitario*, Padova, 1998, p. 788 ss.) in grado di esplicare effetti in tutto l'ordinamento.

[4] Quanto si è detto è frutto di definizione abbastanza approssimativa. È infatti opportuno ricordare che la competenza interpretativa era stata estesa, nello spirito di un'interpretazione unitaria del sistema, a materie che non fanno parte dell'ordinamento sorto dai trattati, come accordi e convenzioni, tra le quali la convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (oggi reg. Ce n. 44 del 2001), grazie al protocollo del 3 giugno 1971 e la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (oggi divenuta reg. Ce n. 593 del 2008) grazie al protocollo del 19 dicembre 1988. In questi casi il rinvio pregiudiziale era ammesso solo da parte delle giurisdizioni di ultima istanza e solo per interpretazione di norme, mentre è precluso il rinvio pregiudiziale di validità.

Al pari, il trattato di Amsterdam del 1997 (in *G.u.c.e.*, C. 340 del 10 novembre 1997) aveva esteso il meccanismo pregiudiziale anche al titolo IV del tr. Ce dedicato alla materia dei visti, dell'asilo, dell'immigrazione e di altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, ma limitatamente ai giudici di ultima istanza ed in via facoltativa (c.d. rinvio pregiudiziale limitato). Ulteriore competenza introdotta con Amsterdam era quella relativa alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, dunque collegata al terzo pilastro (art. 35 tr. Ue), ove si riscontrava un'ulteriore ipotesi di rinvio pregiudiziale limitato che attribuiva alla Corte il potere di pronunciarsi sull'interpretazione delle convenzioni di cui al titolo VI dello stesso trattato nonché sull'interpretazione e la validità delle decisioni quadro e delle decisioni adottate nell'ambito dello stesso titolo. Su questi temi, cfr. Biavati, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim.*

Lo strumento delineato dall'art. 267 tr. Fue (art. 234 tr. Ce previgente) è semplice: esso si articola in un meccanismo processuale ove il giudice nazionale se, nell'imbattersi in una questione di interpretazione di diritto europeo o di validità di un atto delle istituzioni, ravvisa, ai fini della soluzione della controversia, un'"antecedenza logico-giuridica di tale questione", sospende il processo nazionale e investe della questione la Corte di giustizia. Una volta emanata la sentenza europea, il processo interno viene riassunto e il giudice conformandosi alla sentenza della Corte decide la causa. In altre parole, ogni giudice nazionale dinanzi al quale venga sollevata, anche d'ufficio, tale questione, se ritiene che una decisione sul punto sia necessaria per emanare la propria sentenza, ha la facoltà o l'obbligo di adire la Corte di giustizia, a seconda che sia o meno un giudice di ultima istanza[5].

Tralasciando i molteplici problemi ermeneutici di quest'articolo che affannano gli interpreti[6], vogliamo porre l'attenzione, ai fini del presente studio, sulla nozione di giudice nazionale, in quanto l'art. 267 tr. Fue recita espressamente che il rinvio pregiudiziale spetta alla "giurisdizione di uno degli Stati membri", nel corso di un "giudizio pendente davanti" alla medesima[7].

---

dir. proc. civ., 1998, p. 805 ss., Id., *La Corte di giustizia delle Comunità europee e le questioni pregiudiziali in materia di giustizia e sicurezza: verso un modello alternativo?*, in Carpi-Lupoi (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001, p. 201 ss.

Vale la pena di ricordare che l'antecedente dell'art. 267 tr. Fue (*ex* 234 tr. Ce) e dell'identico art. 150 tr. Ceea è stato l'art. 41 tr. Ceca (oggi abrogato per scadenza del trattato nel luglio 2002), il quale prevedeva il meccanismo del rinvio pregiudiziale nel sistema Ceca ma solo limitato ai giudizi di sola validità (ma per una lettura più ampia dell'articolo, vedi i punti 13 e ss. della motivazione della sentenza della Corte di giustizia, 22 febbraio 1990, causa C-221/88, *Fallimento Busseni*, in *Racc.*,1990, I, 519 ss.).

[5] Così Biavati, *Diritto processuale dell'Unione*, cit., pp. 412-413.

[6] Per i quali si rinvia alla letteratura citata *supra* alla nota 2.

[7] Nella versione italiana del trattato di Lisbona (in vigore dal 1° dicembre 2009), il contenuto dell'art. 267 tr. Fue corrisponde interamente all'abrogato art. 234 tr. Ce, con l'unica differenza che il termine "giurisdizione di uno Stato membro" è stato mutato in "organo giurisdizionale di uno Stato membro". La variante stilistica deve ritenersi priva di rilevanza e non deve portare l'interprete a svolgere sforzi esegetici. Trattasi di una semplice variazione di traduzione del testo, in quanto nelle altre versioni del trattato (in lingua francese, inglese, tedesca, per es.), il termine è rimasto uguale sia *ante* che *post* Lisbona. Essendo infondata ogni

Una tale nozione, non definita con più precisione dal trattato, necessita, a parere della Corte, di un'interpretazione europea che assicuri un'uniformità di applicazione nei vari Stati membri, anche in virtù delle diverse formulazioni linguistiche in cui il trattato U.e. è redatto, le quali sembrano autorizzare già di per sé interpretazioni discordanti[8]. Da qui, il problema di trovare una soluzione omogenea sulla base di principi generali comuni alle legislazioni degli Stati membri[9]. La Corte ha sviluppato alcuni criteri autonomi (scevri dai singoli nazionalismi) che permettono di capire quando ci si trovi di fronte a una "giurisdizione" di stampo europeo nel significato dell'art. 267 tr. Fue[10]. È nel caso *Vaassen* del 1966 che i giudici europei hanno per la prima volta enucleato una serie di indici da individuare nell'organo preposto al rinvio: a) l'origine legale dell'organo, b) il suo carattere permanente, c) la sua natura di giurisdizione obbligatoria per le parti, d) l'utilizzo di una procedura in contraddittorio, e) l'obbligo di giudicare secondo norme giuridiche[11]. A detti requisiti, successivamente, la giurisprudenza ne ha aggiunti altri, come il carattere di indipendenza ed imparzialità dell'organo[12] e la

volontà di cambiamento da parte del legislatore europeo, nel testo di questo lavoro si continuerà ad usare il termine "giurisdizione di uno Stato membro" al posto di "organo giurisdizionale di uno Stato membro", ritenuto più conforme al termine in uso negli altri registri linguistici.

[8] Accanto a "giurisdizione di uno degli Stati membri", fra gli altri, i termini "jurisdiction d'un des Etats membres", "any court or tribunal of a member State", "rechterliche Instantie van een der Lid-Staten", "Gericht eines Mitgliedstaates".

[9] In questo senso, v. l'opinione dell'avvocato generale Gand nelle conclusioni alla sentenza Corte giust. 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen*, in *Racc.*, 1966, p. 407 ss. e quella dell'avv. generale Reischl sent. Corte giust. 6 ottobre 1981, causa 246/80, *Broekmeulen*, ivi, 1981, p. 2311 ss.

[10] Per un riepilogo efficace della giurisprudenza della Corte che si espressa sul punto, v. Ferrari Bravo-Rizzo, *Codice dell'Unione europea*, 3ª ed., Milano, 2008, *sub*. art. 234, spec. p. 743 ss.

[11] Parla di esistenza di un "Kriterienkatalog des EuGH", la Zobel, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., p. 125. Tali indici che si evincono da Corte di giustizia, sent. 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen*, in *Racc.*, 1966, p. 407 ss, spec. p. 424 e che sono ben riassunti dall'avv. generale Reischl in sent. *Broekmeulen*, in *Racc.*, cit., p. 2337. Nel caso *Vaassen* è stata considerata giurisdizione abilitata al rinvio alla Corte di Lussemburgo, un organo che tale non era per il diritto nazionale.

[12] Corte giustizia, sent. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, in *Racc.*, 1987, p. 2545 ss.; sent. 11 giugno 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, ivi, 1993, I, p. 1277 ss., ed efficacemente, sent. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, ivi, 1997, I, p. 4961 ss. Di recente, sulla base della mancanza

sua capacità di incidere su posizioni soggettive di diritto ed obbligo di fonte europea[13].

La sussistenza, in via cumulativa[14], di tali criteri deve essere verificata in concreto caso per caso attraverso un esame da parte della Corte di Lussemburgo sulla struttura e sui poteri dell'organo nazionale di rinvio. Senza dilungarci in un elenco circa lo stato dell'arte degli organi cui tali caratteri sono stati nel tempo riconosciuti – impresa che esula da questo lavoro – basti qui evidenziare che se la giurisprudenza è rimasta pressoché immutata per quanto riguarda alcuni requisiti, quale l'origine legale, l'obbligatorietà, il carattere permanente e la decisione secondo diritto, altri parametri, come l'indipendenza e il carattere in contraddittorio del procedimento hanno ricevuto interpretazioni a volte incerte e confuse. In questo modo, la stessa giurisprudenza ha portato a qualificare come giurisdizioni, seppure in modo discutibile, organi che svolgono negli Stati membri natura prettamente amministrativa e con dubbia autonomia dall'esecutivo, arrivando a suggellare addirittura quali "giurisdizioni di uno Stato membro", come è capitato nel citato caso *Vaassen*, organi che non lo erano nei propri ordinamenti nazionali[15].

---

di indipendenza di giudizio dei suoi membri, è stato dichiarato incompetente al rinvio invece il collegio dei probiviri della pesca di Martigues (Corte giust., ord., 14 maggio 2008, C-109/07, *Pilato*, in *Racc.*, 2008, p. 3503 ss.

[13] Corte giustizia, sentenza 6 ottobre 1981, in causa 246/80, *Broekmeulen*, in *Racc.*, 1981, p. 2311 ss.

[14] In questo senso, Corte giust., 27 gennaio 2005, *Denuit*, in *Racc.*, 2005, I, p. 923 ss., punto 12, ove si ritiene che per qualificare una giurisdizione nazionale, bisogna tener conto "di un insieme di elementi", tutti individuati da una ripetuta giurisprudenza europea.

[15] Per un approfondimento cfr. Biavati, *Europa e processo*, cit., pp. 29-32, il quale ricorda (alla nota 74) che sia stato abilitato al rinvio, ad esempio, l'*Överklagandenämnden för Högskolan* (organo svedese competente a conoscere dei ricorsi in materia di insegnamento scolastico superiore), il *Vergabekontrollsenat* (commissione per il controllo degli appalti) di un land austriaco. Da altro lato, non è nemmeno sufficiente che l'organo remittente faccia parte del potere giudiziario. Infatti la Corte ha dichiarato irricevibile una questione pregiudiziale sollevata dal tribunale civile di Milano nell'ambito di un procedimento di giurisdizione volontaria (sent. 19 ottobre 1995, causa C-111/94, *Job Center* I, in *Racc.* 1995, I, p. 3361 ss.), ma non quella sollevata in sede di reclamo al decreto (sent. 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, in *Racc.*, 1997, I, p. 7119 ss.), su cui Porcelli, *Rinvio pregiudiziale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1407 ss. Più di recente, la Corte ha dichiarato competente al rinvio

Ma l'attenzione a questo punto, ai fini del nostro studio, deve concentrarsi sugli organi arbitrali (così come denominati dalle singole legislazioni nazionali) e vedere, innanzitutto, se la giurisprudenza europea ha riconosciuto loro l'utilizzo dello strumento pregiudiziale, soffermandoci poi in particolare sugli arbitrati convenzionali, ovvero su quegli arbitrati che trovano la loro fonte su un atto di diritto privato stipulato liberamente tra le parti.

2. *Il problema "arbitrato" e l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia*

Per svolgere un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in merito, occorre cominciare dal già citato caso *Vaassen*, in cui la Corte doveva pregiudizialmente pronunciarsi sulla possibilità di operare un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 tr. Fue da parte dello *Scheidsgerecht van het Beamtenfonds voor het Mijnbedrijf* (tribunale arbitrale della cassa degli impiegati delle miniere), organo di giudizio del Fondo dei lavoratori del settore minerario nei Paesi Bassi[16]. Tale organo, nominalmente arbitrale, ma di natura

una Corte d'appello ungherese adita quale giudice d'impugnazione di una decisione di un tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese, evidenziando la funzione giurisdizionale esercitata dall'organo, nonostante l'assenza di carattere contraddittorio, ritenuto dai giudici stessi non fondamentale in quel caso per la qualificazione della giurisdizionalità dell'organo (sent. 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, in *Racc.*, 2008, I, p. 9641 ss. Lo stesso legislatore europeo ha fatto un uso improprio del termine "giudice" come nel reg. n. 2201 del 2003 ove si è indicato in modo onnicomprensivo tutte le autorità degli stati membri competenti in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale e nel reg. n. 1346 del 2000 ove è stata così indicata qualsiasi autorità (anche amministrativa) legittimata nello Stato membro ad aprire o governare una procedura d'insolvenza (art. 2 reg.). Sullo sfondo di questa giurisprudenza casistica – "molto elastica e poco scientifica" – vi è chi, sarcasticamente, di fronte non ha potuto fare a meno di rilevarne una flessibilità talmente priva di "necessaria coerenza", che con gli indici delineati dalla Corte si potrebbe dichiarare ricevibile una questione pregiudiziale proposta "da Sancho Panza in qualità di governatore dell'isola di Baratteria" (così, avv. generale Colomer, nelle conclusioni del 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, in *Racc.*, 2001, I, p. 9445 ss., punto 14).

[16] Corte giustizia, sent. 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen*, cit., v. i commenti di Cohn, *Schiedsgerichtsbarkeit und EWG Vertrag*, in *Aussenwirtschaftsdienst*

chiaramente pubblica, diversamente da quanto accaduto fino ad allora nei casi sottoposti alla Corte di giustizia, non rientrava evidentemente nella categoria delle giurisdizioni tradizionali in quanto non era stato istituito in base a leggi o regolamenti statali, circostanza che di per sé avrebbe potuto mettere in discussione la sua origine legale, indice ritenuto indispensabile a detta della stessa Corte ai fini dell'individuazione dell'organo abilitato al rinvio. Invero, i giudici europei accertavano comunque l'esistenza di una base legale per lo *Scheidsgerecht*, in quanto la fonte e la disciplina del tribunale non si rinvenivano in una convenzione arbitrale liberamente stipulata dalle parti, ma in un regolamento di un organismo (quello del Fondo dei lavoratori) che era controllato dallo Stato, il quale, in realtà, provvedeva anche alla nomina dei membri del tribunale e ne stabiliva la procedura. Alla medesima conclusione era giunto l'avv. generale Gand, che ne vedeva un organo di emanazione del potere dello Stato[17]. La Corte riconosceva che il tribunale arbitrale aveva poi carattere permanente, era soggetto a norme di procedura in contraddittorio, era tenuto a giudicare secondo diritto e i minatori, in caso di controversie di lavoro, erano obbligati a ricorrere al tribunale arbitrale essendo loro prelusa la via ordinaria. Tutti questi requisiti portavano la Corte a riconoscere a questo tribunale arbitrale lo *status* di giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267 tr. Fue; ciò anche se questo – come abbiamo visto – non fosse così qualificato in base alla propria legge nazionale[18].

---

des Betriebs-Beraters, 1965, p. 267 ss.; Haardt, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1966-67, p. 440 ss.; Storm, in *Cah. dr. eur.*, 1967, p. 311 ss.

[17] Più specificatamente, il regolamento del Fondo doveva, infatti, essere approvato dal ministri che si occupano dell'industria mineraria e degli affari sociali e della sanità pubblica. Spettava poi al ministro da cui dipendeva l'industria mineraria nominare i membri del tribunale arbitrale, designare il suo presidente e stabilire il suo regolamento di procedura. V. le conclusioni dell'avv. gen. Gand, cit., pp. 436-437.

[18] Penetranti i rilievi contenuti nelle conformi conclusioni dell'avv. gen. Gand (*op. cit.*, p. 433), il quale evidenzia che la qualificazione dell'organo abilitato al rinvio *ex* art. 177 tr. Ce (oggi 267 tr. Fue) va fatta ai sensi del diritto europeo. Così facendo, continua l'avv. generale, si potrebbe incorrere in una non coincidenza con la legge nazionale, in quanto l'organizzazione giurisdizionale ed amministrativa degli Stati membri, anche se derivante da principi comuni, è stata influenzata da "contingenze storiche o da concezioni giuridiche differenti". È quindi possibile che

La Corte aveva modo di precisare la sua posizione verso gli organismi arbitrali tre lustri più tardi nella causa *Broekmeulen*[19] ove, di fronte ad un organo arbitrale di natura privata appartenente ad un ordine professionale olandese, enfatizzava ai fini della legittimazione al rinvio, il profilo del coinvolgimento delle autorità pubbliche nell'istituzione e nell'attività dell'organo stesso[20]. Più precisamente, i giudici di Lussemburgo erano stati investiti dalla Commissione olandese dei ricorsi per la medicina generale (*Commissie van Beroep Huisartgeneeskunde*) nel quadro di una lite tra un ricorrente olandese, che aveva eseguito gli studi di medicina in Belgio, e la Commissione per la registrazione dei medici generici[21]. L'esame della Corte sulla competenza al rinvio veniva al termine di una dettagliata analisi delle caratteristiche e della natura della *Commissie van Bereop*, nonché del sistema generale di sanità pubblica olandese. I giudici osservavano che sia la Commissione per la registrazione dei medici generici (parte in causa) che la Commissione per i ricorsi (organo rinviante) erano organi istituti dalla Reale associazione per la promozione della medicina, che era un'associazione di diritto privato ma il cui regolamento era modificabile solo con l'assenso di organi pubblici i quali designavano tra l'altro parte dei membri del giudice *a quo*. Vi era pertanto un'"importante partecipazione delle autorità pubbliche olandesi"[22] nell'attività della *Commissie van Beroep* che portava a concludere che la stessa, seppure organo

un organo diventi giurisdizione per la Corte anche se la legge del paese cui esso appartiene non lo considera come tale.

[19] Sentenza 6 ottobre 1981, causa 246/80, *Broekmeulen*, cit. V. il commento di L. Gormley, in *Eur. Law Rev.*, 1982, p. 397 ss. e di M. Tufano, in *Foro it.,* 1983, IV, c. 210 ss.

[20] Così la Corte apriva, al contempo, le porte alla prospettiva funzionale del problema e rilevava l'importanza di additare come giurisdizione un organo che era in grado di incidere su diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento europeo, allorché questo decideva casi che non avrebbero potuto essere sollevati davanti ad una giurisdizione ordinaria.

[21] Invocando la dir. Ce n. 75/362 del Consiglio sul reciproco riconoscimento dei diplomi e altri titoli di medico, il sig. Broekmeulen, come richiesto dalla legge olandese per la qualifica di medico generico, fece domanda di iscrizione all'associazione per la promozione della medicina. Respintagli la domanda da parte della Commissione per la registrazione, egli si appellò alla Commissione dei ricorsi, la quale sollevò questione pregiudiziale *ex* art. 267 tr. Fue.

[22] *Ibidem*, punto 9 motivazioni.

di natura privata, soddisfacesse comunque l'indice dell'origine legale. Dunque, diversamente dal caso *Vaassen* ove ci si era trovati di fronte ad un arbitrato di mandato pubblico, nel caso *Broekmeulen*, era coinvolto un organo di un'associazione di diritto privato, ma la Corte aveva comunque ravvisato l'origine legale individuando, per rafforzare il legame pubblicistico dell'organo, il diritto delle autorità pubbliche di nominare alcuni membri del tribunale arbitrale e di regolare la sua attività.

Quanto poi agli altri requisiti elaborati dalla sent. *Vaassen*, i giudici riconoscevano alla Commissione olandese il criterio di stabilità, la presenza di una procedura in contraddittorio, l'applicazione di norme giuridiche[23]. Più complesso era solo l'esame del parametro dell'obbligatorietà della via imposta alle parti. Anche tale requisito veniva però riscontrato dalla Corte enfatizzando il fatto dell'estrema improbabilità di un rimedio di fronte alla giustizia ordinaria[24]. Secondo i giudici, infatti, se era obbligatorio "di fatto" per chi volesse registrare l'attività di medico nei Paesi Bassi essere registrati alla associazione reale e se era obbligatorio "di diritto" per i medici iscritti rivolgersi alla *Commissione van Bereop*, allora si doveva concludere

[23] Peraltro nella motivazione della sentenza in questione non vi è alcun esplicito richiamo alla sentenza *Vaassen* del 1966. Va infine ricordata l'affermazione nell'intervento del governo olandese, il quale sottolinea che la "Commissione dei ricorsi" non poteva essere considerata "un organo giudiziario ai sensi del diritto olandese", ma che tale circostanza "non era determinante per l'interpretazione dell'art. 234 del trattato" (in *Racc.*, cit., pp. 2318 e 2327).

[24] Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 784. I giudici di Lussemburgo, infatti, rilevavano che nei Paesi Bassi qualsiasi medico che volesse esercitare la propria attività professionale, doveva chiedere la registrazione all'apposita Commissione per la registrazione, e che, contro l'eventuale rifiuto, non vi era altra via che l'appello alla *Commissie van Bereop.* Avrebbero potuto ricorrere alla giustizia ordinaria solo i medici non iscritti all'Associazione. Tuttavia i medici non iscritti nel registro non potevano *de facto* nei Paesi Bassi svolgere l'attività di medico: in particolare, non potevano esercitare, in base a un regio decreto del 1966, un'attività riconosciuta dalle casse di assicurazione malattia, rimanendo loro preclusa la possibilità di curare pazienti affiliati agli enti previdenziali, ma non potevano nemmeno esercitare la libera professione, in virtù del fatto che le compagnie private di assicurazione, nelle polizze malattia, definivano la nozione di medico generico ai sensi del regio decreto stesso.

che l'organo *a quo* dovesse ritenersi senz'altro una giurisdizione obbligatoria, e pertanto abilitata al rinvio[25].

L'orientamento maturato a seguito del caso del 1966 è stato mantenuto anche in un caso più recente, quello *Danfoss* del 1989, che aveva visto contrapporsi in terra danese la Federazione degli impiegati di commercio e la Confederazione dei datori di lavoro che agiva per l'impresa Danfoss[26]. La controversia era stata portata innanzi al tribunale arbitrale di categoria (*Faglige Voldgiftsret*) che aveva posto alla Corte di giustizia alcune domande sulla corretta applicazione della direttiva che vietava tra l'altro le disparità di retribuzioni basate su discriminazioni sessuali. Anche qui i giudici di Lussemburgo dovevano preliminarmente stabilire se la giurisdizione *a quo* potesse qualificarsi o meno giurisdizione di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 tr. Fue. Sul punto, la Corte analizzando la normativa nazionale, rilevava che sia il numero dei membri di tale tribunale arbitrale di categoria sia le modalità di nomina degli stessi erano stabilite dalla legge, essendo inoltre previsto un rilevante intervento dell'autorità pubblica. Anche la procedura applicabile ai fini della decisione era fissata per legge e la decisione stessa era inimpugnabile. Oltre al carattere legale, sussisteva, infine, una giurisdizione obbligatoria del tribunale arbitrale in quanto ad essa si era tenuti a ricorrere per tutte le controversie sorte in seno ai contratti collettivi di lavoro[27].

Questa volta, tali due requisiti erano sufficienti a far concludere alla Corte a favore della competenza al rinvio del tribunale danese, nonostante il giudice europeo non si fosse soffermato sugli altri indici secondo il noto catalogo del caso *Vaassen*, sorvolando, per esempio, sul fatto che l'organo sedesse in forma permanente, caratteristi-

---

[25] *Ibidem*, punti 11-15 motivazioni. La Corte ha dunque ritenuto rilevante dunque non la natura dell'organo, ma il fatto che l'interessato vi si dovesse rivolgere obbligatoriamente.

[26] Corte giustizia, sent. 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Handels c. Dansk Arbejdsgiverforening for Danfoss*, in *Racc.*, 1989, p. 3199 ss.

[27] Punto 7 delle motivaz.: "Tale tribunale può essere adito da una delle parti: poco importa che l'altra vi si opponga. Ne deriva che la competenza del tribunale non dipende dall'accordo delle parti".

ca ritenuta invero decisiva, come abbiamo visto, nei casi precedenti e in quello *Nordsee* che subito vediamo[28].

3. *L'arbitrato convenzionale e la sentenza* Nordsee *del 1982: il rifiuto della legittimazione al rinvio alla Corte di giustizia*

Orbene, l'esame fin qui condotto ha dimostrato che i tribunali arbitrali esaminati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia erano costituiti e disciplinati nel loro funzionamento o in base ad atti di natura pubblica o su atti di diritto privato ed, in questo secondo caso, sottoposti comunque al controllo e all'approvazione della pubblica autorità, che spesso provvedeva anche a designarne i membri. Si trattava, sia nell'uno che nell'altro caso, più che di tribunali arbitrali "veri e propri", o c.d. convenzionali, di giurisdizioni para-arbitrali finalizzate ad assicurare un più facile accesso alla giustizia e una maggiore rapidità di decisione in caso di liti in cui una delle parti in causa era un soggetto c.d. "debole", come un lavoratore appunto.

Solo con il caso *Nordsee*[29] la Corte si è trovata per la prima volta ad occuparsi di arbitri convenzionali o privati o volontari (c.d. *ge-*

[28] Proprio concentrandosi sull'obbligatorietà della giurisdizione e sul fatto di pronunciarsi come organo di ultima istanza (salvaguardando l'*effet utile* del diritto europeo), la Corte si è dimenticata degli altri elementi che, conformemente alla sua giurisprudenza, caratterizzavano un organo giurisdizionale, riconoscendo tale qualità ad un organo arbitrale la cui composizione e il cui funzionamento non erano in dettaglio disciplinati dalla legge, essendo la composizione stabilita caso per caso e svolgendosi il procedimento in conformità di quanto stabilito dalle parti entro l'ambito delle norme di legge. Va ricordato che sugli altri requisiti si era invece soffermato l'avv. generale Lenz nelle sue conclusioni (in *Racc.*, 1989, cit., punti 21 ss.) il quale aveva provveduto ad analizzarli e a comprovare la loro sussistenza. In particolare ravvisava il fatto che il tribunale statuisse in conformità delle norme giuridiche e quanto al carattere di stabilità e permanenza dell'organo, seppure il tribunale arbitrale era costituito *ad hoc*, notava che la competenza dei tribunali arbitrali in materia di lavoro fosse stabilita per legge "a norma della quale [erano] previste la costituzione dei tribunali arbitrali ed il ricorso ad essi", circostanze che erano sufficienti a conferirgli "la caratteristica di organo permanente".

[29] Si tratta della sentenza Corte giust., 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc.*, 1982, p. 1095 ss. In letteratura, v. i commenti di Fouchard, *Quel concours les juridictions françaises peuvent-elles préteur à l'arbitrage pour saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en application de l'article 177*

nuine arbitration tribunals[30]), ovvero quegli arbitrati che, come dice il loro nome, trovano la propria competenza su una convenzione di natura privata liberamente stipulata dalle parti. Prima di allora, il tema degli arbitrati convenzionali era stato oggetto di dibattito solo da parte della dottrina e in particolare, in prossimità della pubblicazione della sent. *Vaassen*, tema di discussione di un convegno internazionale sui rapporti tra arbitrato e mercato comune tenutosi a Rotterdam nel 1966, nel corso del quale si era concluso a favore dell'utilizzabilità del rinvio pregiudiziale da parte degli arbitri privati[31].

Così nel 1982 la Corte di giustizia si era trovata investita di una questione pregiudiziale *ex* art. 177 tr. Ce (oggi art. 267 tr. Fue) da parte di un arbitro privato tedesco chiamato a giudicare su una controversia relativa all'adempimento di un contratto tra alcune società armatrici tedesche, implicate nella lavorazione del pesce, concluso

---

du traité de Rome?, in *Rev. arb.*, 1982, p. 491 ss.; Hepting, *Art. 177 EWGV und die private Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Europarecht* 1982, p. 315 ss.; Alexander-Grabandt, *National courts entitled to ask preliminary rulings under article 177 of the EEC Treaty: the case law of the Court of Justice*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1982, p. 413 ss.; De Mello, *Arbitrage et droit communautaire*, in *Rev. arb.*, 1982, p. 390 ss.; Dumon, *Questions préjudicielles et arbitrage*, in *Cah. dr. eur.*, 1983, p. 217 ss.; Friend, *EEC Law*, *Preliminary Rulings and Arbitrators*, in *Law Quart. rev.*, 1983, p. 356 ss.; Tizzano, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, in *Rass. arbitrato*, 1983, p. 153 ss.; Bebr, *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1985, p. 489 ss.

[30] Così Bebr, *Arbitration tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, cit., spec. p. 493.

[31] V. al riguardo la relazione sull'argomento di J. Robert (in *Rev. arb.*, 3, 1966, pp. 36-42), il quale, in conclusione, aveva ritenuto preferibile la legittimazione arbitrale al rinvio, optando tuttavia per una facoltà (e non un obbligo) al rinvio (p. 38). Sul punto significativa anche la risoluzione finale del Congresso: "Le Congrès, considérant que l'institution de l'arbitrage est appelée à coopérer activement à un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble des communautés, est d'avis que, sous réserve des compétences exclusives attribuées aux autorités communautaires, il appartient aux arbitres saisis de litiges mettant en cause le droit communautaire de vérifier leur compétence et de statuer au fond dans le respect de l'ordre public communautaire, sous le contrôle des autorités compétentes. Que les termes des articles 177 Cee et 150 Ceea ne retirent pas aux arbitres qualité, si l'une des questions préjudicielles prévues aux dits articles est soulevée devant eux et s'ils estiment qu'une décision sur ce point est nécessaire à leur sentence, pour demander à la Cour de statuer sur cette question" (*ibidem*, p. 62).

per la ripartizione degli aiuti finanziari europei[32]. Lo stesso contratto prevedeva una clausola compromissoria per la risoluzione delle controversie insorte per tali contributi. Data la difficoltà della questione interpretativa, l'arbitro (nominato dalla Camera di commercio di Brema, in mancanza dell'accordo tra le parti) investiva la Corte di giustizia, che preliminarmente si pronunciava la competenza al rinvio di un arbitro convenzionale.

Con una decisione alquanto sommaria, i giudici del *Plateau Kirchberg* riconoscevano che, funzionalmente, l'attività dell'arbitro in questione consentiva "taluni raffronti con l'autorità giudiziaria", poiché l'arbitrato si svolgeva nell'ambito della legge, l'arbitro doveva decidere secondo diritto e il suo lodo avrebbe assunto nei confronti delle parti, efficacia di cosa giudicata, potendo costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l'*exequatur*[33].

Tuttavia, se gli indici funzionali dell'applicazione del diritto e della vincolatività della decisione sembravano rispettati, altri, quelli istituzionali, erano evidentemente mancanti. Innanzitutto l'arbitrato in questione non costituiva una giurisdizione obbligatoria, in quanto non esisteva alcun obbligo né giuridico né di fatto (a fronte di un'assenza pratica di rimedi giuridici effettivi) di stipulare la convenzione arbitrale e la costituzione del tribunale arbitrale era basata su una libera decisione delle parti. Inoltre, in tale arbitrato non si prevedeva la partecipazione delle autorità nazionali pubbliche sia nella costituzione che nel funzionamento, partecipazione invero ritenuta indispensabile secondo gli insegnamenti della sent. *Broekmeulen*, per caratterizzare l'origine legale dell'organo[34]. Privo di questi due requisiti, pertanto, l'arbitro privato non era autorizzato al rinvio.

Tale conclusione trovava conferma anche nel fatto che non si poteva demandare agli arbitri privati, in virtù della loro origine negoziale, il compito di svolgere alcuna funzione pubblica rilevante ed,

[32] Ironizza sul nome dell'arbitro tedesco Walther Richter, a presagio del futuro rigetto della questione, Briguglio, *Pregiudiziale*, cit., p. 785, nota 32. Vale comunque la pena ricordare che l'arbitro che adiva la Corte lussemburghese era occasionalmente arbitro e nella vita di tutti i giorni ricopriva le funzioni di presidente dell'*Hanseatiches Oberlandesgericht* di Brema.

[33] Punto 10 delle motivazioni sent. *Nordsee*, cit.

[34] Punti 11-12 *ibidem*.

in particolare, non si poteva ascrivere allo Stato della sede dell'arbitrato alcuna responsabilità dell'operato dell'arbitro nell'applicazione del diritto europeo.

La Corte, tuttavia, volendo evitare di creare una sorta di "zona franca" ove l'impossibilità di rinvii pregiudiziali si traducesse in una inosservanza del diritto, si preoccupava infine del rispetto della corretta applicazione del diritto europeo nel territorio degli Stati membri, ricordandone la sua essenzialità nell'ordinamento europeo[35]. L'osservanza, infatti, di tale normativa, inderogabile con gli strumenti dell'autonomia negoziale, si imponeva alle parti e agli arbitri, alla stessa stregua delle norme imperative dello Stato[36]. Logica conseguenza di tale impostazione era che il rinvio pregiudiziale per la corretta interpretazione del diritto europeo doveva spettare – a fronte del veto degli arbitri – ai giudici togati intervenuti in sede di assistenza processuale nel corso dell'arbitrato (per esempio, in caso di nomina o sostituzione degli arbitri, audizione dei testi, ecc.) e di controllo del lodo (ovvero in sede di impugnazione o di riconoscimento/esecuzione). Solo nell'ambito di tali interventi mediati, i giudici statali avrebbero potuto valutare se ricorressero o meno le condizioni per un rinvio al Lussemburgo[37].

---

[35] Punto 14 *ibidem*.

[36] In questi termini Tizzano, *Arbitrato privato*, cit., p. 164. È proprio nel caso *Nordsee*, in un contesto di inderogabilità, che si fa avanti il concetto di norma europea come norma di ordine pubblico, profilo che verrà confermato nella giurisprudenza successiva dei casi *Comune di Almelo*, *Benetton*, *Mostaza Claro*, su cui v. oltre nel testo.

[37] Punto 15 motiv. *ibidem*.

Rinviando ogni commento della letteratura sul caso *Nordsee* al successivo par. 5, si vuole qui ricordare che a fronte di una di una grossa mole di argomentazioni sia da parte dell'avv. gen. Reischl sia da parte dei governi interventi nella vicenda processuale (sulle diverse tesi delle parti, v. la sintesi di Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 421 ss.), le motivazioni della Corte si caratterizzano per una brevità e un tono di perentorietà addirittura imbarazzanti e che giustificano, già di per sé, una difficoltà della Corte di affrontare l'argomento in maniera approfondita. Infatti le conclusioni dell'avv. generale, pur propendendo per il risultato negativo erano più complesse e meditate analitiche, tese a smontare le tesi dei governi intervenuti (inglese, italiano e danese) tutti contro la legittimazione degli arbitri, così come quella della Commissione favorevole invece al rinvio. Infatti l'avv. generale, constatava, al contempo, che la problematica dell'arbitrato non era stata considerata all'atto della redazione dai *conditores* del trattato e proprio per questo il richiamo alla lettera dell'art. 267 tr. Fue non poteva essere

4. *La giurisprudenza successiva e la sentenza* Denuit *del 2005: il persistere del responso negativo*

La soluzione accolta dalla Corte nel caso *Nordsee*, puntando sulla mancanza di carattere obbligatorio dell'arbitro privato e sull'assenza di concorso di autorità pubbliche nella costituzione e nel funzionamento dell'organo, ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva, prima indirettamente nelle sentenze *Comune di Almelo* e *Benetton*, poi direttamente nel caso *Denuit*.

Vediamole brevemente.

Nel caso *Comune di Almelo* del 1994[38], la Corte di giustizia non doveva pronunciarsi su delle questioni pregiudiziali poste da un ar-

---

d'aiuto per risolvere il problema, seppure "lo spirito" e le finalità dell'articolo – corretta e uniforme applicazione del diritto europeo – rendevano in buona parte evidente l'opportunità di affermare la legittimazione dei collegi arbitrali ad adire la Corte. A detta dell'avv. generale, c'erano tuttavia tre seri argomenti che andavano nel senso dell'esclusione dal rinvio (punto bb) delle conclusioni, p. 1121 ss.). Innanzitutto, a fronte del fatto agli arbitri non erano fortemente controllati dai rispettivi ordinamenti nazionali nella rigorosa applicazione del diritto nazionale (diritto europeo compreso), non si poteva presumere in capo all'ordinamento europeo un interesse maggiore all'applicazione di tale diritto. In secondo luogo, una volta ammesso il rinvio, si sarebbe dovuto applicare agli arbitri l'obbligo di rinvio, almeno in quegli Stati in cui i lodi non erano impugnabili, oltre che in quelli dove il sindacato d'impugnazione era limitato. Un risultato siffatto avrebbe portato ad aggravare la mole di lavoro della Corte, "distraendola dai propri compiti principali, a favore di controversie di carattere privato spesso di minima importanza". In terzo luogo, secondo l'avv. generale, il quale evocava indirettamente le sentenze *Foglia-Novello* (sent. 11 marzo 1980, causa 104/79, in *Racc.*, 1980, p. 745 ss. e sent. 16 dicembre 1981, causa 244/80, *ivi*, 1981, p. 3045 ss.) pubblicate in quegli anni, evidenziando che mancava nei collegi arbitrali quella garanzia pubblicistica che avrebbe potuto salvaguardare a priori da un'utilizzazione abusiva del meccanismo pregiudiziale, proprio perché l'arbitrato in quanto affare riservato alle parti e a terzi privati, si prestava più di un giudizio ordinario all'instaurazione di controversie fittizie. Tali ragioni, più contingenti che giuridiche, facevano optare l'avv. generale per la soluzione negativa, tuttavia senza pieno convincimento ("la bilancia pende più a sfavore che a favore dell'ammissibilità" (p. 1123), lasciando così intendere che il problema della legittimità rimaneva aperto stante la presenza di parecchi elementi a favore della tesi positiva. Non per caso, lo stesso avv. generale affrontava comunque l'esame del merito della controversia, consapevole che il problema pregiudiziale della competenza degli arbitri era tema di per sé "molto controverso".

[38] Corte giust., 27 aprile 1994, in causa C-393/92, *Comune di Almelo c.Energiebedrijf NV*, in *Racc.*, 1994, I, p. 1477 ss. Su tale sentenza v. i commenti di Fumagalli, *Conferme giurisprudenziali in tema di procedura pregiudiziale*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 1994, p. 707 ss.; Selvaggi, *Arbitrato e accertamenti*

bitro, ma da parte di un giudice statale (il *Gerechtshof di Arnhem*) che a sua volta si trovava a decidere secondo equità nell'ambito di una procedura di annullamento di un lodo arbitrale. Senza entrare in un'analisi particolarmente approfondita, i giudici di Lussemburgo, sulle orme della sent. *Nordsee*, dopo aver deputato al rinvio pregiudiziale non l'arbitro ma il giudice statale in sede d'impugnazione del lodo, ritenevano competente *ex* art. 267 tr. Fue anche l'organo giurisdizionale nazionale che, in base alla convenzione arbitrale conclusa delle parti, doveva decidere secondo equità, e non solo secondo diritto. La Corte concludeva così che, in ossequio al principio di *primauté* del diritto europeo, il giudice, anche se vi fosse di mezzo l'equità, doveva rispettare la normativa europea della concorrenza[39].

La giurisprudenza *Nordsee* veniva poi ribadita incidentalmente nel caso *Benetton* del 1999[40], ove la Corte, adita dalla Suprema Corte olandese (lo *Hoge Raad*), nel ricordare la sentenza del 1982, ripeteva che era compito solo dei giudici ordinari esaminare le questioni di diritto europeo nell'ambito del controllo del prodotto arbitrale, più o meno ampio a seconda delle rispettive leggi nazionali applicabili, così da ottenere i necessari chiarimenti dalla Corte di Lussemburgo[41].

---

incidentali di validità e interpretazione di norme e provvedimenti C.E.E., in *Riv. arb.*, 1995, p. 318 ss.; Fouchard, in *Rev. arb.*, 1995, p. 505 ss.; Vaques, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 45 ss.; Simon, in *Jour. dr. internat.*, 1995, p. 427 ss.; Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, cit., p. 421 ss.; Nori, *La nuova disciplina dell'arbitrato nell'ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3073 ss.

[39] Punti 21-24 della sent. cit. Conformi le conclusioni dell'avv. generale Darmon, in *Racc.* cit., p. 1480 ss., spec. punti 29-44, secondo cui "il dovere di pronunciare secondo equità non può portare al risultato di disapplicare norme che peraltro voi definite imperative [come quelle in materia di concorrenza, *n.d.r*]" (punto 42), con ciò richiamando pronunce ove l'imperatività della disciplina della concorrenza è espressamente affermata, *in primis*, sent. 21 settembre 1989, C-46/87 e 227/88, *Hoeschst c. Commissione*, in *Racc.*, 1989, p. 2859, punto 25.

[40] Corte giust., sent. 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, in *Racc.*, 1999, I, p. 3079 ss., spec. punto 32.

[41] Principio ribadito anche nella successiva sent. 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, 2006, I, p. 10421 ss, ove la Corte era adita dall'*Audiencia Provicial* di Madrid, in sede d'impugnazione di un lodo arbitrale.

È invece nella successiva sent. *Denuit* del 2005[42] che il problema del rinvio da parte degli arbitri privati veniva di petto nuovamente affrontato dai giudici del Kirchberg. In quel caso la Corte era stata adita in via pregiudiziale, per l'interpretazione di talune disposizioni europee concernenti i viaggi e le vacanze tutto compreso, dal *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages*, un tribunale arbitrale di un associazione senza scopo di lucro belga finalizzato a dirimere controversie sorte in materia di viaggi organizzati. Come nel caso *Nordsee*, la Corte osservava che il deferimento della lite insorta tra un privato e un'agenzia di viaggi al *Collège d'arbitrage* era frutto di una convenzione arbitrale stipulata liberamente dalle parti e non imposta dalla normativa belga, risultando, infatti, in mancanza di una convenzione, le parti sempre libere di ricorrere alla giustizia togata. Il tribunale arbitrale, seppure appartenente ad un'istituzione parastatale, non poteva ritenersi una giurisdizione obbligatoria ed era privo di base legale in quanto le autorità statali non era implicate nella scelta della via dell'arbitrato[43]. Al pari della sentenza del 1982, la Corte negava quindi la competenza al rinvio ritenendo rilevante la mancanza di tali requisiti non prendendo nemmeno in considerazione gli altri indici che sembravano essere rispettati e tralasciando alcuni aspetti che sembravano configurare, in realtà, una dipendenza dell'organo dalle pubbliche autorità[44].

---

[42] In questo senso, Corte giust., 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Denuit*, in *Racc.*, 2005, I, p. 923 ss. V. le postille di E.F. Ricci e Consolo, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato Ce*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 61 ss.; e i commenti di Chiti, *Collegi arbitrali e rinvio pregiudiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 828; Idot, in *Rev. arb.*, 2005, p. 769 ss.; Van Huffel, *La mise en œuvre du droit communautaire par les organes extrajudiciaires de règlement des litiges: limites et perspectives*, in *Rev. européenne de droit de la consommation*, 2005, p. 25 ss.; Rasia, *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale: nuovo confronto tra gabbie ideologiche, funzionalità degli scambi, esigenze di tutela effettiva*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 21 ss.; E.F. Ricci, *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 710 ss.

[43] Punti 11-17 motivaz. *ibidem*.

[44] Per maggiori approfondimenti della vicenda, *si vis*, Rasia, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 24, ove si evidenziava che il collegio arbitrale *de quo* apparteneva a quella famiglia di procedimenti amministrati da organismi fortemente collegati – quanto ad istituzione, designazione delle persone fisiche dei giudicanti, predeterminazione minuta del regolamento procedurale – ai poteri statuali, tanto da qualificarsi quali autorità di derivazione pubblicistica e

Per riassumere, lo stato dell'arte è oggi il seguente: la Corte non nega in via astratta che un tribunale arbitrale possa essere considerato "giurisdizione di uno Stato membro", tuttavia distingue l'ipotesi a) in cui il tribunale svolga la propria funzione in virtù di un mandato pubblico o con partecipazione di autorità statali e, al contempo, con una competenza obbligatoria, nel qual caso lo abilita al rinvio pregiudiziale, dall'ipotesi (contraria) b) in cui il tribunale arbitrale trovi la sua origine nella libera scelta delle parti, nel qual caso gli è impedito di adire la Corte di Lussemburgo. In questo secondo caso i giudici statali (in sede di assistenza o di controllo *ex post*) sono gli unici organi deputati ad interloquire con la Corte tramite un rinvio pregiudiziale mediato o indiretto.

5. *Le osservazioni critiche della dottrina: problemi empirici e confronto tra tesi funzionalistica e istituzionalistica dell'arbitrato. Arbitrati* ad hoc *ed arbitrati amministrati*

Appare chiaro che la Corte, in tema di rinvio pregiudiziale degli arbitri privati[45], sposa la tesi istituzionalista della nozione di giu-

di costituzione permanente. In particolare, leggendo attentamente il regolamento della commissione belga per le controversie in materia di viaggi (v. *http://www.mineco.fgov.be/redir_new.asp?loc=/protection_consumer/voyages/law_fr.htm*), infatti, si poteva rilevare che: il collegio arbitrale della commissione era un collegio amministrato da un'organizzazione permanente, riconosciuta da organi di natura statale (*le Service public fédéral Economie*) e che aveva sede presso il ministero dell'economia; era composto da membri scelti tra rappresentanti dei consumatori e rappresentanti degli intermediari di viaggi nonché da un presidente imparziale scelto di comune accordo dagli arbitri di parte; si svolge secondo le norme del codice di procedura belga (art. 1676 ss.); una volta pendente obbligava il giudice ordinario a dichiararsi incompetente; il lodo emesso era, per scelta delle parti, definitivo e non impugnabile.

[45] Per gli arbitrati obbligatori per mandato pubblico, infatti, il problema non si pone, in quanto essi sono abilitati al rinvio, per specifica indicazione della Corte. Il problema del rinvio pregiudiziale non si pone nemmeno per gli arbitrati irrituali, in quanto gli stessi, dopo la riforma del 2006, sono nettamente distinti dagli arbitrati rituali. Alla luce del nuovo art. 808-*ter*, c.p.c., infatti, recente dottrina ha giustamente definito l'arbitrato irrituale (italiano) come "il modo di regolare un conflitto di interessi raggiungendo una determinazione contrattuale attraverso un processo" (Biavati, *Sub. art. 808 ter*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna,

risdizione. I giudici europei hanno infatti confermato che il termine "giurisdizione" ai sensi dell'art. 267 tr. Fue deve intendersi sotto un profilo istituzionale, organico, soggettivo e, in questa prospettiva, l'arbitro privato non può ritenersi una giurisdizione in quanto non è un soggetto inquadrato nell'organizzazione statale e non presenta un collegamento stabile ed organico con le istituzioni dello Stato membro[46].

Secondo la dottrina vi sono due ragioni di fondo che hanno portato i giudici di *Plateau Kirchberg* a tale conclusione. Da una parte,

2007, p. 164). La stessa dottrina ha pertanto concluso che il titolo ottavo del c.p.c. non si applica all'arbitrato irrituale, salvo rilevare che talune norme regolanti il procedimento arbitrale rituale possono avere una "funzione di riferimento e di attrazione" per l'arbitrato irrituale. Tra queste non rientrano comunque le norme che suppongono un aiuto giudiziario all'arbitrato, le quali presuppongono un rapporto di fungibilità tra lodo e sentenza, così come il rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale. Anche opposta dottrina (Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *www.judicium.it*, par. 4), la quale punta ad assimilare le due figure di arbitrato, reputando l'applicabilità delle norme del c.p.c. all'arbitrato irrituale, non arriva ad applicare le norme degli artt. 819 e 819-*bis* c.p.c. all'arbitrato irrituale (uniche norme che, in realtà, potrebbero dare spunto ad un'applicazione futura del rinvio pregiudiziale europeo). In conclusione, in questo quadro, non mi sembra che ci sia spazio per un rinvio pregiudiziale da parte degli arbitri irrituali nemmeno *de iure condendo*. Bisogna registrare che in passato, prima della riforma del 2006, la letteratura specialistica non era concorde sul punto, ignorando a volte il problema (Tizzano, *Arbitrato privato*, cit., p. 153), altre volte optando per la soluzione negativa (v. Briguglio, *Pregiudiziale*, cit., p. 792, il quale ha affermato che la legittimazione al rinvio pregiudiziale sarebbe del tutto superflua in quanto il lodo irrituale non diviene mai incontrovertibile, poiché è destinato a rimanere semplice contratto), altre volte ancora per quella positiva (D'Alessandro, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 447, la quale ha sottolineato la struttura unitaria dell'arbitrato e pertanto il rinvio *de iure condendo* anche degli arbitri irrituali).

[46] Il profilo del legame tra l'istanza pubblicistica del rinvio pregiudiziale e l'arbitrato volontario è messo bene in evidenza da Biavati (*Pregiudiziale comunitaria ed arbitrato*, cit., spec. p. 431 e poi Id., *Il cittadino e la giustizia. L'ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 399 ss., spec. p. 403), il quale, a seguito del trattato di Maastricht, vede complessivamente alterato per l'introduzione dell'art. 17 (*ex* art. 8) tr. Ce il rapporto tra i due istituti. Più precisamente, per tale a., tale norma immediatamente precettiva e non meramente programmatica, nell'attribuire rilevanza giuridica alla nozione di cittadinanza europea, avrebbe portando al superamento del principio secondo cui l'obbligo di applicare il diritto europeo incombe solo agli Stati membri (secondo un obsoleto approccio meramente internazionalistico) ma ancorandolo anche a tutti i soggetti privati, con evidenti effetti per un "ripensamento di fondo" della legittimazione arbitrale al rinvio.

vi è la volontà della Corte di non consentire alle parti private la creazione a proprio piacimento di giurisdizioni abilitate al rinvio: non si vuole consentire, stante il carattere privato del giudizio arbitrale, ai singoli cittadini di sollecitare la formazione di un diritto europeo secondo le proprie personali esigenze in quanto in tal modo si paventa il timore d'aumento di carico di lavoro alla Corte di Lussemburgo anche per liti di poco conto[47]. Dall'altra parte, vi è nella mente della Corte il problema di ricondurre alla responsabilità degli Stati – vincolati dal rispetto degli obblighi europei, a norma dell'art. 4, par. 3, tr. Ue e degli artt. 258-260 tr. Fue (*ex* artt. 226-228 tr. Ce) – atti di privati o di organi privati con cui lo Stato stesso non ha né legame né controllo[48].

Insomma, pare dire la Corte che, nell'uno o nell'altro senso, l'applicazione del diritto europeo non è affare dei privati ma solo delle istituzioni di Bruxelles e degli Stati attraverso i propri organi[49]. Da qui la scelta di perseguire la strada del test istituzionale nell'individuazione dell'autorità rinviante.

---

[47] Sull'atteggiamento di prudenza della Corte, volto ad evitare il proliferare di domande pregiudiziali, – peraltro segnalato dall'avv. Reischl nelle conclusioni al punto n. 3, bb), iii) – v. Lenaerts-Pittie, *Conclusions générales*, in Aa.Vv., *L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, 1997, p. 209. Il timore dell'abuso di rinvii inutili e fittizi da parte degli organi arbitrali si era in passato posto anche in materia di pregiudiziale costituzionale, prima ovviamente della facoltà di rinvio concessa ai giudici privati con la sent. Corte cost. n 376 del 2001. L'esperienza giurisprudenziale ha smentito tali timori. Prima della nota sentenza del 2001, la Consulta fu adìta una volta soltanto (v. Corte cost., ord., 17 dicembre 1997, *Giur. cost.,*. 1998, p. 253 ss., con nota di M. Esposito), mentre dopo tale data si sono registrati solo quattro rinvii pregiudiziali da parte del Coll. arb. Roma, ord. 10 giugno 2003 (Galgano Presidente ed estensore) da cui la sent. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 207 (entrambi in *Riv. arb*. 2004, rispettivamente 551 ss. e 457 ss.), del Coll. arb. Venezia, ord. 22 luglio 2004, e ord. 8 novembre 2005 da cui rispettivamente Corte cost., ord., 19 luglio 2005, n. 298, e Corte cost., ord. 20 luglio 2006, n. 303, da parte del Coll. arb. Napoli, ord. 11 novembre 2006, da cui Corte cost., ord., 11 febbraio 2008, n. 29 (i cui testi si possono leggere tutti nel sito web *www.cortecostituzionale.it*).

[48] V. punto 12 delle motivazioni della sent. *Nordsee* ("Come Stato membro della Comunità […] la Repubblica federale di Germania non ha affidato né concesso a privati la cura di far rispettare tali obblighi nel campo di cui trattasi nella fattispecie"). Il punto è ben evidenziato da Erauw, *References by arbitrators to the European Court of Justice for preliminary ruling*, in Aa.Vv., *L'arbitrage et le droit européen*, cit., p. 101 ss., spec. p. 123.

[49] Biavati, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 429.

Tuttavia va pure detto che gli stessi giudici di Lussemburgo evidenziano nella sent. *Nordsee* la circostanza che il collegio arbitrale, chiamato a svolgere funzioni in qualche modo pari a quelle giurisdizionali[50], concorre ad assicurare comunque il rispetto e l'applicazione del diritto europeo, diritto cui le parti non possono sottrarsi nel momento in cui optano per un metodo privato di risoluzione delle

[50] Punto 10 delle motivazioni a sent. *Nordsee* ("È vero che l'attività dell'arbitro in questione, come l'arbitro ha rilevato nella propria questione, consente taluni raffronti con l'attività giudiziaria, in quanto l'arbitrato si svolge nell'ambito della legge, l'arbitro deve decidere secondo il diritto e il suo lodo avrà, nei confronti delle parti, efficacia di cosa giudicata, potendo costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l'*exequatur* […]"). A favore di una qualificazione dei lodi (rituali) come decisioni "potenzialmente fungibili" con quelle degli organi giurisdizionali, fondamentale – prima dell'introduzione dell'art. 824-*bis* c.p.c. – la lettura della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883 ss., che ritiene, per la prima volta, ammissibile il rinvio pregiudiziale da parte di un arbitro rituale privato avanti la Corte stessa, facoltà oggi codificata nell'art. 819-*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c. Secondo la Corte, il giudizio arbitrale non si differenzia «in alcun modo» da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, esistendo anche nell'arbitrato un «esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge da parte di soggetti pure estranei all'organizzazione della giurisdizione, purché posti in posizione di *super partes*». Su tale pronuncia v. i commenti favorevoli di Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.* 2001, p. 664 ss.; Biavati, *La Consulta: arbitro e giudice sono fungibili*, in *Temi rom.*, 2001, p. 14 ss.; Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.* 2001, I, p. 2887 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, p. 263 ss.; E.F. Ricci, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un* grand arrêt *della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss.; Canale, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma)*, in *Giur. it.*, 2002, p. 690 ss.; nonché nell'Osservatorio *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.* 2002, II, p. 59 ss., con prefazione di Sassani e contributi di Luiso, Auletta e Capponi. Oggi, pertanto, in un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità (*contra*, Briguglio, *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 650, secondo cui gli arbitri potrebbero *incidenter tantum* risolvere la questione disapplicando la norma se ritenuta incostituzionale), anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile a quello degli organi della giurisdizione – debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi. In dottrina, critico nei confronti di una sospensione obbligatoria dell'arbitrato in caso di rimessione alla Consulta, a seguito dell'introduzione dell'art. 819-*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c., v. Bove, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, par. 4, in *www.judicium.it.*

controversie. Se l'attività degli arbitri non è infatti riferibile allo Stato, tuttavia quest'ultimo la permette[51].

La Corte cerca con questa ultima considerazione di conciliare la tesi del legame tra la garanzia (funzionale) dell'osservanza del diritto europeo con la riconducibilità (istituzionale) all'organizzazione statale dei soggetti legittimati al rinvio pregiudiziale. Tuttavia la struttura motivazionale così delineata non è priva di imprevisti e sembra contraddittoria in quanto nel momento in cui affida alle parti e agli arbitri l'osservanza del diritto (dell'Unione), non si può vietare loro la possibilità di applicarlo correttamente. Su tale profilo si ripongono principalmente le critiche evidenziate dalla dottrina che commentò la sent. *Nordsee*, critiche che gli stessi protagonisti intervenuti nel corso del processo già avevano avuto modo di mettere in luce[52].

Nel panorama letterario si rinviene una varietà di impostazioni e di soluzioni in merito al problema del rinvio pregiudiziale da parte degli arbitri privati: alcuni hanno condiviso, ai fini della legittimazione al rinvio, il profilo strutturale ed organico del soggetto che deve giudicare; altri hanno ritenuto preponderante il profilo funzionale ed effettuale del "come" l'organo deve giudicare e "con quali" conseguenze[53]. Chi sceglie la prima strada, avallando il punto di vista della

[51] A differenza di quanto avvenuto per la pregiudiziale costituzionale, a causa del divieto di rinvio da parte degli arbitri, la dottrina ha riconosciuto agli arbitri il potere di conoscere *incidenter tantum* della questione pregiudiziale europea e di disapplicare norme e atti amministrativi illegittimi, salva ovviamente la successiva ed eventuale impugnazione del lodo (D'Alessandro, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 445, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 621). *Contra*, Selvaggi, *Arbitrato e accertamenti incidentali di validità*, cit., p. 320, il quale nega il potere degli arbitri di disapplicare norme o atti amministrativi e propende per un'applicazione dell'art. 819 c.p.c.

[52] Come evidenziato dalle stesse conclusioni dell'avv. generale.

[53] Così Briguglio, *Merito e metodo*, cit., p. 675, riferendosi al parallelo (ma parzialmente diverso) problema del rinvio pregiudiziale costituzionale. Come abbiamo detto, con la sent. n. 376 del 2001 della Corte costituzionale si è fatto avanti in Italia un inquadramento ossequioso della fungibilità funzionale tra giudice ed arbitro, che mira ad accomunarne i tratti dei due organi sotto il profilo teleologico-contenutistico, strada poi mantenuto dal legislatore del 2006 con l'introduzione dell'art. 824-*bis* c.p.c. Si vuole qui ricordare che la dottrina italiana, lavorando per analogia (Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 621 ss.) ha frequentemente accostato la pregiudiziale europea a quella costituzionale nella risoluzione dell'ammissibilità del rinvio da parte degli arbitri privati. In verità

Corte, nega il potere dell'arbitro privato a rimettere la questione alla Corte, trascurando il profilo funzionale ed insistendo principalmente sul legame controllo-responsabilità che lo Stato membro assume nei confronti dei suoi organi[54]. Chi, invece, attribuisce rilevanza, più che allo *status* dell'organo, alle funzioni che questo svolge – inter-

le analogie tecnico strutturali dei due rinvii pregiudiziali (sistema di controllo accentrato, esame *incidenter tantum* della questione) non devono trarre in inganno e non devono essere fonte di un'interpretazione analogica o sistematica a soluzione del silenzio legislativo in campo europeo, stante la diversità nei profili fondamentali delle due pregiudiziali. La pregiudizialità europea è, infatti, più ampia sul piano dell'oggetto (è invocabile anche se viene in considerazione l'interpretazione della legge), comporta sentenze che non sempre esplicano effetti *ex tunc* ed *erga omnes* (visto il potere della Corte di ritornare su questioni interpretative già esaminate), e, soprattutto, ha un più ampio spettro di norme di riferimento che costituiscono il criterio dell'esame pregiudiziale (trattato e altri atti di diritto della U.e.). Se si tengono ben presenti tali differenze, si può comunque avallare il profilo metodologico-sistematico seguito dalla Corte costituzionale italiana, che ha evidenziato un'identità di posizione tra giudice ed arbitro rispetto all'applicazione della legge e che ben potrebbe portare al medesimo risultato la Corte di giustizia, visto che gli indici e criteri da essa elaborati affondano indiscutibilmente le loro radici nei principi generali del diritto comuni a tutti gli Stati membri. Bisogna però essere consci del fatto che tale operazione non viene fatta in via analogica o sistematica, ma solo grazie ad un'identità di intento pedagogico-culturale che accomuna le due Corti, quale è l'innegabile necessità di interpretazione ed applicazione uniforme del diritto di un ordinamento (interno o europeo).

[54] In dottrina hanno negato, *de iure condito*, l'applicabilità dell'art. 267 tr. Fue (*ex* art. 234 tr. Ce) all'arbitrato convenzionale, Levoni, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino 1975, p. 202; Selvaggi, *Arbitrato e accertamenti incidentali di validità e interpretazione di norme e provvedimenti CEE*, cit., p. 320, il quale nega il potere degli arbitri di conoscere incidentalmente della validità delle disposizioni europee non ritenendo compromettibili i giudizi di legittimità europea; Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 141; Cohn, *Schiedsgerichtsbarkeit und EWG Vertrag*, cit., p. 269, il quale ritiene incompatibile la procedura arbitrale con la natura e l'oggetto del procedimento arbitrale in virtù della sua riservatezza e celerità; Consolo, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 61 ss., il quale pone l'accento proprio sulla mancanza in capo agli arbitri del legame con lo Stato ai fini dell'adempimento degli obblighi imposti dall'ordinamento europeo; Mourre, *Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage*, in *Asa Bull.*, 2005, pp. 412-413, che ritiene, anche da un punto di vista pratico, negativo un *revirement* della Corte, a causa degli effetti che si produrrebbero sulla velocità della procedura e sulla potenziale moltiplicazione sui motivi di censura del lodo.

pretazione ed applicazione del diritto europeo – riconosce la competenza dell'arbitro privato al rinvio[55].

Da parte mia, preciso subito che sostengo la tesi che punta sulla funzione esercitata dall'organo remittente, più che sullo *status* pubblicistico, in quanto mi sembra che, in virtù dello stesso scopo cui mira il procedimento pregiudiziale dell'art. 267 tr. Fue (la corretta applicazione del diritto europeo), la competenza a rimettere alla Corte dovrebbe essere riconosciuta "a priori" a chi ha il potere di applicare il diritto dell'Unione e che svolge una funzione decisoria al pari del giudice, e non essere esclusiva degli organi che hanno un rapporto organico più o meno indiretto con lo Stato membro[56]. In

[55] Ragionando in questa prospettiva non può in fondo che cogliersi una stringente similitudine tra quanto operato dal giudice togato e dall'arbitro, a sua volta giudice del caso singolo, eletto dall'autonomia privata delle parti ma pur sempre in virtù di una precedente investitura legislativa. In questo senso, dunque, l'arbitrato può anche ritenersi a tutti gli effetti *equivalente giurisdizionale*, come già autorevolmente sostenuto lungo tempo addietro. Ci si riferisce alla nota concezione di Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 154 ss., dell'arbitrato come istituto volto a perseguire un interesse alla composizione dei conflitti al quale lo Stato "riconosce, sotto certe condizioni, idoneità a raggiungere lo stesso scopo a cui tende la giurisdizione". Per una scelta funzionalistica si schierano, Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 787 ss.; Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 188 ss.; Raiti, *La collaborazione giudiziaria*, cit., p. 87 ss.; Nori, *La nuova disciplina dell'arbitrato nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 3084, invita al riesame della giurisprudenza *Nordsee* alla luce di quell'"indicatore di tendenza" che è l'art. 5 (*ex* art. 3B) tr. Ce nel quale è enunciato il principio di sussidiarietà, attraverso il quale si poteva valutare meglio la funzione che l'arbitrato svolge nel sistema degli Stati membri. Perplessi circa la scelta della Corte si pongono, Tizzano, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, cit., p. 166 ss.; Biavati, *Pregiudiziale comunitaria ed arbitrato*, cit., p. 431; De Mello, *Arbitrage et droit communautaire*, cit., p. 399; Bebr, *Arbitration tribunals and article 177 of the Ecc Treaty*, cit., p. 504, i quali tuttavia auspicano tutti un *revirement* della Corte di giustizia; D'Alessandro, *Pregiudiziale comunitaria ed arbitrato interno*, cit., p. 448, la quale invita invece direttamente il legislatore europeo ad intervenire sull'art. 234 tr. Ce (oggi 267 tr. Fue); Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 694, ritiene necessaria una rivisitazione da parte della Corte, a causa del limitato controllo nella sede (successiva) di impugnazione del lodo.

[56] Cfr. nello stesso senso v. Biavati, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., p. 57 ss., ove l'a. evidenzia che, al pari del giudice statale,"gli arbitri privati sono chiamati a svolgere, nel rispetto del principio di sussidiarietà, una funzione pubblica e che di questa funzione devono attuare le regole essenziali" (p. 65).

altre parole, le riserve della Corte prospettate per escludere il potere degli arbitri al rinvio pregiudiziale, soccombono al cospetto della necessità (innegabile) di un'interpretazione uniforme del diritto europeo. Diversamente dalle conclusioni cui era giunta la Corte, gli elementi teleologici-contenutistici che equiparano l'arbitrato al giudizio ordinario dovrebbero pertanto assumere un rilievo preponderante rispetto alle diversità pur esistenti dal punto di vista organico-formale[57].

Tale mia critica, tuttavia, si scontra col fatto (empirico) che la ripetuta giurisprudenza europea che si è trovata a decidere la questione ritiene oramai chiusa e data per acquisita la soluzione negativa sulla legittimazione degli arbitri privati, come dimostra peraltro la stessa giurisprudenza arbitrale[58].

A tal fine, per rompere il veto della Corte di giustizia, mi pare che si debba innanzitutto individuare con più precisione quali siano gli arbitri colpiti dal divieto in questione, circostanza su cui la Corte non ha fatto chiarezza, e che potrebbe portare ad una rimeditazione dello stato dell'arte.

La nozione di arbitrato non è infatti univoca, ma complessa e multiforme, a seconda di "come" venga compressa l'autonomia della volontà delle parti[59]. In una scala che pone da una parte i vincoli e dall'altra la libertà delle parti nell'instaurazione di un arbitrato, lo spettro delle possibilità si estende dall'arbitrato obbligatorio fino all'arbitrato convenzionale (o volontario) passando per l'arbitrato

---

[57] Cfr. Danovi, *La pregiudizialità*, cit., p. 190.

[58] Già a seguito della pubblicazione della sent. *Comune di Almelo*, Biavati, *Pregiudiziale*, cit., p. 423, riteneva *ius receptum* la questione dell'esclusione degli arbitri privati dal novero dei giudici legittimati al rinvio pregiudiziale.

Anche la giurisprudenza arbitrale ha ormai preso atto della impossibilità degli arbitri privati di utilizzare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Si v. Collegio arbitrale Roma, lodo 24 aprile 1991, in *Riv. arb.*, 1993, p. 130 ss.; Collegio arbitrale Roma, lodo 30 dicembre 1988, in *Riv. arb.*, 1990, p. 253 ss. (con nota di Olivieri). Già prima della sent. *Nordsee*, nella decisione del 22 luglio 1964 un collegio arbitrale olandese (v. in *Cah. dr. eur.*, 1965, p. 55) ha a sua volta escluso di essere destinatario della norma di cui all'art. 177 la quale si riferirebbe alle sole giurisdizioni in senso proprio.

[59] Di questo tenore, a proposito della riforma del 2006 dell'arbitrato italiano, Carpi, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in Aa.Vv., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile n. 9*, Milano, 2006, p. 3 ss.

obbligatoriamente amministrato (o da legge)[60]. Come è noto, mentre il primo è imposto alle parti per alcune specifiche controversie (obbligatorio nell'*an* e nel *quomodo*)[61] e il terzo è lasciato alla libera scelta compromissoria ma forzato entro binari predefiniti (scelta degli arbitri, disciplina del procedimento, ovvero obbligatorio nel *quomodo*), il secondo seppure basato sulla volontà delle parti può seguire la disciplina del regolamento di un'istituzione. Nel quadro delineato dai giudici del Kirchberg la prima tipologia di arbitrato è sicuramente ammessa alle porte di Lussemburgo, in virtù del fatto che essa è qualificabile più in termini di giurisdizione speciale che di procedimento arbitrale *tout court*[62], ma non la seconda e la terza, che, seppure predeterminate nella procedura o amministrate da or-

[60] Secondo la nota specificazione di Briguglio, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, cit., p. 81 ss.

[61] Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 800 (nota 70), individua per esempio negli *Statutory Arbitrations* inglesi una forma di arbitrato obbligatorio.

[62] Non è una operazione ermeneutica semplice distinguere l'arbitrato obbligatorio dalla giurisdizione speciale, la quale peraltro anche storicamente è stata etichettata di denominazioni quale collegi arbitrali, giunte d'arbitri o analoghe espressioni (il problema è ancora dibattuto anche in seno alla nostra Consulta, v. Corte cost., 2 giugno 1994, n. 206, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1769 ss.). Per quanto riguarda l'Italia, sia gli arbitri obbligatori che le giurisdizioni speciali non sono ammessi dal nostro ordinamento: la Corte costituzionale, sin dalla nota sent. 127 del 14 luglio 1977 (in *Giur. cost.,* 1977, I, p. 1103 ss, con nota di Andrioli, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*) ha dichiarato ripetutamente l'incostituzionalità degli arbitrati obbligatori (o meglio delle disposizioni normative che istituivano arbitrati obbligatori) dichiarandone il contrasto con il combinato disposto degli artt. 24, comma 1, e 102, comma 1, cost., ma non facendo invece alcun riferimento al divieto di istituire giudici speciali previsto dall'art. 102, comma 2, cost. Secondo una tesi recente il *discrimen* tra arbitrato obbligatorio e la giurisdizione speciale si potrebbe rinvenire, condividendo a monte una parità di effetti tra lodo e sentenza, nella diversità di conferimento del potere a decidere: mentre nel primo risiederebbe comunque nelle parti, nel secondo gli arbitri-giurisdizioni speciali riceverebbero il proprio potere solo dalla legge (Odorisio, *L'arbitrato obbligatorio*, in Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, p. 35 ss. spec. pp. 48-49). Va ribadito che quanto accade in ambito nazionale italiano (come anche in quello spagnolo, ma non in Francia) non trova riscontro nell'ordinamento dell'Unione. Dal caso *Vaassen* la giurisprudenza della Corte di giustizia ci ha dimostrato che l'arbitrato obbligatorio non contrasta a priori con i principi europei. Basta, infatti, che nel processo arbitrale sia rispettato il contraddittorio. Sul punto v., su un rinvio pregiudiziale della *High Court of Justice* inglese, le considerazioni incidentali della Corte giust., 4 dicembre 2003, in causa C-63/01, *Evans*, in *Racc.*, 2003, I, p. 14447 ss. con le conclusioni avv. generale Alber, punti 65 ss. Cfr. il commento di Thery, *Arbitrage forcé et justice étatique*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004,

ganismi fortemente collegati ai poteri statuali, quanto ad istituzione, designazione delle persone dei giudicanti, mancano del requisito iniziale dell'obbligatorietà della scelta[63].

Al di là di ogni scelta di campo tra tesi istituzionalistica o funzionalistica dell'organo legittimato al rinvio, la conclusione cui è giunta la Corte nei confronti degli arbitrati "a forma regolamentata obbligatoria", come nel caso *Denuit*, è alquanto opinabile e priva di (doverosa) dignità quelle forme di arbitrato amministrato che nella maggior parte degli ordinamenti nazionali vengono ritenute una realtà fondamentale per le controversie a carattere transnazionale.

È evidente, infatti, che quando ci si trova di fronte ad arbitrati gestiti – per limitarci ad esempi italiani – dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici o dalla Consob per le controversie in materia di investimento (*ex* d.lgs. n. 179 del 2007), si lascia alla parte la possibilità di scegliere tra giudice e arbitro, ma al contempo si sottrae alla stessa, in caso di opzione per l'arbitrato, l'elaborazione delle norme del procedimento già invece predeterminate dal legislatore. Tali tipologie di organi finiscono così per rappresentare una via analoga alla giurisdizione, non solo per funzione, ma anche per il formalismo della struttura. Lo dimostrano quanto all'arbitrato nelle opere pubbliche il fatto che esso si svolge sotto l'egida di un'istituzione che deriva i suoi poteri e la sua composizione da un'autorità amministrativa indipendente la cui natura pubblicistica e di costituzione permanente è indubitabile; la stessa camera interviene di fatto nella costituzione dell'organo, nominando il presidente e il compenso degli arbitri è versato allo Stato, mentre il collegio arbitrale segue un procedimento imposto a livello ministeriale[64]; a medesime conclusioni si può pervenire per l'arbitrato in materia di investimento organizzato dalla Consob, anch'esso ente di natura pubblica, che ha definito, tramite propria delibera, sia l'organizzazione della Camera e le modalità di nomina dei propri componenti, sia la nomina del

p. 340 ss.; Luiso, *Arbitrato obbligatorio e diritto comunitario: il caso Evans*, in Aa.Vv., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, cit., p. 37 ss.

[63] L'arbitrato convenzionale *ad hoc* invece non troverebbe spazio al rinvio.

[64] V. Luiso, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 1 ss.; Borghesi, *La camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corr., giur.*, 2001, p. 682 ss.

collegio arbitrale o dell'arbitro unico, nonché i casi di incompatibilità, ricusazione e sostituzione degli arbitri, la responsabilità degli arbitri e gli onorari ad essi dovuti[65].

Mi sembra pertanto che proprio da qui, aprendo le porte di Lussemburgo agli arbitrati obbligatoriamente amministrati, potrebbe nascere un ripensamento dell'atteggiamento ostativo dei giudici del Kirchberg nei confronti degli arbitri privati[66].

Dagli arbitrati *ex lege*, il passo per il riconoscimento degli arbitrati volontariamente amministrati (cioè arbitrati volontari ma amministrati da centri istituzionalizzati) è minimo.

Gli arbitrati amministrati da camere o centri istituzionali permanenti come le camere di commercio – che costituiscono veri e propri enti pubblici che svolgono funzioni legislativamente deputate – sono l'esempio più frequente di tali tipologie di arbitrato. Come prevede per esempio lo statuto della Camera arbitrale di Milano[67], i servizi di arbitrato sono disciplinati da appositi regolamenti e procedure deliberati dalla Camera arbitrale su proposta del Consiglio arbitrale, il presidente della Camera arbitrale è di diritto il presidente della Camera di commercio, il quale presiede anche il Consiglio dell'amministrazione della Camera (organo che svolge funzioni d'organizzazione oltre che di nomina e revoca dei componenti del Consiglio arbitrale), il Consiglio arbitrale ha compito di nominare gli arbitri e di esprimere pareri sulle clausole arbitrali sottoposte alla Camera, mentre le sedute e le modalità di deliberazione del Consiglio sono disciplinate dai regolamenti dei servizi della Camera arbitrale. Non molto dissimile è l'organizzazione della *Icc* di Parigi, da

[65] Si tratta del *Regolamento di attuazione istitutivo della Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure*, adottato dalla Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, pubblicata assieme al regolamento in *Gazz. Uff.*, n. 5 dell'8 gennaio 2009.

[66] Almeno finché non si decidesse per un intervento normativo del legislatore europeo sull'art. 234 tr. Ce (oggi 267 tr. Fue) (come auspicato da D'Alessandro, *Pregiudiziale comunitaria ed arbitrato interno*, cit., p. 445 ss.). Sul punto v. le considerazioni sull'arbitrato italiano degli appalti pubblici di Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato e appalti pubblici: uno sguardo ad alcune esperienze d'oltre frontiera*, in Carpi-Lupoi (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, cit., p. 265 ss., spec. pp. 282-283. Per una prospettiva generale sul punto, *si vis*, Rasia, *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale*, cit., p. 26.

[67] Lo si legga per esempio al sito web *http://www.camera-arbitrale.it*.

molti ritenuta la più importante istituzione d'arbitrato istituzionale del mondo[68].

È evidente che tutta l'organizzazione della camera arbitrale negli arbitrati amministrati è pertanto orientata ad un'organizzazione pubblicistica ove vige un controllo o una vigilanza, seppure indiretta, da parte di organi statali o parastatali.

Insomma, optando per il riconoscimento del rinvio di un arbitrato amministrato, si arriverebbe ad aggirare l'ostacolo della presenza del controllo di organi pubblici nell'organizzazione dell'arbitrato, ritenuto requisito imprescindibile da parte della Corte di giustizia.

Una scelta in tali termini avrebbe il pregio non solo di permettere di rivedere il veto, a mio parere non giustificato, posto dalla Corte di giustizia ma porterebbe anche a legittimare al rinvio gli arbitri dei centri di arbitrato amministrato che, come vedremo analizzando la giurisprudenza arbitrale (*in primis* la *Icc* di Parigi), si trovano sempre più di frequente a confronto col diritto europeo, in particolare col diritto alla concorrenza[69].

Permettere, infine, il rinvio pregiudiziale almeno agli arbitrati amministrati, sulla cui regolarità del procedimento viene esercitata una continua "supervisione" di istituzioni (di origine pubblica o riconosciute da pubblici poteri), pur senza incidere sull'autonomia formale e sostanziale delle parti e degli arbitri[70], significherebbe poi alimentare la fiducia degli operatori commerciali sia nei confronti delle istituzioni arbitrali stesse sia verso lo strumento arbitrale in genere, rendendo, da una parte, l'arbitrato un sistema di risoluzione forte e sicuro, e, dall'altra, al contempo, aumentando le garanzie d'interpretazione uniforme del diritto a favore del cittadino europeo, il quale si pone come destinatario ultimo e fruitore del sistema giustizia.

---

[68] V. il sito web della Corte all'indirizzo *http://www.iccwbo.org/court/arbitration.*

[69] E, come vedremo meglio nel successivo cap. IV, analizzando la giurisprudenza arbitrale in materia di diritto europeo antitrust.

[70] In questo senso, G. Bernini, *L'arbitrato*, Bologna, 1993, 127.

6. *Spunti di riforma e problemi* de iure condendo*: l'individuazione degli arbitrati geograficamente abilitati al rinvio*

Coltivando la strada di un'ipotetica (ed auspicabile) futura legittimazione degli arbitri al rinvio pregiudiziale, la dottrina specialistica ha avuto modo di affrontare i difficili nodi esegetici, che hanno influito sulla chiusura giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia, cercando di offrire una soluzione. Più precisamente si tratta di stabilire: a) quali organi siano geograficamente legati al rinvio; b) se tale legittimazione sia riconducibile al secondo o terzo comma dell'art. 267 tr. Fue; c) come si possa delineare una responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo *ex* art. 258 tr. Fue in caso di illecito operato da parte degli arbitri[71].

Il primo dei problemi delineati nasce dalla necessità di individuare quali arbitrati siano competenti al rinvio pregiudiziale, cioè quelli con sede all'interno dell'Unione o anche quelli extraeuropei, in virtù del fatto che la giurisprudenza di Lussemburgo ha stabilito che "l'importante è che il diritto comunitario sia interamente osservato nel territorio di tutti gli Stati membri"[72], non preoccupandosi di che cosa avviene al di fuori dell'Unione.

Per risolvere tale questione, va premesso che nella materia arbitrale non può parlarsi di nazionalità dell'arbitrato in quanto non esiste un legame necessitato tra arbitrato e sede scelta[73]. Tuttavia non

---

[71] Cfr. in questo senso, Raiti, *La collaborazione giudiziaria*, cit., p. 106.

[72] Punto 14 sent. *Nordsee*, cit.

[73] Tale assunto ha un valore fondamentale in materia di applicazione della legge al merito della controversia. Diversamente da ciò che avviene davanti al giudice, che determina le norme applicabili alla lite facendo uso delle norme d.i.p. dell'ordinamento in nome del quale lo stesso rende giustizia, l'arbitro, in materia di determinazione della legge applicabile, non subisce alcun limite se non quello di rispettare la volontà delle parti. Se, infatti, queste ultime hanno previsto che la controversia debba essere decisa secondo norme predeterminate, l'arbitro è tenuto ad applicarle. Al di fuori di questo caso, l'arbitro non è legato alla *lex fori* dello Stato della sede dell'arbitrato. L'idea di fondo, che emerge nella giurisprudenza arbitrale più recente, è infatti quella dell'assenza di una necessaria coincidenza in campo arbitrale tra legge della sede e legge applicata dagli arbitri. Tale assunto è nettamente differente dall'idea (a mio parere, surreale) secondo cui l'arbitrato internazionale opererebbe a volte come fenomeno del tutto delocalizzato, privo di legami con gli ordinamenti degli Stati, ovvero totalmente regolato da norme astatuali o fondato sulla sola volontà delle parti, assunti che – giustamente posti

considerare la nazionalità dell'arbitrato attraverso l'indice della localizzazione geografica della sede sarebbe un errore.

Nella letteratura specialistica che si è occupata del rinvio degli arbitri, è possibile individuare due contrapposte impostazioni: da una parte, vi è chi lega la possibilità del rinvio pregiudiziale alla sola collocazione all'interno dell'U.e. dell'arbitrato, dall'altra, c'è chi abilita al rinvio anche arbitri che siedono in Stati non membri[74].

Al di là di tutte le sfaccettature che il problema può assumere, mi sembra di concordare, salvo ricadere in un assurdo "chauvinisme européen", con chi ritiene non necessario abilitare al rinvio pregiudiziale europeo ogni arbitrato che si trovi ad applicare il diritto europeo in giro per il mondo[75]. È infatti idoneo realizzare un ragionevole contenimento degli incidenti pregiudiziali arbitrali e per far ciò individuare dei parametri generali.

Mi sembra, infatti, che un'equilibrata soluzione potrebbe ravvisarsi stabilendo un preciso legame tra modalità di utilizzo del rinvio, legge applicabile ed effetti della pronuncia arbitrale.

---

in dubbio dalla dottrina (Biavati, *Arbitrato internazionale*, in Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 398) – vengono compendiati nelle figure di "floating arbitrations". Con tale precisazione, affermare quindi che l'arbitrato, in particolare internazionale, non possieda un sufficiente legame con la sede dell'arbitrato, e pertanto una *lex fori*, non significa escludere, in linea di principio, che esso non abbia un ordinamento di riferimento (che invece c'è sempre) e che non possa applicare le norme dell'ordinamento della sede, ma significa solamente rilevare come l'individuazione della legge non sia necessariamente quella della sede dell'arbitrato, essendo la scelta di quest'ultima per lo più influenzata da ragioni di mera contingenza o di opportunità.

[74] Nel primo senso per una visione più restrittiva del rinvio v. sostanzialmente Raiti, *La collaborazione giudiziaria*, cit., p. 110; nel secondo senso, v. De Mello, *Arbitrage et droit communautaire*, cit., p. 308, Fouchard, in *Note*, cit., p. 508. Non è mancato chi, ritenendo a fronte del silenzio normativo, troppo ardua la soluzione del problema in questione, ha ritenuto di fare di tale difficoltà un ulteriore argomento a favore della condivisa mancata legittimazione degli arbitri al rinvio pregiudiziale. Così Lenaerts-Pittie, *Conclusions générales*, cit., p. 211. Lo stesso governo britannico, nel corso del caso *Nordsee* (in *Racc.*, cit., p. 1102), schierandosi tra i partigiani del divieto di rinvio degli arbitri, ha evidenziato il problema della collocazione geografica degli arbitrati (internazionali), circostanza che di per sé priva gli arbitrati di essere giurisdizioni "di" (cioè appartenenti a) uno Stato membro ponendoli, invero, a cavallo di uno o più ordinamenti.

[75] Cfr. la tesi di Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 779.

In campo internazionale, è erroneamente diffusa l'idea che nessuna legge possa imporsi all'arbitro per il semplice effetto della sua volontà di applicazione: secondo tale impostazione è l'arbitro che, nell'esercizio dei suoi poteri ed in considerazione delle particolarità del rapporto controverso, decide quale norma debba essere applicata, senza subire la volontà della stessa. Sotto tale profilo, se tale premessa dovesse ritenersi vera, l'intervento delle norme di applicazione necessaria nonché il limite dell'ordine pubblico – in larga misura collegati al rilievo della *lex fori* – non avrebbero un senso nel campo arbitrale[76]. È evidente l'erroneità di tale assunto in quanto sia i principi d'ordine pubblico che le norme di applicazione necessaria devono rilevare avanti all'arbitro come davanti al giudice, seppure in modo assai diverso. Sorge infatti in capo all'arbitro comunque un obbligo di rispettare le norme immediatamente imperative non in quanto egli sia custode di un ordinamento ma in virtù del fatto che egli è tenuto a "garantir la pleine efficacité de sa sentence"[77] rendendo una decisione che, nel caso di mancata spontanea ottemperanza, possa effettivamente avere riconoscimento ed esecuzione in quegli ordinamenti dove presumibilmente verrà utilizzata e che si presentano in qualche modo collegati alle parti[78]. È quindi corretto affermare che in questo quadro l'arbitro non sia totalmente libero ma viva in una sorta di "libertà vigilata", ove deve tutelare esso stesso – al pari del giudice – il rispetto delle norme imperative: tale atteggiamento riduce i rischi di un contenzioso post-arbitrale e al contempo spro-

[76] Orbene varrebbe la seguente equazione: l'arbitro non è legato ad alcun ordinamento, e pertanto non vi è *lex fori* che debba prevalere attraverso le norme di applicazione necessaria, né ordine pubblico internazionale cui l'arbitro debba rispetto. In tema v. Fumagalli, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1985, p. 465 ss., spec. p. 490.

[77] Così il lodo *Icc* del 1990 nella causa n. 5514, in *Jour. droit int.,* 1992, p. 1028. *Ex multis*, in dottrina Poudret-Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Londra, 2007, p. 616.

[78] In questo senso si esprime anche l'art. 35 del reg. *Icc* di Parigi. In dottrina v. Platte, *An arbitrator's Enforceable Awards*, in *Jour. internat. arb.*, 2003, p. 307 ss. Trattasi di un dovere che potremmo inquadrare tra le obbligazioni di mezzi e non di risultato.

na al rispetto di un'esecuzione spontanea del lodo[79]. Secondo la miglior dottrina, è dunque il "controllo potenziale" del lodo da parte del giudice statale in sede d'impugnazione o di riconoscimento/esecuzione che costituisce la fonte di giustificazione per il rispetto da parte dell'arbitro delle norme di applicazione necessaria e di ordine pubblico, pena la frustrazione della volontà stessa delle parti[80].

Ciò premesso, se il diritto dell'Unione (almeno una parte di esso, come vedremo oltre[81]) deve ritenersi rientrante nel concetto di ordine pubblico – che, come detto, deve essere tenuto in considerazione dagli arbitri stessi – la sua applicazione deve risultare indifferente rispetto alla nazionalità dell'arbitrato, da individuarsi prevalentemente, ma non necessariamente, a seconda della localizzazione geografica della sede. Da ciò deve desumersi che ciò che deve rilevare ai fini dell'individuazione dell'organo abilitato al rinvio pregiudiziale non è tanto e solo la sede o meno dell'arbitrato, ma quanto l'"utilità" (di effetti) che il lodo verrebbe ad esplicare nell'ordinamento europeo.

Nessun ostacolo deve porsi, pertanto, al rinvio pregiudiziale alla Corte da parte di un arbitrato con sede in uno Stato extra-U.e., purché però tale arbitrato si trovi ad applicare il diritto europeo di ordine pubblico (e quello solo) e sempre che la soluzione di diritto sia necessaria per un lodo i cui effetti vengano utilizzati nel territorio dell'Unione[82].

---

[79] Sul punto Fouchard, *Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, in *Rev. arb.*, 1977, p. 66, afferma che gli arbitri "se préoccupent au premier chef d'apprécier les chances d'*exequatur* de leurs sentences, car si celles-ci sont sérieuses, la tendance des parties à les exécuter spontanément s'en trouvera encouragée".

[80] Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Parigi, 1999, p. 234.

[81] Su quali siano le norme di ordine pubblico europeo, in prima approssimazione – rinviando al successivo cap. IV – possono essere così qualificate quelle antitrust, quelle a protezione dei consumatori, ed, in via generale, quelle che esprimono principi basilari della struttura dell'Unione. Molto opportune sul punto le precisazioni dell'avv. generale Tizzano nelle conclusioni (punti 55 ss.) alla sent. *Mostaza Claro* del 2006 (sent. 2 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Racc.*, 2006, I, p. 10421 ss.) laddove si chiarisce che non tutte le norme dell'Unione sono di ordine pubblico.

[82] Per un'applicazione in terra elvetica, v. Tribunale federale, 28 aprile 1992, in *Rev. arb.*, 1993, p. 124 ss. (con nota di Idot), in *Dir. comm. internaz.*, 1993,

È necessario, pertanto, differenziare l'ipotesi del rinvio di un arbitrato con sede fuori dall'Unione, distinguendo se la *quaestio* europea sia involgente o meno l'ordine pubblico, dall'ipotesi del rinvio di un arbitrato interno al territorio europeo, invero, sempre possibile. Tale distinzione tra arbitrati europei e non, da alcuni non condivisa, mi sembra tuttavia necessaria[83]: a mio parere, anche arbitrati con sede extra-U.e., il cui lodo svolga effetti nell'Unione e la *lex causae* sia quella di uno Stato membro, devono applicare le norme europee di ordine pubblico, in quanto, altrimenti si rischierebbe che il lodo emesso non venga poi riconosciuto/eseguito nel territorio degli Stati membri.

Seguendo tale soluzione – secondo cui pertanto esiste uno stretto legame tra applicazione del diritto e abilitazione al rinvio – a tali arbitri non potrà quindi essere negato il (preventivo) rinvio pregiudiziale alla Corte per risolvere questioni di ordine pubblico europeo: ciò proprio al fine di risolvere "a monte" le possibilità di declaratoria di censura del lodo[84].

Al contrario, mi sembra lecito impedire il rinvio per interpretazione per violazione di disposizioni normative non di ordine pubblico. Infatti, in un quadro in cui in sede di riconoscimento/esecuzione non è contemplata la semplice violazione di legge[85], diversamente dagli arbitrati interni, non deve essere loro conferita ad arbitrati extra-U.e. la possibilità di rinvio pregiudiziale a Lussemburgo.

Una distinzione di tale tipo non è in contrasto con le affermazioni di principio contenute nella sentenza *Nordsee* circa l'imperatività del diritto europeo anche per i giudici privati. Ove il lodo, infatti, non venga controllato sotto la visuale della corretta applicazione

---

p. 143 ss. (con nota di Lombardini), in *Riv. arb.*, 1995, p. 93 ss. (con nota di Bernardini, *Arbitrato internazionale e diritto della concorrenza*), ove il supremo giudice svizzero ha censurato il lodo, precisando che l'applicazione del diritto belga avrebbe dovuto involgere anche quella dell'art. 101 tr. Fue (*ex* art. 81 tr. Ce).

[83] Raiti, *La collaborazione giudiziaria*, cit. p. 111, e sostanzialmente Fouchard, *Note*, cit., p. 505.

[84] Tale rinvio in quanto avente ad oggetto norme inderogabili, non sarebbe rinunciabile nemmeno su accordo delle parti.

[85] L'art. V, comma 2, lett. b) della convenzione di New York, al quale aderiscono tutti gli Stati europei, contempla quale motivo ostativo del riconoscimento/esecuzione del lodo solo la contrarietà con l'ordine pubblico.

del diritto sostanziale, non vi è necessità di essere più esigenti con il diritto europeo rispetto al diritto interno, di cui peraltro il primo è parte[86].

In conclusione, è coerente seguire per gli arbitrati extra-U.e. un'impostazione di questo tipo, così da riconoscere il rinvio: a) se la questione europea riguarda norme di ordine pubblico (individuabili secondo le linee guida della giurisprudenza di Lussemburgo) e b) se, comunque, la decisione può esplicare i suoi effetti negli Stati membri (requisito da ritenersi indispensabile secondo la sent. *Nordsee*). Tale ultimo requisito rendere, a mio parere, giustificabile la pertinenza del rinvio arbitrale anche sotto il profilo dell'opportunità, realizzando un ragionevole contenimento degli incidenti pregiudiziali arbitrali.

7. Segue: *rinvio facoltativo od obbligatorio*

Nell'ipotetica prospettiva della legittimazione arbitrale al rinvio, ampio dibattito è stato dedicato dalla dottrina specialistica alla facoltà o obbligo di rinvio, attribuendo agli arbitri un rinvio pregiudiziale ai sensi del secondo o terzo comma dell'art. 267 tr. Fue.

Fin dai primi dibattiti maturati in materia, in epoca anteriore alla sentenza *Nordsee*, è prevalsa l'idea di un scelta verso la facoltatività piuttosto che verso l'obbligatorietà al rinvio, tesi seguita anche a seguito della sentenza del 1982[87]. Condividendo la strada della fa-

[86] Al medesimo risultato non può invece giungersi per arbitrati interni in quanto non si può far perdere agli arbitri la *chance* del rinvio anche per semplice violazione di legge. Vi sono infatti paesi (pochi, v. Regno Unito, sect. 69, comma 1, *Arbitration Act*) che permettono l'impugnazione del lodo anche per violazione di legge (cfr. l'ordinamento italiano che permetteva tale sindacato prima della riforma del 2006 solo per l'arbitrato interno, ed oggi indistintamente, *ex* art. 829, comma 3, c.p.c., lo permette solo se vi è accordo tra le parti o è previsto per legge). Abbracciando la tesi opposta, nel comprimere apoditticamente il rinvio pregiudiziale degli arbitrati interni alle norme di ordine pubblico, si ricadrebbe nell'incresciosa situazione che il rinvio pregiudiziale esercitato dal giudice d'impugnazione sarebbe più ampio rispetto a quello degli arbitri.

[87] Il già citato congresso di Rotterdam (in *Rev. arb.*, 1966, cit., p. 38) aveva portato a ritenere preferibile la legittimazione arbitrale "non obbligatoria". Così anche Levoni, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, p. 198, secondo cui il

coltatività, la miglior dottrina fa leva, sul piano tecnico-giuridico, al fatto che il lodo arbitrale è tendenzialmente impugnabile e pertanto non risulterebbe mai "giurisdizione di ultima istanza" tenuta al rinvio. Sotto il profilo empirico, la stessa dottrina insiste sul fatto che, concedendo agli arbitri un potere (e non un dovere) al rinvio si affiderebbe loro una miglior conduzione dell'arbitrato, evitando ingiustificati rallentamenti del procedimento e inutili rinvii con il rischio di appesantire l'attività della Corte di giustizia[88]. La tesi può essere, a mio parere, condivisa. In particolare se è pur vero che sul piano giuridico non sempre la decisione degli arbitri risulta impugnabile[89], tuttavia la generalizzata possibilità di controllo giurisdizionale sui lodi presente in tutti i sistemi giuridici impedisce, dal punto di vista strutturale, di ritenere il prodotto arbitrale privo di rimedi e controlli impugnatori, evitando la somiglianza tra un arbitrato e un organo al vertice del sistema giudiziario tenuto al rinvio.

Le stesse pronunce della Corte di giustizia che si sono seguite in questi anni, da *Comune di Almelo* a *Benetton*, sembrano avvalorare la tesi della facoltatività del rinvio da parte degli arbitri. Esse, infatti, sono sorte a seguito di rinvii provenienti da giudizi di impugnazione di lodi ove pertanto gli arbitri, come i giudici di primo grado,

problema non si potrà mai porsi in termini di obbligo proprio per il fatto che l'arbitro è "giudice di primo grado per natura" e la sua sentenza è sempre impugnabile. A seguito della sent. *Nordsee*, la dottrina si è prevalentemente espressa a favore di una facoltà piuttosto che di un obbligo in capo agli arbitri. Sul punto, v. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 816 ss., il quale imputa agli arbitri l'utilizzo dell'art. 234, comma 2, tr. Ce (oggi 267, comma 2, tr. Fue), in quanto il rinvio pregiudiziale rimarrebbe sempre una mera facoltà che da un lato potrebbe essere esclusa ad opera delle parti ed all'altro non potrebbe mai tramutarsi in obbligo, essendo il lodo, anche qualora pronunciato in via equitativa, sindacabile sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico. Conf., Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, pp. 191-192. Molto critico su tale conclusione, con ampiezza di argomenti, Raiti, *La collaborazione giudiziaria*, cit., p. 112 ss. A favore della facoltà di rinvio anche Biavati, *Arbitrato internazionale*, in Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, cit., p. 434. Va detto che nelle conclusioni dell'avv. gen. Reischl (spec. pp. 1122-1123) si prospetta il timore che una volta ammessi gli arbitri al rinvio pregiudiziale si sarebbe stati poi costretti a considerarli obbligati *ex* art. 267, comma 3, timore che ha influenzato non solo l'avv. generale (ed anche – indirettamente – la Corte) ma anche molti autori facendoli optare per la negazione *tout court* della legittimazione al rinvio.

[88] Sostanzialmente così Briguglio, *Pregiudiziale*, cit., pp. 817-818.

[89] In particolare sotto il profilo della violazione della legge sostanziale.

non hanno svolto il ruolo di organi di ultima istanza e pertanto non poteva esistere a loro carico un obbligo di rinvio.

Infine, la tesi della facoltatività si pone anche in armonia con una maggiore sensibilità al rinvio in caso di arbitrati con sede extra-europea, ove l'arbitro, come abbiamo visto, deve tener conto, ai fini del rinvio, del fatto che la decisione possa o meno esplicare i propri effetti negli Stati membri.

8. Segue: *legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale e responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto europeo*

Uno dei nodi più difficili da sciogliere in materia di legittimazione al rinvio degli arbitri convenzionali, è stato quello che vedeva gli stessi – ritenuti organi privi di un'ingerenza e di un controllo da parte delle autorità statali nella scelta della via dell'arbitrato e nello svolgimento del procedimento – incapaci di responsabilizzare lo Stato in caso di infrazione di norme europee. Si è infatti affermato che lo Stato membro non ha concesso ai privati la "cura di far rispettare tali obblighi"[90].

Differentemente dalle osservazioni evidenziate da parte della maggior dottrina, che ha ritenuto addirittura insormontabile tale circostanza[91], mi sembra che tale conclusione sia da ritenersi superabile purché si provveda ad una corretta impostazione del problema ed in particolare ad una specificazione dell'imputazione soggettiva allo Stato dei comportamenti degli organi giurisdizionali per i quali esso deve rispondere ai sensi dell'art. 258 tr. Fue.

Con una decisione nel 2003, la giurisprudenza di Lussemburgo ha evidenziato che l'inadempimento di uno Stato membro e pertanto la sua responsabilità può essere in via di principio dichiarata anche per gli atti e le sentenze rese dai suoi organi giudiziari purché

[90] Punto 12 delle motivaz. sent. *Nordsee*, cit.

[91] Cfr. Consolo, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, cit., p. 61 ss. e le perplessità di Raiti, *La collaborazione giudiziaria*, cit., p. 122 ss.

essi compiano un'obiettiva violazione del diritto europeo[92]. Tuttavia, come è stato chiarito dall'avv. generale Geelhoed nelle conclusioni di quel procedimento, non tutte le decisioni erronee possono giustificare un procedimento d'infrazione, e quindi una responsabilità dello Stato, ma solo quelle ove sussistono alcuni criteri generali di riferimento. Bisogna valutare infatti: a) il carattere sistematico della giurisprudenza nazionale incompatibile, b) l'effetto e lo stato delle decisioni nell'àmbito dell'ordinamento giuridico nazionale, c) gli effetti che tali decisioni realizzano sugli obiettivi delle norme considerate. In altre parole, il giudice deve accertare se si è in presenza di un caso isolato o di una tendenza della giurisprudenza, se si tratta di una decisione di un giudice di grado inferiore o di un giudice supremo e se, infine, tali decisioni permettano che in medesime circostanze vi siano ingiustificate discriminazioni a carico dei cittadini[93]. Solo in tali casi potrà imputarsi un inadempimento allo Stato membro.

In tale prospettiva, lo stesso avv. generale svolge un'analisi sulla responsabilità dello Stato membro sotto il profilo delle decisioni di giudici inferiori che applichino in modo inesatto il diritto europeo. Tali decisioni, proprio per il fatto che possono essere corrette nell'ambito del sistema impugnatorio, non minano "necessariamente" l'effetto utile delle disposizioni di diritto europeo in un paese membro, generando una violazione degli obblighi europei da parte dello Stato[94]. A tal proposito, viene ricordato che la sussistenza di un differente rinvio facoltativo e obbligatorio *ex* art. 267 tr. Fue, ca-

---

[92] Si tratta della sentenza 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 2003, I, p. 14637 ss. su cui v. i commenti di Rasia, *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle corti supreme degli stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005 p. 1025 ss.; Rossi-Di Federico, *Case C-129/00, Commission v. Repubblica Italiana, judgment of 9 December 2003, Full Court*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2005 p. 829 ss.; Crescimanno, *Brevi considerazioni sull'inadempimento dello Stato per (interpretazione in) contrasto con il diritto comunitario di legge con esso (in astratto) compatibile*, in *Europa e dir. privato*, 2005, p. 221 ss.

[93] Per maggiori approfondimenti mi permetto di rinviare a Rasia, *op. ult. cit.*, p. 1037. Nel caso di cui si discute, la Corte ha avuto modo di condannare per infrazione la Repubblica italiana in quanto l'interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte di cassazione ad una norma italiana in materia di ripetizione dei tributi riscossi in violazione del diritto europeo, rendeva troppo difficile la ripetizione dell'imposta stessa.

[94] Punto 63 ss. delle conclusioni dell'avv. generale.

ratterizzante i rapporti fra Corte di giustizia e giurisdizioni nazionali, dimostra che le decisioni degli organi giurisdizionali di grado inferiore possano essere corrette nell'ambito dei sistemi impugnatori nazionali[95].

Da ciò deve dedursi che l'inadempimento dello Stato non può mai ricondursi all'attività dei giudici che non siano di ultima istanza, seppure, ad ogni modo, la decisione di quest'ultimi sia comunque significativa per valutare il comportamento tenuto dall'ordinamento nazionale nel suo complesso.

Se si accetta tale impostazione giurisprudenziale, una volta che si ritiene che gli arbitri non siano organi di ultimi istanza e che ad essi sia data solo la facoltà e non l'obbligo del rinvio di cui all'art. 267 tr. Fue, della loro attività e dei loro provvedimenti non si potrà mai fare rispondere lo Stato membro[96], così come avviene per i giudici di grado inferiore.

Condividendo l'evoluzione giurisprudenziale in questo senso, l'istituto della responsabilità statale per violazione del diritto europeo *ex* art. 258 tr. Fue non svolge alcun veto in punto di legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale non rilevando comunque in caso di pronuncia erronea degli arbitri.

9. *La via dell'ausilio del giudice statale al rinvio pregiudiziale*

Nonostante le argomentazioni svolte dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza *Nordsee* non siano insormontabili, come è stato

[95] Cosciente di ciò, l'avv. generale però non ritiene di poter escludere che se i giudici di grado inferiore interpretano e applicano sistematicamente in modo erroneo determinate parti del diritto europeo, ciò possa di fatto scoraggiare gli interessati sia dall'agire in giudizio sia dal ricorrere in appello, con la conseguenza che anche in tali casi sarebbe possibile ravvisare elementi che consentono di accertare una violazione del trattato. Tuttavia, come abbiamo visto, il carattere sistematico delle violazione potrà essere un indice rilevatore di un complessivo atteggiamento del sistema, seppure l'orientamento dei giudici di merito dovrà comunque trovare conferma presso la giurisdizione di ultima di ultima istanza, la quale è l'unica ad essere doverosamente tenuta ad interloquire con la Corte.

[96] Tanto più poi se questo è addirittura extra-U.e.

detto, il divieto del rinvio per gli arbitri privati deve ritenersi monolitico per i giudici di Lussemburgo.

Tuttavia, come anticipato, la Corte indica i giudici statali quali soggetti deputati alla richiesta pregiudiziale, quegli stessi giudici statali che intervengono nel corso dell'arbitrato nelle variegate forme dell'ausilio e del supporto agli arbitri stessi, e che al pari controllano la correttezza del lodo in sede di impugnazione o di riconoscimento/esecuzione. È proprio su queste forme di intervento giudiziale (c.d. rinvio pregiudiziale indiretto) "in corso o *post* arbitrato", monopolio del diritto processuale dei diversi Stati membri, che adesso ci vogliamo soffermare.

Trattiamo, innanzitutto, delle forme di ausilio preventive in corso d'arbitrato, nei termini in cui li descrive la Corte[97], ovvero quelle dell'assistenza giudiziaria negli atti processuali e quelle dell'ausilio interpretativo, vedendo se attraverso di esse è possibile rimettere una questione di diritto europeo alla Corte di Lussemburgo[98].

Quanto alla prima forma di assistenza, il diritto processuale di alcuni Stati membri prevede forme di ausilio agli organi arbitrali da

[97] "Se un arbitro convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice può esaminarle […] nell'ambito del contributo che offrono gli organi arbitrali, in particolar assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare" (punto 14 motivaz. *Nordsee*).

[98] Non tacciamo tuttavia fin da subito che, comunque sia, tali forme di sostegno celano un'intromissione del giudice statale nel corso dello svolgimento del processo arbitrale, in totale contrasto con la visione delineata dalla Legge modello Uncitral, che stabilisce proprio un tendenziale divieto di intervento giudiziale in arbitrato. L'art. 5 stabilisce, infatti, che "in matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided by this Law". L'ordinamento italiano delega il giudice statale (da individuarsi a seconda della sede dell'arbitrato) all'espletamento di alcune attività di supporto/controllo all'arbitro: si tratta dell'ausilio in corso d'arbitrato del presidente del tribunale competente per i provvedimenti di cui agli artt. 810, comma 2 (nomina degli arbitri), 811 (sostituzione degli arbitri), 813-*bis* (provvedimento di decadenza degli stessi), 814 (liquidazione dei loro onorari in caso di contestazione), 815, comma 3 (ricusazione), 816-*ter*, comma 3 (mancata comparizione del testimone), 820, comma 3 (proroga del termine a decidere) c.p.c., così come dell'attività di verifica della decisione arbitrale vuoi attraverso il procedimento di *exequatur* e di correzione del lodo (interno) esercitato dal tribunale competente (artt. 825 e 826, comma 3, c.p.c.), vuoi attraverso il sindacato della Corte d'appello competente per le impugnazioni (*ex* artt. 828 e 831 c.p.c.). Per il lodo straniero v. infine il controllo esercitato dal Presidente della Corte d'appello in fase *inaudita altera parte* e della Corte d'appello in sede di opposizione (*ex* artt. 839-840 c.p.c.).

parte dei giudici ordinari sia in fase di nomina che in fase di ricusazione e sostituzione di arbitri, così come in materia di acquisizione di prove, di unificazione di procedimenti, e di concessione di misure cautelari. A proposito della materia istruttoria, vi sono ordinamenti all'interno dell'Unione che prevedono l'assistenza probatoria agli arbitri: è il caso, per esempio, dell'ordinamento tedesco (par. 1050 *Z.p.o.*), che prevede un'ampia disciplina in materia[99], o dell'ordinamento italiano (art. 816-*ter*, comma 3, c.p.c.), seppure circoscritto alla sola prova testimoniale[100]. Si tratti in tutti i casi di attività meramente assistenziale da parte del giudice che non può portare quest'ultimo ad esprimere valutazioni sulle questioni interpretative di diritto sostanziale necessarie ai fini della decisione dell'arbitro. La strada della assistenza giudiziaria nel compimento degli atti processuali delineata dalla Corte di giustizia per richiedere il rinvio pregiudiziale indiretto mi sembra pertanto in questo campo difficilmente praticabile. Alla medesima conclusione si deve giungere sia nelle ipotesi di nomina, ricusazione e sostituzione degli arbitri[101], sia

[99] Il testo della par. 1050 della *Z.p.o.* è il seguente: "Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen. Das Gericht erledigt den Antrag, sofern es ihn nicht für unzulässig hält, nach seinen für die Beweisaufnahme oder die sonstige richterliche Handlung geltenden Verfahrensvorschriften. Die Schiedsrichter sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen". Si vedano in materia anche l'art. 184, comma 2 *L.d.i.p.* svizzera, l'art. 1041 della legge olandese, l'art. 33 della legge spagnola del 2003, art. 1696 del *C.j.* belga, le sezioni 42 (1) e 43 dell'*Arbitration Act* inglese.

[100] Va ricordato che la disposizione in questione consente agli arbitri di chiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato di disporre con proprio provvedimento la comparizione (anche coattiva) di fronte a loro del teste renitente. Come è stato precisato in dottrina, l'iniziativa di assistenza degli arbitri è subordinata ad una valutazione di opportunità la quale finisce per coincidere con la valutazione di rilevanza della prova testimoniale (Marengo, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 797). Come è stato sottolineato, con tale norma il legislatore è venuto timidamente incontro alle istanza di quella dottrina italiana, che aveva auspicato già da tempo un più ampio aiuto giudiziario in sede arbitrale (v. Carpi, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 901 ss.; Id., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, cit., p. 15).

[101] In particolare, in occasione della nomina e della ricusazione vi è anche il fatto che tali tipologie di problemi si pongono all'inizio o subito dopo l'inizio del procedimento arbitrale, e sono pregiudiziali rispetto alla soluzione dei quesiti giuridici riguardanti il merito della controversia.

in occasione di unificazione di procedimenti arbitrali permessa da alcune legislazioni nazionali[102].

Un possibile varco per richiedere il rinvio pregiudiziale sarebbe invece ipotizzabile in occasione dell'emissione di provvedimenti cautelari, in particolare in quegli ordinamenti, come l'Italia, che negano agli arbitri il potere di concedere tali misure (art. 818 c.p.c.)[103]. In altre parole, il giudice italiano, in presenza di una clausola arbitrale, adito in sede cautelare – e solo in sede anticipatoria[104] – al momento della valutazione del requisito del *fumus boni iuris*, potrebbe sospendere il procedimento e rivolgersi alla Corte di giustizia. Il rinvio pregiudiziale ad opera di giudici cautelari è avvenuto in celebri casi come *Zuckerfabrik*, *Atlanta* e *Krüger* e pertanto a priori non può escludersi[105]. Tuttavia non taccio che il problema si verifica raramente nel nostro ordinamento, poiché il giudice, al momento della valutazione della verosimiglianza del diritto in sede cautelare, non è solito porsi questioni di legittimità della norma sostanziale ma si limita solamente alla "parvenza" del diritto da applicare, non valutandone la correttezza. Quand'anche succedesse, poi, l'utilizzo del

---

[102] La c.d. *consolidation*, ovvero l'unificazione di procedimenti arbitrali è un altro dei campi di possibile intervento del giudice statale nella sua funzione di assistenza. La legge olandese (art. 1046) la prevede se la sede delle parti è nei Paesi Bassi e se le parti non hanno diversamente disposto, attraverso il ricorso al Presidente della corte distrettuale di Amsterdam.

[103] Nel sistema belga vi è dottrina (Goffin, *L'arbitrage et le droit européen*, in *Rev. de droit intern. et de droit comparé*, 1990, p. 334) che ipotizza che gli arbitri possano suggerire alle parti di richiedere in sede di "jurisdiction de référé" il rinvio di un quesito di diritto europeo alla Corte di giustizia. Sul sistema francese *en référé* v. Fouchard, *Quel concours les juridictions françaises*, cit., p. 491.

[104] La specificazione è opportuna in quanto solo con i provvedimenti cautelari anticipatori (e non con i conservativi), secondo la nota distinzione italiana, ripresa di recente dal legislatore (v. per tutti, le ampie considerazioni di Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, *passim*) vi sarebbe potenzialmente una produzione di effetti provvisoriamente stabili nel tempo.

[105] Si tratta di sent. 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, in *Racc.*, 1991, I, p. 415 ss.; sent. 9 novembre 1995, *Atlanta*, causa C-465/93, ivi, 1995, I, p. 3761 ss.; sent. 17 luglio 1997, *Krüger*, causa C-334/95, ivi, 1997, I, p. 4517 ss.

rinvio da parte del giudice in sede cautelare vorrebbe dire, di fatto, negare la concessione del provvedimento stesso[106].

Più fortunata è la seconda forma di assistenza, quella dell'ausilio interpretativo, che tuttavia solo alcuni ordinamenti permettono in modo più o meno ampio. Si veda a proposito l'*Arbitration Act* inglese del 1996 (sez. 45) il quale stabilisce che, salvo accordo delle parti, "the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties"[107]. Anche il sistema tedesco, dal canto suo, permette l'ausilio interpretativo del giudice statale facendo leva sul concetto di quelle "richterliche Handlungen", stabilito dal par. 1050 della *Z.p.o.*, che prevede, come abbiamo sopra accennato, che il tribunale arbitrale o una parte con il suo consenso possa chiedere assistenza alle corti statali per l'esecuzione proprio di quegli "atti giudiziali" che il tribunale arbitrale non ha potere di compiere. In tali atti sembra possibile far rientrare anche il quesito pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo[108]. La

[106] Ad ogni modo mi sembra che l'opzione del giudice nei confronti del rinvio sarebbe contraria anche ad una scelta di opportunità, in quanto l'instaurazione di un giudizio porterebbe alla sospensione del giudizio cautelare, con evidenti effetti di pregiudizio sulla tutela del diritto sotteso.

[107] Nel passaggio motivazione (punto 14) del caso *Nordsee*, probabilmente la Corte di giustizia aveva presente ai fini del l'assistenza interpretativa, la sez. 2 dell'*Arbitration Act* del 1979 il quale prevedeva che "The High Court shall have jurisdiction to determine any question of law" sottopostale da una delle parti nel corso di un arbitrato. Parte della dottrina auspica una lettura restrittiva di tale norma, che lega il rinvio all'accordo delle parti o, alternativamente, al potere discrezionale *ex officio* degli arbitri, peraltro da esercitarsi con cautela. V. Komninos, *Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law*, in Ehlermann-Atnasiu (a cura di), *European Competition Law annual 2001: Effective Private Enforcement of Ec Antitrust Law*, Oxford, 2003, par. 2.1, che si può leggere anche nel sito web all'indirizzo *www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2001 (papers).shtml*.

[108] La dottrina tuttavia evidenzia che la norma sia prevalentemente utilizzata per richiedere informazioni da una autorità pubblica o per assumere prova testimoniali (sul punto v. Schwab-Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit.,* 7ª ed., Monaco, 2005, p. 154 ss). Nello stesso senso del testo oltre l'art. 1050 della *Z.p.o.* tedesco anche l'art. 602 della *Z.p.o.* austriaco (su cui v. Kloiber-Rechberger-Oberhammer-Haller, *Das Neue Schiedsrecht*, Vienna, 2006, pp. 280-283) il cui testo, in materia di supporto del giudice nell'istruttoria arbitrale, recita espressamente: "Das Schiedsgericht, vom Schiedsgericht hiezu beauftragte Schiedsrichter oder eine der

legge danese dell'arbitrato del 2005 poi ha affrontato e risolto con una norma apposita – l'unica nel panorama europeo – il tema della questione pregiudiziale europea in corso di procedimento arbitrale, prevedendo espressamente che: "If the arbitral tribunal considers that a decision on a question of European Union law is necessary to enable it to make an award, the arbitral tribunal may request the courts to request the Court of Justice of the European Communities to give a ruling thereon"[109]. L'arbitro, pertanto, postosi la questione di diritto europeo, potrà richiedere alle corti statali di adire la Corte di Lussemburgo ai fini di soluzione del quesito.

Una volta delineato un possibile rinvio pregiudiziale indiretto in corso d'arbitrato – in quei paesi che lo permettono in virtù delle proprie normative nazionali – si pone tuttavia il problema di rinvenire il meccanismo di collegamento tra gli arbitri e il giudice ordinario.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, un'ipotesi di rinvio pregiudiziale indiretto alla Corte di Lussemburgo (così come il rinvio alla Corte costituzionale) era stato ipotizzato dalla dottrina già sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 819 c.p.c., affermando che gli arbitri, in mancanza di un potere di rinvio, avrebbero dovuto sospendere il processo invitando le parti a proporre domanda davanti al giudice ordinario competente per la causa di merito[110]. Tale soluzione tuttavia aveva ricevuto diverse critiche in quanto se-

---

Parteien mit Zustimmung des Schiedsgerichts können bei Gericht die Vornahme richterlicher Handlungen beantragen, zu deren Vornahme das Schiedsgericht nicht befugt ist. Die Rechtshilfe kann auch darin bestehen, dass das Gericht ein ausländisches Gericht oder eine Behörde um die Vornahme solcher Handlungen ersucht. § 37 Abs. 2 bis 5 und §§ 38, 39 und 40 JN [*n.d.r.*, Jurisdiktionsnorm] gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass die Rechtsmittelbefugnis gemäß § 40 JN [*n.d.r.*, Jurisdiktionsnorm] dem Schiedsgericht und den Parteien des Schiedsverfahrens zusteht. Das Schiedsgericht oder ein vom Schiedsgericht beauftragter Schiedsrichter und die Parteien sind berechtigt, an einer gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen. § 289 ist sinngemäß anzuwenden".

[109] Norma sostanzialmente ripresa anche dall'art. 37 del regolamento della Camera arbitrale danese (c.d. *Danish arbitration*) del settembre 2008. V. il testo della norma in *http://www.voldgiftsinstituttet.dk/dk.*

[110] V. Levoni, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, cit. p. 201 ss.; Selvaggi, *Arbitrato e accertamenti incidentali*, cit., p. 320. Per una soluzione in tale senso nei confronti della pregiudiziale costituzionale, v. già Carnacini, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.,* I, 2, Torino, 1974, p. 899.

condo alcuni la questione rivolta al giudice togato non sarebbe stata una domanda di merito volta alla risoluzione di una questione pregiudiziale, come previsto dalla norma, ma una domanda finalizzata esclusivamente al rilievo della questione europea[111]. La riforma del 2006 non ha sciolto questi nodi interpretativi, lasciando il problema della pregiudiziale europea c.d. indiretta senza soluzioni, limitandosi invece ad abilitare gli arbitri, già competenti a seguito della sentenza della Consulta n. 376 del 2001, ad un rinvio pregiudiziale (diretto) in caso di questione di legittimità costituzionale e prevedendo in questo caso una sospensione obbligatoria del procedimento arbitrale.

In conclusione, nel quadro comparatistico europeo, il rinvio pregiudiziale in corso di arbitrato, operato dal giudice statale in funzione ausiliaria preventiva, salvo che per alcuni (*rectius*, pochi) paesi e in precise circostanze, mi sembra che si prospetti come una vera e propria chimera.

10. *Cenni sul controllo dei lodi in sede d'impugnazione e di riconoscimento/esecuzione da parte del giudice statale* (rinvio)

Diversa conclusione sembra aversi in caso di intervento successivo da parte del giudice statale. Qui i giudici controllano *ex post* il lodo arbitrale, valutando se gli arbitri abbiano o meno ben applicato il diritto europeo. Tale tipologia di controllo può avvenire nell'ambito di due occasioni: o in sede di *exequatur* del lodo interno e di riconoscimento/esecuzione del lodo straniero o in sede d'impugnazione.

Quanto alla prima forma di controllo, limitando l'indagine al nostro ordinamento, bisogna distinguere a seconda che si tratti di

[111] In questo senso, sostanzialmente Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., pp. 810-811. Stesse conclusioni nei riguardi della pregiudiziale costituzionale, G.F. Ricci, *Sub*. art. 819 c.p.c., in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, p. 358. Trattasi, in altre parole, di disposizione che opera esclusivamente con riguardo alla connessione per pregiudizialità tecnica ovvero ad una tipologia di connessione che attiene ad una "quaestio facti" e non che si occupa di questioni in punto di diritto. Tesi confermata dal nuovo testo dell'art. 819 c.p.c. che parla espressamente di questioni pregiudiziali di merito e non più di questioni incidentali.

un'esecutorietà di lodo interno o di un lodo straniero. Nel primo caso, si farà uso della norma dell'art. 825 c.p.c. che prevede che l'esecutività del lodo sia subordinata al solo controllo da parte del tribunale della regolarità formale, da intendersi quale regolarità della documentazione prodotta (lodo e convenzione arbitrale), senza alcun riferimento al processo formativo della decisione[112]. In tale sede, in mancanza di una disposizione in tale senso, mi sembra che non ci possa essere spazio per un vaglio di legittimità in generale, e di legittimità europea in particolare. Diversamente in sede di riconoscimento/esecuzione di un lodo straniero[113], è vero che, al pari del dettato dell'art. 825 c.p.c., il vaglio del presidente della Corte d'appello si riduce anche questa volta ad un controllo sull'efficacia puramente formale (limitata al controllo d'esistenza del lodo e della convenzione arbitrale), con esclusione di ogni indagine sulla validità od efficacia del lodo e dell'accordo arbitrale, tuttavia il presidente deve comunque verificare d'ufficio al contempo se sussistono i requisiti dell'art. 839 c.p.c.: compromettibilità della lite ed eventuale contrarietà del lodo all'ordine pubblico[114]. Proprio in occasione del vaglio dell'ordine pubblico sia in questa prima fase *inaudita altera parte* instaurata dalla parte interessata al riconoscimento del lodo straniero, sia nella successiva ed eventuale fase a contradditorio pieno (condizionata dall'opposizione dell'altra parte avanti la Corte d'appello *ex* art. 840 c.p.c.) è ipotizzabile un controllo della soluzione della *quaestio* europea adottata dagli arbitri, purché si faccia rientrare – ovviamente – il diritto europeo (almeno parte di esso) nel concetto di ordine pubblico[115]. In queste sedi sembra pertanto possibile per il presiden-

[112] V. Carnacini, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, cit., p. 907. Dello stesso tenore Punzi, *Disegno sistematico*, cit., II, p. 119 ss., ove ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

[113] Seppure le due nozioni vengono sempre accostate, il riconoscimento è nozione distinta da quella di esecuzione. Nella prima ricadono tutte le situazioni in cui la decisione non è suscettibile di esecuzione forzata (per esempio, lodo di mero accertamento) o la parte non ha interesse a promuoverla, mentre nella seconda si includono tutte le decisioni di condanna di somme o tali da promuovere un'esecuzione in forma specifica.

[114] Per un riepilogo della normativa v. Punzi, *Disegno sistematico*, cit., II, p. 321 ss.; Biavati, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 464 ss.

[115] Si rinvia al cap. IV, l'esame dei limiti e dei poteri del giudice statale in materia di controllo (più o meno ampio, più o meno intrusivo) del lodo arbitrale che violi il diritto dell'Unione.

te della Corte *ex officio* o per le parti in sede di opposizione sottoporre, grazie al rinvio del giudice statale, la questione di diritto europeo alla Corte di giustizia[116].

Quanto al controllo in sede propriamente impugnatoria, il tema richiede un più ampio respiro e pertanto verrà diffusamente trattato nel cap. IV di questo lavoro. Qui basti evidenziare che il tema del controllo giurisdizionale del lodo è un tema complesso per una duplicità di motivi: in primo luogo bisogna esaminare in quali motivi di impugnazione rientra una violazione di diritto europeo (violazione di legge o, dove non conosciuta, violazione dell'ordine pubblico[117]); in secondo luogo, bisogna individuare la portata del controllo cui deve essere sottoposto il lodo (se limitato ad un controllo della regolarità formale del provvedimento o se debba spingersi fino al riesame del merito della controversia). A seconda che si risolva il primo e il secondo quesito in un modo o in un altro, i risultati del momento della verifica del lodo saranno diversi così, come vedremo, dimostrano sul piano comparatistico le strade (a volte divergenti) intraprese dalle diverse giurisprudenze nazionali[118].

---

[116] In Francia, l'art. 1498 *N.c.p.c.* prevede che l'*exequatur* al lodo straniero non venga concesso solo in caso se esso è "manifestement contraire à l'ordre public international".

[117] Il sindacato impugnatorio per violazione di legge sostanziale è ammesso solo in alcuni ordinamenti, come quello inglese: l'*Arbitration Act* del 1996 prevede che il lodo potrà essere censurato per motivi di diritto in circostanze limitate, solo se vi è accordo tra le parti o se vi è autorizzazione della Corte (c.d. *leave*) (sez. 69) (v. Crifò, *L'impugnazione del lodo nell'Arbitration Act inglese del 1996*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 127 ss.). Rimane comunque esclusa l'impugnazione il lodo che ha applicato una legge straniera (da intendersi non inglese o gallese), dal momento che il sistema inglese tratta il diritto straniero come una questione di fatto. In via generale, la legge modello Uncitral (art. 34, comma 2, lett. b)) non permette il sindacato del lodo per violazione di norma di diritto ma solo per violazione di norme di ordine pubblico (dello Stato della sede). V. Chukwumerije, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996*, in *Arb. int.,* 1999, pp. 180-181.

[118] Per fare un esempio, se si dovesse ritenere la violazione di ogni norma europea come semplice violazione di legge, per permettere un rinvio pregiudiziale *ex post*, bisognerebbe che l'ordinamento del giudice dell'impugnazione permetta, attraverso la propria legge processuale, la censura del lodo per violazione di legge. In caso contrario, come avviene oggi per l'Italia *ex* art. 829, comma 3 (salvo se sono le parti o la legge a prevederlo), non sarebbe possibile il vaglio della "quaestio" europea in sede di controllo del lodo e pertanto nemmeno il rinvio da parte del giudice dell'impugnazione alla Corte di giustizia, con evidente preclusione *ante*

È quasi superfluo evidenziare, che optando comunque per un meccanismo di controllo successivo (indiretto) e non più per un rimedio (diretto) pregiudiziale – quasi fosse una contraddizione in termini con il dettato dell'art. 267 tr. Fue – in tutti i casi in cui la decisione degli arbitri non fosse impugnabile o non venisse impugnata, essa diverrebbe definitiva su tutte le questioni, comprese quelle di diritto europeo, anche se nel corso del procedimento gli arbitri avessero sollevato perplessità su come risolvere la questione e se avessero voluto interpellare la Corte.

Sul punto comunque ritorneremo diffusamente nel cap. IV.

11. *Considerazioni conclusive*

A questo punto sono doverose alcune considerazioni conclusive.

L'applicazione del diritto dell'Unione spetta agli arbitri così come ai giudici. Tuttavia per applicare la normativa europea non tutti gli arbitri dispongono degli stessi strumenti dei giudici, in particolare non possono porre una questione di interpretazione o di validità di un atto europeo alla Corte di giustizia. Lo possono fare gli arbitri che decidono in via obbligatoria e per mandato pubblico, ma non tutte le altre *species* come gli arbitri obbligatoriamente amministrati e quelli convenzionali.

È pacifico che l'utilizzo del rinvio diminuisca le probabilità di rendere un lodo viziato allorché abbia erroneamente applicato una disposizione o un atto amministrativo contrario ai trattati. Ciò assume ancora più rilevanza se vi è una generale tendenza degli ordina-

---

e *post* della possibilità di rinvio pregiudiziale. Per fare un altro esempio, se si dovesse, invece, ritenere che alcune violazioni di diritto U.e. coinvolgono norme di ordine pubblico, posto che tutti gli ordinamenti contemplano (in via legislativa o giurisprudenziale) tra i motivi d'impugnazione la censura per contrasto con norme di ordine pubblico, si pone il problema se l'attività di controllo del giudice statale possa spingersi, soprattutto quando la questione non è stata sollevata nel corso dell'arbitrato, fino ad una revisione del merito della vicenda o si debba limitare a verificare che la materia non è stata completamente ignorata dagli arbitri. Pertanto solo nel caso in cui la mancata o scorretta applicazione di una disposizione europea sia sindacabile dal giudice statale "in modo effettivo", il giudice statale verrebbe anche abilitato al rinvio pregiudiziale avanti la Corte di giustizia.

menti nazionali a preservare il prodotto arbitrale tramite la limitazione dei motivi di impugnazione, in particolare degli *errores in iudicando*, primo fra tutti, circoscrivendo il sindacato per violazione del diritto sostanziale al merito della controversia. Se è vero, infatti, che gli arbitri non possono rivolgersi alla Corte di giustizia per assicurarsi la correttezza dell'interpretazione delle norme europee che applicano, allora esiste un rischio concreto che gli arbitri stessi pronuncino un lodo (inimpugnabile) che violi una norma di diritto (sostanziale) interno europeo. Rimane salva solo la possibilità della censura per violazione di ordine pubblico, peraltro prevista normativamente o giurisprudenzialmente nella generalità degli ordinamenti, ma sempre che si incorra in una norma europea di tale natura.

L'impostazione seguita dalla Corte non convince in quanto, a ben vedere, sia il profilo della mancanza della base giuridica da parte degli arbitri convenzionali sia quello della obbligatorietà non sono insuperabili. Mi sembra, infatti, che il primo requisito possa essere facilmente riconosciuto tutte le volte in cui si abbia a che fare con un arbitrato amministrato, che è un arbitrato convenzionalmente istituito, mentre il secondo è addirittura privo di giustificazione giuridica, in quanto la responsabilità dello Stato con cui tale requisito è strettamente connesso, non ha ragion d'essere di fronte ad organi che non sono di ultima istanza, come gli arbitri.

L'idea qui sostenuta è che se si aprono le porte di Lussemburgo agli arbitrati obbligatoriamente amministrati ma anche agli arbitrati amministrati in genere, che sono arbitrati privati che, come detto, si trovano frequentemente di fronte a problematiche di diritto europeo, si possa già avere un ripensamento dell'atteggiamento ostativo dei giudici del Kirchberg nei confronti degli arbitri convenzionali.

Una volta concesso il rinvio (ovviamente facoltativo) agli arbitri, non c'è dubbio che la legittimazione non debba avvenire solo in base all'ubicazione della sede (europea o meno) dell'arbitro, circostanza senz'altro rilevante ma non sufficiente, essendo necessario che l'arbitro con sede extra-U.e., prima del rinvio, svolga un'attenta prognosi all'eventuale efficacia che il lodo potrebbe assumere nel territorio dell'Unione. La specificazione è quanto mai pertinente in virtù del fatto che attraverso la legittimazione al rinvio si vuole re-

cuperare *ex ante* quell'applicazione di norme imperative che l'impugnazione del lodo concederebbe solo (ed eventualmente) *ex post* al cittadino europeo attraverso il controllo in sede d'impugnazione e di *exequatur*.

Una rilettura sotto questo profilo delle norme che legittimano il rinvio pregiudiziale sarebbe pertanto necessaria e sarebbe quanto mai doverosa in virtù del principio dell'accesso effettivo alla giustizia introdotto dal trattato di Lisbona e sancito dall'art. 81 tr. Fue che, seppure norma ancora meramente programmatica e non immediatamente precettiva, ha inteso così promuovere e legittimare il cittadino (ma anche ogni individuo) ad usufruire in modo effettivo di tutti mezzi a tutela dei propri diritti, indipendentemente dal percorso, sia esso giudiziario che privato, che questi ha inteso perseguire anche nell'ottica di un "corretto funzionamento del mercato interno".

In questo quadro di accesso alla giustizia, l'istituto del rinvio pregiudiziale, nell'assurgere al contempo a garanzia oggettiva di legalità ed uniformità del sistema e a strumento difensivo delle parti nel giudizio *a quo* – le quali vedono spesso giocarsi nell'incidente europeo la partita decisiva della loro lite –, svolge senza dubbio un ruolo fondamentale permettendo al cittadino un ricorso diretto ed immediato agli organi europei, non raggiungibile con altre tipologie di azione.

È evidente, infatti, che una volta riconosciuta l'equipollenza (funzionale) tra i due tipi di giustizia, anche nel rispetto (teleologico) del buon funzionamento del mercato interno, al cittadino dovrà pur essere garantita la medesima possibilità di utilizzo degli strumenti processuali in entrambi i contesti, proprio al fine di rendere effettiva (cioè idonea a raggiungere lo scopo) la strada di tutela (pubblica o privata) intrapresa.

La possibilità di utilizzo del rinvio pregiudiziale anche in sede arbitrale costituirebbe un tassello indispensabile per rendere reale, o quanto meno adeguata, la tutela dell'individuo che lamenti una violazione di propri diritti avanti al giudice privato. Lo strumento pregiudiziale europeo è infatti uno degli strumenti dove di più si realizza la tutela effettiva del cittadino europeo ma anche di ogni indi-

viduo che si trova ad essere coinvolto in una controversia di diritto europeo, un mezzo cui i singoli devono poter liberamente accedere attraverso qualsiasi sede che svolge funzioni "di giustizia".

Ad oggi, tuttavia, si assiste ancora ad una chiusura totale della Corte di giustizia a ridiscutere il problema. Ecco che l'interesse della dottrina si è a poco a poco spostato dalla legittimazione degli arbitri al rinvio all'esame delle modalità di controllo del lodo che i giudici dello Stato svolgono *ex post* onde rinviare loro stessi alla Corte, problema che verrà ampiamente discusso nel cap. IV. Ma prima di fare ciò dobbiamo studiare come ed entro quali limiti gli arbitri applicano il diritto dell'Unione.

Capitolo III

GLI ARBITRI E L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO

1. *Premessa*

Nel capitolo precedente ci siamo soffermati sulle difficoltà interpretative che gli arbitri incontrano nell'applicare il diritto europeo ed in particolare sulla loro legittimazione al rinvio pregiudiziale. Tale tema trova il legame più profondo con il potere conferito all'arbitro di essere corretto applicatore delle disposizioni europee[1].

Abbiamo più volte dato per scontato il fatto che l'arbitro, come il giudice statale, sia tenuto ad applicare il diritto dell'Unione. Ora daremo dimostrazione di tale assunto e per far ciò affronteremo tre quesiti preliminari che l'arbitro, nel decidere la controversia, dovrà risolvere prima di applicare la disposizione europea invocata: a) verificare se le norme europee di cui si discute in arbitrato siano direttamente applicabili alla controversia; b) esaminare che l'applicazione di tali norme non subisca limitazioni a causa della competenza esclusiva di altre istituzioni (nazionali ed europee); c) verificare, infine, che il diritto conferito da una norma europea (soprattutto quando essa è di ordine pubblico) possa costituire oggetto di valutazione da parte degli arbitri (in altre parole, se la controversia sia arbitrabile).

---

[1] "L'istituto del rinvio pregiudiziale […] è legato a filo doppio alla *primauté* rispetto alle leggi nazionali, ed alla diretta applicabilità della normativa comunitaria" (così Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria,* cit., p. 11).

Un volta che l'arbitro riesca a risolvere in senso positivo tutti i tre quesiti, la norma europea potrà essere applicata. Rimarrà solo da chiedersi d) se in capo all'arbitro vi sia un dovere o una semplice facoltà nell'applicazione. Ciò ha rilevanza soprattutto quando le parti non abbiano invocato nel corso dell'arbitrato la disposizione dell'Unione applicabile e quando la normativa processuale impedisca un potere di rilevazione *ex officio*.

Mentre quest'ultimo tema costituirà l'oggetto della sez. IV di questo capitolo, i punti a) e b) verranno affrontati nella sez. I, mentre il punto c) nelle sez. II e III, ove si concentrerà l'attenzione in particolar modo sulle controversie in materia antitrust e in materia di consumo, materie in cui le legislazioni nazionali hanno subìto nel corso degli ultimi anni una forte europeizzazione.

Sezione I

MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DA PARTE DEGLI ARBITRI

"L'arbitrabilité des litiges étant admise,
l'arbitre est confronté à l'application de la règle communautaire".

Jarrosson-Idot, *Arbitrage*, in *Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire,* I, 1992, p. 4

1. *L'arbitro avanti al diritto applicabile: aspetti peculiari rispetto al giudice. Vigenza del principio "iura novit curia" in arbitrato?*

Il tema dell'applicazione della normativa europea da parte degli arbitri presuppone preliminarmente l'analisi delle modalità di cognizione della normativa sostanziale dell'Unione e del diritto in generale da parte del giudicante. L'intento è quello di tracciare il potere dell'arbitro nella ricerca ed applicazione della normativa sostanziale e vedere se questi dispone degli stessi poteri del giudice statale. Intendiamoci. Non si tratta di individuare l'ordinamento normativo di riferimento da applicare, bensì di compiere un'operazione logica distinta e successiva: determinare il contenuto delle regole applicabili.

Una volta, infatti, individuato l'ordinamento scelto dalle parti o dagli arbitri facendo il ricorso ai metodi conflittuali o per *voie directe*, a seconda di quanto stabilito dalla legge processuale nazionale o dal regolamento d'arbitrato seguìto, l'arbitro, prima di esercitare la propria *potestas iudicandi* interpretando ed applicando il diritto precedentemente individuato[2][1], deve provvedere all'effettiva cognizione delle regole materiali rilevanti[3]. È su questa fase che mi voglio

[2] Potere, e non obbligo, degli arbitri che trova il suo fondamento dalla missione giurisdizionale che essi hanno accettato di adempiere. V. Derains, *L'arbitre et le juge,* in *Icc Bulletin, suppl. spec.,* 1999, p. 27 ss.

[3] In altre parole qui non ci si vuole soffermare per economia di esposizione del tema – peraltro ampiamente trattato dalla dottrina internazionalprivatistica

soffermare onde chiarire chi deve sottoporre all'arbitro le questioni giuridiche o se questi sia tenuto a porsele d'ufficio[4]. In altre parole, si vuole analizzare se anche nel campo arbitrale, in particolare quello internazionale – visti i contatti che l'arbitrato ha con norme diverse da quelle della sede – vige il principio processuale dello "iura novit curia" che, come è noto, prevede che il giudicante conosca sempre il contenuto del diritto che va ad applicare, anche quando il diritto è straniero e pertanto presumibilmente meno conosciuto dal giudicante[5].

Ciò ha dei riflessi importanti anche sul piano del diritto europeo in quanto la soluzione adottata in arbitrato a favore o meno dell'esistenza di tale principio comporta o meno un onere di allegazione delle parti in causa nella segnalazione delle questioni giuridiche controverse.

Preliminarmente, al solo fine di evitare ogni futuro equivoco, bisogna specificare che quanto si sta per dire vale sostanzialmente per un arbitrato internazionale in senso stretto, cioè che presenta elementi di estraneità che coinvolgono (per la legge sostanziale) ordinamenti diversi da quelli degli arbitri, essendo superfluo porsi il problema della conoscenza del diritto da parte di un arbitro di uno Stato membro che giudica con il proprio diritto nazionale (potremmo pensare, per fare un esempio, ad un collegio arbitrale con sede in Italia che deve applicare il diritto italiano o europeo). In questo caso, non si può dubitare che l'arbitro al pari del giudice, proprio in

– della determinazione della legge applicabile al merito della controversia, per il quale si rinvia alle classiche monografie di Lew, *Applicable law in international commercial arbitration*, Dobbs ferry-New York, 1978, *passim*; Grigera Naon, *Choice-of-law problems in International commercial arbitration*, Tübingen, 1991, *passim*; Vismara, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2001, *passim*.

[4] Così, di recente, Carlevaris, *L'accertamento del diritto nell'arbitrato internazionale tra principio* jura novit curia *e onere della prova,* in *Riv. arb.*, 2007, p. 508

[5] Il tema dell'equiparabilità o meno al diritto del foro del diritto straniero ai fini dell'applicazione del principio "iura novit curia" è oggetto delle trattazioni di diritto internazionale privato. V. di recente, Hausmann, *Pleding and Proof of Foreign Law – a comparative Analysis,* in *The European Legal Forum*, 2008, p. 1 ss. Fra i testi normativi, v. in Italia, art. 14 della l. n. 218 del 1995, in Svizzera, art. 16 *L.d.i.p.*

virtù dell'incarico e della funzione decisionale che svolge, non detenga le conoscenze giuridiche, anche di diritto dell'Unione, dell'ordinamento da applicare alla fattispecie lui sottoposta, salvo incorrere in una responsabilità professionale.

Ciò chiarito il tema dell'applicabilità del principio "iura novit curia" all'arbitrato (internazionale) non è di facile soluzione e trova una diversità di prospettive anche in letteratura, a fronte di una sporadica e disomogenea giurisprudenza.

La dottrina cerca di accostare la figura dell'arbitro (internazionale) a quella del giudice statale che applica il diritto straniero in base alla normativa di conflitto. Il paragone è solo parzialmente azzeccato[6]. A complicare il quadro infatti, influisce, da un lato, il fatto che la sede dell'arbitrato non può paragonarsi al foro del giudice in quanto all'arbitro non si impone alcun sistema normativo di conflitto (essendo pertanto di per sé improprio parlare di diritto straniero in campo arbitrale); dall'altro, vi è la necessità che in arbitrato, rispetto al giudizio ordinario, i mezzi azionabili d'ufficio siano sottoposti al consenso delle parti o comunque debbano essere oggetto di discussione in contradditorio tra le parti, proprio al fine di evitare soluzioni a sorpresa, e quindi motivo d'immediata impugnazione[7].

Su tali premesse, la dottrina non riconosce l'applicabilità illimitata della regola "iura novit curia" nei confronti degli arbitri internazionali, seppure al contempo considera incongruo che le regole applicabili dagli arbitri siano oggetto di un vero e proprio onere della prova per le parti[8]. Mi sembra che la miglior soluzione risieda nella combinazione tra la soluzione accusatoria dell'"onus probandi" e quella inquisitoria dello "iura novit curia": le parti dovranno collaborare fornendo le informazioni normative ed interpretative necessarie all'accertamento della legge applicabile (anche attraverso pareri dottrinali e decisioni giurisprudenziali) mentre gli arbitri po-

---

[6] In questo senso, ma anche sul rapporto tra arbitrato e legge applicabile, v. le critiche di Derains, *L'arbitre et le juge,* cit., p. 27 ss.

[7] Sostanzialmente in questo senso Carlevaris, *op. cit.,* pp. 512-513.

[8] Bensaude, *Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international*, in *Cah. arb.,* 2004, I, p. 27 il quale evidenzia che "parce que la justice arbitrale n'est une justice étatique et que l'arbitre n'est pas un juge, le principe "jura novit curia" ne s'impose pas nécessairement en arbitrage international".

tranno (e non dovranno) richiedere e procurarsi *ex officio* tutte le informazioni necessarie[9]. Una soluzione di tale tipo ha come conseguenza di rendere particolarmente discrezionale il potere degli arbitri nell'accertamento del diritto[10].

Una volta accolta tale ricostruzione dei rapporti tra arbitri e parti nella determinazione delle regole da applicare, ciò dovrà essere condiviso anche quando ci si trova di fronte al diritto dell'Unione: da un lato, le parti dovranno contribuire indicando eventuali fonti europee che ritengono rilevanti di essere applicate nella fattispecie, dall'altro gli arbitri acquisendo d'ufficio le dovranno sottoporre all'attenzione delle parti.

In un quadro sinergico tra le parti processuali così configurato tuttavia si rendono particolarmente labili i confini di responsabilità degli arbitri e delle parti in ordine all'individuazione del diritto[11]. Ciò ha un rilevanza fondamentale per quanto ci riguarda in quanto, come vedremo meglio oltre, a fronte di una generale insindacabilità degli *errores in iudicando* commessi dagli arbitri, eventuali difetti dovuti a insufficienza dell'indagine giuridica non consentiranno l'impugnazione del lodo salvo, per quanto dirò meglio oltre, qualora le violazioni si riflettano in una violazione del principio del contraddittorio e dell'ordine pubblico.

---

[9] V. Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce* ex officio *new issues of law,* in *Asa Bull.,* 2009, p. 431. Il Tribunale federale svizzero si è ripetutamente espresso nel senso della discrezionalità, v. sent. 30 settembre 2003, in *Asa Bull.,* 2004, p. 575 ss., dove stabilisce che "the arbitrator does not have the obligation, more than the national judge does, to submit to the discussion of the parties the legal principles on which he will found his decision. By virtue of the rule "jura novit curia", he is not in principle bound by the legal means developed by the parties, save where the parties would have agreed to limit the mission of the tribunal to the legal arguments they would invoke. The judge may thus apply on his own initiative, without needing before hand to draw the parties' attention to the existence of such or such legal issue, another provision of the material law in order to adjudicate claimants' claims". Nello stesso senso Tribunale federale svizzero, 26 settembre 2007, in *Asa Bull.*, 2008, p. 152 ss.

[10] Lew-Mistelis-Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration,* The Hague, 2003, p. 443.

[11] In assenza di obblighi vincolanti per gli arbitri, in quanto la loro attività sarà oggetto di controllo e il lodo potrà essere oggetto di declaratoria di annullamento in sede impugnatoria solo allorché la loro attività si faccia rientrare nei motivi tipici della violazione del mandato, del mancato rispetto della parità delle armi, della violazione del contradditorio o dell'ordine pubblico processuale in genere.

Rilevo, inoltre, che, solo in presenza di una norma di ordine pubblico, l'arbitro, proprio al fine di rendere un lodo che abbia efficacia e che possa circolare, sia tenuto ad intervenire d'ufficio segnalando alle parti e sottoponendo al loro contradditorio una questione europea che gli si è posta avanti agli occhi in maniera evidente, come ogni questione che introduce *ex officio*[12]. Ciò, a mio parere dovrà es-

[12] Mi sembra che tale conclusione si collochi oggi in linea con i dettati della Commissione per l'arbitrato internazionale dell'*International Law Association,* la quale, nella risoluzione n. 1 del 2008 sull'accertamento del contenuto applicabile nell'arbitrato commerciale internazionale, stabilisce che "in disputes implicating rules of public policy or other rules from which the parties may not derogate, arbitrator may be justified in taking measures appropriate to determine the applicability and contents of such rules, *including by making independent research raising with the parties new issues* (whether legal or factual), *and giving appropriate instructions or ordering appropriate measures insofar as they consider this necessary* to abide by those rules or protect against challenger to the award"[il corsivo è mio] (raccomandazione n. 13). V. il testo della Risoluzione in *Riv. arb*., 2007, p. 701 ss., spec. p. 703, la quale è accompagnata da un rapporto a cura dei relatori Radicati di Brozolo e Friedman, il cui testo di può leggere oggi in *Arb. int.,* 2010, p. 193 ss. Su tale tema i commenti di Train, *Les recommandations de l'Association de droit international sul l'établissement de la teneur du droit applicable dans l'arbitrage commercial international,* in *Cah. arb.,* 2009, 2, p. 5 ss., e di Carbone, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale,* in *Riv.dir. internaz. priv e proc.,* 2010, p. 353 ss. Da un punto di vista più generale, la giurisprudenza francese ritiene fondamentale che in caso di introduzione di una questione di diritto *ex officio* da parte dell'arbitro, sia indispensabile che l'arbitro provochi il contraddittorio tra le parti in virtù del diritto di difesa. V. Corte d'appello di Parigi, 14 ottobre 1993, in *Rev. arb.,* 1994, p. 380 (con nota a seguire di Bellet), la quale afferma il principio che "rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties". Su questa scia la Corte di cassazione ritiene nullo un lodo fondato su una norma di legge la cui applicazione non era stata invocata dalle parti "sans débat contradictoire". Così Cassazione, 14 marzo 2006, in *Rev. arb*., 2006, p. 653 (con nota a seguire di Bollard). Anche la giurisprudenza inglese ritiene importante che la questione di diritto introdotta dagli arbitri non venga applicata finché non sia stato provocato un dibattito tra le parti. V. Court of appeal, *Modern Engineering v. Miskin,* in *Lloyd's Rep*., 1981, p. 135. Per giustificare il dibattito sulla questione di diritto introdotta dagli arbitri, il sistema elvetico, invece, punta più sui rischi dell'"effetto sorpresa" offerto dalla questione sollevata che sul diritto delle parti ad essere sentite. Il Tribunale federale svizzero, 26 settembre 2007, in *Asa Bull*., 2008, p. 152 ss., stabilisce infatti "celles-ci n'ont pas à être entendues de façon spécifique sur la porte à reconnaître aux règles du droit. À titre exceptionnel, il convient de les interpeller lorsque le juge ou le tribunal arbitrale envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence".

sere fatto sia quando, a fronte di un'applicazione di una normativa di uno Stato membro, l'arbitro abbia sede nell'Unione, sia quando sia collocato extra-U.e. ma il lodo debba poi circolare in Europa, con ciò avendo cura degli effetti che il prodotto arbitrale svolge[13]. Tale comportamento previene nel primo caso senz'altro una declaratoria di nullità del lodo e, nel secondo caso, un'opposizione al riconoscimento o all'esecuzione. Da qui, come vedremo meglio nella sez. IV, il corollario del dovere degli arbitri di applicare il diritto europeo d'ordine pubblico[14].

2. *L'applicazione da parte dell'arbitro del diritto europeo: efficacia e natura delle norme dell'Unione. I casi di competenza esclusiva di altri organi*

Una volta assolto questo compito cognitivo, preliminare per l'applicazione di ogni tipo di diritto, compreso quello dell'Unione, come abbiamo già anticipato, l'arbitro è tenuto, al pari del giudice, innanzitutto a verificare se la normativa risulta o meno applicabile

[13] Ciò ovviamente sul piano della ricerca della normativa applicabile. Sulla diversa (e logicamente successiva) necessarietà che le norme europee di ordine pubblico (come quelle relative alla tutela dell'agente commerciale) debbano comunque essere applicate anche quando il diritto applicabile alla controversia è quello di uno Stato extra-U.e., v. Corte di giustizia, 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Racc.*, 2000, I, p. 9305 ss., ove i giudici ritennero che tale operazione dovesse avvenire quando vi fosse un "legame stretto" tra la fattispecie controversa e la Comunità (punto 25).

[14] Bisogna peraltro considerare che se gli arbitri sono tenuti a individuare possibili norme inderogabili vi è un evidente rischio che questi non individuino tali norme. Esistono, infatti, molteplici casi in cui gli arbitri (nonostante abbiano generalmente un'elevata qualificazione giuridica) non siano in grado di conoscere le norme di ordine pubblico da applicare. Tuttavia ci cono alcune aree del diritto ove essi posso aspettarsi di incontrare tale tipologie di norme, come nell'ambito del diritto dei consumatori, o in occasioni di liti ove possa apparire probabile l'applicazione *prima facie* di norme antitrust. Proprio in materia di tutela della concorrenza, come vedremo *infra* cap. IV, la Corte d'appello francese ha stabilito che la mancata considerazione dell'applicabilità delle norme europee antitrust da parte degli arbitri non giustifica l'annullamento di per sé del lodo (sentenza della Corte d'appello di Parigi, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence c. Euromissile e a.,* in *Semaine Juridique,* 12-23 marzo 2005, n. 12, p. 571 ss.)

al rapporto sottostante. Per far ciò l'arbitro deve procedere al vaglio di tre distinti ma necessari momenti logici: deve verificare se la normativa produce effetti in capo ai singoli, se tale normativa non subisce limiti per competenza esclusiva di altre autorità, se, infine, l'applicazione di tale normativa produca effetti sull'arbitrabilità della controversia.

Procediamo con ordine. È noto che in campo europeo perché una norma possa essere invocata avanti ai giudici nazionali essa deve esplicare un effetto diretto pieno o c.d. orizzontale, creatrice direttamente ed utilmente di diritti ed obblighi in capo ai singoli[15].

A proposito delle norme di diritto europeo contenute nei trattati, la Corte di giustizia, con il celebre caso *Van Gend en Loos* del 1963, ha stabilito che, riconoscendo l'ordinamento dell'U.e. "come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini", molte norme di diritto dei Trattati pongono ai singoli degli obblighi ma attribuiscono loro anche dei diritti soggettivi[16]: si vedano a proposito l'art. 25 tr. Ce (oggi art. 30 tr. Fue)(di cui si occupò proprio quella decisione), le norme sulla libera circolazione delle merci e delle persone, quelle sulla concorrenza di cui agli artt. 81-83 tr. Ce (oggi art. 101-103 tr. Fue)[17].

Per quanto riguarda, invece, il diritto europeo derivato, è l'art. 288 tr. Fue (*ex* art. 249 tr. Ce) a riconoscere un'efficacia diretta dei regolamenti o delle decisioni che contengono norme direttamente azionabili dai cittadini[18]. Ciò permette di distinguere gli atti europei immediatamente efficaci all'interno degli Stati membri, da quelli in

---

[15] È con la sent. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, in *Racc.*, 1986, p. 723, che la Corte ha distinto per la prima volta gli effetti verticali dagli effetti orizzontali di una direttiva non attuata da uno Stato che di essa è destinatario.

[16] Corte giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.*, 1963, p. 8 ss.

[17] La giurisprudenza riconosce ripetutamente che l'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue) produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli e da sorgere in capo a questi ultimi diritti che i giudici devono tutelare (sent. 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Benetton*, cit., punti 36 e 39 e, da ultimo, sent. 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, punto 49, in *www.curia.eu.int*).

[18] Così Tesauro, *Diritto comunitario*, cit., p. 146 ss.; Pocar, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee,* 10ª ed., Milano, 2006, p. 253 ss. Per una ricostruzione del diritto europeo come parte integrante dell'ordinamento degli Stati membri v. Shelkoplyas, *The application of Ec Law,* cit., p. 27 ss.

cui tale efficacia è possibile solo tramite l'opera (mediata) degli Stati membri, come le direttive[19]. Tuttavia è pur vero che l'ordinamento europeo in certi casi non esclude in via generale un efficacia immediata delle direttive seppure in senso meramente verticale, consentendo così al singolo di far valere un diritto solo verso lo Stato inadempiente od organismi ed enti soggetti all'autorità e al controllo statale, ma non imponendogli degli obblighi[20]. È ciò che accade in caso di direttive particolareggiate che, presentando tutte le caratteristiche proprie dei regolamenti, contengono disposizioni che possono essere richiamate in mancanza di provvedimenti di attuazione entro i termini[21]. Va detto tuttavia che a risultati molto simili a quelli prodotti dall'efficacia diretta orizzontale può condurre l'applicazione del principio dell'"interpretazione conforme" in base al quale il giudice nazionale è comunque tenuto ad interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva[22], criterio che i giudici del Kirchberg hanno esteso sia al caso in cui la normativa nazionale sia anteriore alla direttiva non trasposta, sia quando la direttiva sia scaduta e pertanto non direttamente applicabile[23].

---

[19] A quanto si sta dicendo nel testo a proposito delle direttive, vale anche in relazione alle disposizioni contenute in decisioni rivolte agli Stati (e non ai singoli individui, le quali sono senza dubbio direttamente efficaci all'interno degli Stati). Anche qui secondo i giudici di Lussemburgo (sent. 6 ottobre 1970, in causa 9/70, *Grad*, in *Racc.*, 1970, p. 825 ss.) la diretta applicabilità non può essere esclusa a priori, ma essa deve essere desunta "dalla natura dallo spirito e dalla lettera delle disposizioni di cui si tratta" al pari dei criteri sulla base dei quali si è accertata la diretta applicabilità ad effetti verticali delle direttiva (così Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'unione europea*, Padova, 1997, p. 175).

[20] Tale principio è stato ribadito più volte dalla Corte di giustizia e in particolare nella sent. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, 1994, I, p. 3325 ss.

[21] Corte giust., 25 gennaio 1983, causa 126/82, *Smit Transport*, in *Racc.*, 1983, p. 73 ss., ove si evidenzia che quando le disposizioni di una direttiva siano sufficientemente precise ed incondizionate, esse possono fatte valere avanti i giudici nazionali sia se lo Stato interessato non abbia dato attuazione alla direttiva nell'ambito della legislazione interna sia se l'abbia eseguita in modo inadeguato. Giurisprudenza ribadita nella più recente e nota sentenza 19 novembre 1991, nelle cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, 1991, I, p. 5357 ss.

[22] Corte giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson,* in *Racc.*, 1984, p. 1891 ss.

[23] Si tratta dei noti casi della sent. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, I, p. 4135 ss., punto 8 e della sent. 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret,* ivi, 1993, I, p. 6911 ss., punto 20.

Le stesse operazioni esegetiche appena descritte dovranno essere compiute dall'arbitro che si trova ad applicare il diritto dell'Unione. Al pari del giudice, l'arbitro dovrà verificare, infatti, se la norma europea coinvolta ha effetto pieno e diretto, con le specificazioni appena descritte.

Tuttavia non dovrà fermarsi qui: dovrà appurare che la norma non ricada, così come accade per i giudici statali, per volere dei trattati o del diritto U.e. derivato, nella competenza esclusiva di una istituzione nazionale europea, come spesso accade nel caso della Commissione[24]. Sul punto degna di interesse si pone nella materia del diritto antitrust, la delimitazione della competenza dei giudici nazionali con la Commissione o con l'autorità amministrativa nazionale di controllo, *Conseil de la concurrence* francese o Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana.

È, infatti, bene ricordare – con ciò anticipando quanto si dirà nella prossima sezione – che, nonostante l'introduzione del reg. Ce n.1 del 2003 che legittima un'applicazione generale degli artt. 81 e 82 tr. Ce (oggi artt. 101 e 102 tr. Fue) in capo alle giurisdizioni nazionali (art. 6 reg.), la Commissione rimane la sola competente, in materia antitrust, ai sensi degli artt. 23, comma 2 e 24 reg., ad irrogare alle imprese un'ammenda per un comportamento contrario ai sensi dell'art. 81, comma 1 (oggi art. 101, comma 1, tr. Fue), e dell'art. 82 tr. Ce (oggi art. 102 tr. Fue) o una penalità di mora[25]. Nel

---

[24] V. sul punto Idot-Jarrosson, *Arbitrage*, cit., p. 2. Più di recente sul tema, Amalfitano, *La conoscenza e l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte del giudice e dell'arbitrato*, in *Dir. Un. eur.,* 2010, p. 247 ss.

[25] Sul reg. Ce n.1 del 2003 (in *G.u.c.e.,* n. L. 1 del 4 gennaio 2003) concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 tr. Ce (oggi artt. 101 e 102 tr. Fue), riferimenti bibliografici e maggiori approfondimenti nella successiva sez. II. Qui basti dire che, secondo la giurisprudenza europea, gli artt. 81 e 82 tr. Ce (oggi artt. 101 e 102 tr. Fue) hanno un effetto pieno e diretto, attribuendo ai singoli diritti che possono essere fatti valere e tutelati dinanzi ai giudici e alle autorità nazionali. V. per tutte Corte di giustizia, sent. 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT-SABAM (II)*, in *Racc.* 1974, p. 51 ss., che si riferisce espressamente agli artt. 81, comma 1 e 82 tr. Ce, sotto la vigenza del precedente reg. di applicazione del diritto comunitario antitrust n. 17 del 1962. Altrettanto vale per le disposizioni dei regolamenti di esenzione per categoria, v. Corte di giustizia, sent. 3 febbraio 1976, causa 63/75, *Fonderies Roubaux,* in *Racc.*, 1976, p. 111 ss.

Secondo il previgente regolamento (art. 9, comma 3) era esclusa in capo ai giudici l'applicazione dell'art. 81, comma 3, tr. Ce per il quale si prevedeva

determinare il passaggio da un controllo accentrato (nelle mani della Commissione) a un controllo decentrato (c.d. *private enforcement*) ed attribuendo competenze maggiori ai giudici ed autorità nazionali, il reg. n. 1 del 2003 dà la possibilità a queste ultime di stabilire se un accordo anticoncorrenziale sia comunque valido. Tuttavia, al fine di garantire un'interpretazione corretta ed uniforme del diritto, è comunque sempre prevista una possibilità di intervento della Commissione di avocare a sé "per ragioni di interesse pubblico comunitario" la decisione di concedere o meno esenzioni (art. 10 reg.).

Un altro esempio si rinviene nell'art. 4 della l. n. 487 del 1990 che attribuisce in capo all'Autorità italiana garante delle concorrenza e del mercato la competenza ad emettere un provvedimento volto ad autorizzare "intese o categorie di intese" vietate dalla stessa legge, così come nell'art. 33, comma 1, della legge che prevede che "i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi" adottati dall'Autorità antitrust rientrano nella giurisdizione del Tar Lazio che ha sul punto una competenza esclusiva.

Anche in materia di controllo delle concentrazioni, poi, la normativa europea (reg. n. 4064 del 1989, sostituito dal reg. n. 139 del 2004), nel prevedere un obbligo per le imprese che effettuano una concentrazione di darne notifica preventiva alla Commissione, stabilisce una competenza esclusiva di quest'ultima nell'adottare decisioni autorizzative della concentrazione, per le quali l'esecutivo dell'U.e. può richiedere in cambio alle imprese interessate di assumere determinati obblighi (tra cui quello di ricorrere all'arbitrato con i soggetti terzi che ne fanno richiesta e che si ritengono danneggiati dalla concentrazione avvenuta)[26].

---

una competenza della Commissione in materia esclusiva nella concessione delle esenzioni. Oggi, il sistema è cambiato: il reg. n. 1 del 2003 (art. 1), operando il decentramento applicativo, ha stabilito che le autorità nazionali (ai sensi dell'art. 5 reg.) e le giurisdizioni statali (ai sensi dell'art. 6 reg.) applichino direttamente l'art. 81, comma 3, tr. Ce (divenuto art. 101, comma 3, tr. Fue).

[26] Si tratta del reg. Ce n. 4064 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in *Gazz. Uff.,* n. L. 395 del 30 dicembre 1989, e del reg. Ce n. 139 del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *G.u.c.e.,* n. L. 24 del 29 gennaio 2004. Ulteriori approfondimenti, in particolare sullo strumento applicabile delineato da tali regolamenti, v. oltre sez. II.

In tutte queste situazioni, precluse al giudice nazionale, non vi è senz'altro spazio, per un àmbito di operatività da parte degli arbitri, che *a contrariis* dovrebbero invece essere competenti tutte le volte in cui lo sono i giudici togati, salvo un ulteriore ed ultimo limite, di cui ora ci occuperemo, quello dell'arbitrabilità della controversia o, *rectius*, della compromettibilità in arbitri del diritto dell'Unione.

3. *L'arbitrato e l'ordine pubblico*

Preliminarmente all'esame della compromettibilità in arbitri della norma europea interessata nella controversia, è necessario affrontare il legame che sussiste tra la questione d'arbitrabilità e l'ordine pubblico, proprio in forza del fatto che parte delle norme dell'Unione sono di ordine pubblico e che tale qualificazione potrebbe influire sul potere degli arbitri di giudicare la controversia.

Innanzitutto è necessario soffermarsi brevemente sul contenuto che la nozione di ordine pubblico assume in particolare nel diritto internazionale privato ovvero in occasione di situazioni giuridiche collegate con più ordinamenti[27].

[27] L'ordine pubblico che qui viene essenzialmente interessa è quello internazionale e non quello interno. Mentre quest'ultimo viene in rilievo in caso di rapporti tra due persone soggette nel medesimo ordinamento giuridico e in assenza di elementi di estraneità, il primo ricade in situazioni di rapporti di internazionalità. Si tratta ovviamente di una distinzione non solo formale ma anche di contenuto. Senza qui avere pretese di completezza, occorre evidenziare in linea generale che i due concetti dell'ordine pubblico interno ed internazionale si differenziano sia per la loro diversa funzione che per i criteri cui fanno capo. L'ordine pubblico interno attiene alla inderogabilità di date norme materiali da parte dei contraenti e dunque domina il vasto campo sottratto dal diritto di un dato Stato all'autonomia privata. L'ordine pubblico internazionale, invece, ha origine giurisprudenziale, tendenza evolutiva e carattere eccezionale giacché costituisce un limite al funzionamento delle norme di d.i.p., verrebbe, cioè, ad impedire – eccezionalmente – l'inserimento nell'ordinamento interno di norme straniere richiamate da quelle interne di rinvio, secondo criteri di collegamento dati. Da qui la minor ampiezza rispetto all'ordine pubblico interno. Cfr. Galgano-Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale,* Padova, 2010, p. 412, i quali ricordano che l'evoluzione giurisprudenziale dell'ordine pubblico internazionale può farsi risalire all'inizio degli anni ottanta, quando la Cassazione (sent. 24 novembre 1989, n. 5974, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.,* 1991, p. 155 ss.) ha precisato che, a differenza

Il concetto dell'ordine pubblico, classico tema del diritto internazionale privato e del diritto del commercio internazionale, risulta oggi ancora di ardua definizione e la sua continua evoluzione rende difficile il tentativo di delimitare in modo preciso ed esaustivo il suo contenuto, tant'è che gli studiosi l'hanno definito un "unruly horse" o un inveterato camaleonte[28].

Per quanto ci riguarda, il *public policy* di cui ci si occupa ovvero quello sostanziale internazionale, si pone come un limite all'esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti, in particolare in merito alla scelta delle legge applicabile con finalità di barriera a protezione dell'ordinamento ricevente in occasione di provvedimenti giuridici stranieri ritenuti troppo invasivi[29].

---

dell'ordine pubblico interno, che attiene all'insieme delle norme imperative, quello internazionale riguarda principi generali che sono espressione di esigenze fondamentali della società destinate a variare secondo il momento storico in cui si tratta di tenerne conto. Si costruisce così una nozione di ordine pubblico internazionale di cui fanno parte i "principi comuni delle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo". Una parte della dottrina ritiene che esista un nocciolo duro dell'ordine pubblico internazionale vigente in tutti gli ordinamenti, che si applica in modo identico o perlomeno simile in tutti gli Stati quando si è in presenza di rapporti con elementi di estraneità. Si tratta del c.d. ordine pubblico "transnazionale" o "realmente internazionale" o simili (su cui gli scritti fondamentali di Matray, *Arbitrage et ordre public transnational,* in Schultz-Van den Berg [a cura di], *The Art of Arbitration, Essays on international Arbitration, Liber Amicorum Sanders*, The Hague, 1982, p. 241 ss.; e di Lalive, *Trasnational (or Truly international) Public Policy and International Arbitration, in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in arbitration,* in *Icca Congress series n. 3,* 1987, p. 257 ss.), indicandosi con tali termini proprio l'insieme dei valori fondamentali universalmente riconosciuti posti a presidio degli ordinamenti degli Stati, un comune denominatore che svolga un ruolo di sintesi dei principi di ordine pubblico internazionale di cui agli ordinamenti interni. Anche l'Istituto di diritto internazionale, nella risoluzione di Santiago di Compostela del 1989, ebbe modo di riconoscere tale nozione, evidenziando che "in no case shall an arbitrator violate principles of international public policy as to which a broad consensus has emerged in the international community" (in *Rev, crit. droit int. privé,* 1990, p. 191).

[28] V. Cheppard, *Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards,* in *Arb. int.*, 2003, p. 217 ss.; Dutoit, *L'ordre public: caméléon du droit international privé,* in *Mélanges Guy Flattet*, Losanna, 1985, p. 42 ss.

[29] Sul tema dell'ordine pubblico in arbitrato, cfr., *ex multis,* le opere monografiche della letteratura francese, di Racine, *Arbitrage commercial international et ordre public,* cit., *passim*; Seraglini, *Lois de police et justice*

Data la vastità dell'argomento, sul concetto di ordine pubblico in materia arbitrale, la miglior letteratura ha raggiunto alcuni punti fermi che è necessario sintetizzare dopo una breve premessa.

In campo arbitrale si assiste innanzitutto ad una diversa modalità d'intendere la nozione di ordine pubblico, in quanto, come abbiamo già accennato, la posizione che l'arbitro assume nei confronti della legge applicabile al merito della controversia è assai diversa rispetto a quella del giudice interno: l'arbitro non è organo di alcuno Stato ma è equidistante da ogni ordinamento a tal punto che non esiste né una *lex fori* né delle norme imperative della *lex fori* per l'arbitro[30]. Mentre, infatti, il giudice nazionale è tenuto ad assicurare la tutela dei valori dell'ordinamento di appartenenza (di cui i principi di ordine pubblico internazionale e le norme di applicazione necessaria sono diretta espressione), l'arbitro, operando sulla base del consenso delle parti, non è parimenti tenuto ad assicurare detta tutela, dovendo procedere alla soluzione della controversia in forza di quanto consensualmente fissato dalle parti. Essendo pertanto diverso il fondamento giuridico del potere decisionale tra giudice e arbitro, si delinea la non assimilabilità delle rispettive posizioni anche a proposito della rilevanza dei valori tutelati dall'ordinamento del foro. Valgono pertanto questi tre corollari.

Sotto un primo profilo, nessuna legge si impone all'arbitro per il semplice effetto della sua volontà di applicazione: è l'arbitro che, nell'esercizio dei suoi poteri ed in considerazione delle particolarità del rapporto controverso, decide quale norma debba essere appli-

---

arbitrale internationale, Parigi, 2001, *passim*; ARFAZADEH, *Ordre public e arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation,* Zurigo, 2005, *passim*.

[30] Letteralmente, RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public,* cit., p. 233 e p. 237 (ove il termine ordine pubblico deve intendersi anche indicativo di norme di applicazione necessaria): "L'arbitre doit-il respecter l'ordre public? n'y a-t-il antinomie, hermétisme, entre justice privée et ordre public? L'arbitre est un juge investi par un accord de volonté. Se seule tache devrait être de réaliser la volonté des parties. Chargé de satisfaire les intérêts des parties, n'est-il pas dispensé de défendre l'intérêt général?". E ancòra: "L'arbitre n'étant rattaché a aucun for étatique, il n'est pas le défenseur des conceptions politiques, morales et économiques d'un Etat en particulier. Quelles sont donc les raisons qui conduisent l'arbitre à respecter l'ordre public étatique?".

cata, senza subirne la volontà[31]. Tale spazio di autonomia riservato all'arbitro risulta d'altra parte tutelato dal divieto di sindacato delle modalità di determinazione delle norme applicabili che i giudici dell'impugnazione e del riconoscimento hanno nei confronti del lodo. Il lodo può, infatti, essere censurato, a seconda degli ordinamenti, per violazione di legge o per violazione delle norme di ordine pubblico, ma in questi casi, non è in questione la valutazione delle modalità di scelta della legge quanto la sua soluzione nel merito[32].

Sotto un secondo profilo, l'intervento delle norme di applicazione necessaria come del limite dell'ordine pubblico è in larga misura collegato al rilievo della *lex fori*: entrambi sono volti ad affermare la supremazia dell'ordinamento interno (della sede) anche nelle materie in cui sarebbe giustificato il richiamo del diritto straniero. Orbene, se l'arbitro non è legato ad alcun ordinamento, non vi è *lex fori* che debba prevalere attraverso le norme di applicazione necessaria, né ordine pubblico internazionale cui l'arbitro debba rispetto[33]. Per l'arbitro non si porrebbe così nemmeno il problema del conflitto tra norme di applicazione necessaria del foro e "lois de police étrangères" in quanto, dal suo punto di vista, tutte le norme di applicazione necessaria appartengono ad ordinamenti terzi[34].

---

[31] Infatti, in campo arbitrale internazionale, una delle principali caratteristiche sintomatiche rinvenute dalla dottrina specialistica (v. Vismara, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale,* cit., p. 207) è la discrezionalità dell'arbitro nella determinazione della norma applicabili al merito della controversia come dimostra, prima fra tutte, la convenzione di Ginevra del 1961 allorché all'art. VII stabilisce che gli arbitri procederanno alla determinazione di tali norme attraverso "le règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espéce".

[32] Sottolinea tale aspetto Derains, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration,* in Aa.Vv., *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, Icca New York Arbitration Congress 1986,* Deventer, 1987, p. 230, il quale, a titolo esemplificativo, ritiene irrilevante, per il mancato riconoscimento di un lodo in Arabia che condanna al pagamento degli interessi, l'applicazione della legge tedesca, inglese o francese, in quanto la causa del rifiuto sarà il contrasto della soluzione adottata con l'ordine pubblico (con l'islamica *Shari'a*) piuttosto che la scelta di una legge invece di un'altra.

[33] Fumagalli, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 490.

[34] È il rilievo di Mayer, *Les lois de police étrangères,* in *Jour. dr. internat.,* 1981, p. 344.

Sotto un terzo ed ulteriore profilo, sembra che mediante il ricorso sempre più frequente alla *lex mercatoria* da parte degli arbitri internazionali[35], sia difficilmente prospettabile la predetta contrarietà con i principi di ordine pubblico internazionale o transnazionale, in quanto le regole consolidatesi in ambito mercantile sono espressione di valori comunemente recepiti dagli Stati e pertanto sembra, nella pratica, difficilmente attuabile un'ipotesi di conflitto con le norme di ordine pubblico, soprattutto quando lo si considera sotto il profilo transnazionale. Si potrebbe infatti arrivare a sostenere, come si è fatto, che vi sarebbe quasi una coincidenza tra le due sfere di applicazione, o addirittura che l'ordine pubblico transnazionale sia l'ordine pubblico della stessa *lex mercatoria*[36].

---

[35] Nell'ampia bibliografia sui legami tra arbitrato e *lex mercatoria,* si veda, oltre l'opera approfondita e aggiornata di Marrella, *La nuova lex mercatoria,* Padova, 2001, *passim*, tra i classici, Bonell, *Le regole oggettive del commercio internazionale,* Milano, 1978; Lando, *The Lex mercatoria in international commercial arbitration,* in *Int. comp. law quart.,* 1985, p. 749 ss.; Von Hoffmann, *Grundsätliches zur Anwendung der "lex mercatoria" durch internazionale Schiedsgerichte*, in *Festschrift für Kegel,* Stuttgart, 1987, p. 217 ss.; J. Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage dans l'arbitrage CCI*, in *Rev. arb.,* 1990, p. 55 ss.; Bonell, voce *Lex mercatoria,* in *Dig. disc. priv. sez. comm.,* Torino, 1993; Loewenfeld, *Lex mercatoria: an arbitrator's view,* in *Arb. int.,* 1990, p. 133 ss.; Osman, *Les principes gènèraux de la lex mercatoria: contribution à l'etude d'un ordre juridique anational,* Parigi, 1992, *passim*; Wilkinson, *The new Lex Mercatoria. Reality or Academic fantasy?,* in *Jour. internat. arb.,* 1995, 2, p. 103 ss.; Gaillard, *Trente ans de lex mercatoria. – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit,* in *Jour. dr. internat.,* 1995, p. 5 ss.; Jin, *The status of Lex Mercatoria in international commercial arbitration,* in *Am. rev. int. arb.,* 7, 1996, p. 163 ss.; Mustill, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years,* in *Arb. int.,* 1997, p. 86 ss.; Carbonneau (a cura di), *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, 2ª ed., Dobbs Ferry, 1998, *passim*; K.P. Berger, *The creeping codification of the Lex Mercatoria,* The Hague, 1999, *passim*; Molineaux, *Applicable Law in arbitration. The coming convergence of civil and anglo-saxon law via Unidroit and lex mercatoria,* in *Jour. World Investments,* 2000,1, p. 147 ss.; Derains, *Transnational law in Icc arbitration,* in K.P. Berger (a cura di), *The Practice of Transnational Law,* The Hague, 2000, p. 43 ss.; Bonell, *The Unidroit principles and transnational law*, in K.P. Berger (a cura di), *The practice of Transnational Law,* cit., p. 23 ss. Fortier, *The new, new Lex Mercatoria, or, Back to the future*, in *Arb. int.,* 2001, p. 121 ss.

[36] Così Matray, *Arbitrage et ordre public trasnational,* in Schultz-van den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Liber amicorum Peter Sanders,* cit., p. 241.

Secondo Biavati, *Arbitrato internazionale*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 469. quanto meno sul piano del riconoscimento del lodo, la nozione di

Muovendo da queste considerazioni, è evidente che le norme assolutamente inderogabili (da intendersi comprensive degli principi d'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria) – da qui in poi chiamate semplicemente norme di ordine pubblico -, quali limiti all'operare del richiamo a norme materiali straniere, rilevano avanti all'arbitro in modo assai diverso rispetto a quanto avviene avanti al giudice interno[37].

Anche l'arbitro deve rispettare tali norme seppure questo obbligo si prospetta non come dovere giuridico, ma piuttosto come riflesso di un generale obbligo pragmatico di "garantir la pleine efficacité de sa sentence"[38] ovvero di rendere una decisione che, nel ca-

ordine pubblico dovrebbe essere ristretta alla nozione di principi basilari di civiltà giuridica, collegati al rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo.

[37] È nota, tra le norme "assolutamente inderogabili", la tradizionale distinzione tra le norme di applicazione necessaria e le norme che esprimono principi di ordine pubblico internazionale: mentre le prime costituiscono norme che l'ordinamento vuole che siano applicate (si tratta di norme in materia valutaria, antitrust, previdenza sociale, per la tutela dei consumatori, anticorruzione), indipendentemente dal fatto che le fattispecie da esse regolate siano o meno contraddistinte da elementi di estraneità, e al contempo escludono a priori il funzionamento (normale) delle norme di conflitto; le seconde esprimono i principi fondamentali etico-sociali dell'ordinamento, i quali impediscono che venga data attuazione alle disposizioni della legge (straniera) applicabile che vi si pongono in contraddizione. Anche se entrambe le norme conducono in definitiva al medesimo risultato e hanno il medesimo fine (impedire l'apertura dell'ordinamento nazionale a leggi straniere che possano compromettere i fondamenti dell'ordinamento stesso) va però tenuto presente che esse operano con meccanismi di differenti, le prime bloccando "a monte" il funzionamento delle norme di d.i.p., le seconde, invece, impedendo l'ingresso nell'ordinamento del foro di una norma straniera (facente parte della legge applicabile) che esprime un principio incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Anche il reg. Roma I (reg. Ce n. 593 del 17 giugno 2008) disciplina e distingue le norme di applicazione necessaria (art. 9) e le norme di ordine pubblico (art. 21). In ogni caso tale distinzione, seppure deve essere tenuta in considerazione, non toglie il fatto che il contenuto delle norme di applicazione necessaria coincida tendenzialmente con quello dell'ordine pubblico. Ciò favorisce la sovrapposizione (metodologica) tra le due nozioni e l'indicazione di una nozione unica di ordine pubblico e norme di applicazione necessaria (sul punto v. anche Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation,* cit., pp. 180-181), quale quella utilizzata nel testo, di norme assolutamente inderogabili. Ne consegue che in linea generale, salvo diversa specificazione, il termine "norme di ordine pubblico" utilizzato nel testo da ora in avanti, è da intendersi anche per indicare le "norme di applicazione necessaria".

[38] Così il lodo *Icc* del 1990 nella causa n. 5514, in *Jour. droit internat.,* 1992, p. 1028.

so di mancata spontanea ottemperanza, possa effettivamente avere riconoscimento ed esecuzione in quegli ordinamenti dove presumibilmente verrà utilizzato e che si presentano in qualche modo collegati alle parti. In questo quadro l'arbitro perciò non è totalmente libero ma vive in una sorta di "libertà vigilata", nella quale deve tutelare esso – al pari del giudice – il rispetto delle norme imperative: tale atteggiamento (come si è detto, più di opportunità che strettamente giuridico) riduce i rischi di un contenzioso post-arbitrale e al contempo sprona al rispetto di un'esecuzione spontanea del lodo[39]. Come è stato ben detto in dottrina, è dunque il "controllo potenziale" del lodo da parte del giudice statale in sede d'impugnazione o di riconoscimento/esecuzione che costituisce la fonte di giustificazione per il rispetto da parte dell'arbitro delle norme di ordine pubblico, pena la frustrazione della volontà delle parti[40]. Non bisogna dimenticare infatti che in diversi casi le leggi nazionali che disciplinano l'arbitrato stabiliscono espressamente l'impugnabilità del lodo per violazione dei principi di ordine pubblico[41], così come la sua opposizione al riconoscimento/esecuzione in base allo stesso motivo. Così l'art. V, comma 1, lett. e) della convenzione di New York del 1958, stabilisce che il riconoscimento e l'esecuzione del lodo possono essere rifiutati dell'autorità competente del paese *ad quem* se il rico-

[39] Sul punto Fouchard, *Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, cit., p. 66, afferma che gli arbitri "se préoccupent au premier chef d'apprécier les chances d'*exequatur* de leurs sentences, car si celles-ci sont sérieuses, la tendance des parties à les exécuter spontanément s'en trouvera encouragée".

[40] Racine, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 234.

Va poi ricordato che lo stesso reg. *Icc* (art. 6 dell'Appendice II) stabilisce che nell'esame del progetto del lodo da parte della Corte d'arbitrato, essa deve tenere in considerazione "nella misura possibile, le esigenze delle norme di legge imperativa [mandatory law, *n.d.r.*] del luogo dell'arbitrato".

[41] A riguardo può ricordarsi, tra le altre normativa nazionali, l'art. 190, comma 2, lett. e) della *L.d.i.p.* svizzera, l'art. 829, comma 3 del c.p.c. italiano, l'art. 1502, n. 5 del *N.c.p.c.* francese, l'art. 1717 *C.j.* belga, l'art. 611, comma 2, n. 8 della *Z.p.o.* austriaco, la sect. 68 (2)(g) dell'*Arbitration Act* inglese, l'art. 34, comma 2, lett. b) ii, della Legge modello Uncitral, secondo cui il lodo è impugnabile davanti alle autorità dello Stato, di cui all'art. 6 della legge stessa, se "in conflict with the public policy of this State".

noscimento o l'esecuzione del lodo è contrario all'ordine pubblico dello Stato[42].

Un obbligo di eseguibilità del lodo a carico degli arbitri, ovvero l'obbligo degli arbitri di pronunciare un "lodo utile" che serva effettivamente alle parti per risolvere la loro controversia, ha trovato la sua codificazione e diventa centrale in alcuni regolamenti d'arbitrato amministrato come l'art. 35 del Regolamento *Icc* secondo cui "dans tous les cas non visés expressément ci-dessus, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale", e come l'art. 32 (2) del regolamento *Lcia* secondo cui "in all matters not expressly provided for in these Rules, the Lcia Court, the Arbitral Tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that the award is legally enforceable"[43].

---

[42] Le considerazioni svolte non sembrano invece valere con riguardo al meccanismo arbitrale disciplinato dalla convenzione di Washington del 1965 in materia di investimenti di privati in Stati esteri, nella quale non si fa alcuna menzione espressa né dell'ordine pubblico interno né di quello internazionale L'art. 52 di detta convenzione – va ricordato – si limita a stabilire che un lodo *Icsid* può essere annullato solo qualora sussistano gravi violazioni procedurali quali un vizio nella costituzione del tribunale, un manifesto eccesso di potere da parte del collegio arbitrale, la corruzione di un membro del Tribunale, un'inosservanza grave di una norma fondamentale di procedura, nonché il difetto di motivazione della sentenza. Secondo la dottrina non è infatti invocabile nessun limite dell'ordine pubblico rispetto alle pronunce *Icsid*, fermo restando che l'automaticità del riconoscimento deve avere come contropartita la conformità della pronuncia alle norme del diritto internazionale. V. Giardina, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema Icsid,* in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.,*1982, p. 689.

[43] Allo sforzo degli arbitri a favore dell'eseguibilità del lodo, si potrebbe opporre che non spetta a questi sincerarsi della futura circolazione della pronuncia arbitrale nei più svariati Stati. Simili affermazioni, pur astrattamente fondate, vanno tuttavia temperate da buon senso ed esperienza, non essendo ipotizzabile un arbitrato che emette un prodotto fine a stesso, che rimane confinato in una torre d'avorio. V. analogamente, Vigoriti, *Sub. art. 35*, in Briguglio-Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario,* Milano, 2005, p. 576. Secondo parte della giurisprudenza arbitrale, tale obbligo di eseguibilità, tipico dell'attività decisionale dell'arbitro può passare in secondo piano solo per volontà delle parti, come dimostra il lodo nell'arbitrato *ad hoc* nel caso *Texaco* del 1977. Tale pronuncia si inseriva nelle frequenti controversie tra Libia e investitori stranieri a seguito delle nazionalizzazioni della metà anni Settanta. In quel caso l'arbitro unico evidenziò come la questione dell'eseguibilità della decisione arbitrale in un dato ordinamento possa essere posta al di fuori

4. *Le regole europee e l'ordine pubblico: individuazione di un complesso (limitato) di norme di ordine pubblico europeo*

Una volta delineato come l'arbitro debba porsi avanti la nozione di ordine pubblico, in particolare, sotto il profilo sostanziale internazionale, dobbiamo esaminare se, nell'attuale fase dell'integrazione europea, il concetto di ordine pubblico coinvolga o meno anche la normazione europea. In altri termini, si tratta di vedere se esiste un ordine pubblico di fonte europea e, in caso di risposta positiva, se esso ha caratteristiche proprie (e nel qual caso quale sia il suo contenuto) o se è semplicemente un denominatore comune dell'insieme dei princìpi inderogabili condivisi negli Stati membri.

È evidente, infatti, che se si rinvenisse un ordine pubblico di natura europea autonomo ed indipendente rispetto a quello degli Stati membri, ciò avrebbe un effetto rilevante in particolare sul sindacato del lodo in sede di impugnazione e di riconoscimento/esecuzione, poiché, in tal caso, il giudice statale dovrebbe tenere in considerazione non solo il contenuto dell'ordine pubblico internazionale del proprio ordinamento ma anche le disposizioni di "public policy" europea.

La dottrina sul tema non è sempre stata unanime, seppure quella più recente riconosce accanto ad un ordine pubblico interno ed internazionale l'esistenza di un ordine pubblico comunitario (che, oggi, chiameremo europeo) autonomo e distinto da quello degli ordini pubblici nazionali ma collegato al dettato e all'interpretazione dei trattati istitutivi e della normativa derivata[44], che, da un parte,

---

dell'incarico dell'arbitro solo per volontà, anche tacita, delle parti: infatti, allora nella controversia "les parties contractantes n'ont pas entendu faire de leur contrat la seule et inique loi de leurs rapports mais qu'elles ont, au contraire, fait le choix d'un système juridique destiné à le régir en se référant aux principes de la loi libyenne" (in *Year. comm. arb*., 1979, p. 180).

[44] Fondamentale in tema gli scritti della dottrina francese di Poillot Peruzzetto, *Ordre public et droit communautaire,* in *Jour. droit internat.*, 1993, p. 177 ss.; Karydis, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable,* in *Rev. trim. droit eur.,* 2002, p. 1 ss.; Basedow, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence,* in *Mélanges Lagarde,* Parigi, 2005, p. 55 ss. *Adde*, Angelini, voce *Ordine pubblico comunitario*, in *Dig. disc. sez. pubbl.,* agg., II, Torino, 2005, p. 504; Fumagalli, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario,* in *Dir. comm.*

si affianca a quelli nazionali, integrandoli ed armonizzandoli grazie al particolare ruolo svolto dalla Corte di giustizia, e, dall'altra, costituisce un modello formativo per lo stesso ordine internazionale[45].

L'ordine pubblico europeo, quale insieme dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, è stato per lungo tempo principalmente visto come un ordine pubblico economico, espressione di una potestà normativa di settore che delimita le sue finalità nell'ambito della produzione e del mercato e che racchiude tutte quelle norme che sono indispensabili per la tutela degli interessi fondamentali dell'ordinamento europeo, come i princìpi iscritti nei previgenti trattati Ce – ed oggi nel trattato di funzionamento dell'Unione – ed estrinsecatisi nelle quattro libertà (di circolazione di merci, delle persone, dei servizi e dei capitali), nonché per la tutela della concorrenza e del libero mercato contro pratiche monopolistiche[46].

Parte della dottrina, tuttavia, ha da tempo individuato nell'ordine pubblico europeo ulteriori ingredienti propri di uno spazio metaeconomico ove, accanto agli interessi economici, si collocano i diritti dell'uomo e i valori di libertà e democrazia[47]. La giurisprudenza di

internaz., 2004, p. 636 ss. In antitesi con il riconoscimento di un ordine pubblico comunitario/europeo si pone Shelkoplyas, *The application of Ec Law,* cit., p. 174 ss., secondo cui è ancora troppo presto per individuare un ordine pubblico di fonte comunitaria (p. 179); Poillot Peruzzetto, *Ordre public et droit communautaire,* p. 178, definisce l'ordine pubblico nel diritto comunitario "nazionale d'ispirazione" e "comunitario di origine e di applicazione". Di recente il contributo di Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 166 ss., la quale ricorda che i trattati comunitari fanno uso della clausola di ordine pubblico tant'è che si possono contare ben otto riferimenti in articoli del trattato Ce e due in articoli del trattato Ue. Alla luce delle sent. della Corte, su cui *infra*, l'a. è cauta nel riconoscere un ordine pubblico fondato su principi di origine comunitaria, seppure prende atto di un fenomeno di armonizzazione e integrazione di principi autonomi del diritto comunitario (p. 196). Oggi, dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, i riferimenti all'ordine pubblico sono diventati complessivamente otto.

[45] Così Racine, *La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage,* in *Revue des Affaires Européennes,* 2005,2, p. 227, spec. p. 237, il quale riprendendo le parole di Delmas-Mart (in *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation,* in *Jour. dr. internat.,* 2002, p. 421) ricorda che lo spazio giudiziario europeo è un "laboratorio della mondializzazione".

[46] Racine, *op. ult. cit.,* p. 232.

[47] Karydis, *op. cit.,* p. 12, secondo cui tuttavia l'ordine pubblico economico costituisce il cuore dell'ordine pubblico comunitario (p. 2). Nello stesso senso, Bianco, voce *Ordine pubblico economico,* in *Dig. disc. sez. pubbl.*, agg., II, Torino

Lussemburgo ha individuato una nozione di ordine pubblico europeo collegato direttamente a fonti europee, seppure non ne ha mai fatto espressa menzione[48]. Attraverso pronunce come *Krombach*[49], *Benetton*[50] e *Mostaza Claro*[51] i giudici del Kirchberg hanno dato importanti indicazioni sull'esistenza e sul contenuto dell'ordine pubblico europeo. Mentre nel primo caso, infatti, si è affermato che i diritti fondamentali riconosciuti dalla *C.e.d.u.* costituiscono princìpi base del diritto dell'Unione e pertanto costituenti elementi di ordine pubblico europeo, nel secondo caso si è riconosciuto nella normativa antitrust "una disposizione fondamentale indispensabile" per l'adempimento dei compiti affidati alla C.e. tale da essere qualificata come di ordine pubblico. Al pari, nel 2006 con la decisione *Mostaza Claro* anche nella normativa europea sui consumatori è stata ravvisata una natura di ordine pubblico.

2004, p. 496 ss., ove si afferma che solo in un secondo tempo, attraverso il recepimento di valori propri delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, l'ordine pubblico comunitario sia stato esteso anche al di fuori del settore economico, abbracciando i diritti fondamentali. Anche l'avv. generale Mayras nella sent. *van Duyn* (sent. 4 dicembre 1974, causa 41/74, in *Racc.*, 1974, p. 1337 ss.) precisa che "se esiste un ordine pubblico comunitario nei settori in cui il trattato Ce ha per oggetto o per effetto di trasferire direttamente alle istituzioni comunitarie poteri una volta esercitati dagli Stati membri, può trattarsi solo di un ordine pubblico economico, relativo a mo' di esempio, alle organizzazioni comuni del mercato agricolo, degli scambi commerciali, alla tariffa doganale o al regime della concorrenza".

[48] Se si fa salva un'ordinanza del 1965 nella quale la Corte si è espressamente riferita all'ordine pubblico comunitario (Corte giust., 22 giugno 1965, causa 9/65, *Fallimento Acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1967, p. 35).

[49] Corte giust., 28 marzo 2000, causa C-67/98, *Krombach c. Bamberski*, in *Racc.*, 2000, I, p. 1935 ss., ove si riconosce che i diritti fondamentali, compresi quelli della C.e.d.u., rientrano in quei principi di ordine pubblico che possono rilevare in sede di rifiuto del riconoscimento di decisioni straniere, ai sensi dell'art. 27, n. 1 della convenzione di Bruxelles sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (spec. punto 25).

[50] Corte giust., 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Benetton*, cit., spec. punto 36.

[51] Corte giust., 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, cit., spec. punto 38, dove la Corte stabilisce che "la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva [*n.d.r.,* direttiva 93/13/Cee] garantisce ai consumatori giustificano inoltre che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista".

Oggi, mi sembra che il problema dell'autonomia dell'ordine pubblico europeo così come del suo contenuto sia stato in gran parte risolto a séguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona in quanto, seppure non seguendo la strada della carta costituzionale, si è individuato un nocciolo duro di norme fondamentali all'interno dell'ordinamento europeo. In particolare, l'art. 6 tr. Ue ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (adottata a Strasburgo nel dicembre 2007) il medesimo valore giuridico dei trattati e i principi ivi contenuti sono oggi ritenuti di immediata applicazione nel territorio dell'Unione[52]. In tema di diritti fondamentali, il trattato di Lisbona ha inoltre sottolineato, così prendendo atto della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che i diritti fondamentali alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo fanno oggi ormai parte dell'U.e. quali princìpi generali dell'ordinamento (secondo le indicazioni contenute nel protocollo allegato n. 8) e pertanto assurgono ad ordine pubblico.

Come è stato sopra anticipato, l'individuazione di un ordine pubblico di derivazione europea ha come conseguenza il fatto che l'arbitro deve tener conto – con le modalità di cui al precedente par. 3 – non solo delle norme di ordine pubblico interno od internazionale ma anche di quelle di ordine pubblico europeo, e ciò non solo in occasione dell'applicazione di una *lex causae* di uno Stato membro, ma anche, a certe condizioni, di quella di uno Stato terzo, dovendo tali norme – come vedremo meglio oltre – essere applicate dagli arbitri anche d'ufficio.

Occorre a questo punto capire, una volta individuata l'esistenza di una nozione autonoma di ordine pubblico di fonte europea, anche alla luce del riconoscimento conferito dalla giurisprudenza di Lussemburgo e dal tratto di Lisbona, se nell'ordinamento europeo ogni norma sia di ordine pubblico o se si debba individuare all'interno dell'ordinamento dell'Unione un nocciolo di norme fondamentali di applicazione necessaria.

La dottrina maggioritaria è stata per lo più orientata verso quest'ultima ipotesi facendo leva sul fatto che nessuna organizzazio-

[52] V. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* in *G.u.c.e.,* 14 dicembre 2007, C. 303, p. 1 ss.

ne concepisce un ordinamento in cui non si distingue il sindacato in punto di ordine pubblico dal sindacato della violazione di legge *tout court*[53]. Spunti interessanti sotto questo profilo provengono dalla parole dell'avv. generale Tizzano del 27 aprile 2006 nella causa *Mostaza Claro* ove questi ha evidenziato che la nozione di norme di ordine pubblico europeo è da riferirsi alle sole regole che "un ordinamento giuridico considera di primaria ed assoluta importanza"[54]. Al contrario, pertanto, non sembra coerente l'impostazione che ritiene di carattere pubblico tutte le norme europee dotate di un effetto diretto[55], in quanto il collegamento tra quest'ultimo e l'inderogabilità è puramente casuale, e non legato all'efficacia della fonte normativa, sussistendo quest'ultimo requisito anche in capo a norme contenute in direttive[56]. In definitiva, il criterio utile per identificare le norme europee di ordine pubblico risiede nello stabilire quali di queste norme sono indispensabili per la tutela degli interessi fondamentali dell'U.e.

Ad avviso di chi scrive, tale impostazione di contenimento delle regole di ordine pubblico rispetta ed è coerente con la struttura di funzionamento dell'ordinamento U.e. dove si riconosce l'inderogabilità solo di alcune norme, quelle di ordine pubblico, che l'arbitro, così come il giudice, deve inevitabilmente applicare. Tale lettura ha poi l'evidente effetto di porsi in armonia a una prospettiva favorevole al fenomeno arbitrale. Infatti, nel restringere la nozione di ordine pubblico ai soli valori e principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, vi è il pregio di evitare un eccessivo *chauvinisme européen* da parte degli arbitri con sede nell'Unione allorché essi applichino una legge di un paese che non è Stato membro, con ciò avendo maggior cura degli effetti che il prodotto arbitrale svolge.

---

[53] Così Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 825 ss., il quale afferma che, qualora si ritenga che non tutte ma solo alcune disposizioni europee rilevano nella sfera dell'ordine pubblico, sarà giocoforza considerare quelle ad essa estranee come derogabili ad opera dell'autonomia privata.

[54] Punto 56 delle conclusioni, cit.

[55] Cfr. Lenarts-Pittie, *Conclusions générales,* cit., p. 203, *sub* nota 75.

[56] V. Corte di giust., 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Racc.*, 2000, I, p. 9305 ss., punti 21-22, ove viene dichiarato che gli artt. 17 e 18 della direttiva n. 86/53 in materia di contratti di agenzia hanno carattere imperativo e non possono essere derogate dalle parti.

Parimenti, l'individuazione di un ordine pubblico europeo autonomo rispetto a quello degli Stati membri ha il pregio di limitare l'estensione stessa dell'ordine pubblico generale, nel senso che, a proposito dei rapporti aventi momenti di contatto e svolgimento all'interno del territorio dell'U.e., si alleggerisce il compito dell'arbitro permettendogli di non considerare (e di dare tutela a) valori esclusivamente municipali che risultano del tutto irrilevanti nella prospettiva europea e non coinvolgono fondamenti dell'edificio istituzionale dell'Unione.

5. *La nozione di ordine pubblico ed i suoi riflessi in punto di arbitrabilità. L'arbitro e la decisione sull'arbitrabilità della lite*

Una volta individuata una nozione di ordine pubblico anche di stampo europeo, sul valore della quale ritorneremo nel cap. IV analizzando il sindacato *ex post* del lodo da parte del giudice statale, dobbiamo riprendere il filo del discorso precedentemente sospeso e porre a confronto il concetto di ordine pubblico con quella di arbitrabilità.

Le due nozioni vanno precisate in quanto a volte tendono ad essere sovrapposte.

In linea generale, l'arbitrabilità è nozione che indica la possibilità di una causa ad essere sottoposta al giudizio arbitrale e pertanto costituisce una condizione di validità della convenzione arbitrale e dunque della competenza dell'arbitro[57]. Il novero delle materie con-

[57] Poudret-Besson, *Droit comparé de l'arbitrage,* Bruxelles, 2002, p. 298. V. anche Tribunale federale svizzero, 23 giugno 1992, *Fincantieri Spa-Oto Melara Spa c. M.,* in *Riv. arb.,* 1995, p. 103 ss. (con nota di Bandini), il quale espressamente stabilisce che "L'arbitrabilité est une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres". Peraltro l'arbitrabilità proprio perché "procède d'un souci de protection de l'intérêt général", trova il suo limite ma anche la sua definizione, nel confronto con l'ordine pubblico (Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international,* cit., p. 329). Sul complesso rapporto tra arbitrabilità ed ordine pubblico, rinvio alle osservazioni di K.H. Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, in *Icca Congress Series n.3, Comparative arbitration practice and public policy in arbitration,* The Hague, 1987, p. 177 ss., in part. p. 178 (il quale, sulla base del collegamento tra giurisdizione arbitrale e autonomia delle parti, evidenzia come l'inarbitrabilità della controversia

siderate non arbitrabili differisce da Stato a Stato ed è regolato dalle leggi processuali di ogni singolo ordinamento: ciò dipende da proprie tradizioni giuridiche o, più in generale, dal desiderio di sottrarre certe questioni agli arbitri per riservarle ai giudici statali, ritenuti più idonei a tutelare i cittadini in forza delle ragioni più disparate (per esempio, protezione di determinate categorie ritenute più deboli, garantire gli interessi protetti da alcune norme)[58].

Secondo alcuni, la verifica dell'arbitrabilità di una controversia ovvero della sua compromettibilità in arbitri, è essa stessa una questione di ordine pubblico in quanto circoscrive l'oggetto materiale dell'arbitrato[59]. Secondo altri, occorre distinguere il piano dell'arbitrabilità da quello di ordine pubblico, così come risulta dai testi delle convenzioni internazionali[60]. Da questi due modi di intendere il rapporto tra arbitrabilità e ordine pubblico discendono altrettanti modi di intendere lo spazio dell'arbitrabilità: chi ha ritenuto che tutte le controversie che vertono su diritti disponibili fossero sempre arbitrabili[61], chi ha legato invece l'arbitrabilità della lite all'ordine pubblico[62].

Per quanto ci riguarda, a seconda dell'impostazione prescelta del rapporto tra arbitrabilità ed ordine pubblico (o inderogabilità della disciplina, il che è lo stesso), la dottrina era giunta in passato ad una diversa conclusione a proposito della compromettibilità del-

---

sia un limite per gli arbitri e l'ordine pubblico una specifica qualificazione di tale limite).

[58] Così Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage*, cit., p. 329, affermano che l'arbitrabilità "procède d'un souci de protection de l'intérêt général".

[59] Sanders, *Quo vadis arbitration?* The Hague, 1999, p. 35 ss., il quale evidenzia che l'arbitrabilità può essere considerate come uno specifico esempio del "general ground" di ordine pubblico.

[60] Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, cit., p. 177 ss., secondo cui è più opportuno distinguere la nozione di ordine pubblico e non arbitrabilità della controversia. Secondo l'a., la stessa convenzione di New York del 1958 (art. V, comma 2) distingue quali motivi differenti di rifiuto per il riconoscimento del lodo la contrarietà del lodo all'ordine pubblico e la non compromettibilità della materia del contendere (spec. p. 183).

[61] Così il Belgio (art. 1676, comma 1, *C.j.*), l'Olanda (art. 1020, comma 3, c.p.c. olandese), la Svezia (art. 1 della legge sull'arbitrato del 1999), l'Italia (art. 806 c.p.c.).

[62] Così la Francia per l'arbitrato internazionale: infatti gli artt. 2059 e 2060 *code civil* non sono applicabili all'arbitrato internazionale.

le norme europee di ordine pubblico[63]. Seguendo la prima strada, l'arbitrabilità delle controversie che coinvolgevano norme europee veniva ammessa senza problemi purché quest'ultime individuassero i diritti di cui i singoli potessero disporre liberamente; seguendo la seconda strada, invece, le norme europee venivano considerate per lo più norme di ordine pubblico e pertanto di per sé non arbitrabili.

Concentrando l'attenzione sul nostro ordinamento – ma il discorso potrebbe estendersi anche all'Unione[64] – da parte mia, condivido la tesi che le due nozioni debbano ritenersi distinte ma occasionalmente coincidenti e ciò in virtù di un modo più moderno d'intendere i rapporti tra arbitrabilità e ordine pubblico[65]. Se è vero,

---

[63] In questo senso, Idot-Jarrosson, voce *Arbitrage*, cit., p. 3.

[64] Come dimostra, a ben vedere, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (sent., 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/093, *van Schijndel e van Veen,* in *Racc.*, 1995, I, p. 4705 ss., punto 15), la distinzione tra disponibilità del diritto ed imperatività della norma, allorché statuisce che "in un procedimento avente ad oggetto diritti ed obbligazioni civili di cui le parti dispongono liberamente, è compito del giudice nazionale applicare [comunque] le disposizioni degli artt. 3, lett. f), 85, 86, 90 del trattato", che sono norme di ordine pubblico comunitario.

[65] Con ciò condividendo quanto sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana più recente le quali tracciano infatti una distinzione netta tra inderogabilità della norma ed indisponibilità del diritto. V. Cecchella, *L'arbitrato,* Torino, 1991, p. 6 ss.; Luiso, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili, Riv. arb.,* 1994, p. 500 ss.; Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri,* I, Torino, 1999, p. 62 ss.; Ruffini, *Patto compromissorio,* in *Riv. arb.,* 2005, p. 711 ss., in part. p. 713; Luiso, *Diritto processuale civile,* IV, 4ª ed., Milano, 2007, p. 357 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 806 c.p.c.,* in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna, 2007, p. 23 ss.; Id., *Commento all'art. 806,* in Menchini (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuovi leggi civ. comm.,* 2007, p. 1156. In giurisprudenza, di recente, Cass., 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Foro it.* 2005, I, c. 1769 ss., nota di Caponi, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*; App. Milano, 13 settembre 2002, in *Riv. arb.,* 2004, p. 105 ss.; App. Milano, 25 luglio 2006, ivi, 2006, p. 744 ss, ove si evidenzia che "sono ormai superate le note e risalenti perplessità dottrinali e pratiche circa l'arbitrabilità delle questioni di diritto della concorrenza motivate, appunto, in via di principio, dalla natura dei diritti controversi ed in concreto dai rischi di elusione della normativa antitrust" e che "le categorie concettuali dei "diritti indisponibili" e delle "norme imperative" non vanno confuse e sovrapposte tra loro, giacché, di certo, non tutte le norme imperative e neppure tutte quelle di ordine pubblico hanno ad oggetto diritti indisponibili, sono, cioè, siffatte da sottrarre in radice diritti soggetti alla disponibilità dei privati" (p. 744). Ai fini della determinazione delle materie arbitrabili, la dottrina processualistica più recente ritiene infatti inaccettabile adottare una nozione ampia di disponibilità, coincidente con l'area degli effetti

infatti, che l'incompromettibilità trova la sua giustificazione in esigenze di ordine generale (evitare l'illegalità) o d'ordine pubblico poste dall'ordinamento[66], viceversa, l'applicazione di norme di ordine pubblico non comporta automaticamente l'incompromettibilità della lite, ma semmai, nel caso della loro mancata applicazione, solo la violazione dell'ordine pubblico[67]. Da ciò discende che le norme di ordine pubblico provocano due differenti effetti: da un lato, limitano (allo "strettamente necessario") l'arbitrabilità delle controversie, dall'altro, in caso di liti compromettibili, pongono in capo agli arbitri solo il dovere di applicarle[68].

La dottrina e giurisprudenza anche straniera più recente sono concordi, come vedremo oltre, nel ritenere che una controversia che comporti l'applicazione di norme di ordine pubblico (anche se di diritto europeo) non determini di per sé la sua sottrazione alla competenza arbitrale[69]. Proprio dall'esame delle liti in tema di concorrenza, l'arbitrabilità delle controversie è stata riconosciuta in maniera più ampia, partendo dall'assunto che non bisogna confondere la lite su un diritto liberamente disponibile, oggetto d'arbitrato in molti ordinamenti, con le regole che devono essere applicate per la sua soluzione. I concetti di inderogabilità e di incompromettibilità si muo-

---

giuridici lecitamente producibili in via negoziale, con conseguente sovrapposizione dell'area dell'indisponibilità con quella delle norme inderogabili. L'intento di tale dottrina è quello di costituire una concezione "tecnica" di indisponibilità ove rientra non ogni divieto posto da norme inderogabili dell'autonomia privata, ma solo quei divieti posti a carico del soggetto nel compimento di atti che causino la "fuoriuscita" dalla propria sfera giuridica della situazione di vantaggio di cui il soggetto è titolare. In altre parole, non rileva pertanto ogni divieto negoziale, ma solo quel divieto concernente la produzione di effetti dal contenuto dismissivo del diritto. Così Motto, *sub. art. 806 c.p.c.*, in Briguglio-Capponi, *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, tomo 2, Padova, 2009, p. 477.

[66] Sostanzialmente così, Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil des Cours*, 2005, p. 303.

[67] In questo contesto oggi quindi il campo dell'inarbitrabilità viene contenuto a fronte di norme imperative inderogabili il cui contenuto consista proprio nel vietare che una determinata materia sia riferita ad arbitrato.

[68] Sostanzialmente così Laudisa, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico,* in *Riv. arb.,* 2004, p. 857.

[69] Kirry, *Arbitrability: Current Trends in Europe*, in *Arb. Int.*, 1996, p. 378, pone l'accento sul fatto che "a recent tendency of arbitrators and state courts in Europe significantly to reduce the impact of the notion of public policy with regard to arbitrability".

vono su piani distinti, attenendo il primo al contenuto del comando giuridico posto dalla norma e riguardando il secondo esclusivamente il soggetto chiamato ad applicare tale comando: la perentorietà del comando non consente di escludere che le controversie che ne comportano l'applicazione siano sottratte al giudizio arbitrale, ma comporta solo che l'arbitro, come il giudice, debba decidere nel rispetto e in applicazione delle disposizioni imperative inderogabili. Detto in altri termini: una cosa è l'oggetto della controversia (diritto da accertare) e un'altra cosa sono le norme (anche di ordine pubblico) che devono essere applicate: il secondo insieme è assai più ampio, infatti, del primo. Come anticipato, è evidente tuttavia che, estendendo l'arbitrabilità a materie che coinvolgono l'ordine pubblico, si pone a carico degli arbitri il dovere di applicare le norme che sono poste proprio a tutela di interessi generali cui l'ordine pubblico fa riferimento (tutela della concorrenza, della corruzione, dell'embargo, dei consumatori)[70].

Tale impostazione ha il pregio di scardinare la vecchia concezione che, legando l'arbitrabilità alle norme di ordine pubblico, vedeva nell'arbitrato un mezzo di risoluzione delle controversie da guardare con diffidenza[71]. In un'ottica di maggior favore per l'arbitrato, gli ordinamenti hanno ritenuto di non sindacare più l'arbitrabilità delle controversie – e quindi, a monte, la capacità degli arbitri a decidere – per la semplice presenza di norme di ordine pubblico o di applicazione necessaria, bilanciando, tuttavia, questa estensione delle materie compromettibili (di cui quelle antitrust, come vedremo, sono l'esempio più notevole) imponendo agli arbitri un dovere di applicazione e ai giudici in sede di impugnazione o di riconoscimento un controllo sotto il profilo dell'ordine pubblico. Gli ordinamenti hanno pertanto preferito differire il filtro del controllo dal vaglio *ex ante* del patto (arbitrabilità) a quello *ex post* del prodotto confezionato (impugnazione o riconoscimento/esecuzione lodo). Si tratta qui solo di capire, come vedremo nel cap. IV, quanto debba essere esteso questo vaglio effettuato a valle.

---

[70] Rinvio ogni approfondimento di tale aspetto alla successiva sez. IV. In questo senso per adesso, Laudisa, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico,* cit., p. 865, Id., *Arbitrabilità della controversia internazionale*, ivi, 2007, p. 219 ss.

[71] Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale,* cit., p. 289 ss.

Ma esiste un dovere dell'arbitro di rilevare la questione di arbitrabilità della controversia? E, in caso di risposta affermativa, secondo quale legge tale questione deve essere risolta onde evitare di non incorrere nell'impugnazione del lodo o nel suo mancato riconoscimento?

Rispondendo a tali quesiti la dottrina ritiene che l'arbitro, alla stregua del giudice, debba sollevare anche d'ufficio la questione di incompromettibilità della controversia in quanto questa dipende dalla natura della lite che coinvolge interessi superiori dell'ordinamento[72]. Quanto alla legge applicabile ai fini dell'accertamento dell'arbitrabilità della controversia, invece, in letteratura e in giurisprudenza si è consolidato l'orientamento che affida la questione, al pari della competenza dell'arbitro, alla *lex fori,* ovvero alla legge dello Stato cui appartiene il giudice sul cui territorio è richiesto l'annullamento o il riconoscimento del lodo[73]. Tuttavia, taluno ritiene che per garantire la massima effettività del lodo, in virtù del compito dell'arbitro di rendere un lodo utile ed efficace, questi dovrebbe tener conto delle norme che limitano l'arbitrabilità in tutti gli ordinamenti collegati con la situazione litigiosa e valutare gli effetti della loro applicazione o non applicazione, ed in particolare dovrebbe tener conto della legge applicabile al contratto, di quella applicabile alla convenzione d'arbitrato, di quella della sede dell'arbitrato, di quella del paese del riconoscimento del lodo[74].

Non c'è dubbio che questo approccio in un certo senso "transnazionale" dell'arbitrabilità crea delle evidenti difficoltà in capo agli arbitri, onerandoli dal prendere una posizione che impedisca

---

[72] Laudisa, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 871.

[73] Laudisa, *op. loc. cit.,* p. 872. Tale tesi è avvalorata dal testo dell'art. V, comma 2, lett. a) della convenzione di New York che comprende tra altri motivi per rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo la non arbitrabilità della materia oggetto della controversia, da valutarsi secondo la legge del giudice del luogo del riconoscimento o dell'esecuzione. Anche la Corte di cassazione italiana ha stabilito che è attraverso la *lex fori* che deve essere valutata la compromettibilità della controversia (Cass. 27 aprile 1979, n. 2429, in *Riv. dir. internaz. priv e proc.,* 1979, p. 565 ss.), precetto seguito anche dalla giurisprudenza di merito (Trib. Bologna, 18 luglio 1987, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.,* 1988, p. 740 ss., riformata ma per altre ragioni, da Corte d'appello di Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.,* 1993, p. 77 ss.).

[74] Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability,* cit., pp. 184-185.

il più possibile l'imbattersi in norme che limitano l'arbitrabilità. La questione circoscritta all'interno dell'ordinamento dell'Unione è più teorica che pratica in quanto gli Stati membri, anche grazie all'intervento (seppure indiretto) della giurisprudenza della Corte di giustizia, ammettono oggi tendenzialmente tutti l'arbitrabilità di alcune tipologie di controversie, ritenute in passato escluse dalla competenza degli arbitri, in ambiti più appetibili per il diritto dell'Unione, quali quelli di diritto della concorrenza e di tutela dei consumatori.

Ben diversa la soluzione se l'arbitrato ha sede ed applica il diritto di un paese extra-U.e. ma il lodo dovrà eseguirsi nel territorio dell'Unione (per esempio in quanto una delle parti vi risiede o ha lì dei beni aggredibili). In questo caso, è lecito domandarsi se l'arbitro dovrà tener conto o meno dei limiti all'arbitrabilità posti dallo Stato U.e. onde vagliare la compromettibilità in arbitri della controversia. Nonostante vi siano norme, come l'art. 9 del reg. Ce n. 593 del 2008 (c.d. reg. Roma I, che ha sostituito la conv. di Roma del 1980) e l'art. 19 della *L.d.i.p.* svizzera che prevedono la possibilità per il giudicante di tener conto di norme inderogabili di altri paesi, sembra preferibile la tesi che ritiene non estendibile agli arbitri tale facoltà lasciando al giudice dell'*exequatur* dello Stato europeo il compito di vagliare la compatibilità dell'arbitrabilità con le norme imperative dell'Unione[75]. Non c'è dubbio comunque che, sul piano pratico, sarà compito degli arbitri *ex ante* stimolare le parti alla discussione sul punto, prendendo ogni decisione a contraddittorio svolto.

In conclusione, sul piano generale, la normativa europea, purché di efficacia diretta e non di competenza esclusiva di altri organi, non risente di limiti sul piano della compromettibilità, non essendo tale nozione disturbata dal fatto che parte della suddetta normativa è composta da norme di ordine pubblico e pertanto inderogabili.

[75] Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial,* cit., p., 306.

6. *Sintesi e transizione: arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza e delle controversie a tutela dei consumatori*

Una volta risolta la problematica che unisce l'arbitrabilità della controversia all'applicazione delle norme di ordine pubblico e slegata la nozione di arbitrabilità da quella di ordine pubblico, dobbiamo occuparci del fenomeno dell'ampliamento delle materia arbitrabili che ha coinvolto, a partire da oltre oceano, prima solo l'arbitrato internazionale e più tardi anche l'arbitrato interno[76].

Come vedremo, è facilmente accertabile constatare che, per effetto di una politica generale di favore verso la giustizia privata, il diritto dell'arbitrato più recente tenda a riconoscere la competenza dell'arbitro (e pertanto l'arbitrabilità delle liti), anche nelle materie che coinvolgono l'ordine pubblico. Dobbiamo quindi analizzare se una nozione ampia d'arbitrabilità è condivisa anche a livello europeo, in particolare in occasione di applicazione di norme di ordine pubblico in materie che l'Unione utilizza con molta frequenza, come la normativa antitrust e più di recente quelle in materia di tutela al consumo[77].

Sarà di queste due normative che ci occuperemo nelle prossime due sezioni, dedicando subito spazio al diritto antitrust, in particolare alla normativa europea in materia, che ha subìto nell'ultimo trentennio un'incredibile evoluzione in campo arbitrale tanto da provocare un ampliamento nei confronti dell'arbitrabilità delle sue liti.

---

[76] Hanotiau, *L'arbitrabilité*, in *Recueil des Cours*, 2002, p. 1 ss. utilizza il termine (maccheronico) di "favor arbitrandum" per indicare proprio la "libéralisation de l'arbitrage international progress dans le domaine de l'arbitrabilité" a tal punto che l'inarbitrabilità sembra divenire "un vestige du passé" (spec. p. 253).

[77] La presenza di norme di ordine pubblico nel campo antitrust si giustifica per il fatto che tali norme mettono in gioco interessi rilevanti di tipo pubblicistico dello Stato interessato, mentre nel campo consumeristico perché coinvolgono norme che proteggono una parte più debole.

Sezione II

ARBITRATO E IL DIRITTO EUROPEO ANTITRUST

"The public policy nature of Art. 81 and 82 makes
that arbitrators are guided by the Commission
and the European Court of Justice
in their application of these provisions".

Van Houtte, *The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission,* in *Europ. Busin. Law Rev.*, 2008, pp. 68-69

1. *L'arbitrabilità delle controversie antitrust: il cuore del problema*

L'arbitrabilità delle controversie antitrust è un tema che appartiene alla comune conoscenza di tutti quegli ordinamenti in cui è stata introdotta una disciplina a tutela della concorrenza e ove si è assistito ad una progressiva apertura nei confronti dell'arbitrato. Per lungo tempo, l'applicazione e l'interpretazione della normativa sulla concorrenza è stato sottratta alla competenza arbitrale sulla base sia di argomenti d'ordine giuridico (appartenenza di tale normativa all'ordine pubblico statale e pertanto necessità di garantirne un'applicazione uniforme), sia di ragioni di convenienza (presunta inidoneità e impreparazione degli arbitri ad affrontare la complessità di tali liti).

In particolare, la natura d'ordine pubblico del diritto antitrust ha costituito un ostacolo al ricorso delle parti allo strumento arbitrale in quanto, intervenendo sulla nozione di arbitrabilità di determinate controversie, ne ha limitato per lungo tempo la portata.

È questa la "premier âge" dei rapporti tra arbitrato e normativa antitrust.

L'atteggiamento più liberale e la promozione degli ordinamenti nei confronti dello strumento arbitrale ha portato, dagli anni ottanta del secolo scorso, dottrina e giurisprudenza a ritenere che la

circostanza che una controversia comporti l'applicazione di norme di ordine pubblico non determina di per sé la sottrazione della competenza arbitrale[78]. Piuttosto l'estensione dell'arbitrabilità a materie che coinvolgono l'ordine pubblico pone a carico degli arbitri – concetto più volte ribadito – un dovere di applicare le norme che sono state poste a tutela dei principi cui l'ordine pubblico fa riferimento.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, l'arbitrabilità delle controversie antitrust è così oggi unanimemente riconosciuta sull'assunto – già espresso nella precedente sezione e che ha trovato seme fecondo proprio nel campo della concorrenza – che non bisogna confondere la controversia su un diritto disponibile e le regole che devono essere applicate per la sua soluzione. In altri termini, il diritto rimane disponibile e dunque arbitrabile anche se la legge impone alle parti di regolamentare i loro rapporti in un modo invece che in un altro[79]. Su questa scia, infatti, anche nella giurisprudenza italiana è stato rilevato, riecheggiando quella straniera in materia di arbitrabilità, che non devono essere confuse le categorie concettuali dei diritti indisponibili e delle norme imperative in quanto quest'ultime possono agire con comandi e divieti pur se perentori nell'ambito dei

---

[78] Baron-Liniger, *A Second Look at arbitrability,* in *Arb. int.,* 1, 2003, p. 27 ss.

[79] Così la dottrina italiana (v. oltre nel testo per la dottrina e giurisprudenza d'oltralpe), già citata *supra* sez. I, nota 65. Secondo Ruffini, (*Patto compromissorio,* in *Riv. arb.,* 2005, cit., p. 711 ss., in part. p. 713) aderisce a tali tesi il legislatore delegante italiano nella l. n. 80 del 2005 (cd. legge conversione del decreto competitività), che esplicitamente stabilisce all'art. 1, comma 3, lett. b), che, salva diversa disposizione di legge, "unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato è la disponibilità dell'oggetto". V. poi oggi l'art. 806 c.p.c. come modificato dal d.lgs. n. 40 del 2006. Lo stesso a. evidenzia infatti che la nuova disposizione, sancendo che le parti possono far decidere da arbitri le controversie che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili ed eliminando qualsiasi riferimento alle controversie che possono formare oggetto di transazione, consente di superare per il futuro "qualsiasi confusione tra l'indisponibilità del diritto, che costituisce un limite del patto commissorio, e l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico controverso, che costituisce invece un limite per il giudizio degli arbitri". La giurisprudenza della Corte di giustizia (sent., 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/093, *van Schijndel e van Veen,* in *Racc.*, 1995, I, p. 4705 ss., punto 15) sembra confermare in ambito europeo tale indirizzo. Vedi *supra* sez. I, nota 64.

diritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia conformato da una disciplina inderogabile[80].

Il dibattito sull'arbitrabilità delle controversie antitrust, però, non può essere liquidato in poche righe, in quanto la discussione sul tema ha subìto una notevole esitazione iniziale motivata, non da ultimo, dal timore che la sottrazione di tali controversie al giudice e a favore dell'arbitro si risolvesse di fatto in un aggiramento (voluto dalle parti) della normativa antitrust. Solo una lenta evoluzione giurisprudenziale e normativa in tutti gli ordinamenti che conoscono una disciplina della concorrenza ha portato alle conclusioni odierne, che costituiscono – come vedremo – un risultato solo in parte definitivo. È quindi utile volgere lo sguardo alle soluzioni che nei diversi ordinamenti sono state avanzate, iniziando da quelle che da oltreoceano hanno fatto poi eco nel vecchio continente e nella nostra penisola.

2. *Il caso americano* Mitsubishi

Il primo grande passo verso l'accettazione dell'arbitrabilità delle controversie antitrust è stato compiuto, nel campo dell'arbitrato internazionale, negli Stati Uniti, con la sentenza resa nel 1985 nel caso *Mitsubishi*[81]. I giudici della Suprema Corte americana modificando la regola osservata dapprima dalle corti inferiori, secondo cui le pretese in materia di antitrust non potevano essere oggetto di arbitrato, hanno statuito a favore dell'arbitrabilità di tali controversie facendo leva sul fatto che la presenza in esse di interessi di ordine pubblico

[80] In questo senso, Corte d'appello Milano, 13 settembre 2002, in *Riv. arb.,* 2004, p. 105 ss.

[81] Sent. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrisler-Plymouth Inc.*, 473 US 614 (1985), in *Year. Comm. Arb.,* 1986, p. 555 ss. Vastissima è la letteratura dedicata a questa storica sentenza. Per citare solo alcuni contributi, v. Bernardini, *Stati Uniti: arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust,* in *Riv. arb.,* 1985, p. 109 ss.; Saravalle, *Arbitrato internazionale e leggi antitrust: il caso Mitsubishi,* in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.,* 1986, p. 597 ss.; oltre a J. Robert, *Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'ârret Mitsubishi contre Soler,* in *Rev. arb.,* 1986, p. 173 ss.; Jarvin, *Arbitrability of anti-trust disputes: The Mitsubishi v. Soler Case,* in *Jour. internat. arb.*, 1985, p. 69 ss.

(come il buon funzionamento dell'economia americana) non era di per sé sufficiente a escludere il ricorso all'arbitrato, in quanto anche l'arbitro doveva rispettare ed applicare le norme di carattere imperativo che recepivano e disciplinavano tali interessi[82].

Prima di tale pronuncia, per molti anni aveva avuto largo sèguito nel sistema statunitense la tesi meglio conosciuta come *American Safety doctrine,* secondo cui era sostanzialmente inammissibile il ricorso all'arbitrato in materia di concorrenza in virtù dello *Sherman Act,* normativa emanata con lo specifico fine di promuovere l'interesse nazionale nell'ambito di una libera e competitiva economia di mercato, non poteva essere fatta rientrare nella disponibilità delle singole parti coinvolte[83].

Il mutamento dell'atteggiamento "di sospetto" da parte delle corti distrettuali americane verso lo strumento arbitrale veniva gradualmente mitigandosi e alcune pronunce della Corte Suprema degli anni Settanta – seppur non riguardando direttamente la materia antitrust ma controversie in materia di *securities exchange laws* – spianavano il terreno alla decisione del 1985. Dapprima nella decisione *Bremen v. Zapata Off Shore Co.* del 1972 i giudici supremi riconoscevano l'utilità di consentire alle parti di inserire in un contratto in-

---

[82] Sull'evoluzione giurisprudenziale v. da ultimo, Donovan-Greenawalt, *Mitsubishi after twenty years: mandatory rules before courts and international arbitrators,* in Mistelis-Lew, *Pervasive problems in international arbitration,* The Hague, 2006, p. 11 ss.

[83] Questo orientamento aveva avuto origine dal famoso caso (i cui principi non furono messi per molti anni più in discussione) posto all'attenzione dei giudici del secondo distretto *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co., 391 F. 2d 821 (2d Cir. 1968)*. Quattro erano gli argomenti alla base di tale pronuncia, di cui è stata evidenziata giustamente l'intrinseca fragilità delle argomentazioni (v. Bastianon, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario,* in *Foro it.,* 1999, IV, c. 471 ss., in part. c. 474): a) il ruolo essenziale svolto dai privati nell'attuazione della normativa antitrust attraverso l'esercizio della caratteristica richiesta di *treble damages*; b) il rischio che la clausola compromissoria contenuta in un contratto costituisse il risultato dell'imposizione di una delle parti (quella più economicamente più forte) in danno dell'altra; c) la (presunta) inidoneità delle caratteristiche proprie del procedimento arbitrale (semplicità e speditezza) ad adattarsi alla complesse liti tipiche del diritto della concorrenza; d) la considerazione che le liti antitrust coinvolgerebbero temi e soggetti troppo importanti per essere devolute alla competenza di soggetti che, il più delle volte, provengono da quel mondo economico la cui attività rappresenta il destinatario delle regole antimonopolistiche.

ternazionale un'apposita clausola con cui queste potessero scegliere il foro competente a conoscere eventuali controversie in tali materie ricche di norme imperative; poi nella sentenza *Scherk v. Alberto Culver Co*. del 1974 gli stessi giudici estendevano tale principio all'ipotesi in cui il foro scelto dalle parti fosse un tribunale arbitrale[84]. In entrambi i casi la Corte limitava la portata del *favor arbitratus* alle sole controversie internazionali.

Proprio, infatti, in seno ad un'ipotesi di arbitrato internazionale – campo in cui l'intento di non ostacolare l'espandersi del commercio internazionale aveva un'influenza non secondaria – nel luglio del 1985, la Corte Suprema, con una decisione di netto stampo liberista, decideva che le controversie di diritto antitrust potessero essere sottoposte ad arbitrato internazionale "where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American antitrust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim"[85].

Secondo la Corte americana, nessuna norma, in primo luogo, prevedeva esplicitamente un divieto di compromettibilità in arbitri di tali norme e pertanto, in mancanza di una volontà contraria, doveva favorirsi la libertà delle parti; in secondo luogo, la presenza di interessi d'ordine pubblico non costituiva, a ben vedere, di per sé ostacolo all'intervento dell'arbitro. L'ordinamento giuridico interessato, infatti, attraverso i suoi organi, aveva sempre la possibilità di valutare criticamente la decisione arbitrale in sede di impugnazione o nel momento in cui ne fosse chiesto il riconoscimento o l'esecuzione (è il c.d. "*second look"* del giudice statale). Tale assunto non poneva a priori perciò alcun impedimento all'arbitrabilità delle con-

[84] Rinvio per approfondimenti al merito delle vicende e ai rinvii bibliografici dei casi *The Bremen* (407 US 1(1972)) e *Scherk* (417 US 506 (1974)) a Saravalle, *op. cit.,* p. 603 ss., nonché alla ricostruzione fatta, nelle pagine dedicate all'arbitrato nel diritto della concorrenza, da Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri, Le materie non compromettibili,* II, Torino, 1999, p. 80 ss.

[85] V. la sent. *Mitsubishi Motors Corp.*, cit., pp. 636-637.

troversie di diritto antitrust, rinviando a un momento successivo il controllo dell'applicazione di tale norme[86].

A seguito del caso *Mitsubishi*, che riguardava un arbitrato internazionale, le corti inferiori statunitensi, adeguandosi a tale autorevole precedente, ritenevano che il nuovo orientamento dovesse trovare applicazione anche in caso di arbitrato interno, così ammettendo per la prima volta nel sistema americano un principio d'arbitrabilità delle liti antitrust a vasto raggio che allo stato attuale non conosce eccezioni[87].

3. *Le aperture giurisprudenziali dei principali Stati membri*

Già a metà degli anni Ottanta la dottrina più acuta prevedeva che la pronuncia americana, data l'autorevole fonte da cui promanava e per la lucidità dell'analisi svolta, avrebbe esercitato la sua influenza oltreoceano, in particolare negli Stati membri[88]. Ed infatti così è avvenuto.

Un'evoluzione in parte analoga a quella americana, seppure meno netta, si è avuta in Francia. In tale sistema era prevalso a lungo un orientamento contrario all'arbitrabilità delle controversie antitrust, soprattutto in campo giurisprudenziale ove si era evidenziata dapprima l'inidoneità degli arbitri ad applicare il diritto della concorrenza sulla base dell'art. 1484, n. 6, *N.c.p.c.,* ritenendo poi che, solo in certi casi, questi fossero invece competenti a conoscere il diritto della concorrenza, salvo il venir meno della loro idoneità per

---

[86] Tale ultimo assunto fonda la c.d. teoria del "second look", la quale costituisce il contrappeso per l'ordinamento nella concessione dell'arbitrabilità di controversie aventi ad oggetto norme inderogabili, in quanto dà al giudice un'effettiva possibilità per il giudice di controllare che gli arbitri abbiano applicato la normativa inderogabile. Su tale dottrina, v. diffusamente Baron-Liniger, *op. cit.,* p. 27 ss.

[87] V. Corte federale di Porto Rico, sent. 17 novembre 1989, *GKC Caribe Inc. v. Nokia-Mobira Inc.,* 735 F. Supp. 109, in *Year. Comm. arb.,* 1991, p. 635 ss. Più di recente, sent. *Kotam Electronics inc. v. Jbl Consumer Products Inc.,* 93 F.3d 724 (11th Cir. 1996), per un cui commento v. Donahey, *On the Case Kotam Rlectronics Inc. v. JBL Consumer Products Inc.,* in *Journ. internat. arb.,* 1997, 2, p. 14 ss.

[88] Così Saravalle, *op. cit.,* p. 612 ss.

errata applicazione della norma imperativa, sulla base del disposto dell'art. 1484, n. 1, *N.c.p.c.*[89]. Per converso, la dottrina francese era divisa tra chi si schierava a favore dell'arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza[90], e chi permetteva l'arbitrabilità di tali controversie solo allorché tali questioni fossero valutate in via incidentale, ritenendo inammissibile tale valutazione quando essa costituisse l'oggetto di decisione principale della controversia[91].

Lentamente, all'inizio degli anni novanta, la giurisprudenza ha cominciato a seguire l'orientamento di apertura della dottrina. Così la Corte d'appello di Parigi, modificando la precedente giurisprudenza, attraverso decisioni quali *Almira Films*[92] e *Ganz*[93], nel caso *Labinal* del 1993 (cui seguiva nell'ottobre dello stesso anno la sentenza *Aplix*[94]) riconosceva l'arbitrabilità delle controversie in mate-

[89] Lo ricorda Berlinguer, *op. ult. cit.,* I, p. 156, cui si rinvia per ogni altro riferimento.

[90] Kovar, *Droit communautaire de la concurrence et arbitrage*, in *Mélanges Goldman*, Parigi, 1982, p. 120.

[91] J. Robert, *Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire*, in *Rev. arb.,* 1966, p. 32; Burst, *L'arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennes,* in *Rev. arb.,* 1979, p. 105 ss., in part. p. 113.

[92] Sent. 16 febbraio 1989, *Société Almira Films c. Pierrel.,* in *Rev. arb.,* 1989, p. 711 ss. (con nota di Idot), ove, seppure in materia diversa dalla concorrenza, già si rilevava che "l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public".

[93] Sent. 29 marzo 1991, *Ganz c. Société Nazionale des Chemins de Fer Tunisiens,* in *Rev. arb.,* 1991, p. 478 ss. (con nota di Idot), in *Riv. arb.,* 1993, p. 655 ss. (con nota di F. Lattanzi, *Note in tema di arbitrabilità della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*) dove la Corte parigina ammetteva, al di là di certe materie ritenute in arbitrabili per principio, che, in campo internazionale, "l'arbitre […] dispose du pouvoir d'appliquer les principes et régles relevant de [l']ordre public [international] ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le côntrole du juge de l'annullation" ed ha il potere di pronunciarsi non solamente sull'inadempimento del contratto ma sulla sua validità e, in generale, sulla liceità del comportamento delle parti.

[94] Sent. 14 ottobre 1993, *Société Aplix c. société Velcro,* in *Rev. arb.,* 1994, p. 164 ss. (con nota di Jarrosson). In questa pronuncia la Corte francese individua due condizioni per l'applicazione del diritto europeo della concorrenza in sede arbitrale: in primo luogo, l'arbitro può applicare solo il diritto europeo capace di produrre effetti diretti sui cittadini degli Stati membri e perciò suscettibile di interpretazione e applicazione giudiziaria; in secondo luogo, rimangono fuori dall'alveo arbitrale

ria di diritto (europeo) della concorrenza rilevando, tra l'altro, che "si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci ne sont pas toutes ensemble attraites à la procédure arbitrale"[95].

A sèguito di tale nuovo orientamento giurisprudenziale, quindi, all'arbitro non si riconoscevano solo potestà cognitive e decisionali più ampie in campo antitrust, ma gli si dava la possibilità di comminare sanzioni civilistiche, quali la nullità del contratto o il risarcimento del danno, rimanendo a lui preclusa la sola possibilità di applicare "injonctions" o pene pecuniarie in luogo dell'autorità amministrativa europea.

In conclusione, oggi nell'ordinamento francese agli arbitri possono essere devolute tutte le controversie attribuite alla competenza del giudice ordinario non solo in ipotesi di arbitrato internazionale ma anche di arbitrato interno, salvo quelle attribuite alla speciale competenza dell'Autorità garante. Come è stato evidenziato, solo a fronte di un contratto illecito (e non semplicemente nullo), l'arbitro avrebbe invece il dovere di dichiararsi incompetente[96].

Spunti interessanti provengono anche dal sistema elvetico ove, benché questo paese non sia membro dell'Unione europea, ancora prima del 1989 – anno di entrata in vigore della legge federale sul diritto internazionale privato (*L.d.i.p.*) – si ammetteva che controversie che richiedono l'intervento del diritto europeo della concorrenza fossero arbitrabili[97]. Successivamente, l'art. 18 della legge federale

---

le materie di competenza esclusiva riconosciute all'autorità europea (come la Commissione), come l'attribuzione dell'esenzione ai sensi dell'art. 81, comma 3, tr. Ce, prerogativa della sola Commissione ai sensi del previgente reg. Ce n. 17 del 1962.

[95] Sent. 19 maggio 1993, *Labinal c. Mors*, in *Rev. arb.,* 1993, p. 645 ss. (con nota di Jarrosson).

[96] Canale, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2005, p. 1236.

[97] V. il caso *Amplagas c. Sofia,* 28 ottobre 1975 della *Chambre des Recours du Canton de Vaud*, richiamato da Poudret-Reymond-Wurzburger, *L'application*

sui cartelli del 1985, prevedendo espressamente il ricorso all'arbitrato per le controversie relative all'esistenza, validità, risoluzione di accordi internazionali di cartello solo quando almeno una delle parti fosse straniera, e l'entrata in vigore dell'art 177 *L.d.i.p.*, stabilendo il ricorso all'arbitrato per qualsiasi controversia di natura patrimoniale, costituirono un terreno fecondo per una discussione dell'arbitrabilità delle liti sulla concorrenza nel corso degli anni novanta.

Fondamentale è stata la soluzione fornita nel 1992 dal Tribunale federale svizzero, che, dichiarando la nullità di un lodo reso in Svizzera in quanto il collegio arbitrale si era a torto dichiarato incompetente a pronunciarsi sulla validità del contratto (regolato dal diritto di uno Stato membro per volontà delle parti) con l'art. 81 (*ex* 85) tr. Ce, statuiva che gli arbitri erano tenuti ad esaminare la conformità degli accordi loro sottoposti alla normativa europea, in particolare quella della concorrenza, anche in assenza di una decisione delle autorità amministrative[98]. Tuttavia ciò non comportava un dovere dell'arbitro di sollevare d'ufficio tale questione[99].

---

du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois (dix ans de jurisprudence), in *Journal des tribunaux,* 1981, III, p. 71 ss, dove nel caso posto all'attenzione dei giudici su una questione di validità di un contratto alla luce dell'art. 81 tr. Ce, questi hanno osservato che bisogna distinguere "entre l'objet de l'arbitrage, qui est un litige portant sur un droit relevant de la libre disposition des parties, et les règles légales qui sont applicables à la solution du litige".

[98] Ed infatti i giudici svizzeri statuivano che: "l'examen par les arbitres de la conformité des conventions qui leur sont soumises à la réglementation communautaire s'impose si l'on veut éviter des décisions qui y seraient contraires. Aussi le Tribunal arbitral ne pouvait-il rendre sa sentence sans avoir examiné au préalable s'il devait le faire en fonction d'une convention valable ou non". V. Tribunale federale, 28 aprile 1992, in *Rev. arb.,* 1993, p. 124 ss. (con nota di Idot), in *Dir. comm. internaz.,* 1993, 143 ss. (con nota di Lombardini), in *Riv. arb*., 1995, p. 93 ss. (con nota di Bernardini, *Arbitrato internazionale e diritto della concorrenza*). Si allinea alla posizione della Corte svizzera anche la giurisprudenza arbitrale, cfr. per tutti, il lodo *Icc* del 1993 nella causa n. 7673, in *Riv. arb.,* 1997, p. 431 ss. (con nota di Bernardini, *Concorrenza e arbitrato*). V. però oggi sent. Tribunale federale svizzero, 8 marzo 2006, *Tensacciai c. Terra Armata, infra* cap. IV, secondo cui il diritto antitrust di fonte europea o meno non fa parte dell'ordine pubblico internazionale svizzero.

[99] Lo rileva la sent. del Tribunale federale svizzero, 13 novembre 1998, in *Asa Bull.,* 1999, p. 529, ove i giudici stabiliscono che "One cannot require the arbitrator to be aware of or systematically search for the mandatory rules of law (such as Art 85 EC for example) in each of the legislations showing signs of significant

Anche l'ordinamento tedesco conosce il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust e anch'esso ha avuto (almeno fino alla riforma dell'arbitrato del 1998) una legislazione sui cartelli (la sez. 91(1) della l. 27 giugno del 1957 contro le limitazioni della concorrenza (*G.w.b.*)) che consentiva il ricorso all'arbitrato in questa materia solo per i compromessi a lite già insorta. Oggi, invece, le controversie antitrust sono arbitrabili essendo liti ritenute con oggetto transigibile in accordo con l'art. 1025 *Z.p.o.*[100]. Tuttavia l'apertura all'arbitrato nel sistema tedesco non è completa: la sez. 91 del *G.w.b.* prevede infatti comunque l'invalidità di qualsiasi accordo arbitrale contenuto all'intero di un cartello o di un'intesa orizzontale restrittiva della concorrenza che non assicuri a ciascuna delle parti di adire l'A.g.o., così come vincola gli arbitri a una decisione sempre secondo diritto in quanto le norme del *G.w.b.* sono norme espressione dell'ordine pubblico[101].

Quanto al Regno Unito, solo di recente, la *High Court* inglese ha finalmente riconosciuto l'arbitrabilità delle controversie antitrust[102], così come la nuova legge sull'arbitrato svedese (sez. 1, par. 3).

Nell'ordinamento italiano, infine, il problema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust ha avuto un'evoluzione lenta e le sporadiche pronunce sul tema della concorrenza si riferiscono per lo più alla disciplina antecedente all'introduzione della legislazione antitrust del 1990. Il dibattito della compromettibilità in arbitri delle controversie in materia antitrust è ruotato intorno a poche pronunce nel corso degli ultimi vent'anni.

---

points of contact with the relationship in the dispute". Decisione poi confermata dal Tribunale federale, in sent. 1° febbraio 2002, in *Asa Bull.,* 2002, p. 337.

[100] Schwab-Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Munchen, 2000, 6ª ed., p. 37 ss.; Schlosser, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage,* in *Rev. arb.,* 1998, p. 291 ss., in part. p. 294; Walter, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania-Svizzera-Italia),* in *Riv. dir. proc.,* 1999, p. 670 ss.; Baron-Liniger, *op. cit.,* p. 37.

[101] Lo ricorda Canale, *op. cit.,* pp. 1237-1238.

[102] V. *High Court, Commercial Division,* 7 novembre 2005, *Eurotunnel Plus SA v. Welters,* in [2005] *EWHC* 2115 (*Comm*.) e in *Competition Law Insight,* 29 November 2005 (con commento di Blanke) stabilisce a proposito del diritto antitrust europeo che "there is no realistic doubt that such "competition" or "antitrust" claims are arbitrable".

Nella prima di queste decisioni, emessa dai giudici della Corte d'appello di Bologna, si riconosceva la compromettibilità di una lite su un patto di non concorrenza contenuto in un contratto di distribuzione esclusiva in quanto la clausola compromissoria, inserita nel contratto, devolveva ad arbitrato in via generica ogni controversia avente *causa petendi* nel contratto di distribuzione[103]. Così i giudici felsinei, riformando la decisione di primo grado, davano per presunta la compatibilità tra lo strumento arbitrale e l'interesse pubblico delle disposizioni antitrust, sanzionando con la nullità il patto arbitrale solo ove gli arbitri ponevano in essere un atto dispositivo del diritto protetto *contra legem.*

Sei anni più tardi, i giudici della Suprema Corte, sempre riguardo ad una fattispecie anteriore al 1990, si dimostravano favorevoli a questa impostazione e, dichiarando che la libertà di iniziativa economica dell'art. 41 della Costituzione era disponibile in concreto e dal singolo disponibile, affermavano la competenza degli arbitri nella valutazione della validità ed efficacia di un patto di limitazione negoziale della concorrenza o di specifiche sue clausole[104].

L'anno seguente i giudici di Cassazione riconoscevano, in presenza di un contratto di cessione d'azienda contenente una clausola compromissoria che deferiva agli arbitri l'esecuzione di tale contrat-

---

[103] Si tratta di Corte d'appello di Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.,* 1993, p. 77 ss. (con nota di Rosi, *L'arbitrabilità di controversie in materia di concorrenza)* e in *Dir. comm. internaz.,* 1993, p. 725 ss. (con nota di Caporale, *L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*), che ha riformato Trib. Bologna, 18 luglio 1987, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.,* 1988, p. 740 ss., il quale aveva statuito per la non arbitrabilità della controversia in quanto non considerava la questione non compromettibile poiché si verteva su materia "di diritto pubblico e di pubblico interesse", quale era l'art. 81 tr. Ce. Questa lettura in senso formale della nozione di arbitrabilità venne ribaltata dalla Corte d'appello, la quale, rifacendosi a un recente indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte in tema di cessione del marchio senza azienda (Cass. 19 maggio 1989, n. 2406), optava per una arbitrabilità allargata del diritto antitrust, restringendo la non compromettibilità della controversia alla necessaria esistenza di due requisiti: a) che il contratto incida su diritti indisponibili; b) che la controversia comporti l'espressa disposizione del diritto stesso, determinando una pronuncia con effetti costitutivi e non dichiarativi (così evidenzia Rosi, *op. cit.,* p. 82).

[104] Cass., 21 agosto 1996, n. 7733, in *Danno e resp.,* 1997, p. 340 ss., con nota di Bastianon, *Arbitrato e diritto della concorrenza.*

to, la piena compromettibilità delle liti riguardanti la violazione del divieto di concorrenza[105].

A queste pronunce, si è aggiunta la decisione della Corte d'appello di Milano del 2002[106] che, a proposito di una fattispecie resa sotto la vigenza della l. n. 287 del 1990, ha ritenuto superate le perplessità sull'inarbitrabilità delle controversie sulle norme di concorrenza, in quanto, evidenziando che le norme sostanziali antitrust sono sì norme imperative ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili, ha rilevato come avanti gli arbitri è possibile rilevare il vizio di nullità di un contratto avente ad oggetto tali materie. L'arbitrato si manifesta così quale "strumento fisiologico" per la risoluzione delle controversie al pari del giudizio ordinario, anche quando vengono in rilievo norme di applicazione necessaria[107]. Tale giurisprudenza è stata confermata poi anche da sentenza della medesima Corte del 2006 in sede di riconoscimento di un lodo straniero, ove espressamente si afferma che "le norme sostanziali antitrust […] sono bensì norme imperative, di "ordine pubblico economico", ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili", sulla cui vicenda si è in attesa della pronuncia definitiva di Cassazione[108].

---

[105] Cass., 17 settembre 1997, n. 9251, in *Riv. arb.,* 1998, p. 237 ss., con nota di Tombari, *Brevi note di cessione d'azienda e deperibilità ad arbitri della controversia relativa alla violazione del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c.;* in *Danno e resp.,* 1998, p. 375 ss., con nota di Gioia, *Divieto di concorrenza e clausola compromissoria contenuta nel contratto di cessione di azienda.*

[106] Corte d'appello di Milano, 13 settembre 2002, in *Corr. giur.,* 2003, p. 1626 ss. (con nota di Salvaneschi, *Sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto antitrust,* cit.) e in *Riv. arb.,* 2004, p. 105 ss. (per il cui commento Radicati di Brozolo, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte,* ivi, p. 9 ss.).

[107] Così Radicati di Brozolo, *op. ult. cit.,* p. 12.

[108] Si tratta della sent. Corte d'appello di Milano, 15 luglio 2006, *Terra Armata c. Tensacciai,* in *Riv. arb.,* 2006, p. 744 ss. ove, tra l'altro, espressamente il collegio ricordando proprio Cass. 21 agosto 1996, n. 7733, stabilisce che le "norme sostanziali antitrust […] sono bensì norme imperative, di "ordine pubblico economico", ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili". Infatti, "[…] la pattuizione di rimettere la controversia in arbitrato rituale (come nel caso di specie) non significa aver illegittimamente pattuito la non applicabilità delle norme antitrust (come di nessun'altra norma imperativa); significa solo che quell'eventuale nullità potrà essere eccepita non dinanzi ai giudici ordinari, ma dinanzi agli arbitri, come in concreto è poi infatti accaduto nel presente caso".

Dall'analisi della giurisprudenza italiana emerge, in conclusione, l'assunto secondo cui l'arbitrabilità del diritto della concorrenza sembra incondizionalmente ammessa, non potendo in senso contrario invocarsi ad ostacolo né una pretesa natura indisponibile delle norme antitrust, né la riserva di giurisdizione a favore della Corte d'appello disposta dall'art. 33, comma 2 della l. n. 287 del 1990, che, come evidenziato in letteratura, non osta alla conoscibilità degli arbitri delle questioni attinenti alle azioni di risarcimento danni derivanti da accordi che l'autorità garante ha considerato violare le norme antitrust[109].

4. *L'arbitrabilità delle controversie antitrust in ambito europeo: la sentenza* Benetton *del 1999 e l'annullabilità di un lodo in caso di violazione del diritto europeo della concorrenza*

Anche a livello europeo il problema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust è ben noto.

In letteratura, si è spesso sottolineato che il rapporto tra diritto europeo e arbitrato si svolge in un clima particolarmente favorevole, in particolare mettendo in luce la prassi d'apertura nei confronti della soluzione arbitrale delle liti antitrust – quasi un riconoscimento implicito nei confronti della loro arbitrabilità – intrapresa dopo gli anni settanta dall'esecutivo europeo, attraverso l'opera di vigilanza che la Commissione ha svolto sul comportamento delle parti del contratto, pretendendo la comunicazione dei lodi emessi tra le parti, al fine di evitare che queste, tramite l'arbitrato, eludessero le norme imperative[110].

---

[109] Sul punto Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali,* cit., p. 673.

[110] Un rapido *excursus* della prassi favorevole dell'esecutivo europeo in Bastianon, *L'arbitrabilità* cit., p. 476. Esemplificative le decisioni di apertura – seppure con evidenti note di timidezza – *Henkel-Colgate* (in *G.u.c.e.,* L. 14/14, 1972) e *Campari* (in *G.u.c.e.,* L. 70/69, 1978) nelle quali l'esecutivo europeo facendo ampio uso del potere conferitogli dal (previgente) reg. Ce n. 17 del 1962 in un considerevole numero di casi di esenzione individuale *ex* art. 81 (*ex* 85), comma 3, tr. Ce, ha subordinato dette esenzioni all'onere della comunicazione da parte dei beneficiari di ogni lodo o procedimento arbitrale relativo all'applicazione

Tuttavia in àmbito U.e. manca ancora ad oggi un esplicito riconoscimento della compromettibilità in arbitri delle controversie antitrust, seppure, come rilevato dalla dottrina, un'indicazione in tal senso sembra potersi ricavare seppure solo in via indiretta da alcune sentenze della Corte di giustizia. In particolare, nelle più volte citate pronunce *Nordsee* e *Comune di Almelo* (la prima in materia di aiuti concessi tramite un Fondo europeo, la seconda in materia di concorrenza) i giudici di Lussemburgo, precisando che i tribunali arbitrali non costituiscono giurisdizioni ai sensi dell'art. 267 tr. Fue (*ex* art. 234 tr. Ce) e sono incapaci del rinvio pregiudiziale, si sono occupati di liti antitrust, così dando per presupposta l'assoggettabilità ad arbitrato delle questioni di diritto della concorrenza[111].

Con la successiva sentenza *Eco Swiss-Benetton* del 1999[112] la consacrazione sembra definitiva. In una lite in materia di antitrust, la Corte di giustizia, dopo aver sottolineato l'importanza rivestita dall'art. 101 tr. Fue (*ex* art. 81 tr. Ce) ha sancito il principio secondo cui quando un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di procedura interna, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione dell'art. 101 tr. Fue, in base al quale gli accordi e le decisioni da esso vietati sono nulli di pieno diritto[113]. In tal senso, i giudici

---

o all'interpretazione degli accordi esentati dal divieto ("Arrangements should also be made to censure that the Commission is informed of any awards made under the arbitration clause, as there is a risk that the agreements might be interpreted without regard for this Decision, so that the Commission might have to amend it […]"). Sul progressivo ammorbidirsi dell'atteggiamento della Commissione nel corso degli anni ottanta del secolo scorso, v. la decisione *UIP* del 1989. Cfr. Frignani, *L'arbitrato e l'antitrust comunitario: la posizione della Commissione Cee*, in Aa. Vv., *L'arbitrato, un servizio per l'impresa. Atti del convegno tenutosi a Torino nel 1991,* Roma, 1991, p. 125 ss.

[111] Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza,* cit., p. 675.

[112] V. la sentenza 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss c. Benetton*, in *Racc.*, 1999, I, p. 3055 ss., punto 31 ss.

[113] Va qui solo sommariamente ricordato il merito della vicenda (emblematica e ricca di spunti interessanti) *Eco Swiss-Benetton.* Essa traeva origine da una procedura arbitrale relativa ad un contratto di licenza di marchio, nella quale gli arbitri avevano emesso una decisione parziale di condanna al risarcimento per anticipata risoluzione. Il lodo depositato presso la cancelleria del tribunale olandese competente non era stato impugnato nel termine fissato dal diritto nazionale

europei hanno avuto modo di qualificare come di "ordine pubblico" l'art. 101 tr. Fue e, in generale, le regole di concorrenza dell'Unione (ovvero quelle norme che rispecchiano l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato interno), tuttavia con l'ammonizione che il riconoscimento del carattere imperativo di tali disposizioni

---

passando così in giudicato. A seguito del mancato raggiungimento di un accordo fra le parti sull'ammontare del risarcimento, questo veniva determinato dagli arbitri con un nuovo lodo, anch'esso ritualmente notificato. Benché la controversia sollevasse un problema di diritto europeo della concorrenza, ossia quello della compatibilità del contratto con l'art. 81 tr Ce, questo non era stato mai evocato né nella procedura arbitrale sfociata nel lodo parziale, né in quella sfociata nel lodo finale, né nei lodi medesimi. Tale censura veniva allora sollevata quale motivo di impugnazione del lodo finale attraverso i tre gradi di giudizio previsti dall'ordinamento olandese. Da qui la richiesta di interpretazione pregiudiziale da parte del *Hoge Raad,* il quale aveva modo di sollevare due questioni principali: in primo luogo, si domandava se la mancata considerazione da parte degli arbitri delle norme europee della concorrenza rendesse annullabile il lodo parziale anche se la censura fosse sollevata nel giudizio di impugnazione del lodo finale, così verificando se ed entro quali limiti il diritto europeo della concorrenza dovesse essere tenuto in conto dagli arbitri e dal giudice statale in sede di impugnazione. *In secundis*, strettamente collegata alla prima, si poneva la questione dei rapporti tra diritto europeo e regole nazionali in materia di procedura, e specie in materia di *res iudicata*. Tra la vasta letteratura che si è occupata della vicenda *Benetton*, si rinvia, in particolare, agli scritti di Idot, *L'arbitrage et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice,* in *Rev. arb.,* 1999, p. 631 ss.; Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza,* cit., p. 665 ss.; Bastianon, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario,* in *Foro it.,* cit., c. 470 ss.; Mourre, *Le rapport de l'arbitrage et du droit communautaire aprés l'arret Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Gazette du Palais,* 9-11 gennaio 2000, p. 30 ss.; Onniboni, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme processuali del diritto comunitario con le norme processuali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale "parziale",* in *Corr. giur.,* 2000, p. 34 ss.; Komninos, in *Comm. Mark. Law Rev.,* 2000, p. 459 ss.; Poillot-Peruzzetto, *L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1 juin 1999,* in *Jour. dr. internat.,* 2000, p. 299 ss.; D'Alessandro, *Processo arbitrale e diritto comunitario,* in *Giust. civ.,* 2000, I, p. 1903 ss.; Punzi, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato,* in *Riv. arb.,* 2000, p. 235 ss.; Laudisa, *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza,* ivi, p. 591 ss.; Rizzo, *Giudicato interno e ordine pubblico comunitario,* in *Europa e dir. privato,* 2000, p. 667 ss.; von Quitzow, *The Benetton Judgment and its Practical Implications on Arbitration,* in *Stockholm Arb. Rep.,* 2000, p. 33 ss.; Mourre, *Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Recueil des Cah. arb.,* 2000-01, I, p. 77 ss. Sul rapporto tra *Mitsubishi* e *Benetton*, v. R. Von Mehren, *The Eco Swiss Case and International Arbitration,* in *Arb. int.,* 2003, p. 465 ss.

non può rimettere in discussione l'autorità della cosa giudicata sancita dalle norme nazionali.

Tale pronuncia ha permesso di porre l'attenzione sull'applicazione del diritto europeo in sede arbitrale, in particolar modo sulla compatibilità fra l'istituto arbitrale e quella normazione fortemente europeizzata – qual è il diritto alla concorrenza – che persegue, senza dubbio, interessi (superiori) di ordine pubblico.

Su tali conclusioni, la miglior dottrina ha evidenziato che nel caso *Benetton* la Corte di giustizia ha fatto finalmente chiarezza sull'atteggiamento di esitazione che aveva circondato in tutta Europa il riconoscimento dell'arbitrabilità delle controversie antitrust, qualificando nel procedimento d'impugnazione del lodo le regole della concorrenza come di ordine pubblico, e dando così implicitamente per presupposta l'assoggettabilità ad arbitrato delle questioni antitrust[114].

Il fatto stesso che dal caso *Nordsee* al caso *Benetton*, il tema dell'arbitrabilità delle controversie non sia stato sfiorato direttamente in nessuna occasione sembrerebbe confermare la circostanza che la Corte prende atto del fatto che in Europa tale tema può definirsi oramai chiuso e, al contempo, che trattasi di argomento che deve essere risolto dalle singole legislazioni nazionali, della cui evoluzione d'apertura la Corte può prendere solo atto.

Con la sentenza *Benetton* la Corte di giustizia ha quindi indirettamente il pregio di avallare da una parte quel filone dottrinale (dominante) che distingue tra inderogabilità della normativa e indisponibilità del diritto, ove l'incompromettibilità non deriva necessariamente da una normativa inderogabile, qual è la normativa antitrust. Come si è detto più volte, poi, estendendo l'arbitrabilità a materie che coinvolgono materia di ordine pubblico, la Corte contribuisce a porre (indirettamente) a carico degli arbitri un dovere di applicazione delle norme europee, almeno quelle (non tutte) che, rientrando nel concetto di ordine pubblico, si pongono a tutela di principi fondamentali[115]. Ciò si ricollega all'esigenza di formulare una decisione

[114] Una lettura in tal senso della sentenza *Benetton* è fatta da Radicati di Brozolo, *op. ult. cit.,* p. 675, e da Bastianon, *L'arbitrabilità*, cit., p. 476.

[115] Sul punto recentemente, le conclusioni dell'avv. generale Tizzano del 27 aprile 2006, nella causa C-168/05, *Mostaza Claro* (da cui sent. 2 ottobre 2006,

idonea a superare il controllo dell'autorità giurisdizionale chiamata ad intervenire in sede di impugnazione o di riconoscimento/esecuzione del lodo[116].

In altre parole, una volta ammessa l'arbitrabilità del diritto della concorrenza e comunque di norme imperative, allora il sindacato della vulnerazione del diritto dell'Unione si affida al giudice in sede di controllo dell'operato degli arbitri, così confermando (almeno formalmente) la dottrina del "second look" che aveva trovato le proprie origini oltreoceano.

Alla luce di tale impostazione, a fronte del fatto che le norme europee – o almeno talune di esse, secondo l'opinione preferibile – rientrano nell'ordine pubblico, in caso di una violazione della normativa dell'Unione da parte degli arbitri, la parte soccombente, in sede di impugnazione o di riconoscimento/esecuzione del lodo: a) potrà far valere tale violazione sempre che nell'ordinamento adìto sia ammessa un'impugnazione per violazione di legge sostanziale; b) nei casi in cui non sia possibile una censura per *error in iudicando* ma sia prevista solo quella per violazione dell'ordine pubblico, ovvero nel caso in cui gli arbitri abbiano deciso per equità ovvero il lodo sia inimpugnabile per volontà delle parti, potrà far valere tale violazione solo con la censura dell'ordine pubblico; c) nei casi di applicazione di legge extraeuropea in un arbitrato svoltosi all'interno dell'Unione, potrà far valere la violazione delle norme di ordine pubblico (interno ed europeo) dello Stato membro.

In conclusione, per i giudici del Kirchberg, sulla base dell'insegnamento della giurisprudenza *Nordsee* che nega all'arbitrato di

in *Racc.*, 2006, I, p. 10421 ss.). V. in letteratura Radicati di Brozolo, *op. ult. cit.,* pp. 679-680 (che ha riconosciuto natura di ordine pubblico, oltre alle regole antitrust, ai principi di diritto europeo come quello di non discriminazione, le libertà di circolazione, l'illegittimità degli aiuti di Stato); Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria,* cit., p. 825 (secondo il quale sarebbe un po' azzardato ritenere tutte le disposizioni europee rilevanti sul versante della *public policy*, poiché se si seguisse tale strada ne nascerebbe un ordinamento nel quale non si distinguere più il sindacato in punto di ordine pubblico dal sindacato della violazione di legge *tout court*); Idot, *Arbitrage et droit communautaire*, in *Revue de droit des affaires internationales,* 1996, p. 568.

[116] Va detto però che, in realtà, la giurisprudenza del caso *Benetton* non esamina direttamente la posizione dell'arbitro in relazione all'applicazione delle norme antitrust.

diritto privato la matrice di giurisdizione, l'innegabile necessità di un'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto europeo, perseguita dall'istituto del rinvio pregiudiziale, viene soddisfatta *a posteriori*, "in bilanciamento", dalla giurisdizione nazionale chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione o sul riconoscimento/esecuzione del lodo arbitrale.

Tale orientamento va a confermare ancora una volta la possibilità di devoluzione agli arbitri di controversie antitrust, già sostenuta dalla giurisprudenze nazionali e dalla miglior dottrina, che, va detto, esclude l'arbitrabilità (e quindi il ricorso alla giustizia privata) alla sola ipotesi in cui l'arbitrato sia manifestamente volto ad eludere l'applicazione della normativa di concorrenza (c.d. frode processuale)[117].

5. *L'applicazione da parte degli arbitri del diritto europeo della concorrenza: l'analisi della giurisprudenza arbitrale*

Prima di completare l'*excursus*, vale la pena dare un rapido sguardo ad alcune decisioni della giurisprudenza arbitrale della Corte d'arbitrato di Parigi (*Icc*) egregiamente raccolte dalla stessa istituzione[118], che ci permettono di riscontrare innumerevoli volte l'affermazione dell'arbitrabilità del diritto antitrust da parte dei collegi arbitrali della Corte parigina[119].

Già nel 1966 nel caso n. 1397, un collegio arbitrale, chiamato a risolvere una controversia relativa all'adempimento di un contratto

---

[117] In questo senso, Radicati di Brozolo, *op. cit.,* p. 671, il quale nota che in tal caso si incorrerebbe nella nullità della clausola compromissoria per illiceità dell'oggetto. In tal situazione, secondo parte della dottrina (Derains, *Povoirs et obligations des arbitres. Rapport,* in *Competition and Arbitration Law, Icc Bulletin,* 1993, p. 251 ss., spec. p. 256) gli arbitri dovrebbero dichiararsi privi di competenza a decidere.

[118] Per una raccolta della giurisprudenza arbitrale sul diritto europeo, v. Verbist, *L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la Cci,* in *Icc Bulletin, suppl. special*, novembre 1994, p. 34 ss., nonché i lodi in *Icc Bulletin*, 5, 1994, p. 44 ss e *ivi*, 6, 1995, p. 51 ss e in *Cah. arb.*, 2004, p. 247.

[119] Per un apprendimento e i richiami bibliografici dei lodi citati nel testo, si rinvia a Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité,* cit., p. 363 ss.

di licenza esclusiva di *know-how*, si riteneva competente a decidere in quanto in presenza di un'eccezione di nullità per contrasto all'art. 101 tr. Fue (*ex* 81 tr. Ce) sollevata da una parte, l'arbitro aveva il dovere di accertare nella fattispecie la sussistenza delle condizioni per l'applicazione di detta normativa imperativa. In quella occasione, il collegio decideva nel merito statuendo che il contratto non era contrario all'art. 81 (*ex* art. 85) tr. Ce[120].

A tale decisione seguivano, per citarne alcune, la pronuncia arbitrale del 1984 nella causa n. 4604, ove gli arbitri si ritenevano competenti a decidere, dichiarando l'arbitrabilità di una controversia relativa a una licenza esclusiva contenente una clausola compromissoria di non concorrenza, nel caso in cui il convenuto eccepiva l'incompatibilità del contratto per contrasto col diritto italiano e europeo della concorrenza, in quanto "la matière soumise aux arbitres touche à des questions qui relèvent de l'ordre public, mais cela n'empêche nullement le tribunal de statuer"[121].

E ancòra: un collegio di Losanna del 1993 nel caso Icc n. 7673, ammetteva l'arbitrabilità di una domanda tesa all'accertamento di un abuso di posizione dominante, evidenziando che "there are no reasons why an Arbitral Tribunal should not have the same authority as ordinary courts to decide over the consequences of an alle-

[120] In *Jour. dr. internat.,* 1978, p. 984, con nota di Derains, ove si stabilisce che "attendu certes qu'un litige portant essentiellement sur la validité ou sur la nullité d'un contrat au regard de l'article 85 du Traité de Rome serait en dehors de la compétence d'un arbitre et qu'aucune clause compromissoire ne pourrait avoir pour effet de substituer un juge privé à un juge public pour trancher un litige intéressant in se et par se l'ordre public; attendu en revanche que, dans litige de droit privé, si une partie invoque comme moyen de défense que la convention dont se réclame l'autre partie est nulle pour un motif d'ordre public et singulièrement pour violation de l'article 85 du Traité de Rome, l'arbitre a le devoir d'examiner si se rencontrent dans la convention les conditions matérielles et juridiques dont la réunion entraînerait l'application dudit article; attendu aussi que, cet examen fait, l'arbitre doit se demander si, certaines clauses du contrat litigieux devant, par hypothèse, être réputées nulles au regard de l'article 85, cette nullité entraîne la nullité de l'entier contrat; attendu, en effet, que l'arbitre ne peut ni consacrer l'exécution d'une obligation contraire à l'ordre public, ni inversement, accueillir une demande de surséance sans en avoir vérifié le fondement, non plus qu'étendre inconsidérément à un système complexe de droits et d'obligations les nullités inhérentes à telle ou telle de ses parties".

[121] In *Jour. dr. internat.,* 1985, p. 973 ss., con nota di Derains.

ged abuse of a dominant position. The tribunal is in the matter of competition law therefore in the same position when dealing with a claim based on article 86 [*n.d.r.* art. 102 Feu tr.] as it is when facing a claim which involves article 85 of the Treaty of Rome [*n.d.r.* art. 101 Feu tr.]"[122].

Come un altro lodo del 1993 nella causa n. 7097, la giurisprudenza della *Icc* ha riconosciuto che, in caso di applicazione di un diritto di un paese membro, l'arbitro è tenuto ad applicare la normativa europea antitrust, poiché esso incide con effetto diretto, in quanto sempre "les dispositions du droit communautaire en matière de concurrence relèvent d'un droit supranational directement applicable"[123]. Sempre comunque "the Arbitral Tribunal shall take into account the manner in which these community provisions are interpreted and applied by community institutions, especially by the Commission and by the Court of Justice"[124].

A volte, infine, gli arbitri stessi che hanno evidenziato il loro dovere di applicare il diritto europeo antitrust[125].

In conclusione, in fondo a questa analisi dei singoli ordinamenti, della giurisprudenza della Corte di giustizia e della giurisprudenza arbitrale si può affermare che in tutti gli ordinamenti considerati si è assistito ad una progressivo mutamento di atteggiamento nei confronti dell'utilizzo delle strumento arbitrale, passando da una iniziale chiusura sostanzialmente identica in ciascuno di essi all'ammissibilità dell'arbitrato in tema di liti antitrust, attraverso percorsi non sempre equivalenti. In certi sistemi l'apertura è infatti totale

---

[122] V. il testo del lodo in Verbist, *L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la Cci*, in *L'arbitrage commercial international en Europe, Icc Bulletin,* cit., p. 38. Per altri lodi *Icc* su questioni di diritto europeo v. le pronunce del 1988 e del 1991 nella causa n. 6106, quelle del 1992 nella causa n. 6709 e in quella n. 7081 e n. 7319, in *Icc Bulletin,* 1994, p. 44 ss. e ancora i lodi n. 6475 del 1994, n. 6614 del 1991, n. 7181 del 1992, n. 7673 del 1993, in *Icc Bulletin,* 1995, p. 51 ss.

[123] V. il testo del lodo citato in Verbist, *L'application du droit communautaire*, cit., p. 39.

[124] Lodo *Icc* n. 7097 del 1993, in *Gazette du Palais,* 2003, p. 1525.

[125] Lodo *Icc* n. 8626 del 1996, con nota di Arnaldez, in *Jour. dr. internat.,* 1999, p. 1073 ss, spec. p. 1075. Sul dovere nell'applicazione del diritto europeo antitrust v. *infra* sez. IV.

(come negli Stati Uniti), in altri invece permangono alcune accennate cautele (come in quello tedesco)[126].

Con tali riserve, allo stato dell'arte, è pero possibile affermare senza tentennamenti che è venuto meno il timore che la presenza di norme imperative inderogabili, portatrici di interessi pubblici, possa di per sé limitare l'utilizzo dello strumento arbitrale.

6. *Il reg. Ce n. 1 del 2003, il* private enforcement *e un nuovo spazio per gli arbitri*

È il momento di affrontare i limiti della competenza arbitrale nell'applicazione del diritto europeo della concorrenza, così come sono stati precisati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Non c'è dubbio che, alla luce di quanto fino ad ora prospettato, l'interpretazione e l'applicazione di un diritto di uno Stato membro da parte dell'arbitro ricomprenda anche le norme di origine europea, almeno quelle disposizioni che sono direttamente applicabili. Unico limite all'arbitrabilità delle norme europee *self-executing* risiede allora nella natura del rimedio richiesto. Gli arbitri infatti non hanno competenza di sostituirsi agli organismi nazionali o europei della concorrenza ed esercitare funzioni esclusivamente riservate a questi ultimi, quali poteri autorizzativi e/o di controllo.

Con riguardo più specificatamente alle norme di diritto antitrust, è anzitutto noto che gli artt. 101 e 102 tr. Fue rappresentano dei precetti generali che richiedono delle modalità applicative. Quest'ultime sono state stabilite dapprima dal regolamento Ce n. 17 del 1962 che, come è noto, ha posto la Commissione a motore centrale dell'intero sistema, abilitandola ad esercitare la competenza generale di vigilanza sulla corretta applicazione del diritto europeo

[126] Canale, *op. cit.,* p. 1245. Tra i paesi scandinavi, oggi la legge svedese sull'arbitrato del 1999 espressamente prevede espressamente che "arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties" (sez. 1, par. 3). Pertanto l'arbitro può giudicare sugli effetti di natura civilistica prodotti da questioni non arbitrabili, quali quelle relative a restrizioni della concorrenza. V. Benigni-Recchia, *Nuove norme sull'arbitrato in Svezia,* in *Riv. arb.,* 2000, p. 179 ss.

antitrust[127]. Tale regolamento è stato più di recente sostituito dal regolamento Ce n. 1 del 2003 che ha costituito una vera e propria rivoluzione della concezione precedente: si è decentralizzata l'applicazione degli artt. 81 e 82 tr. Ce (oggi artt. 101 e 102 tr. Fue) attraverso l'abolizione, in caso di richiesta di un'esenzione in base all'art. 81, comma 3, tr. Ce, del sistema della notifica alla Commissione degli accordi e delle pratiche concordate; si sono rafforzati i poteri di repressione della Commissione nei casi aperti da questa di propria iniziativa; si è, infine, provveduto a creare un sistema di competenze concorrenti tra la Commissione e le autorità nazionali[128]. A seguito

[127] Per lo studio del diritto antitrust dopo il reg. Ce n. 1 del 2003, rinvio, oltre alla manualistica più recente, all'opera collettanea, Aa.Vv., *Antitrust e globalizzazione,* Atti del convegno, Milano, 2004 (in particolare alle pagine di Toffoletti, *Modernizzazione del diritto antitrust comunitario e tutela dei singoli,* p. 127 ss.), nonché agli studi di Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario,* Milano, 2004, *passim*; Guerri, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento Ce n. 1/2003*, Torino, 2005, *passim*; Kerse, *E.C. Antitrust procedure,* Londra, 2004, *passim*; Tosato-Bellodi, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali,* Milano, 2004, *passim*; Ghiaini-Panucci, *Le controversie in materia antitrust alla luce del regolamento comunitario n. 1/2003,* in *Il dir. ind.,* 2004, p. 61 ss. V. anche Idot, *La modernisation du droit communautaire de la concurrence. Adoption par le Conseil du nouveau règlement relative à la mise en oeuvre des articles 81 et 82 Ce*, in *La Semaine juridique,* 8 gennaio 2003, p. 1 ss.

[128] Valga solo qui sommariamente ricordare che il nuovo regolamento, adottato dal Consiglio il 16 dicembre 2002, per l'applicazione delle regole di concorrenza previste all'articolo 81 e all'articolo 82 del tr. Ce (in *G.u.c.e.* L. 1 del 4 gennaio 2003) ha sostituito il regolamento Ce n. 17 del 1962 (in *Gazz. Uff.*, n. 13 del 21 febbraio 1962), con decorrenza dal 1° maggio 2004. Il regolamento n. 17 del 1962 attuava un sistema di controllo centrale in base al quale le intese che rischiavano di pregiudicare il commercio tra Stati membri, imponendo restrizioni alla concorrenza, dovevano essere notificate alla Commissione per poter beneficiare di un'esenzione. La competenza esclusiva della Commissione ad autorizzare accordi restrittivi della concorrenza, che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, comma 3 (*ex* art. 85, comma 3) del trattato, ha spinto le società a notificare una moltitudine di accordi, vanificando in parte gli sforzi diretti a promuovere un'applicazione rigorosa e decentrata delle regole di concorrenza. Nell'intento di semplificare le formalità amministrative a carico delle imprese e permettere alla Commissione di svolgere un'azione più efficace contro le infrazioni gravi delle regole di concorrenza, la Commissione ha avviato, con il Libro Bianco del 1999 (che si può leggere anche in *Dir. com. e degli scambi internaz.,* 2000, p. 391 ss.) un lungo processo di riforma che ha portato alla pubblicazione del regolamento in questione. Questa riforma compie la transizione da un sistema centralizzato di notificazione preventiva a un sistema di eccezione direttamente applicabile che, basandosi

della normativa del 2003 – che ha realizzato una vera e propria modernizzazione del diritto europeo antitrust[129] – la dottrina ha fatto alcune riflessioni sullo sviluppo dell'arbitrato in materia antitrust, seppure il regolamento, come il precedente, nulla dice in merito alla sua applicabilità al procedimento innanzi agli arbitri[130].

Già sotto la vigenza del previgente regolamento del 1962[131], – ed oggi la prospettiva non è cambiata – la dottrina non ha posto alcun ostacolo in merito alla diretta applicabilità in arbitrato degli artt. 81, comma 1 e 82 tr. Ce, che attribuivano ai singoli diritti che

---

sull'applicazione decentrata delle regole di concorrenza e sul potenziamento del controllo *ex post,* permette di alleggerire il lavoro della Commissione e accrescere il ruolo delle autorità e giurisdizioni nazionali preposte all'applicazione del diritto della concorrenza, garantendone nel contempo l'uniformità. Principale innovazione introdotta dal nuovo regolamento consiste pertanto nell'eliminazione delle dichiarazioni di esenzione che sono state sostituite con la c.d. "eccezione legale", un sistema ove le autorità nazionali sono non solo competenti ad applicare l'art. 101 tr. Fue (*ex* art. 81, comma 1) e l'art. 102 tr. Fue (*ex* art. 82 tr. Ce), per giurisprudenza della Corte (v. le sentenze citate *infra* nota 132), ma anche l'art. 101, comma 3, tr. Fue (*ex* art. 81, comma 3, tr. Ce), la cui applicazione era stata riservata alla sola Commissione dal regolamento n. 17 del 1962.

[129] Come è stato affermato (Calamia, *op. cit.,* p. 102), con il reg. n. 1 del 2003 si è assistito a un rovesciamento del cono prospettico, passando da un sistema caratterizzato dal principio ove tutto è vietato, tranne ciò che è consentito, a un sistema in cui tutto è consentito tranne ciò che è vietato. Pertanto è lecito concludere che se lo scopo del regolamento è questo, nel silenzio del legislatore sull'utilizzo dell'arbitrato, tale strumento deve ritenersi senz'altro ammissibile, proprio perché non vietato.

[130] Oltre agli scritti *infra* nota 133, da ultimo l'ampia disamina sul tema negli scritti in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 1 ss., di Van Houtte, *The application by arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with European Commission* (p. 63 ss.); Lübking, *The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues* (p. 77 ss.); Nazzini, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as* Amici Curiae *and the Status of Their decision in Arbitral Proceedings* (p. 89 ss.); de Groot, *Arbitration and the Modernisation of EC Competition law* (p. 175 ss.). Dopo la pubblicazione del reg. 1 del 2003, la *Icc* di Parigi ebbe modo di costituire una "Task Force" di studiosi per lo studio dell'arbitrabilità delle liti antitrust, la quale si occupò anche di redigere una bozza di note pratiche sulla possibilità della Commissione di intervenire nel ruolo di *amicus curiae* nel procedimento arbitrale in cui viene applicato il diritto europeo della concorrenza. Sul testo e per un commento del "Draft Best Practice Note" v. Nisser-Blanke, *Icc Draft Best Practice Note on the European Commission acting as Amicus Curiae in International Arbitration Proceeding,* in *Europ. Business Law Rev.,* 2008, p. 193 ss. e Mourre, *Dissenting Opinion on a Dangerous Project,* ivi, p. 219 ss.

[131] Sul punto v. Idot, *Arbitrage et droit communautaire,* cit., in part. p. 566.

possono essere fatti valere e tutelati dinanzi ai giudici e alle autorità nazionali[132]. Gli arbitri perciò potevano constatare una violazione e pronunciarsi sulla nullità degli atti giuridici compiuti in esecuzione delle condotte vietate e sulle conseguenze risarcitorie di tali comportamenti, prendendo anche posizione sull'applicazione di un regolamento di esenzione per categoria, a condizione che la clausola compromissoria fosse redatta in termini comprensivi di questo tipo di controversia.

Tuttavia, nel regime previgente, era esclusa per gli arbitri l'applicazione dell'art. 81, comma 3, tr. Ce, in quanto il reg. n. 17 del 1962 prevedeva una competenza esclusiva della Commissione nella concessione delle esenzioni. Oggi, il sistema è cambiato: il reg. n. 1 del 2003 (art. 1), operando il decentramento applicativo prima accennato, ha stabilito che le autorità nazionali e le giurisdizioni statali applicano direttamente l'art. 81, comma 3, tr. Ce (oggi art. 101, comma 3, tr. Fue).

In questa prospettiva, risultando pertanto superata la dicotomia tra la diretta applicabilità del comma 1 dell'art. 101 tr. Fue e la non diretta efficacia del comma 3, la dottrina arriva ad affermare che anche gli arbitri possono avere la medesima competenza dei giudici nazionali ad applicare anche quest'ultima disposizione. Gli arbitri potrebbero quindi applicare, oggi, nei casi di loro competenza, l'art. 101 nella sua interezza, attestando pure quando ricorrono le condizioni di cui al comma 3. In particolare, l'arbitro, di fronte al quale penda una controversia che mette in causa un'intesa contraria al comma 1 dell'art. 101, potrà valutare l'applicabilità del comma 3, basandosi sulle allegazioni probatorie delle parti dell'intesa stessa (*ex* art. 2, reg. 1 del 2003). A favore di una applicazione uniforme di tutto l'art. 101 tr. Fue (come dell'art. 102 tr. Fue) milita anche il considerando n. 4 e l'art. 6 del regolamento, i quali non distinguono mai tra il 1 e 3 comma dell'art. 101 tr. Fue[133].

---

[132] Sul punto, la Corte di giustizia, sent. 30 gennaio 1974, *BRT-SABAM (II),* causa 127/73, in *Racc.* 1974, p. 51 ss. Altrettanto vale per le disposizioni dei regolamenti di esenzione per categoria, su cui v. sent. della Corte 3 febbraio 1976, *Fonderies Roubaux,* C-63/75, in *Racc.*, 1976, p. 111 ss.

[133] È questa l'idea prevalente in dottrina, v. Abdelgawad, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 Ce,* in

Mi sembra che una soluzione di questo tipo sia coerente dal punto di vista sistematico. Una soluzione contraria a tale assunto, infatti, potrebbe creare seri problemi processuali dando àdito a pratiche dilatorie: un arbitro non autorizzato ad applicare infatti la disposizione dell'art. 101, comma 3, tr. Fue sarebbe costretto a spogliarsi della controversia lui sottoposta, rinviando la questione, con un inesistente sistema di collaborazione, al giudice statale.

7. Segue: *il dovere degli arbitri di cooperazione con la Commissione europea*

Il sistema delle relazioni tra arbitrato e istituzioni dell'Unione si complica un po' quando si va ad analizzare più nello specifico la collaborazione tra gli arbitri e la Commissione nell'applicazione del diritto antitrust, un quadro espressamente delineato per i tribunali nazionali dagli artt. 15 e 16 del regolamento n. 1 del 2003 – norme che, dal canto loro, riscrivono l'assetto di competenze tra Commissione ed organi nazionali – ma non per quelli arbitrali[134].

Rev. arb., 2004, p. 254 ss., in part. p. 256 (che evidenzia quattro ragioni per il riconoscimento all'arbitro dell'applicazione dell'art. 81, comma 3, tr. Ce); Nazzini, *International arbitration and public enforcement of competition law,* in *Eur. Competition Law Rev.*, 2004, p. 153 ss.; Radicati di Brozolo, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte,* cit., p. 20; van Houtte, *Arbitration and arts. 81 e 82 EC Treaty. A state of affairs,* in *Asa Bull.,* 2005, p. 431 ss., in part. p. 436. A tale conclusione arriva anche Landolt, *Modernised EC Competition law in international arbitration*, The Hague, 2006, p. 104.

[134] Basti qui ricordare che l'art. 15 prevede, da un lato, la possibilità per gli organi giudiziari di richiedere alla Commissione informazioni in suo possesso o pareri in merito a questioni relative all'applicazione della normativa antitrust europea sottoposte alla loro cognizione, dall'altro, l'obbligo per gli Stati membri di trasmettere alla Commissione copia di tutte le sentenze in materia. Notevole importanza assume la possibilità per le autorità nazionali (all'interno delle proprie giurisdizioni) e per la Commissione, di svolgere la funzione di *amicus curiae,* presentando, nell'ambito di applicazione degli artt. 101 e 102 tr. Fue, osservazioni scritte e orali (quest'ultime solo con il consenso dell'organo giurisdizionale). Principio fondamentale dell'art. 16 è invece quello che le giurisdizioni nazionali devono rispettare le decisioni adottate dalla Commissione quando si pronuncino su accordi, decisioni pratiche ai sensi degli artt. 101 e 102 tr. Fue. È parimenti vietato adottare "decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati". La norma prevede altresì la possibilità della

Premesso che non esiste alcun dovere di cooperazione tra arbitri e Commissione sulla base dell'art. 4, comma 3, tr. Ue, parte della dottrina ha evidenziato che nulla osta a che un collegio arbitrale possa chiedere alla Commissione pareri o notizie su questioni di difficile interpretazione (art. 15, comma 1), ed avvalersi, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, anche della facoltà di invitare la Commissione europea a depositare osservazioni o memorie quale *amicus curiae,* con l'eccezione però che gli arbitri non sarebbero tenuti ad uniformarsi all'opinione della Commissione[135]. Peraltro, come abbiamo già visto sopra al par. 4, lo studio anche sommario delle decisioni della Commissione dimostra l'atteggiamento favorevole dell'esecutivo a rispondere ai quesiti sottoposti dai collegi arbitrali[136].

---

giurisdizione nazionale di sospendere il giudizio dinanzi a sé. Un atteggiamento diffidente nei confronti del coordinamento tra arbitri e Commissione europea emerge dalle parole di Radicati di Brozolo (in *Arbitrato e diritto della concorrenza,* cit., p. 21), il quale evidenzia le difficoltà di conciliare le caratteristiche dell'arbitrato (confidenzialità, celerità, costi, costante volontà delle parti) con questo tipo di procedimento, in mancanza di indicazioni applicative. Una recente comunicazione della Commissione ha fatto chiarezza sui rapporti dell'esecutivo con le giurisdizioni degli Stati membri (da intendersi tali quelle abilitate al rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 tr. Fue). V. la Comunicazione 27 aprile 2004 relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'U.e. ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del tr. Ce, in *G.u.c.e.,* serie C. 101, 27 aprile 2004, p. 54 ss.

[135] V. Abdelgawad, *op. cit.,* pp. 266-271. Altra dottrina ha invece ritenuto che tale intervento della Commissione potrebbe compromettere la riservatezza tipica degli arbitrati e l'indipendenza dei collegi (v. Derains, *L'arbitre, la Commission et la Cour: question de procedure*, in *Gazette du Palais,* 28-29 maggio 2003, p. 45 ss., in part. p. 46). V. anche i dubbi sollevati da Nazzini, *op. cit.,* p. 162 e l'attenta analisi di Landolt, *op. cit.,* 278-294. A conferma di un atteggiamento di apertura nei confronti dell'arbitrato da parte della Commissione, si è espresso anche il Presidente della Commissione stessa (M.me Céline Gauer nel corso della conferenza di Parigi del 4 ottobre 2002 su "Les réformes du droit communautaire de la concurrence et l'arbitrage international. Un nouveau rôle pour les arbitres?" che si può leggere nel resoconto di Schlaepfer, in *Asa Bull.*, 2002, p. 721 ss.) che, oltre a considerare pacifica l'idea che il regolamento debba trovare applicazione in campo arbitrale, ha ritenuto che l'esecutivo europeo risponderà sicuramente alle richieste dei collegi arbitrali, seppure, per contro, non rilascerà informazioni di natura confidenziale.

[136] Questa è la prassi sviluppatosi negli ultimi anni da parte di istituzioni arbitrali quali la *Icc*, che hanno comunicato alla Commissione le loro decisioni. V. Verbist, *L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la Cci,* cit., p. 34 ss.

Nulla osta poi all'applicazione avanti gli arbitri del comma 2 dell'art. 15, secondo cui alla Commissione dovranno essere inviate copia delle decisioni emesse in materia di diritto europeo della concorrenza, a sostegno della quale milita peraltro una prassi favorevole delle più autorevoli istituzioni arbitrali che hanno regolarmente notificato alla Commissione le decisioni depositate presso di loro[137].

Quanto all'applicazione dell'art. 16 del reg. n. 1 del 2003 – che mira a favorire l'applicazione uniforme del diritto europeo antitrust – non sembra che neanche qui sussistano veri e propri ostacoli all'arbitrato[138]. Anzi sul punto, la dottrina ha messo in rilievo che le decisioni della Commissione entrano a far parte delle fonti europee che devono essere applicate dagli arbitri, il cui mancato rispetto genera un vizio del lodo sindacabile in sede di impugnazione[139].

Più problematico sembra, invece, essere l'utilizzo da parte degli arbitri dello strumento sospensivo al fine di evitare decisioni in contrasto con quelle della Commissione europea in procedimenti dalla stessa avviati che rischierebbero l'impugnazione o il non riconoscimento e/o l'esecuzione dei lodi. Su questo terreno si scontrano esigenze intrinseche di celerità della procedura arbitrale (sicuramente più veloce del procedimento avanti alla Commissione), problemi di consenso delle parti alla proroga del termine per la pronuncia del lodo, dubbi sul tipo di sospensione (necessaria o facoltativa) da parte del collegio, eventuale risoluzione del contrasto *ex post* tra il lodo e la decisione della Commissione[140]. Il tema rimane pertanto aperto e

---

[137] Dolmans-Grierson, *L'arbitrage e la modernisation du droit communautaire de la concurrence: nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités,* in *Icc Bulletin,* 2, 2003, p. 57.

[138] La disposizione recepisce l'insegnamento della Corte di giustizia così come espresso nella sent. 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, in *Racc.*, 2000, I, p. 11369 ss., ove si consacra il principio della superiorità delle decisioni della Commissione su quelle delle giurisdizioni nazionali.

[139] V. Abdelgawad, *op cit.,* 272, il quale mette in luce anche che la prassi arbitrale si è posta già in passato il problema del rispetto delle decisioni pronunciate dalla Commissione. V. lodo *ad hoc* reso a Ginevra il 30 giugno 1994, in *Asa Bull.*, 1995, p. 268 ss., spec. p. 282.

[140] Tutti temi che qui possono essere solo accennati e che richiederebbero una trattazione più approfondita per cui si rinvia agli scritti citati alle note precedenti. Vale solo la pena dire che la giurisprudenza arbitrale ha sottolineato che il procedimento arbitrale deve dare preminenza al profilo della rapidità della decisione

non sembrano sufficienti le motivazioni di "sicurezza giuridica" addotte dalla dottrina specialistica per giustificare una piena applicazione dell'art. 16[141], disposizione che, a mio parere, potrebbe trovare una propria *ratio* applicativa solo se si ritenesse preminente l'esigenza di tutela dell'interesse europeo al buon funzionamento del mercato, al cui rispetto vigilano tutti gli organi (giudiziari e non) che applicano la normativa dell'Unione.

In conclusione, mi sembra che al di là e con le riserve necessarie a quest'ultima disposizione, anche il regolamento Ce n. 1 del 2003 costituisce un ulteriore elemento a sostegno dello sviluppo dello strumento arbitrale in ambito antitrust all'interno dell'ordinamento dell'U.e., a dimostrazione ulteriore della sua attiva interazione con le istituzioni europee.

8. *Il controllo delle concentrazioni* ex *reg. Ce n. 139/04 e l'obbligo di ricorrere allo strumento arbitrale: un vero arbitrato?*

Nel panorama dei rapporti tra arbitrato e diritto antitrust di fonte europea un altro ambito particolarmente importante è costituito dall'utilizzo sempre più frequente dello strumento arbitrale in sede di controllo delle concentrazioni all'interno del territorio dell'Unione. L'interesse dell'ordinamento europeo a preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune si realizza, in caso di concentrazioni d'imprese, nell'effettuare una valutazione economica *ex ante* sulla concorrenzialità del mercato[142]. In tal senso la

a discapito della sospensione nell'attesa della decisione della Commissione. V. lodo *Icc* n. 2811 del 1978, in *Jour. dr. internat.*, 1979, p. 983 ss. (con nota di Derains).

[141] V. Abdelgawad, *op. cit.*, p. 273, il quale giustifica la sospensione della procedura arbitrale a "considérations de sécurité juridique", ove la minaccia di un "risque imminent de contradiction des décisions devrait alors primer sur l'exigence de celérité".

[142] Secondo l'art. 3 del previgente reg. Ce n. 4064 del 1989, si ha un'operazione di concentrazione: a) quando due o più imprese precedentemente indipendenti procedono ad una fusione, oppure b) quando: – una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'impresa o – di una o più imprese, acquisiscono direttamente od indirettamente, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo

normativa europea (prima il reg. n. 4064 del 1989 ed oggi il reg. n. 139 del 2004[143]) stabilisce l'obbligo di notifica di tutte le operazioni di concentrazione di dimensione "comunitaria", alla Commissione, che, dopo averne analizzato i potenziali effetti sul mercato, adotterà una decisione sulla compatibilità o meno con la disciplina del libero mercato. Sia il previgente che l'attuale regolamento del Consiglio (art. 8) hanno stabilito che la Commissione possa subordinare la decisione "a condizioni e obblighi destinati a garantire che le imprese interessate adempiano gli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune". Tra tali richieste vi può essere quella di obbligarsi a ricorrere all'arbitrato in caso di controversie sorte con persone fisiche o giuridiche che si riterranno danneggiate dalla concentrazione. La prassi della Commissione si è sviluppata in questo senso e dal 1992 si è cominciato ad assistere a decisioni dell'esecutivo europeo (si sono ravvisati già una quarantina di procedimenti ove veniva inserita una clausola compromissoria) che sono state fatte oggetto di recenti e corposi studi[144].

---

dell'insieme o di parti di una o più imprese. Oggi, a norma del considerando n. 20 del reg. Ce n. 139 del 2004, la nozione di concentrazione viene valutata in un altro modo ossia in linea generale tale "da coprire le operazioni che producono una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e pertanto nella struttura del mercato. È pertanto opportuno includere nel campo d'applicazione del presente regolamento tutte le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma. È inoltre opportuno trattare come un'unica concentrazione le operazioni che sono strettamente collegate tra loro con vincolo condizionale o assumono la forma di una serie di operazioni su valori mobiliari concluse in un periodo di tempo ragionevolmente breve.". Per i criteri v. l'art. 2 del regolamento. L'effetto di una concentrazione può infatti essere quello di creare un soggetto economico che detiene una posizione dominante, che può rendere agevole il compimento di abusi tali da creare una restrizione della concorrenza, in violazione del dettato dell'art. 82 tr. Ce.

[143] Si tratta del reg. Ce n. 4064 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in *Gazz. uff.,* n. L. 395 del 30 dicembre 1989, poi sostituito dal reg. Ce n. 139 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese in *G.u.c.e.,* n. L. 24 del 29 gennaio 2004.

[144] Sul tema in letteratura v. Idot, *Une innovation surprenante: l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle des concentrations,* in *Rev. arb.*, 2000, p. 591 ss.; Blessing, *Arbitrating antitrust and merger control issues,* Zurigo, 2003, *passim*; Liebscher, *L'arbitrage dans le procédures de contrôle des concentrations: des perspectives,* in *Cah. arb.*, 1, 2003, p. 24 ss.; Radicati di Brozolo, *A paradigm of*

In linea generale, evitando in questa sede di passare in rassegna le molteplici decisioni della Commissione e mancando un modello standardizzato di arbitrato[145], basti dire che tali decisioni prevedono l'assunzione, da parte delle imprese richiedenti l'autorizzazione, di impegni arbitrali con effetti *erga omnes* ovvero nei confronti di tutti i terzi che contestino l'operazione di concentrazione o le sue modalità. In altre parole la società richiedente l'autorizzazione assume l'impegno di aprire un futuro procedimento arbitrale di cui non conosce né la controparte né l'oggetto, se non via approssimativa. Con una sorta di clausola arbitrale per adesione, il terzo potrà (non dovrà, in quanto viene fatto salvo il ricorso alla giurisdizione ordinaria) promuovere il giudizio arbitrale al fine di verificare il rispetto delle imprese degli obblighi assunti in base alla decisione nella garanzia della concorrenza.

Nella maggior parte dei casi la Commissione fissa per lo strumento arbitrale parametri abbastanza stringenti, proprio per mantenere un controllo sugli arbitri e sul procedimento arbitrale. Alcune volte la Commissione si è addirittura riservata di intervenire a propria richiesta nel procedimento, chiedendo di essere sentita ovvero di agire quale "amicus curiae" del collegio arbitrale, seppure non si è permesso a quest'ultimo di ottenere informazioni e porre quesiti alla Commissione sui mercati e sulle analisi economiche su cui basare le proprie valutazioni[146]. L'analisi delle decisioni evidenzia una varietà di impostazioni e di scelte da parte dell'esecutivo europeo: non sempre la clausola compromissoria specifica come l'arbitrato debba essere organizzato, lasciando così ampia autonomia alle parti. In particolare, a proposito della nomina degli arbitri si è previsto anche che, in mancanza di accordo tra le parti, dovesse provvedervi una di esse,

---

the Relations between Arbitration an Mandatory Rules – a Fresh Look at the second look, in *Int. Arb. Law Review*, 2003, p. 23 ss., spec. p. 34 ss.; Id., *Arbitration in Ec merger Control: Old Wine in a New Bottle,* in *Europ. Business Law Rev.,* 2008, p. 7 ss.; Liebscher, *Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control, in Jour. internat. arb.*, 2004, p. 68 ss.; Blanke, *The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies*, Groningen, 2006, *passim*.

[145] Per una cui rassegna, v. Blessing, *op. ult. cit.*; Blanke, *op. ult. cit.*

[146] V. Blanke, *The Use and Utility*, cit., p. 135 ss. e p. 154 ss.

salva la conferma successiva da parte della Commissione[147]. In altri casi, invece, si è data molta rilevanza alla velocità dei procedimenti di soluzione della lite a tal punto da istituire dei percorsi "fast track" di soluzione mensile o bimestrale[148]. Anche il profilo probatorio ha avuto la sua rilevanza: la Commissione ha fissato in certi casi il principio della "prima facie evidence rule" per alleggerire la posizione del terzo nei confronti della parte che ha chiesto l'autorizzazione in quanto è quest'ultima ad avere in mano la maggior parte del materiale istruttorio[149].

Comunque sia, la natura di clausola aperta a un numero indeterminato di adesioni impone certamente che il collegio arbitrale sia determinato nella clausola o comunque facilmente determinabile, cosicché ogni soggetto terzo potenzialmente leso possa rivolgersi ad esso. Si giustificano in tal senso i frequenti ricorsi ai più noti centri di arbitrato amministrato (*Icc* e *Lcia*), quale sedi idonee per tali offerte d'arbitrato.

In questo quadro sono sorti in letteratura molteplici dubbi sul fatto che l'arbitrato delineato in materia di concentrazioni possa o meno considerarsi un arbitrato volontario, frutto dell'autonomia contrattuale. La dottrina è divisa tra chi ritiene tale arbitrato una figura "sui generis", chi una "longa manus" della Commissione, chi un "Buddha's watching eye", guardiano del funzionamento mercato europeo[150], chi lo ritiene, infine, un arbitrato vero e proprio[151].

Mi sembra di propendere per l'idea che, da come è stato delineato dalle decisioni della Commissione, l'arbitrato in sede di controllo

---

147 Si tratta del caso *British Arways/TAT* (caso n. IV/M.259), Decisione della Commissione del 27 novembre 1992 che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso) in base al Regolamento Ce n. 4064 del 1989 del Consiglio, in *Gazz. uff.,* n. C. 326 del 11 dicembre 1992, in Blessing, *op. ult. cit*., pp. 92-93.

148 V. il caso *Vodafone Airtouch/Mannesmann* del 2000 (caso n. Comp./M.1795) in Blessing, *op. ult. cit.*, p. 104 ss.

149 V. il sopra citato caso *Vodafone* del 2000, clausola 25, in Blessing, *op. ult. cit.,* p. 106.

150 Blessing, *op. ult. cit.,* p. 162, che lo ritiene una forma di arbitrato obbligatorio.

151 Radicati di Brozolo, *Antitrust: a Pradigm,* cit., p. 34, il quale successivamente in Id., *Arbitration in EC Merger,* cit., p. 14 parla proprio di "vecchio vino in una botte nuova".

di concentrazioni possa ritenersi un autentico arbitrato convenzionale. Non c'è dubbio che l'inserimento di una clausola compromissoria unilateralmente imposta (in quanto non assunta liberamente dalla parte che chiede la concentrazione) possa suonare un po' strana, ma è pur vero la controparte rimane sempre libera di decidere se ricorrere all'arbitrato, e pertanto perfezionare la convenzione, o ricorrere alla giustizia statale, ignorandola[152].

Sotto tale profilo la scelta, *in primis,* dello strumento arbitrale, da parte della Commissione sembra in armonia con una volontà europea di lasciare che il diritto antitrust sia affidato agli strumenti di giustizia privata, come abbiamo già visto affrontando il reg. n. 1 del 2003[153].

In conclusione, anche in questa sede, e al di là di ogni valutazione definitiva circa la natura dell'arbitrato di cui ci siamo occupati, è rilevante osservare che, ancora una volta, l'arbitrato è visto quale strumento utile ed accettato nell'ordinamento dell'Unione anche laddove vi sia l'applicazione di norme imperative.

9. *Sintesi*

Una breve sintesi dei temi qui trattati.

È un dato di fatto che l'arbitrato sia diventato uno strumento fondamentale per l'applicazione del diritto antitrust, non solo nell'Unione ma in tutto il mondo anche per la duttilità e le caratteristiche che lo elevano a strumento ottimale per la soluzione delle controversie commerciali.

L'analisi che si è volta sembra dare per assodato oggi che l'ostacolo dell'arbitrabilità delle liti antitrust, dogma insuperabile fino

---

[152] La figura della c.d. "clausola compromissoria unilaterale" non è ignota nemmeno al nostro ordinamento e trova conferme di validità sia in dottrina sia in una (seppur risalente) giurisprudenza. V. Zucconi Galli Fonseca, *Sub. art. 806*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 81.

[153] Rafforzando il profilo dell'arbitrato di guardiano dell'ordinamento europeo nella materia del controllo delle concentrazioni, Blanke, *op. ult. cit.,* p. 183 ss., arriva a definirne la natura di "supranational arbitrator", portatore degli interessi dell'Unione.

all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, possa ritenersi superato.

È pur vero che la Corte di giustizia fino al caso *Benetton* non si è pronunciata sul punto, ma ha lasciato ai singoli ordinamenti la possibilità di farlo, non essendo in suo potere la facoltà di invadere le singole peculiarità processuali nazionali in materia d'arbitrato (come vedremo meglio oltre). La Corte, tuttavia, dando tale assunto per scontato, affronta il tema successivo dell'applicabilità delle norme di ordine pubblico in sede di impugnazione del lodo, evidenziandone la necessarietà applicativa, anche se queste, come era accaduto in quel caso, non era state fatte oggetto di valutazione nel corso del procedimento arbitrale.

La superiorità del diritto europeo e in particolare quello di ordine pubblico, così come di quello antitrust, impone la propria attuazione sia nel corso dell'arbitrato sia nel corso del giudizio di controllo avanti il giudice statale, fintantoché ciò non spetti alla competenza esclusiva degli organi nazionali od europei.

Tuttavia l'apertura all'arbitrabilità delle liti in materia di concorrenza da parte delle giurisprudenze nazionali a questo punto pone un problema di contrappeso in sede di controllo del lodo da parte dei giudici dell'impugnazione e del riconoscimento/esecuzione. Sarà questo il banco di prova della buona riuscita dell'applicazione delle norme inderogabili da parte degli arbitri: un errore degli arbitri nell'applicazione può rendere nullo il lodo ed inutile l'intero procedimento arbitrale. Si può così anticipare ciò che si tratterà nel cap. IV, cioè che in questa materia diventa fondamentale l'intensità del controllo da parte dei giudici statali: l'accettazione dell'arbitrabilità allargata non deve necessariamente portare né ad eliminare il controllo dell'ordine pubblico in piena fiducia nell'arbitrato, né condurre i giudici a rivedere l'intera vicenda, rendendo inutile il procedimento arbitrale. Solo se il controllo dell'ordine pubblico da parte del giudice statale è soppesato e svolto con giusto equilibrio, svolge una funzione di valvola di sicurezza del sistema, imponendo, da una parte, agli arbitri un dovere di applicazione e, dall'altra, concedendo agli Stati comunque una via di controllo sul loro operato.

Sezione III

ARBITRATO E IL DIRITTO EUROPEO DEI CONSUMATORI

"L'arbitrage suppose un équilibre des forces;
partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie".

Motulski, *L'arbitrage et les conflits du travail*,
in *Rev. arb.*, 1956, p. 78

1. *Il diritto dei consumatori e l'arbitrato: la validità delle convenzioni arbitrali di fronte ai legislatori nazionali*

Lo studio dei rapporti tra arbitrato e diritto dei consumatori è immerso in un'atmosfera di ostilità nei confronti del giudice privato sia da parte delle istituzioni europee che da parte degli ordinamenti nazionali. In questo campo non si è quindi (ancòra) manifestata quell'atmosfera di apertura che ha caratterizzato il riconoscimento dell'arbitrabilità delle controversie antitrust cui abbiamo assistito nella sezione precedente.

Ciò è ricollegabile essenzialmente ad un duplice ordine di motivi: innanzitutto, la normativa europea sul consumo è di formazione recente (o almeno molto più recente di quella antitrust) e pertanto ancora in fase di consolidamento da parte delle giurisprudenze sia nazionali che europea; in secondo luogo, tale materia è intrisa di un interesse non solo pubblico, di tutela dell'ordinamento (caratteristico dell'antitrust), ma anche più prettamente privato allorché mira a ripristinare lo squilibrio tra diritti ed obblighi derivanti da un contratto tra una parte economicamente più "forte" e una più "debole", quest'ultima senz'altro bisognosa di un sostegno e di rimedi processuali ulteriori a fronte degli sforzi economici che la stessa potrebbe trovarsi ad affrontare in sede arbitrale, circostanza che già di per sé non deputerebbe l'arbitrato a strumento adatto alla soluzione di tali liti[154].

[154] Costi e collocazione della sede a scelta di una delle parti sono i due motivi fondamentali che di fatto farebbero rinunciare il consumatore ad instaurare

Questo è lo spirito di fondo da tener presente quando si incontrano rimedi processuali volti, da un lato, a tutelare la liceità dell'inserimento della clausole compromissorie nei contratti tra professionisti e consumatori (i c.d. contratti *B2C*, "business to consumer"), dall'altro, a rafforzare i poteri del giudice statale in sede di impugnazione del lodo in materia di tutela al consumo.

Ma procediamo con ordine.

Per affrontare da vicino il tema del rapporto tra arbitrato e tutela del consumatore, a differenza della materia antitrust già analizzata, si deve sia esaminare il profilo dell'arbitrabilità delle liti che coinvolgono i diritti dei consumatori, sia – in virtù della necessaria tutela della parte contrattualmente debole – esaminare il profilo della valida formazione del consenso nella stipulazione di una clausola arbitrale contenuta in un contratto del consumatore.

Due questioni che devono essere tenute ben distinte[155]. Solo una volta risolta positivamente la questione (preliminare) dell'arbitrabilità, sarà possibile affrontare quella della validità della clausola stipulata. Tuttavia, come si vedrà tra breve, il legislatore europeo e quelli nazionali hanno aggirato il tema dell'arbitrabilità delle controversie e puntato l'attenzione sulla valida formazione del consenso del consumatore, ritenendo quest'ultima in realtà fondamentale per garantire la tutela dei diritti del consumatore e ponendola a base dell'atteggiamento ostativo nei confronti dell'utilizzo dell'arbitrato nelle liti consumeristiche.

---

l'arbitrato per la tutela dei propri diritti. Secondo Jarrosson, in *Rev. arb.,* 1996, p. 781, per il consumatore "*en matière de litige de la consommation, le jeu n'en vaut pas la chandelle"* (espressione già utilizzata da Van Houtte, *Consommateur et arbitrage,* in *Rev. arb.*, 1978, p. 197). Di recente in tema di tutela del consumatore in ambito europeo, L.P. Comoglio, *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore,* in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 231 ss.

[155] La distinzione tra validità della convenzione arbitrale ed arbitrabilità della controversia non può passare in sordina. Va infatti evidenziato che il controllo sulla compromettibilità della lite non ha nulla a che vedere con il controllo sulla validità del consenso espresso dai contraenti, quest'ultimo regolato alle norme in materia contrattuale. Come vedremo, è infatti proprio sulla (più delicata) questione della valida formazione del consenso, che si dipana l'ampia e complessa tematica della convenzione arbitrale stipulata da un consumatore e non sul tema della compromettibilità in arbitri del diritto dei consumatori, in realtà data quasi per scontata. V. *infra* par. 4.

È quindi sul tema della validità del patto compromissorio – in quanto maggiormente fonte di discussione – che ci si vuole subito soffermare lasciando al tema dell'arbitrabilità il successivo par. 4.

Innanzitutto, è bene ricordare che per circa quarant'anni dal trattato di Roma fino a quello di Maastricht è mancato un riferimento esplicito alla tutela dei consumatori. Solo con quest'ultimo la protezione dei consumatori è stata chiaramente definita come uno degli obiettivi dell'allora Comunità europea ed oggi Unione, tramite l'introduzione di un articolo (art. 169 tr. Fue, *ex* art. 153 tr. Ce) in un apposito titolo (oggi titolo XV)[156].

All'interno del suo programma di protezione dei consumatori la Commissione europea ha emesso la direttiva 93/13[157], con lo scopo di proteggere i consumatori dalle clausole abusive dalle stesse sottoscritti con i professionisti. La direttiva individua, a titolo esemplificativo, come abusive anche quelle clausole volte a "sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o di vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente

[156] In realtà già all'inizio degli anni Ottanta si era iniziato a pensare a creare un livello minimo di tutela per i consumatori negli Stati membri nell'ottica che aumentando la fiducia dei consumatori verso beni provenienti dagli altri Stati membri, si sarebbero favoriti gli scambi infracomunitari e pertanto il mercato comune. Sulla base infatti dell'art. 2 tr. Ce vennero emanate le prime direttive a tutela dei consumatori, come quelle sulla pubblicità ingannevole, sulla responsabilità per i danni arrecati dai prodotti venduti, sul credito al consumo. Sarà l'art. 100, introdotto con l'Atto Unico Europeo, ad attribuire alla Commissione il potere di presentare al Consiglio proposte relative al ravvicinamento delle disposizioni relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. Tra tali proposte la norma prevede che, ove riguardino, tra l'altro, la protezione del consumatore, devono basarsi su un livello di protezione elevato. Quindi con l'introduzione dell'art. 169 tr. Fue (*ex* art. 153 tr. Ce) si è stabilito che l'Unione deve prevedere al conseguimento di un modello di protezione elevato dei consumatori. In definitiva, si è assistito ad un'evoluzione dell'ordinamento europeo da una concezione secondo cui la protezione dei consumatori era essenzialmente un mezzo (ancillare) per la realizzazione di un mercato comune integrato e competitivo ad una concezione che poneva la tutela del consumatore al centro della propria politica tanto da divenire uno dei fini dell'Unione *ex* art. 12 tr. Fue. V. anche art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007.

[157] Direttiva Ce n.93/13 del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori, in *G.u.c.e.*, L. 95 del 21 aprile 1993, p. 29 ss., attuata, come vedremo tra poco, in Italia, con la l. 6 febbraio 1996, n. 52.

a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche […] (art. 1, lett. q) dell'allegato)".

Innanzitutto, secondo il dettato della norma, la clausola compromissoria non produce alcun effetto se è stata stipulata prima della controversia e se non è stata negoziata dal consumatore (grazie all'esenzione dell'art. 3, comma 2 della stessa direttiva). Al contrario, nel caso di compromesso stipulato dopo il sorgere della lite tale limitazione all'efficacia non si applica, così come nel caso in cui le parti confermino avanti agli arbitri la clausola compromissoria stipulata in precedenza[158].

In secondo luogo, perché la clausola arbitrale si possa considerare abusiva e quindi inefficace deve sussistere un ulteriore requisito: l'arbitrato deve essere previsto come rimedio esclusivo. Ciò vuol dire che se una delle parti rimane libera di optare per il procedimento giudiziale, la clausola non può essere ritenuta inefficace ai sensi della direttiva.

In terzo luogo, l'arbitrato non deve essere disciplinato "da disposizioni giuridiche". Tale espressione – certamente non molto chiara – è stata frutto di ambiguità non solo per gli interpreti ma anche per gli Stati in sede di attuazione della direttiva stessa[159]. Come è stata evidenziato, tale disposizione rigidamente intesa comporterebbe che tutti gli arbitrati amministrati da Camere di arbitrato non possano essere ammessi, in quanto non seguono un procedimento stabilito dal legislatore: una conclusione questa che non può essere accettata e che cozza con alcune tendenze normative che, come vedremo tra breve, rafforzano la compromettibilità di tali liti avanti le istituzioni d'arbitrato. Ecco perché, secondo parte della dottrina, sarebbe invece da preferire una lettura della direttiva che limiti la dichiarazione di abusività della clausola a quelle disposizioni che

---

[158] Rubino-Sammartano, *International arbitration law and practice*, The Hague, 2001, pp. 545-546. Infatti, va ricordato, la direttiva in questione non si occupa del compromesso negoziato dopo il sorgere della lite.

[159] Le perplessità manifestata da questa previsione sono state evidenziate anche dall'avv. generale Tizzano nella causa *Mostaza Claro*, su cui *infra*, spec. punti 23 ss. Alla luce della sua non univocità, i legislatori nazionali, nell'adeguarsi alla direttiva, hanno adottato soluzioni variegate, come dimostra il Rapporto della commissione sull'applicazione della direttiva 93/13/Cee, in *G.u.c.e.,* C. n. 166/117 del 20 aprile 2001.

rinviino a procedimenti arbitrali convenzionali e *ad hoc* ovvero che non sono regolati né dalla legge né da disposizioni emesse dalle corti d'arbitrato amministrato[160]. Anche se non si condividesse tale tesi, mi sembra tuttavia che debbano comunque essere sempre salvati gli arbitrati amministrati c.d. da legge, come per esempio, gli arbitrati delle opere pubbliche e, come vedremo tra breve, gli arbitrati in materia di risparmio *ex* legge n. 262 del 2005.

È un dato empirico che molti dei paesi membri, che hanno fatto già proprio il testo della direttiva, hanno utilizzato termini differenti; complice ne è sia il carattere ambiguo del testo normativo sia la natura non vincolante dell'allegato alla direttiva del 1993, che ha lasciato spazio a scelte diverse in punto di individuazione delle clausole vessatorie nonché nella previsione di forme specifiche di arbitrato.

Così il legislatore italiano, nel recepire la predetta direttiva – con la legge 6 febbraio 1996 n. 52 che, novellando il codice civile, ha introdotto il capo XIV-*bis*[161] – non ha fatto menzione nell'art. 1469-*bis*, comma 3, n. 18, c.c. delle clausole compromissorie, ma solo delle clausole che sanciscono deroghe alla competenza dell'au-

---

[160] De Nova, in Bernardini-De Nova-Nobili-Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 18.

[161] La l. 6 febbraio 1996, n. 56, attuativa della direttiva 93/13, ha introdotto nel codice civile un capo (il XIV-*bis*) dedicato ai "contratti del consumatore" contenente alcune norme (art. 1469-*bis* ss. c.c.) concernenti le cosiddette clausole vessatorie (espressione utilizzata dal legislatore italiano per ragioni, si è detto, di nazionalismo linguistico, visto che la direttiva usava l'espressione "abusive" omologa a quella francese "clauses abusives"). Come è noto, alla tutela di carattere meramente formale prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c., il legislatore del 1996 ha affiancato, a tutela del consumatore, una ben più pregnante ed incisiva tutela di tipo sostanziale: non è né sufficiente né necessaria per la validità delle c.d. clausole abusive, contenute nei contratti dei consumatori, la specifica sottoscrizione, ma occorre fornire la prova – a carico del professionista – che le singole clausole siano state oggetto di trattativa individuale (art. 1469-*ter*, comma 4, c.c.) tale da escludere un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Mentre l'elenco delle clausole vessatorie contenuto nel 2 comma dell'art. 1341 c.c. è tassativo e di impossibile estensione analogica, viceversa come l'inclusione di una clausola nell'elenco dell'art. 1469-*bis* c.c. non comporta l'automatica abusività, essendo ammessa la prova contraria, ugualmente l'elenco non è tassativo, ma è sempre possibile decretare, nel caso concreto, l'abusività di clausole in esso non inserite che producono un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto.

torità giudiziaria[162], al contrario di quanto stabilito nell'art. 1341, comma 2, c.c. dove queste ultime clausole sono menzionate assieme a quelle compromissorie.

La dottrina italiana si è pertanto posta il problema di stabilire se la mancata ripetizione nel testo dell'art. 1469-*bis* c.c. della specifica disposizione dettata dalla direttiva in tema di arbitrato, dovesse intendersi nel senso di escludere la vessatorietà di qualunque clausola compromissoria o imponesse, al contrario, condividendo un'interpretazione estensiva dell'espressione "deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria", di presumere comunque il carattere abusivo (con conseguente inefficacia) di tutte le clausole arbitrali, salvo prova contraria[163].

La questione della validità della clausola arbitrale contenuta in un contratto del consumatore non è stata risolta in modo pacifico né dalla dottrina né dalla giurisprudenza.

---

[162] La disciplina di attuazione recita: "sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria […]".

[163] La letteratura italiana sulla direttiva n. 93/13 e sulle clausole vessatorie è ormai vastissima, tra le tante opere si segnalano, Pardolesi, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.,* 1994, c. 137 ss.; Troiano, *L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva Cee del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale",* in Bianca-Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori,* Padova, 1996, p. 597 ss.; De Nova, *Le clausole vessatorie,* Milano, 1996, *passim*; Barenghi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile,* Napoli, 1996, *passim*; Alpa-Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori,* Milano, 1997, *passim*; Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie,* Napoli, 1999, *passim*; Bianca-Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore,* Padova, 1999, *passim*; Patti, *Contratti del consumatore*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale,* I, Torino, 1999, p. 340 ss.; Gabrielli-Orestano, voce *Contratti del consumatore,* in *Dig. disc. priv., sez. civ.,* 2000, p. 225 ss.; Alpa, *Il diritto dei consumatori,* Roma-Bari, 2002, *passim*; Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore,* 3ª sez., I, Padova, 2002, *passim*; Troiano, *Art. 1469-bis, 1° comma. Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto,* in *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in Alpa-Patti (a cura di), in *Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli*, Milano, 2003, p. 31 ss.; Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie,* Padova, 2004, *passim*; Minervini, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratto*, diretto da Roppo, IV, 1, *Rimedi*, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 496 ss.

Nemmeno la riforma attuata dal Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) ha fatto chiarezza in merito in quanto l'art. 33, comma 2, lett. t), riprende il dettato del vecchio art. 1469-*bis* c.c., considerando presuntivamente vessatorie le clausole che sanciscono a carico del consumatore "deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria"[164].

In dottrina, sono state proposte diverse soluzioni a seconda dell'interpretazione più o meno estensiva attribuita alla nozione di "deroga alla competenza giurisdizionale". Mentre alcuni ritengono che la mancata ripetizione nel codice del consumo della disposizione dettata dalla direttiva porti ad escludere la vessatorietà delle clausole arbitrali (rituali e non)[165], altri (la corrente maggioritaria) ritengono che sarebbero proprio ragioni di coerenza interna alla normativa, finalizzata alla tutela del consumatore, ad indurre a qualificare vessatoria la clausola compromissoria tanto rituale che libera[166], altri

---

[164] V. i rilievi di Bove, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, par. 2, in *www.judicium.it*. Sul codice del consumo v., *ex multis,* Alpa-Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo-Commentario,* Napoli, 2005, *passim*; Alpa, *Disamina sul Codice del Consumo,* in *I contratti,* 2005, p. 1047 ss.; Id., *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. e impr. Europa,* 2006, p. 1 ss.; Rossi Carleo, *Il Codice del consumo: prime impressioni tra critiche e consensi,* ivi, p. 33 ss.; Sirena, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2005, II, p. 277 ss.; Patti, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla,* ivi, 2005, II, p. 282 ss.; Conti, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive,* in *Corr. giur.*, 2005, p. 1749 ss.; Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore,* in *Riv. dir. priv.,* 2005, p. 837 ss.; Palmieri, *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii e innovazioni*, in *Foro it.,* 2006, V, c. 77 ss.; Battelli, *Consumatore: nozione, clausole abusive e foro del consumatore,* in *Corr. merito*, 2006, p. 5 ss.; Mariconda, *Il Codice del Consumo*, ivi, 2006, p. 15 ss.; G. De Cristofaro, *"Il Codice del consumo"*, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2006, p. 747 ss.; Minervini-Rossi Carleo (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo,* Torino, 2009, *passim*.

[165] Alpa, *La clausola arbitrale nei contratti dei consumatori,*in *Riv. arb.,* 1997, pp. 679-680; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 213, nega la presunzione di vessatorietà delle clausole arbitrali per il rilievo che nel nostro ordinamento sia l'arbitrato rituale che quello libero sono regolati da disposizioni giuridiche e quindi rispecchiano le indicazioni del legislatore europeo contenute nella lettera q dell'allegato della direttiva n. 93/13.

[166] De Nova, *Le clausole vessatorie,* cit., p. 26; Festi, *La clausola compromissoria,* Milano, 2001, p. 346; Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale: profili comparatistici e processuali,* Torino, 2002, p. 285 ss. Tale tesi sembra anche oggi (a seguito della riforma dell'arbitrato del 2006) valida in virtù dell'art. 819-

ancora sostengono invece che debbano considerarsi vessatorie solo le clausole compromissorie per arbitrato irrituale, in quanto le uniche a non essere disciplinate da regole legislative[167].

In giurisprudenza, si ritrovano tutti gli orientamenti delineati in letteratura[168] ma, mancando ancora una pronuncia della Suprema Corte[169], la giurisprudenza di merito prevalente si è assestata sulla presunzione di vessatorietà delle clausole compromissorie che non siano state oggetto di trattativa sia con riferimento a quelle rituali che irrituali[170].

---

ter c.p.c., il quale, qualificando in termini di competenza i rapporti tra giudice e arbitro, considera l'eccezione di compromesso come una questione di competenza pertanto riconducibile alla dizione dell'art. 33, comma 2, lett. t), codice consumo.

[167] Consolo-De Cristofaro, *Clausole abusive e processo,* in *Corr. giur.,* 1997, p. 473. Tale interpretazione pare difficilmente sostenibile alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006, il quale ha introdotto una regolamentazione legislativa più forte dell'arbitrato irrituale.

[168] Per esempio si è espressa nel senso di escludere la vessatorietà delle clausole arbitrali rituali e irrituali, Trib. Monza, 21 gennaio 2003, in *Giur. milanese*, 2003, p. 149 ss., evidenziando che il ricorso ad una procedura arbitrale non comporta la riduzione della tutela che l'ordinamento garantisce al consumatore. Contro la vessatorietà degli arbitrati irrituali, v. Trib. Rimini, 31 marzo 2004, in *Foro it.,* 2004, I, c. 2542 ss. il quale ha considerato non vessatoria la clausola che, in un contratto di assicurazione infortuni, preveda la devoluzione delle controversie sulla misura dell'indennizzo ad un collegio di medici

[169] Salvo una pronuncia ove, *obiter dictum,* la Corte di cassazione considera vessatoria anche una clausola compromissoria (rituale) in virtù della "modalità assimetrica" con cui essa opera in un contratto con un consumatore (Cass., 25 agosto 2006, n. 18511, in *Guida dir.,* 2006, p. 65). La Suprema Corte esplicitamente si è soltanto pronunciata in materia di contratti per adesione escludendo che la clausola compromissoria per arbitrato irrituale rientri fra quelle da approvarsi specificamente per iscritto, a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c., non avendo tale pattuizione contenuto derogativo della competenza del giudice ordinario, a differenza di quella per arbitrato rituale (Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.,* 1992, I, c. 3298 ss.).

[170] Tribunale di Roma, 18 agosto 2006, in *www.judicium.it*; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Giur. it.,* 2001, p. 743 con nota di Zuccaro; Trib. Roma, 8 maggio 1998, in *Foro it.,* 1998, I, c. 1989 ss.; Trib. Torino, 27 novembre 2001, in *Giur. merito,* 2002, p. 112 ss.; Giudice di Pace di Ancona, 28 aprile 2003, in *Foro it.,* 2004, I, c. 307 ss., Giudice di Pace di Sant'Anastasia. 6 dicembre 2005, in *Giur. merito,* 2006, p. 1929 ss.; Corte d'appello Genova, 13 febbraio 2007, in *Obbl. e contr.,* 2007, p. 650 ss., con nota di Schiavone. In questa ultima sentenza il collegio ha evidenziato che "se si considera che la direttiva – nel tipizzare, tra le clausole vessatorie, quelle che prevedono deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria – ha lasciato liberi gli Stati membri di integrare l'elenco o formularlo in senso più restrittivo nell'ambito della loro legislazione nazionale, autorizzandoli altresì ad

Quest'ultima lettura della norma si pone più in linea con una visione unitaria del fenomeno arbitrale italiano e forse più in sintonia con l'introduzione, operata dalla riforma del 2006, di una disciplina normativa anche per l'arbitrato irrituale[171].

Nuovi spiragli a favore dell'inserimento delle clausole arbitrali nei contratti con i consumatori sembrano provenire dal recente d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (relativo all'istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato e alla previsione di un fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori), il quale stabilisce che "la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta" (art. 6)[172]. Secondo la dottrina,

---

adottare e mantenere in vigore disposizioni più severe, deve ritenersi che l'art. 1469-*bis*, n. 18, c.c. (ora art. 33, lett. t), cod. consumo) considerasse abusive anche le clausole per arbitrato irrituale".

[171] Secondo Zucconi, Galli Fonseca, *Sub. art. 806 c.p.c.,* in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 95, si potrebbe pensare che sia venuta meno la *ratio* che riteneva non regolata da disposizioni giuridiche l'arbitrato irrituale, il quale, in virtù dell'introduzione del nuovo art. 808-*ter* c.p.c., avrebbe oggi un *minimum* di disciplina.

[172] Il d.lgs. n. 179 del 2007 (in *Gazz. uff.*, 30 ottobre 2007, n. 253) è stato adottato in attuazione della delega contenuta nella legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante il codice del risparmio, con il quale è stato istituito un procedimento di conciliazione ed arbitrato da svolgersi davanti alla Consob per le controversie in materia di investimento. La Consob ovviamente non decide la controversia ma, come tutti i casi di arbitrato amministrato, funziona da elemento organizzatore e regolamentare. L'arbitrato ha natura rituale e il lodo è impugnabile anche per violazione di norme di diritto (in deroga all'art. 829, comma 3, c.p.c.) (art. 5 del d.lgs.). L'art. 6 d.lgs. n. 179 del 2007 prevede che "la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta". Ne consegue che, nel caso di clausola arbitrale contenuta nei contratti conclusi con gli investitori, la procedura arbitrale potrà essere attivata soltanto dall'investitore, il quale, dunque, potrà anche scegliere la strada della giustizia ordinaria; l'intermediario, invece, sarà in ogni caso vincolato alla clausola "a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta". La locuzione appena citata richiama quella dell'art. 34, comma 4, cod. consumo, in relazione a quella dell'art. 33, comma 2, lett. t), del codice stesso; il legislatore, quindi, ha reputato quale indice di squilibrio (normativo) contrattuale la presenza nel contratto con l'investitore di una clausola arbitrale (la quale, peraltro, viene

tale previsione "tronca in radice" il problema della vessatorietà della clausola arbitrale, in quanto i risparmiatori appartengano alla più ampia categoria dei consumatori, secondo l'accezione dell'art. 3 codice del consumo[173].

Ad ogni modo, a seguito del recepimento della direttiva n. 93/13, nonostante l'atteggiamento (principalmente) ostativo dell'Italia, altri ordinamenti riconoscono invece in determinati casi la validità delle clausole arbitrali contenute nei contratti con consumatori[174].

Per esempio, l'ordinamento spagnolo ha recepito la dir. 93/13 con la legge 13 aprile 1998 n. 7, che ha modificato la precedente legge n. 26 del 1984 sulla protezione della tutela dei consumatori contro le clausole abusive. In virtù di quest'ultima normativa (art. 10-*bis*) vengono considerate abusive (e quindi nulle) le clausole compromissorie (ma non i compromessi), salvo quelle in materia di consumo e purché si tratti di organi arbitrali istituiti da disposizioni legislative per un settore specifico[175].

In Francia, la clausola compromissoria inserita in un contratto tra consumatore e professionista è considerata in linea di principio valida (*ex* art. 2061 *code civil*), fermo restando la possibilità per il consumatore di dimostrare che essa determina nel caso specifico uno squilibrio tra le parti ed è pertanto inefficace (art. L. 132-1, comma 1, *code de la consommation*)[176].

già espressamente ritenuta vessatoria *ex* art. 1341, comma 2, c.c.). A seguito del d.lgs. n. 179 del 2007 è stato emesso il *Regolamento di attuazione istitutivo della Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure* (adottato dalla Consob con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, pubblicata assieme al regolamento in *Gazz. Uff.,* n. 5 dell'8 gennaio 2009), il quale prevede accanto ad una forma di arbitrato ordinario (art. 17 ss.) una forma di procedimento semplificato attivabile solo dall'investitore (art. 28 ss.).

[173] Così Carpi, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.,* 2008, p. 1049 ss.

[174] Giampieri, *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli Stati membri dell'Unione europea,* in *Riv. dir. civ.,* 1995, II, p. 551 ss.

[175] Álvarez Sanchez de Movellan, *Il sistema arbitrale di consumo nell'ordinamento giuridico spagnolo,* in *Riv. dir. proc.,* 1998, p. 1111 ss.

[176] La valutazione dell'abusività o meno della clausola è sempre rimessa all'autorità giudiziaria e non opera alcuna presunzione legislativa in quanto le clausole ritenute abusive dal legislatore europeo non esonerano il consumatore dal dimostrare lo squilibrio contrattuale. Stabilisce, infatti, l'art. L. 132-1, comma 3 del *Code de la consommation* (modificato dall'art. 2 del decreto n. 302 del 2009 su cui

Anche in Germania, la convenzione arbitrale è valida ed efficace purché essa sia contenuta in un documento separato appositamente sottoscritto dal consumatore e dal professionista (art. 1031, n. 5, *Z.p.o.*), posto che si verte su un autonomo contratto non riconducibile all'ambito di applicazione della direttiva. Una clausola arbitrale può essere inserita all'interno di un contratto solo se questa sia oggetto di attestazione notarile.

Negli ordinamenti scandinavi non sussiste invece un'individuazione astratta delle clausole vessatorie e l'elencazione contenuta nell'allegato alla direttiva del 1993 non è stata riprodotta nelle rispettive leggi nazionali né è stato previsto un elenco diverso, limitandosi invece i legislatori a farvi un generico riferimento[177]. Lo strumento arbitrale nelle liti tra consumatori e produttori è ammesso a certe condizioni. Per esempio, in Danimarca e in Svezia (come peraltro anche in Austria), si permette il ricorso all'arbitrato solo a seguito dell'insorgere della controversia attraverso la stipula di un compromesso[178].

Nel Regno Unito, infine, l'*Arbitration Act* (*sect*. 91 (1)) prevede invece che le clausole compromissorie stipulate con consumatori non siano automaticamente inefficaci, salvo nel caso di controversie risarcitorie inferiori alle cinquemila sterline[179].

Dal quadro comparatistico fin qui delineato, ciò che emerge dalle normative nazionali (frutto dell'applicazione della direttiva n. 93/13) è un tendenziale rifiuto ad ammettere senza limiti le clauso-

---

v. in *Rev. arb.,* 2009, p. 455) che possono ritenersi abusive "les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges". Tale norma deve coordinarsi con l'articolo 2061 del *code civil* (nel testo modificato nel 1995, in applicazione della dir. n. 93/13): "sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle". Sul combinato disposto di tali due norme, V. Fouchard, *Arbitrage e clauses abusive,* in *Rev. arb.,* 2004, p. 147 ss.

[177] Il che ha fatto dubitare della corretta trasposizione della direttiva. V. Marengo, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori,* in *Riv. arb.,* 2006, p. 69, nota 50.

[178] Vedi *funditus* la *Note* di Mourre, in *Jour. dr. internat.,* 2007, p. 583 ss., spec. pp. 589-590.

[179] Cfr. Marengo, *Clausola compromissoria*, cit., p. 72.

le arbitrali nelle liti con i consumatori, in particolar modo quando esse sono inserite nei contratti nella forma di clausola compromissoria[180]. Una certa apertura sembra provenire in occasione di stipula di compromessi *post litem*[181] e in occasione di ricorso ai c.d. arbitrati amministrati *ex lege*[182]. È un dato di fatto che nei legislatori nazionali rimane presente l'atteggiamento di sfavore verso l'arbitrato convenzionale, ove maggiore è il timore che il contraente più forte utilizzi la propria posizione di supremazia per costringere la controparte a rinunciare alla tutela giurisdizionale statuale attraverso il patto compromissorio. Ancora timide si pongono quindi le voci normative indiscriminate a favore, come ne è testimone unica quella in materia di risparmio.

2. *Il diritto dei consumatori come norma di ordine pubblico e l'annullabilità del lodo: la sentenza* Mostaza Claro *del 2006 e la sua applicabilità*

Il tema dei rapporti tra arbitrato e diritto dei consumatori, ed in particolare della validità delle clausole compromissorie, è stato direttamente analizzato in una pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Mostaza Claro* del 2006[183]. In quel caso veniva chiesto ai giu-

[180] Va precisato che le osservazioni in materia di arbitrato fin qui condotte non valgono ovviamente per il campo delle c.d. *A.d.r.* che, come già indicato nel primo capitolo, hanno invece avuto soprattutto nel campo della tutela dei consumatori un incoraggiamento da parte sia del legislatore europeo che dei legislatori nazionali. Qui si tratta di metodi di risoluzione delle controversie extragiudiziali ove, a differenza degli arbitri privati, viene garantito un miglior accesso alla giustizia e una più facile soluzione delle controversie.

[181] Non ne dubita l'ordinamento francese, Racine, *L'arbitrage commercial,* cit., p. 61.

[182] In Italia, rafforzata dalla legge sul riordino delle camere di commercio n. 580 del 1993, nonché dalla l. 30 luglio 1998, n. 281, che legittima le associazioni di categoria ad instaurare le procedure arbitrali previste nella legge del 1993. V. Vaccà, *La giustizia non togata*, Milano, 1998, p. 197 ss.

[183] Corte giust., 2 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.* 2006, I, p. 10241 ss., con *Note* di Idot, in *Rev. arb.,* 2007, p. 115 ss.; di Mourre, in *Jour. dr. internat.*, cit., p. 583 ss.; di Pavillon, in *Europ. Rev. Private Law*, 2007, p. 737 ss.; di Liebscher, in *Comm. Mark. Law Rev.,* 2008, p. 545 ss.; oltre ai commenti di D'Alessandro, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma*

dici del Kirchberg se la tutela predisposta al consumatore dalla direttiva Ce n. 93/13 permettesse o meno al giudice d'impugnazione del lodo di dichiarare la nullità dello stesso in presenza di una clausola arbitrale anche quando il consumatore non avesse invocato l'invalidità della clausola nel corso del procedimento arbitrale, ma solo nel giudizio d'impugnazione, così incorrendo in una decadenza della legge processuale nazionale[184].

2, ed 829, n. 1, c.p.c., in *Riv. arb.,* 2006, p. 679 ss.; Marinucci, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni,* in *Int'l Lis,* 2007, p. 64 ss.; Graf-Appleton, *Elisa María Mostaza Claro v Centro Mòvil Milenium: EU Consumer law as a Defence against Arbitral Awards, ECJ Case C.18-05,* in *Asa Bull.,* 2007, p. 48 ss.; E.F. Ricci, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.,* 2007, pp. 1086-1087; Pastorelli, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo,* in *Danno e resp.,* 2007, p. 875 ss.; Salomone, *La Corte di giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2008, p. 701 ss. V. poi di recente, Trocker, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?,* in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 845 ss.

[184] Questa la vicenda processuale. La sig.ra Mostaza Claro aveva concluso con la Movil un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile che conteneva una clausola compromissoria, secondo la quale ogni controversia relativa al contratto in questione sarebbe stata sottoposta all'arbitrato nell'ambito di una istituzione denominata *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad*. Non avendo il consumatore rispettato la durata minima dell'abbonamento, la Móvil avviava un procedimento arbitrale dinnanzi all'istituzione arbitrale. Quest'ultima concedeva alla sig.ra Mostaza un termine di dieci giorni per rifiutare l'arbitrato, precisando che, in caso di rifiuto, sarebbe rimasta aperta la via giurisdizionale. La stessa partecipava all'arbitrato, non invocando nemmeno la nullità della clausola compromissoria. Tuttavia, in seguito a decisione a lei sfavorevole, impugnava il lodo arbitrale davanti alla Corte d'appello di Madrid, sostenendo che il carattere abusivo della clausola compromissoria comportava la nullità dell'accordo arbitrale. Il giudice dell'impugnazione sottoponeva allora alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale volta ad accertare se la tutela dei consumatori garantita dalla dir. 93/13/Cee implicava che il giudice, chiamato a pronunciare l'annullamento di un lodo arbitrale, doveva affrontare la questione se il relativo compromesso conteneva una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, quando tale questione – fatta valere dal consumatore nel ricorso di annullamento – non risultava però dallo stesso fatta valere nell'ambito del procedimento arbitrale. Ciò comportava conseguentemente di verificare se era conforme al diritto europeo una normativa processuale (arbitrale) che, come quella allora vigente in Spagna (legge sull'arbitrato n. 36 del 1988, art. 23), prevedeva che la nullità dell'accordo arbitrale doveva essere eccepita dalla parte interessata nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, pena l'impossibilità il lodo per nullità.

La pronuncia della Corte ha avuto il pregio di ribadire, a fronte del sostrato nazionale tendenzialmente ostativo nei confronti dell'inserimento delle convenzioni arbitrali, il carattere abusivo-vessatorio (da cui la nullità) della clausola compromissoria inserita nei contratti tra professionisti e consumatori, ma anche di giungere ad affermare che tale normativa per propria natura deve essere qualificata come di ordine pubblico.

Secondo la Corte, l'importanza della tutela dei consumatori ha condotto il legislatore europeo a stabilire, con una normativa imperativa come la direttiva del 1993, la non vincolatività delle clausole abusive nei confronti del consumatore. Di fronte a un'inferiorità di una delle parti contrattuali, l'intento del legislatore europeo è chiaramente quello di sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra la parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse. Questa impostazione giustifica l'intervento dei giudici statali nel controllare che il diritto a tutela dei consumatori sia rispettato[185].

La facoltà, per il giudice, di esaminare anche per la prima volta in sede di impugnazione il carattere abusivo di una clausola è un mezzo fondamentale per il conseguimento di due obiettivi: quello di impedire, tramite la sanzione della inapplicabilità, che un consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, e quello di contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti coi consumatori, dato che l'esame da parte del giudice può avere un effetto dissuasivo.

Su tale base la Corte ha esteso alla direttiva sulle clausole abusive la giurisprudenza *Benetton* che, come abbiamo visto, permetteva ad un giudice nazionale di poter annullare senza preclusioni procedurali un lodo arbitrale per violazione di norme di ordine pubblico, alle stesse condizioni alle quali poteva annullare un lodo per violazione di norme interne di ordine pubblico. La Corte ha risolto quindi positivamente il quesito sottopostale stabilendo che il giudice in sede d'impugnazione del lodo poteva rilevare la nullità della convenzione arbitrale ed annullare il lodo, anche quando il consumatore

[185] Punti 36 ss. della sent. cit.

non avesse fatto valere tale nullità nel corso del procedimento arbitrale ma solo in quello di impugnazione.

Tuttavia nel caso del 2006 la Corte ha posto un tassello in più e, riprendendo il principio, a suo tempo sancito dalla pronuncia *Benetton*, ha disposto l'accoglimento dell'impugnazione di un lodo per violazione di norme di ordine pubblico europeo ogniqualvolta l'ordinamento nazionale ne ammette l'annullamento per violazione dell'ordinamento interno ed indipendentemente da ogni contraria previsione nazionale.

Cosicché l'interesse della pronuncia *Mostaza Claro* rileva per due questioni, strettamente connesse l'una con l'altra: da un lato, la qualificazione del diritto europeo dei consumatori come normativa di ordine pubblico, dall'altro, il bilanciamento della contrarietà dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo col mancato rispetto dei termini processuali interni per opporre detta contrarietà all'efficacia del lodo[186].

Sotto il primo profilo, la Corte affermava che la tutela speciale che la direttiva garantiva ai consumatori permetteva di qualificarla come norma di ordine pubblico europeo, precisamente come ordine pubblico economico *ex* art. 3, lett. t), tr. Ce, condividendo quell'orientamento, ormai normativamente imposto – come abbiamo visto – che vedeva il rafforzamento della protezione dei consumatori come uno degli scopi fondamentali dell'ordinamento europeo[187]. Tale conclusione accolta dalla Corte – è bene dirlo – si discostava dalle conclusioni cui era giunto l'avv. generale, che invitava ad una lettura più cauta della nozione di ordine pubblico europeo ed aveva modo di evidenziare che a tale qualificazione dovevano assurgere solo quelle norme "di primaria ed assoluta importanza"[188].

---

[186] Individua questi due profili, Idot, *Note*, cit., p. 116.

[187] Punto 36 sent. cit., ove la Corte afferma che l'art. 6, n. 1, della direttiva, nello stabilire che la clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore (alle condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali), è una norma imperativa. Cfr. sent. 6 ottobre 2009, *Asturcom* (su cui v. *infra*), ove si parla espressamente di norma di ordine pubblico.

[188] Vedi punti 55 e ss. delle conclusioni dell'avv. generale Tizzano. Secondo l'avv. generale l'obiettivo di attribuire alle norme sulle clausole abusive un rilievo sostanzialmente equivalente a quello delle norme di ordine pubblico avrebbe

Una volta affermato il carattere d'ordine pubblico delle norme europee sui consumatori bisognava trarre le conseguenze pratiche. L'interesse pubblico sottostante a tali disposizioni consentiva di affermare, da un lato, la nullità sostanziale della clausola compromissoria nonostante la sua sottoscrizione, e dall'altro, la nullità processuale del lodo, nonostante la mancata eccezione di parte in arbitrato.

Ecco il secondo profilo affrontato dalla Corte, quello che ha trovato il maggiore interesse della dottrina, in quanto permette di riflettere sull'influenza che la normativa europea ha sulle norme processuali nazionali in materia di arbitrato e in particolare sulla compatibilità di quest'ultime assumono rispetto alla prima. Così i giudici di Lussemburgo arrivavano a stabilire la contrarietà delle normative processuali nazionali che non permettevano la censura delle norme di protezione dei consumatori in sede d'impugnazione se il consumatore non aveva eccepito tale questione nel corso del procedimento arbitrale.

La *ratio* che sottendeva tale conclusione era quella della supremazia dell'effettività della tutela giurisdizionale sull'autonomia processuale lasciata in principio alle legislazioni nazionali[189]: la Corte riconosceva che il sistema di tutela del consumatore aveva carattere speciale e ciò rendeva assolutamente necessaria la sua applicazione, che non poteva subire limiti da parte di norme processuali nazionali che la privavano di effetto[190].

---

potuto essere ottenuto attraverso un'altra via, di carattere procedurale, sostenendo l'appartenenza all'ordine pubblico del diritto di difesa, il quale deve essere tutelato anche nel procedimento arbitrale.

[189] Sul principio di autonomia processuale, quale elaborato dalla Corte di giustizia dalla storica sentenza *Rewe*, fondamentale la lettura degli scritti di Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano tra attrazione, autonomia e resistenze,* in *Dir. Un. eur.,* 2000, p. 737 ss., che individua nei c.d. "standards minimi di tutela", elaborati attraverso l'opera interpretativa della Corte di giustizia, il punto di equilibrio tra autonomia dei diritti processuali nazionali e supremazia del diritto europeo; di recente, nello stesso senso, l'a. in *Europa e processo civile. Metodi e prospettive,* cit., p. 8 ss. e p. 61 ss.

[190] Principio ribadito dalla stessa Corte di giustizia con sent. 4 giugno 2009, *Pannon*, causa C-243/08, (che si può leggere in *www.curia.europa.eu*), ove, confermando la natura d'ordine pubblico delle norme stabilite dalla direttiva 93/13, si aggiunge che il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, disapplicandola, salvo che il consumatore vi si opponga (punti 31-35 motiv.).

Nulla di nuovo in realtà sotto il sole di Lussemburgo: la Corte, con la sentenza *Mostaza Claro* confermava il suo percorso evolutivo in materia consumeristica che, partendo dal caso *Océano* del 2000, ove si riconosceva la rilevabilità d'ufficio delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori[191], portava, con il caso *Codifis* del 2002, all'affermazione della possibilità di far valere l'abusività anche in deroga alle eventuali preclusioni previste dal diritto processuale nazionale[192].

In definitiva, la Corte ha legittimato una compressione dell'autonomia negoziale delle parti, a vantaggio del contraente debole che rischierebbe di vedere menomati i propri diritti, vuoi per carenza di informazione, vuoi per un problema di costi dell'accesso alla giustizia, motivi che impongono l'intervento autoritativo di soggetti terzi (in questo caso, il giudice dell'impugnazione) al fine di dare corretta attuazione alla direttiva europea, riequilibrando le posizioni soggettive delle parti.

Le potenzialità espansive che si schiudono dietro il principio stabilito dalla Corte hanno indotto la dottrina a riflettere sulle ricadute che ciò ha sugli ordinamento nazionali, in particolare, per quel che ci riguarda, sulla disciplina arbitrale italiana.

In particolare in letteratura ci si è interrogati se il novellato art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c., che prevede che l'impugnazione per nullità del lodo, in conseguenza dei vizi della convenzione arbitrale possa essere proposta solo ove l'invalidità sia stata eccepita nelle forme previste dall'art. 817, comma 2, secondo periodo, c.p.c. (prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri), sia compatibile con la dir. n. 93/13, alla luce della sentenza della Corte di giustizia, che permette di far valere tale nullità per la prima volta anche in sede d'impugnazione senza richiedere alcun requisito ulteriore.

---

[191] Corte giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano c. Quintero e altri*, in *Racc.*, 2000, I, p. 4941 ss., ove la Corte ha ritenuto conforme ai principi di diritto europeo che il giudice nazionale (spagnolo), chiamato a pronunciarsi su una clausola contrattuale che fissa la competenza esclusiva dei giudici del luogo di residenza del professionista, possa d'ufficio dichiararne la vessatorietà. V. Orestano, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole,* in *Europa e dir. privato*, 2000, p. 1184 ss.

[192] Corte giust., 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Codifis SA c. Jean-Loui Fredout,* in *Racc.,* 2002, I, p. 10875 ss.

La normativa italiana sull'impugnazione per nullità del lodo derivante da convenzione arbitrale invalida è perfettamente speculare a quella spagnola oggetto della sent. *Mostaza Claro*[193]. Sorgono pertanto fondati dubbi sulla legittimità europea del combinato disposto dell'art. 829, comma 1, n. 1 e dell'art. 817, comma 2, c.p.c. La dottrina italiana ha infatti concordemente concluso che, a seguito della sentenza della Corte, la disciplina arbitrale sull'impugnazione del lodo per nullità risente di un'eccezione di origine europea allorché la convenzione arbitrale invalida sia una clausola compromissoria abusiva contenuta in un contratto con un consumatore. Pertanto, qualora il giudice d'impugnazione si trovi adito per tale motivo dovrà, disapplicando l'art. 817, comma 2, c.p.c., dichiarare la nullità del lodo per carenza di accordo compromissorio[194].

Una volta definiti gli effetti che la pronuncia *Mostaza Claro* produce negli ordinamenti nazionali in particolare nel nostro, bisogna stabilire in quali contesti il principio stabilito dalla pronuncia deve trovare applicazione.

Mi sembra che la sentenza in questione, direttamente applicabile negli Stati membri, debba tuttavia limitarsi, in virtù dell'oggetto del rinvio pregiudiziale, al campo delle controversie di consumo. In mancanza di un intervento del legislatore nazionale non sembra ipotizzabile un suo utilizzo nei contratti tra professioni (i c.d. contratti *B2B*, ovvero "business to business"). Come è stato evidenziato in dottrina, la direttiva n. 93/13 ha una chiara limitazione del suo ambito di applicazione ai contratti con i consumatori, seppure lascia ai

[193] In virtù del coordinato disposto dell'art. 45, n.1, legge n. 36 del 1988 (che prevedeva l'impugnazione del lodo per invalidità della convenzione di arbitrato) e dell'art. 23 della medesima legge (nel quale si sanciva la tempestività dell'eccezione di invalidità della convenzione di arbitrato stesso).

[194] Così E.F. Ricci, *Clausola compromissoria*, cit., p. 1087; D'Alessandro, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., p. 695; Salomone, *La Corte di giustizia sulla clausola arbitrale*, cit., p. 720. Voce contraria, qui non condivisa, è quella di Marinucci, *Impugnazione del lodo per vessatorietà,* cit., p. 68, la quale ritiene che la clausola compromissoria nei contratti tra professionisti e consumatori non sarebbe soggetta alla preclusione degli artt. 829, comma 1, n. 1 e 817, comma 2, c.p.c., in quanto si verterebbe in materia non compromettibili, dovendo invece applicarsi la previsione contenuta nell'art. 817, comma 2, ultima parte, che fa salve le liti non arbitrabili. Come vedremo, fra un po' nel testo, non sembra ipotizzabile sostenere una non arbitrabilità generale delle controversie tra professionisti e consumatori.

legislatori nazionali la facoltà di estenderne gli effetti anche ai contratti tra professionisti[195]. In quest'ultimo caso, tuttavia, non sussisterebbe l'esigenza di protezione del consumatore che aveva giustificato la necessità di un riequilibrio reale[196].

Infine, la sua natura di origine europea dovrebbe circoscrivere la suddetta eccezione alla disciplina arbitrale al caso di contratti conclusi tra persone fisiche o giuridiche appartenenti all'Unione. Mi sembra che in realtà ciò che deve rilevare ai fini della delimitazione del principio non è tanto l'appartenenza ad uno Stato membro del consumatore o del professionista, quanto la legge processuale del giudice dello Stato membro dell'impugnazione. Sarà infatti quest'ultimo in quanto destinatario della sent. *Mostaza Claro* a dover disapplicare un'eventuale normativa arbitrale ostile e ad applicare in quanto norma di ordine pubblico, la normativa europea sul consumo anche in presenza di una legge regolatrice del contratto (e pertanto di una legge applicabile al merito della lite) che non sia quella di uno Stato membro.

3. *Il caso* Asturcom *del 2009 e l'*exequatur *del lodo su liti consumeristiche*

Una volta definito il carattere abusivo e la nullità della clausola compromissoria ed evidenziato che questa può essere sollevata per la prima volta, anche contrariamente alla disciplina processuale nazionale, nel procedimento d'impugnazione contro il lodo arbitrale, è lecito chiedersi se tale meccanismo sia estendibile anche al caso in cui la questione sia posta davanti al giudice statale competente per concedere il riconoscimento/esecuzione al lodo straniero o l'*exequatur* al lodo interno. In altre parole, si tratta di vedere se la tutela dei consumatori debba o meno essere assicurata anche quando il giudi-

[195] V. Graf-Appleton, *Elisa Marìa Mostaza Claro v Centro Mòvil Milenium,* cit., p. 58.

[196] Si potrebbe in realtà ipotizzare un'esigenza di riequilibrio delle parti, così da determinare un problema analogo a quello affrontato dalla Corte nel caso *Mostaza Claro*, anche nei rapporti tra professionisti allorché questi siano in una diversa posizione di forza, così come avviene nei contratti di sub-fornitura.

ce dell'*exequatur* proceda ad una verifica del lodo, e se ciò sia possibile anche nel caso in cui, per esempio, sia già decorso il termine per impugnare. Rispondendo positivamente a quest'ultimo caso, si darebbe al consumatore la possibilità di una seconda strada per inficiare il lodo, quand'egli non abbia tempestivamente impugnato lo stesso facendo valere la nullità della clausola compromissoria contenuta in un contratto con consumatori.

La giurisprudenza della Corte di giustizia delle sentenze *Océano, Codifis e Mostaza Claro* ha sempre interpretato le disposizioni europee a tutela del consumatore nel senso di attribuire al giudice nazionale di procedere, nell'esercizio delle sue funzioni, in maniera efficace nei confronti di clausole abusive. Nulla può portare ad una conclusione difforme se non il fatto che negli ordinamenti degli Stati membri il procedimento di esecuzione forzata del lodo interno non ha generalmente ad oggetto l'esame sostanziale del provvedimento ma si limita ad eccezioni di rito (in Italia, regolarità formale *ex* art. 825 c.p.c.). Solo in alcuni Stati è rinvenibile una norma che permette al giudice di verificare se i lodi arbitrali interni sono compatibili con l'ordine pubblico[197].

Sulla bilancia tra effettività della normativa europea e rispetto dell'autonomia processuale degli Stati membri sembrerebbe ancora una volta la prima a vincere in caso di liti consumeristiche. Su tale linea si sono conformate di recente le conclusioni dell'avv. generale nel caso *Asturcom*, ove si è stabilito che il giudice chiamato a pronunciarsi su un'istanza forzata di un lodo definitivo interno emesso in assenza del consumatore deve esaminare d'ufficio la questione della nullità della convenzione arbitrale e, di conseguenza, annullare il lodo qualora ritenga che detta convenzione contenga una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore[198].

---

[197] Ciò è possibile per esempio, in Germania, ove l'art. 1060, n. 2, della *Z.p.o.* stabilisce che, in presenza di uno dei motivi di annullamento elencati all'art. 1059, n. 2 (tra cui la violazione dell'ordine pubblico), la domanda deve essere respinta e il lodo annullato; o in Belgio, ove l'art. 1710, n. 3, *C.j.* prescrive che il Presidente del Tribunale di primo grado deve respingere la domanda di *exequatur* quando il lodo viola, tra l'altro, l'ordine pubblico. In Italia, il vaglio dell'ordine pubblico è possibile solo avverso un lodo straniero *ex* art. 839 c.p.c.

[198] Conclusioni dell'avv. generale Trstenjak presentate il 14 maggio 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodrìguez Nogueira,* che si possono leggere in *www.curia.eu.int.*

Tuttavia la Corte di giustizia con la sentenza dell'ottobre 2009 ha confermato solo in parte le conclusioni dell'avv. generale, precisando invece che il rilievo d'ufficio del carattere abusivo della clausola compromissoria deve sì essere operato anche nel caso di contumacia del consumatore e se il lodo è passato in giudicato, ma purché tale valutazione sia possibile anche per i ricorsi "analoghi di natura interna"[199].

Niente di nuovo pertanto per il nostro ordinamento che continuerà a non permettere l'esame dell'ordine pubblico da parte del giudice dell'*exequatur* del lodo interno anche in lite consumeristiche.

Sicuramente più cauta dell'avv. generale, la Corte di giustizia non ha voluto imporre una propria visione processuale costringendo un adattamento dello strumento procedurale in una sede quella d'*exequatur* ove, soprattutto sotto il profilo interno, sussistono forti peculiarità nazionali sia nell'ampiezza del controllo (che prevede un controllo che spazia dal rito al merito) sia nel coordinamento con l'impugnazione di annullamento del lodo[200].

Se l'ordinamento italiano non risente della decisione della Corte, altrettanto non può dirsi per altri ordinamenti che, come quello spagnolo, grazie all'opera della propria giurisprudenza, riconosco-

---

[199] Sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom*, da leggere nel sito web *www.curia.eu.int.,* su cui si v. i recenti commenti di Raiti, *Le pronunce* Olimpiclub *ed* Asturcom Telecomunicaciones*: verso un ridimensionamento della paventata "crisi del giudicato civile nazionale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in Riv. dir. proc*, 3, 2010, p. 677 ss.; Stuyck, in *Comm. Mark. Law. Rev*., 2010, p. 879 ss., Graf-Appleton, *ECJ Case C.40/08* Asturcom – *EU Unfair Terms Law Confirmed as a Matter of Puclic Policy,* in *Asa Bull.,* 2, 2010, p. 413 ss.; Jarrosson, *Arbitrage et droit de la consommation: l'apport incertain de l'ârret* Asturcom*,* in *Rev. arb.,* 2010, p. 813 ss.; D'Alessandro, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale,* in *www.judicium.it.*

[200] Tuttavia va detto che nel panorama comparato la procedura di *exequatur* viene coordinata con quella di annullamento in vari modi. Per esempio, l'ordinamento francese stabilisce che l'*exequatur* si possa chiedere dal momento in cui la sentenza arbitrale viene notificata senza attende che sia scaduto il termine per l'impugnazione del lodo; tuttavia una volta impugnato il lodo non può più chiedersi l'*exequatur* (art 1488 *N.c.p.c.)*; in Olanda invece non si può concedere l'*exequatur* finché non sia scaduto il termine per l'appello (art. 1062, comma 3, c.p.c.).

no che il giudice dell'esecuzione di un lodo interno rimanga sempre competente a valutare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria tra consumatore e professionista per contrarietà a norme di ordine pubblico, anche se il lodo è divenuto definitivo[201].

Niente modifiche additive, infine, sul fronte del riconoscimento/esecuzione del lodo straniero non toccato dalla pronuncia della Corte. Per le liti con i consumatori si continuerà così ad applicare il filtro dell'ordine pubblico degli artt. 839-840 c.p.c., ove tali norme prevedono una valutazione anche *ex officio* sulla contrarietà dell'ordine pubblico. Vale solo la specificazione (in verità già data per scontata da parte della dottrina[202]) che, in tale ordine pubblico dal carattere internazionale, rientreranno anche tutte quelle norme di ordine pubblico europeo che tutelano, fra l'altro, i consumatori avverso l'abusività delle clausole compromissorie.

4. *La questione della compromettibilità delle controversie in materia di tutela dei consumatori*

Come si è anticipato nel primo paragrafo, la questione della validità del consenso espresso in occasione di convenzioni arbitrali presuppone che sia stata risolta dapprima (e positivamente) la questione della compromettibilità. In altri termini, non ci si può soffermare a discutere sulla corretta espressione del consenso se non si presuppone che quella clausola posta costituire oggetto di un arbitrato.

La Corte di giustizia nel caso *Mostaza Claro* (ma ciò vale anche nel caso *Asturcom*) non si è espressa sul tema della compromettibilità del diritto dei consumatori, anche in virtù del quesito pregiudiziale che verteva sulla valutazione della validità della clausola per validità del consenso.

Tuttavia il riconoscimento dell'arbitrabilità nei casi *Benetton* e *Mostaza Claro,* – che non viene mai toccato direttamente dalla Corte in virtù delle peculiari caratteristiche nazionali che la questione

[201] Come ricordano gli stessi giudici del Kirchberg al punto 55 della sent. *Asturcom.*

[202] Da ultimo, Bove, *La giustizia privata,* Padova, 2009, p. 340.

assume – è avvenuto allo stesso modo ovvero attraverso l'indiretta applicazione di una norma di ordine pubblico.

Bisogna tuttavia tener presente che, a differenza del caso *Benetton*, che coinvolgeva il diritto antitrust (anch'esso normativa di ordine pubblico con possibili effetti sull'arbitrabilità della lite), nel caso *Mostaza Claro* l'ordine pubblico non interveniva (come in *Benetton*) a posteriori, in sede di controllo del lodo, bensì rilevava a monte solo al fine di impedire che un arbitro giudicasse una lite in cui fossero parti un consumatore ed un professionista. Non si trattava quindi di una valutazione circa la corretta applicabilità o meno di una norma di ordine pubblico nel merito della controversia (e pertanto di un giudizio sull'operato dell'arbitro), quanto di un controllo (preliminare) sulla validità della forma della convenzione, valutando quindi se l'arbitro avesse o meno il potere di decidere. In altre parole, la norma di ordine pubblico che viene in rilievo nel caso *Mostaza Claro*, ma anche in *Asturcom*, non è una norma che deve essere rispettata dal tribunale arbitrale e da esso correttamente applicata, ma una norma che impedisce lo svolgersi della lite.

Nonostante le diversità applicative, la Corte ha dato per scontato in entrambi i casi il tema dell'arbitrabilità, affrontando sùbito il profilo della vessatorietà della clausola.

Ciò tuttavia non vuol dire che non si possa fare un discorso generale in tema di compromettibilità in arbitri delle liti che coinvolgono professionisti e consumatori.

Dall'analisi della giurisprudenza italiana, si evince che il tema dell'arbitrabilità – che da noi vuol dire sostanzialmente disponibilità dei diritti – non viene mai confuso con quello della validità della clausola. Anzi, sul tema della compromettibilità delle liti consumeristiche in Italia non si discute. Ciò dimostra che è sempre ben presente il fatto che la controversia sia per principio arbitrabile e solamente a certi condizioni (per esempio, mancanza di trattativa privata con il consumatore) l'arbitrato non possa svolgersi per invalidità della clausola[203]. Infatti, se il legislatore ha deciso di soffermarsi

[203] Non mi sembra pertanto di concordare con chi ritiene le convenzioni di arbitrato nulle per inarbitrabilità della controversia, in quanto la nullità deriva da un vizio di forma e non di contenuto od oggetto. V. *contra*, Marinucci, *Impugnazione del lodo*, cit., p. 67.

a disciplinare le modalità di espressione del consenso dell'accordo, ciò significa che ha ritenuto già assorbente la questione preliminare dell'arbitrabilità. In altri termini, non sembra possibile affrontare la questione della validità di una clausola compromissoria in una lite con un consumatore se prima non si dà per scontata la possibilità della lite stessa di costituire oggetto di un giudizio arbitrale.

Inoltre, come si è detto più volte, il diritto dei consumatori costituisce materia di interesse pubblico così come il diritto antitrust, tant'è che la tutela della concorrenza e quella dei consumatori sono apparse alla dottrina intimamente legate l'una all'altra già nell'immediatezza della dir. Ce n. 93/13[204]. Tuttavia la natura d'ordine pubblico di una norma non comporta automaticamente l'indisponibilità del diritto (e pertanto impedisce la compromettibilità della lite). Il diritto dei consumatori non ha ad oggetto diritti indisponibili (come previsto dall'art. 806, comma 1, c.p.c.) né sussiste un espresso divieto di legge alla loro compromettibilità, dal momento che lo stesso codice del consumo (art. 33, comma 2, lett. t)) non vieta che siano devolute ad arbitri, ma richiede solamente che per le clausole compromissorie di tale tipo, di per sé quindi ammissibili, vi sia una specifica trattativa individuale con il consumatore[205]. Ciò porta a concludere che il diritto dei consumatori può costituire di per sé oggetto di una controversia arbitrale.

In definitiva, nessun ostacolo sembra porsi in materia di arbitrabilità della controversia, essendo solo il requisito della forma l'ostacolo maggiore per accedere alla giustizia arbitrale.

Tale conclusione non evita, tuttavia, che in altri ordinamenti la questione possa porsi in termini diversi e che si accompagni al tema dell'invalidità della clausola arbitrale anche la questione (preliminare) della compromettibilità delle liti con i consumatori. In Francia, per esempio, si ritiene che la lite consumeristica possa essere arbitrabile ma solo in caso di arbitrato internazionale[206].

---

[204] Dean, *Unfair Contract Terms: The European Approach,* in *The Modern Law Review,* 1993, p. 581 ss.

[205] Non sussistono nessuno dei due requisiti stabiliti dall'art. 806 c.p.c. ostativi alla definizione della compromettibilità della lite.

[206] V. *Cassation civ.*, 21 maggio 1997, *Renault c. société V 2000 (Jaguar France),* in *Rev. arb.,* 1997, p. 537 con nota di Gaillard, ove il collegio dichiara che

5. *Sintesi*

È ora di tirare le somme del discorso fin qui svolto.

Su un piano strettamente europeo, il rapporto tra lo strumento arbitrale e le norme a tutela del consumo non si risolve in un atteggiamento totalmente ostativo del secondo nei confronti del primo. Non c'è dubbio che all'interno del diritto dei consumatori, il carattere dispositivo dell'arbitrato risente e si scontra con l'ordine pubblico di protezione che pervade la materia, rendendo più complicato utilizzare questo istituto per un fine, la tutela imperativa del consumatore, che almeno in linea teorica, rappresenta di esso il limite concettuale ed operativo. Ecco perché, per molto tempo, si è ritenuto che l'arbitrato, quale istituto di giustizia privata a disposizione delle parti, potesse non essere all'altezza nella salvaguardia dei diritti delle parti in casi ove vi fosse un disequilibrio contrattuale di forze[207].

In realtà ciò che interessa all'Unione non è evitare il rinvio all'arbitrato quanto evitare che tale richiamo divenga troppo ampio e che sfugga al controllo delle istituzioni: si è così cercato di ridurre la portata di tale ipotesi alle sole forme "disciplinate da norme di legge" e, al contempo, tramite l'operato giurisprudenziale, di controllare sempre il lavoro degli arbitri.

Tali sono le condizioni alle quali gli organi dell'Unione permettono l'arbitrato.

Il controllo degli organi europei per le liti consumeristiche (e quindi a tutela del soggetto contrattualmente più debole) si ferma al piano della validità della clausola compromissoria non coinvolgendo

---

"la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige". Alla stessa conclusione giunge, Cass., 30 marzo 2004, *Rado*, in *Rev. arb.,* 2005, p. 115 ss,, con nota di Boucobza. La giurisprudenza sembra quindi determinata a scartare l'applicazione dell'art. 2061 c.c. in caso di clausole compromissorie inserite in contratti internazionali, v., da ultimo, Cass., 21 gennaio 2009, *El Assidi*, in *Rev. arb.,* 2009, p. 430.

[207] Riecheggiano le parole, espresse da Motulski, a proposito dell'uso dell'arbitrato nelle controversie di lavoro (anch'esso contraddistinto da un disequilibrio sostanziale tra le parti) "l'arbitrage suppose un équilibre des forces; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie" (Motulski, *L'arbitrage et les conflits du travail*, in *Rev. arb*., 1956, p. 78).

il profilo dell'arbitrabilità della controversia, che è lasciato alle singole legislazioni nazionali, così come è avvenuto nel caso delle liti antitrust.

L'atteggiamento della Corte di giustizia verso le liti in materia di tutela della concorrenza e dei consumatori è lo stesso: dà in entrambi i casi per presupposta l'arbitrabilità per affrontare un problema successivo.

Nel caso delle liti consumeristiche, il disequilibrio contrattuale delle parti (tranne quando sia esso realmente consapevole ed "oggetto di negoziato individuale"[208]) è l'unico, infatti, sufficiente ad invalidare o far dichiarare l'inefficacia dell'accordo, ad espungere la clausola stessa e di conseguenza ad impedire l'arbitrato. La vessatorietà dell'accordo è fondamentale per l'ordinamento tant'è che deve essere rilevata dai giudici, sia in sede di impugnazione sia, oggi, anche di *exequatur*, e nel primo caso anche se ciò è impedito dalle norme processuali degli Stati membri.

Conseguenza indiretta dell'impostazione scelta dalla Corte nel distinguere il diritto consumeristico come norma di ordine pubblico, è l'imposizione agli arbitrati con sede nell'Unione (anche se non applichino il diritto europeo) e agli arbitri extra-U.e. che applichino un diritto di uno Stato membro di tener conto della normativa europea di tutela del consumatore. L'arbitro adito in virtù di una clausola abusiva o vessatoria dovrà dichiarare la propria incompetenza per nullità della clausola compromissoria. Ciò dovrà essere fatto in virtù del – più volte sopra citato – dovere degli arbitri di porre in essere un lodo che sia efficace e che possa circolare all'interno dell'Unione.

Una volta che l'arbitro verifichi che nessuna vessatorietà sussiste, dovrà decidere la controversia, ponendosi il problema dell'arbitrabilità della lite solo se ciò è imposto dai principi dell'ordinamento della sede cui l'arbitrato appartiene (*lex fori*).

In questo quadro, il tema dell'arbitrabilità perde, infatti, la sua rilevanza e viene dato per scontato, sia sul piano europeo sia in ordinamenti come il nostro, forse alla luce della matura consapevolezza, oramai raggiunta nell'evoluzione del rapporto arbitrato/diritto antitrust, che vuole l'indisponibilità del diritto scollata dall'imperatività della norma da applicare.

[208] Secondo il dettato dell'art. 3 della dir. n. 93/13.

Sezione IV

NORME DI ORDINE PUBBLICO EUROPEO E DIRITTO PROCESSUALE DEGLI STATI MEMBRI IN CAMPO ARBITRALE

"Inviting the parties to address relevant issues [artt.101 or 102 TFEU] is different from *ex officio* application: in the first hypothesis, the parties have to elaborate the arguments themselves; in the second one, the arbitrators' application of competition rules takes the parties by surprise".

Van Houtte, *The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and their Relationship with the European Commission,* in *Europ. Busin. Law Rev.*, 2008, p. 66.

1. *Premessa*

Abbiamo dato più volte affermato che l'arbitro, come il giudice statale, è tenuto ad interpretare ed applicare il diritto dell'Unione, seppure la Corte di giustizia non gli ha mai riconosciuto lo *status* di "giurisdizione di uno Stato membro"[209].

In realtà, la questione è più complessa e non può essere risolta allo stesso modo della strada giudiziale, anche in virtù del fatto che il compito dell'arbitro, a differenza del giudice (istituzionalmente deputato alla "iuris dictio"), risente della tensione tra l'autonomia della volontà delle parti e la necessità (più contingente che giuridica) di avere una decisione valida ed efficace che non si ponga in contrasto con le norme di ordine pubblico, innanzitutto, della *lex causae.*

Una volta che l'arbitro riconosce che la controversia che coinvolge la normativa europea, direttamente applicabile, è arbitrabile e non rientra nella competenza esclusiva di altre istituzioni, si pone il

[209] Sul punto esplicita la Corte di giustizia nel caso *Nordsee*, cit. (punto 14), ove la Corte, sulla scorta dell'esigenza che il diritto europeo sia interamente osservato nel territorio di tutti gli Stati membri, ha precisato che "le parti di un contratto non hanno quindi la facoltà di derogarvi".

problema di sapere se egli abbia un dovere o una semplice facoltà di applicare la normativa europea e qual sia il motivo di tale scelta.

Per risolvere tale quesito, di cui abbiamo parzialmente anticipato la soluzione finale, bisogna interrogarsi su due circostanze: a) se sussiste un'esigenza di applicazione del diritto europeo in arbitrato e, b) se tale esigenza debba o meno prevalere sui limiti posti dalla normativa processuale nazionale applicabile[210]. Ciò ha rilievo in due momenti in campo arbitrale: innanzitutto, davanti agli arbitri quando le parti non abbiano invocato l'applicazione della disposizione europea e la normativa processuale impedisca un potere d'applicazione d'ufficio dell'arbitro; in secondo luogo, davanti al giudice dell'impugnazione del lodo e/o dell'*exequatur* (ovvero nella fase del controllo del lodo), quando le parti non abbiano invocato l'applicazione della disposizione europea d'ordine pubblico nel corso dell'arbitrato ma solo davanti al giudice statale ovvero quando l'applicazione della disposizione venga sollevata *ex officio* dal giudice del controllo.

Analizziamo innanzitutto la disciplina processuale nel corso della procedura arbitrale per capire se, nel silenzio delle parti, l'arbitro debba o meno applicare d'ufficio la normativa europea. Per far ciò dobbiamo prima analizzare quale sia la ragione giuridica che sta alla base dell'applicazione della normativa dell'Unione da parte dell'arbitro.

2. *Il dovere degli arbitri di applicare le norme europee di ordine pubblico*

Va sùbito detto che l'arbitro deve applicare il diritto europeo quando applica la normativa di uno Stato membro, in virtù dell'effetto diretto che caratterizza il diritto dell'Unione, per i motivi già descritti alla sez. I. Ciò vale anche quando le norme di diritto europeo hanno carattere di "ordine pubblico" come il diritto antitrust o

[210] Così Idot, *Arbitrage et droit communautaire*, cit., p. 567.

il diritto consumeristico, come ha ben evidenziato sia la dottrina[211] sia la giurisprudenza arbitrale, soffermandosi già da tempo sulle caratteristiche della normativa della concorrenza[212]. Tale dovere sussiste non solo quando l'arbitro deve decidere la lite secondo diritto ma anche quando lo deve fare secondo equità[213].

Tuttavia, ogniqualvolta l'arbitro si trova di fronte a norme di ordine pubblico, egli non le applica solo in forza del loro effetto diretto (così come fa il giudice che peraltro è custode di un ordinamento) ma anche per il fine, più pratico che giuridico, di "garantir la pleine efficacité de sa sentence"[214], cioè di rendere una decisione che, in caso di mancata spontanea ottemperanza, possa effettivamente essere riconosciuta in quegli ordinamenti ove presumibilmente avrà utilizzo e che si presentano in qualche modo collegati alle parti.

In questo quadro, dunque, l'arbitro non è totalmente libero ma vive in una sorta di "libertà vigilata", nella quale deve tutelare esso stesso – al pari del giudice – il rispetto delle norme di ordine pubblico di un ordinamento: tale atteggiamento, infatti, riduce i rischi di un contenzioso post-arbitrale e al contempo sprona al rispetto di un'esecuzione spontanea del lodo[215]. Secondo parte della dottrina, è dunque la prospettiva del "controllo potenziale" del lodo da parte del giudice statale in sede d'impugnazione o di riconoscimento/ese-

---

[211] Bonassies, *Arbitrage et droit communautaire*, in Aa.Vv., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommages à J. Boulouis,* Parigi, 1991, p. 21 ss., spec. p. 26, parla a proposito di "ordre public communautaire direct".

[212] Il lodo *Icc* n. 7097 del 1993 (citato da Verbist, *L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI,* cit., p. 39) ha stabilito che "les dispositions du droit communautaire en matière de concurrence relèvent d'un droit supranational directement applicable".

[213] A tale conclusione anche il lodo *Icc* n. 7097 del 1993, cit. Tale è l'orientamento della Corte di giustizia che, nel noto caso *Comune di Almelo* (Corte giust., 27 aprile 1994, cit., p. 1477 ss.), riteneva che il giudice dell'impugnazione del lodo dovesse applicare la normativa antitrust europea anche se il lodo ha deciso per equità. Sul punto anche la giurisprudenza francese, v. Corte d'appello Parigi, 16 marzo 1995, in *Rev. arb.,* 1996, p. 146 ss., con nota di Derains.

[214] Così il lodo *Icc* del 1990 nella causa n. 5514, in *Jour. droit int.,* 1992, p. 1028.

[215] Sul punto Fouchard, *Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, cit., p. 66, afferma che gli arbitri "se préoccupent au premier chef d'apprécier les chances d'*exequatur* de leurs sentences, car si celles-ci sont sérieuses, la tendance des parties à les exécuter spontanément s'en trouvera encouragée".

cuzione che costituisce la fonte di giustificazione del rispetto dell'arbitro nei confronti delle norme assolutamente inderogabili, la cui violazione frusterebbe la stessa volontà delle parti[216].

Quanto si è detto, trova la dimostrazione più evidente nel caso in cui l'arbitro si trovi di fronte ad una *lex causae* che non sia quella di uno Stato membro. Qui si pone il problema se l'arbitro debba tener conto (ed entro quali limiti) della norma d'ordine pubblico europeo. La risposta non è scontata e può alimentare una molteplicità di soluzioni.

Mi sembra tuttavia che si debba distinguere il caso in cui, a fronte di una l*ex causae* di uno Stato terzo, l'arbitro abbia sede in un paese membro o la *res litigiosa* possa avere riflessi in un territorio dell'Unione, dal caso opposto in cui o la sede o *la res litigiosa* non coinvolga uno Stato membro. Nel primo caso, l'arbitro avrà il dovere di applicare la normativa europea di ordine pubblico, nel secondo caso no. Tale diversità di soluzione ha l'intento di conciliare due esigenze opposte: quello di evitare un *chauvinisme européen* in giro per il mondo e, al contempo, quello di favorire l'"effet utile" del lodo quando esso circola in uno Stato membro. Tale conclusione si pone anche in linea col valore da attribuirsi all'ordine pubblico europeo che, in quanto concetto limitato ad un nocciolo duro dell'ordinamento dell'Unione, è dotato di propria autonomia ed indipendenza, da non confondersi né con l'ordine pubblico degli Stati membri né con l'ordine pubblico transnazionale.

In un noto caso svizzero, già citato per altre ragioni *supra* sez. II, viene ribadita la soluzione qui seguita. Allora il Tribunale federale annullò un lodo arbitrale ove l'arbitro elvetico si era dichiara-

---

[216] Racine, *L'arbitrage commercial*, cit., p. 234. Tale dovere di eseguibilità, tipico dell'attività decisionale dell'arbitro, solo raramente nella giurisprudenza è passato in secondo piano e solo in caso di volontà delle parti, come dimostra la decisione nell'arbitrato *ad hoc* nel caso *Texaco* del 1977, pronuncia che si inseriva nelle frequenti controversie tra Libia e investitori stranieri a seguito delle nazionalizzazioni della metà anni Settanta. In quel caso l'arbitro unico evidenziò come la questione dell'eseguibilità della decisione arbitrale in un dato ordinamento possa essere posta al di fuori dell'incarico dell'arbitro solo per volontà, anche tacita delle parti, delle parti: infatti, allora nella controversia "les parties contractantes n'ont pas entendu faire de leur contrat la seule et inique loi de leurs rapports mais qu'elles ont, au contraire, fait le choix d'un système juridique destiné à le régir en se référant aux principes de la loi libyenne" (v. in *Year. Comm. arb*., 1979, p. 180).

to incompetente ad esaminare la validità del contratto alla luce della normativa europea antitrust, in quanto l'arbitro aveva il dovere di applicare il diritto europeo anche se la sede era collocata in uno Stato extra-U.e., se la legge applicabile era europea così come le parti[217]. Il Tribunale federale elvetico, più di recente, in un caso molto discusso, pur escludendo che il diritto antitrust europeo facesse parte dell'ordine pubblico internazionale svizzero e perciò costituisse valido motivo per l'impugnazione del lodo (*ex* art. 190, comma 2, lett. e), *L.d.i.p*), ha ricordato che il diritto elvetico impone agli arbitri di tener conto delle eccezioni d'ordine pubblico (europeo) sollevate dalla parti nel corso dell'arbitrato a pena di annullamento del lodo[218].

A pari conclusione arriva la giurisprudenza arbitrale. Si veda per tutti il lodo *Icc* del 1993 nella causa n. 7673, ove il tribunale arbitrale richiamando proprio la sentenza del Tribunale federale svizzero del 1992, dichiarò che: "cette décision du Tribunal fédéral a été prise a l'occasion d'un contrat régi par la loi belge dont le droit de la Cee fait partie intégrante. Le droit de la Cee pourrait cependant être également applicable ou pris en compte quand la loi suisse est la loi du fond du contrat. Il est généralement admis que selon l'arti-

---

[217] V. Tribunale federale svizzero, 28 aprile 1992, in *Rev. arb.,* 1993, p. 124 ss. (con nota di Idot), in *Dir. comm. internaz.,* 1993, p. 143 ss. (con nota di Lombardini), in *Riv. arb*., 1995, p. 93 ss. (con nota di Bernardini, *Arbitrato internazionale e diritto della concorrenza*), ove legge applicabile al merito e parti erano entrambe belghe. Si allinea alla posizione svizzera anche la giurisprudenza arbitrale, cfr. per tutti, il lodo *Icc* del 1993 nella causa n. 7673, in *Riv. arb.,* 1997, p. 431 ss. (con nota di Bernardini, *Concorrenza e arbitrato*).

[218] Tribunale federale svizzero, 8 marzo 2006, *Tensacciai c. Terra Armata,* in *Rev. arb.,* 2006, p. 763 ss. (con *Note* a seguire di Radicati di Brozolo), punto 3.3. motivaz. Si trattava di un caso vertente su un contratto tra due appaltatori per la partecipazione a gare di lavori pubblici in Italia. A seguito dell'inadempimento contrattuale di uno dei due contraenti, l'altro lo citava per danni dinanzi ad un tribunale arbitrale con sede in Svizzera. In tale procedimento il convenuto eccepiva la violazione del diritto alla concorrenza, eccezione che gli arbitri rigettavano. A seguito dell'impugnazione del lodo, la questione veniva sottoposta al Tribunale federale svizzero che rigettava l'impugnazione evidenziando che il diritto della concorrenza (sia interno che europeo) non costituiva una questione di ordine pubblico, motivando, come ha osservato la dottrina (Radicati di Brozolo, *op. ult. cit*.), tale conclusione sul fatto che nella fattispecie non erano coinvolti principi di concorrenza riguardanti la *lex fori*. La posizione assunta dal Tribunale svizzero è stata alquanto criticata in dottrina, V. *funditus*, cap. IV.

cle 187, comma 1, *L.d.i.p.* les arbitres doivent, ou au moins peuvent, observer l'ordre public international d'autres Etats ou des communautés européennes, quelle que soit la loi de fond applicable"[219].

La scelta della giurisprudenza si pone poi in linea con l'art. 7 della previgente convenzione di Roma del 1980 (oggi sostituita dal reg. Roma I) che, come è noto, prescriveva di tener conto dell'applicazione delle norme imperative di un ordinamento terzo (quale quello europeo) quando sussisteva un apprezzabile elemento di collegamento con il rapporto controverso, come la *lex fori* o la *lex loci executionis*[220].

In conclusione, da tutti i dati in nostro possesso emerge che, anche in caso di *lex causae* di un ordinamento terzo, il compito dell'arbitro è quello di rendere eseguibile il lodo, e ciò giustifica il fatto che l'arbitro applichi le norme di ordine pubblico di uno Stato membro (comprese quelle europee) sia nel caso in cui esso ha la sede in uno Stato membro, sia quando, nonostante la sede extra-U.e., presenta uno stretto collegamento con il paese europeo dove il lodo venga riconosciuto.

In questo ambito è quindi particolarmente utile richiamare la tesi di parte della dottrina che, in caso di lodo reso extra-U.e., ritiene opportuno restringere la portata dell'ordine pubblico, rilevante per l'applicazione da parte dell'arbitro, ad un solo nucleo di diritti essenziali collegati a principi basilari di civiltà giuridica ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo[221]. È evidente che, condividendo tale tesi, il lavoro prognostico dell'arbitro si semplifica vistosamente perché nell'applicazione del diritto extraeuropeo l'impor-

---

[219] In *Riv. arb.,* 1997, 431 ss., con nota di Bernardini, *Concorrenza e arbitrato*.

[220] Il reg. Roma I, come prima Convenzione di Roma del 1980 – va evidenziato – non è direttamente applicabile ai procedimenti arbitrali, ma costituisce un valore pedagogico per l'arbitro. Sul punto vanno richiamate le parole di Lando, *The law applicable to the merits of the dispute,* in *Arb. int.,* 1986, p. 104 ss., spec. p. 159 secondo cui: "Article 7(1) of the Obligation Convention is expressive of international solidarity. States should help each other in the enforcement of relevant government policies. The arbitrators should contribute to this solidarity by giving effect to mandatory provisions claiming application, provided that those rules are enacted by a State having a close relationship with the contract and that it is fair and reasonable to give effect to them".

[221] Biavati, *Deroghe alla giurisdizione statuale e fungibilità dei sistemi giudiziari,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2009, p. 523 ss.

tante, al fine dell'ingresso (futuro ed eventuale) e della circolazione del lodo nell'Unione, basta che si osservino solo taluni principi fondamentali.

3. Segue: *applicazione anche* ex officio *o rischio di* ultra petita*?*

Una volta evidenziata la *ratio* e i presupposti del dovere dell'arbitro nell'applicare il diritto europeo di ordine pubblico, è lecito domandarsi se tale atteggiamento sussista solo quando le parti abbiano invocato l'applicazione della normativa europea o anche quando le parti non sollevino il problema nel corso del procedimento arbitrale[222].

Per affrontare la discussione bisogna ricordare ancora una volta che l'arbitro svolge contestualmente un incarico che gli è affidato dalle parti nell'esercizio della propria autonomia privata ma anche deve porre in essere un lodo che abbia effetti e, per far ciò, deve tener conto sia delle norme di ordine pubblico della *lex fori* che di quelle degli ordinamenti strettamente collegati alla lite. In altre parole, è lecito chiedersi se nell'applicazione della normativa di ordine pubblico l'arbitro, come preso tra Scilla e Cariddi, debba sottostare alla volontà delle parti o se il carattere di ordine pubblico delle norme gli permetta di ignorarla.

In tema di tutela della concorrenza – ma il tema potrebbe valere in generale per tutte le norme di ordine pubblico europeo – la questione era stata sottoposta alla Corte di Lussemburgo nel caso *Benetton*, ma i giudici del Kirchberg non si erano pronunciati sul punto ritenendo assorbente la questione sul presupposto dell'esistenza di un obbligo per il giudice nazionale, in presenza di un lodo arbitrale, di applicare le norme di diritto europeo antitrust aventi carattere d'ordine pubblico.

[222] Va specificato che il problema del rilievo d'ufficio della questione di ordine pubblico che si va qui ad affrontare e che ipotizza un contrasto con il principio dispositivo, non consiste semplicemente in una riqualificazione del fatto o in interpretazione della norma (invero sempre legittime), ma in una introduzione di una questione (eccezione) non dedotta dalle parti (esempio, la nullità del cartello lesivo della concorrenza).

Nonostante il silenzio della Corte, la questione era stata ben affrontata dall'avv. generale Saggio svolgendo un lavoro analogico di applicazione dei principi della sentenza *Van Schijndel* al caso in questione. Come è noto, nel caso *Van Schijndel* del 1995, la Corte, adita dal giudice del rinvio sul quesito se il giudice nazionale fosse tenuto ad applicare d'ufficio le norme europee antitrust anche in caso di mancata eccezione di parte, aveva concluso che i giudici nazionali avevano l'obbligo di applicare d'ufficio le disposizioni europee aventi effetto diretto, ogniqualvolta le norme processuali lo avessero permesso, anche quando la parte interessata allo loro applicazione non lo avesse invocato[223]. Al contempo, però i giudici europei affermavano che un'applicazione d'ufficio del diritto europeo non poteva essere imposta al giudice dello Stato se non era previsto altrettanto per le norme di diritto interno. Il principio, in definitiva, era questo: i giudici nazionali dovevano applicare il diritto europeo allo stesso modo con cui assicuravano l'applicazione del diritto interno, in pieno rispetto delle norme processuali e del principio dispositivo degli Stati membri.

L'avv. generale del caso *Benetton* ebbe modo di valutare se i principi della Corte nella sent. *Van Schijndel* rispetto all'applicabilità d'ufficio delle prescrizioni europee potessero essere applicati in sede di procedimento arbitrale. Secondo Saggio, nel procedimento arbitrale si presentavano le medesime esigenze richiamate nel caso del 1995 per il procedimento avanti al giudice statale. Anzi le esigenze di rispetto del principio dispositivo (nonché di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato) si facevano più forti e più sentite in un procedimento arbitrale rispetto a un processo avanti al giudice ordinario in quanto, si diceva, "gli arbitri, in quanto mandatari delle parti di un contratto per la soluzione di una lite, risultano legati dalla volontà di quest'ultime in misura ancora maggiore di quanto non possa esserlo un organo giurisdizionale"[224]. Di conseguenza, se

[223] Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel e van Veen,* in *Racc.,* 1995, I, p. 4705 ss., su cui v. i commenti Caranta, in *Giur. it.,* 1996, I, 1, p. 1289 ss.; di Heukels, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1996, p. 337 ss.; Prechal, *Community Law in National Courts: the Lessons from van Schijndel,* in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1998, p. 681 ss.

[224] Punto 21 conclusioni.

l'obbligo per i giudici dello Stato di sollevare *ex officio* questioni di diritto (anche europeo) non contemplate dalle domande ed eccezioni fornite dalle parti esisteva solo in alcune circostanze e nel rispetto di esigenze processuali dell'ordinamento (come attenersi all'oggetto della lite e basare la propria pronuncia sui fatti che gli sono stati presentati), la conclusione doveva essere che, di fronte agli arbitri, tali casi avrebbero dovuto essere ancora più limitati.

Non esistevano, pertanto, secondo l'avv. generale, peculiarità del procedimento arbitrale che suggerivano una soluzione differente da quella raggiunta nel caso *Van Schijndel,* in merito alla (limitata) derogabilità del principio dispositivo, anzi[225]. In particolare, l'avv. generale, pur ritenendo che l'arbitro dovesse applicare il diritto europeo, specificava che tale applicazione dovesse essere fatta purché egli non eccedesse l'oggetto dedotto in causa e quindi avvenisse comunque nel rispetto del principio dispositivo, con ciò osteggiando un'applicazione *ex officio* del diritto europeo da parte dell'arbitro *ultra petita.* A fronte di un cartello lesivo della concorrenza sottoscritto dalla parti, per esempio, l'arbitro non avrebbe potuto sollevare di propria iniziativa questioni relative alla sua conformità con il diritto europeo.

Come abbiamo detto, la Corte di giustizia sul punto taceva e non affrontava di petto la questione, ribadendo comunque necessaria l'applicazione delle norme di ordine pubblico europeo in sede d'impugnazione del lodo.

Su questo tema, in letteratura si sono alternate diverse voci.

La maggior parte della dottrina in materia ritiene che sussista un potere d'applicazione *ex officio* da parte degli arbitri, in virtù del fatto, principalmente, che la normativa di diritto di concorrenza dell'Unione rientra nell'ordine pubblico europeo che, al pari dei principi dell'ordine pubblico transnazionale (di cui costituisce, secondo certa dottrina, una parte), deve essere sempre applicato, poiché gli arbitri sono tenuti a fare il possibile affinché i lodi siano capaci di esplicare effetti senza incappare in annullamenti e dinieghi[226].

---

[225] Punto 22 *ibidem*.

[226] Schmitthoff, *Arbitration and EEC Law,* in *Comm. Mark. Law Rev.,* 1987, p. 146 (oggi anche in Chia-Jui Cheng (a cura di), *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, London, 1988, p. 644); Moitry, *Arbitrage international*

In altre parole, si lega il potere d'officialità degli arbitri alla esigenza primaria di formulare un giudizio che scavalchi i successivi controlli di fronte all'autorità giurisdizionale chiamata ad intervenire in sede d'impugnazione o di esecuzione.

Accogliendo questa linea in maniera assoluta, ci si è spinti a chiarire che cosa accadrebbe se l'arbitro, convinto dell'applicabilità della norma antitrust europea, si scontrasse con l'opposizione delle parti alla sua applicazione. Tale tesi mette in luce la circostanza che, sebbene l'arbitro sia sempre un mandatario delle parti, grazie alla natura d'ordine pubblico delle norme antitrust europee, egli dovrebbe ugualmente applicare le disposizioni suddette in quanto, così facendo, non incorrerebbe in eventuali vizi del lodo di *ultra petita* o di eccesso di potere. La conseguenza è che gli arbitri non avranno tecnicamente l'obbligo di seguire la volontà della parti, in forza della superiorità che l'efficacia del lodo ha rispetto alla volontà delle parti stesse[227]. Questa conclusione non è tuttavia unanimemente condivisa e va segnalato che, secondo altra parte della dottrina, se è pur doveroso che gli arbitri applichino *ex officio* le norme europee di ordine pubblico, tuttavia ciò non può far rinunciare al rispetto delle "ragionevoli aspettative delle parti"[228].

Una voce a favore di una applicazione anche *ex officio* delle norme di ordine pubblico proviene dagli ambienti arbitrali, per i quali non si porrebbero ostacoli, in particolare, all'applicazione delle regole europee antitrust, anche in caso di mancata eccezione delle parti. Il lodo *Icc* n. 7181 del 1992 evidenzia tale potere d'ufficio statuendo che "in view of the public policy character of Article 85 [*n.d.r.,* art. 101 Feu], the Arbitral Tribunal does however have to

---

et droit de la concurrence, in *Rev. arb.*, 1989, p. 11; Goffin, *L'arbitrage et le droit européen,* in *Rev. de droit intern. et de droit comparé*, 1990, p. 313 ss., spec. p. 335.; Laudisa, *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza,* cit., p. 596; Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza,* cit., p. 695; più cauto Idot, in *Note* a sent. *Benetton,* cit., spec., p. 650 e Id., *Arbitrage et droit communautaire*, cit., pp. 570-571, che distingue il caso in cui la legge applicabile sia europea o extraeuropea: nel primo caso, vi sarebbe un dovere *ex officio*, nel secondo caso, non vi sarebbe alcun dovere applicazione, fatta salva comunque sempre la possibilità dell'arbitro di provocare il contraddittorio sul punto.

227 Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial*, cit., p. 476 ss.

228 V. Blessing, *Introduction to Arbitration,* Basle, 1999, p. 257.

examine ex officio whether Article 1.6 of the Agreement is not caught by the prohibition of restrictive agreements"[229].

Secondo altra dottrina (seppure minoritaria), si ritiene invece che non esisterebbe un potere ufficioso dell'arbitro in quanto questi non potrebbe decidere in extrapetizione, pena la nullità del lodo a seguito di giudizio di impugnazione (per es., *ex* art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.) o di opposizione al riconoscimento negli altri paesi (*ex* art. V, comma 1, lett. c), conv. di New York)[230]. Alla medesima conclusione arriva anche la giurisprudenza elvetica che, come si è visto, riconoscendo con la sentenza del 1992 in capo agli arbitri il dovere d'applicazione del diritto europeo, aveva anche precisato che tale

---

[229] V. il lodo *Icc* n. 7181 del 1992, in VERBIST, *L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la Cci,* cit., p. 44. Va detto che esempi di lodi che testimoniano un'applicazione d'ufficio del diritto europeo della concorrenza sono alquanto rari. Sulla stessa scia del precedente anche il lodo *Icc* n. 7315 de 1992 (in VERBIST*, op. ult. cit.,* p. 33), il lodo *Icc* n. 8423 del 1998 (in *Jour. droit int.,* 2002, p. 1079, con nota di ARNALDEZ) il lodo *Icc* n. 7539 del 1995 (in *Jour. droit int.,* 1996, p. 1030, con nota di DERAINS) ove tuttavia si evidenzia, a cautela del principio dispositivo, che "il incombe en effet aux arbitres de soulever même d'office, mais avec toute la prudence requise, l'incompatibilité d'un accord qui leur est soumis (ou de certaines de ses clauses) avec l'article 85 du Traité de Rome [*n.d.r*, oggi art. 101 tr. Fue]".

[230] A favore dell'esistenza di un potere solo di parte v. P.J. SLOT, *The enforcement of EC Competition Law in Arbitral Proceedings,* in *Legal Issues of European Integration,* 1996, I, p. 105. Nega l'esistenza di un potere d'ufficio, VAN HOUTTE, *Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty. A State of affaire,* cit., p. 438 ss. Così anche KOMNINOS, in commento alla sent. *Benetton,* in *Comm. Mark. Law Rev.,* cit., p. 459 ss., in partic. pp. 475-477, secondo cui la Corte di Lussemburgo ha rinunciato di dare una risposta diretta alla questione (quesito pregiudiziale n. 1), rinviando le sue ragioni al controllo del lodo in sede d'impugnazione da parte dei giudici ordinari, in quanto si è trovata in definitiva a decidere tra due fuochi: quello delle regole processuali nazionali (olandesi) che non permettevano l'*ultra petita* e quello del rischio di rendere un lodo che quasi sicuramente sarebbe stato annullato in sede d'impugnazione perché lesivo dell'ordine pubblico. Stretta tra Scilla e Cariddi, la Corte lasciava la via diretta e affrontava il problema dell'obbligo arbitrale *ex officio* in modo indiretto, affidando la questione ai giudici nazionali. L'atteggiamento silente tenuto dai giudici del Kirchberg, a detta dell'a., è stata la soluzione migliore perché ha voluto preservare la piena libertà degli arbitri, non influendo sul loro operato e conferendo così loro la facoltà e non l'obbligo nell'applicazione *ex officio* del diritto antitrust. Secondo l'a., una facoltà d'applicazione, invece di un obbligo, meglio si adatta a degli arbitri che non sono ancora per la Corte di giustizia "giurisdizioni degli Stati membri" e quindi guardiani dell'ordine europeo.

dovere dell'arbitro non comportava al contempo quello di sollevare d'ufficio la questione d'ordine pubblico[231].

Per quanto mi riguarda, sono dell'avviso che vi sarebbe un'ulteriore soluzione che al contempo eviterebbe lo stravolgimento delle norme processuali dello Stato membro in materia arbitrale e rafforzerebbe i poteri dell'arbitro nell'applicazione del diritto dell'Unione. Sotto questo profilo, bisognerebbe risolvere a monte ogni problema di futura contestazione del lodo, rafforzando la consultazione tra arbitri e parti in sede di contraddittorio processuale: gli arbitri dovrebbero adottare una soluzione solo dopo aver stimolato il dibattito sulla questione di ordine pubblico europeo, eventualmente prima suggerendo alle parti di modificare i fatti allegati sul punto. Così facendo, gli arbitri si troverebbero a motivare sulla questione sottoposta alle parti, puntando contemporaneamente all'efficacia del lodo, ma limitandone i motivi di impugnazione o di riconoscimento per violazione dell'ordine pubblico.

In definitiva, mi sembra che, pur non sussistendo un obbligo giuridico in capo agli arbitri di rilevare d'ufficio la questione europea, tuttavia esiste un dovere di opportunità, volto a garantire l'effettività dell'arbitrato (e del lodo), nel sollevare la questione d'ordine pubblico, purché tuttavia essa venga sottoposta al contraddittorio delle parti: una sorta di "invito al dibattito" sull'eccezione in vista del controllo e del riconoscimento del lodo[232]. Tale conclusione penso che possa ben adattarsi a tutti i casi in cui la giurisprudenza arbitrale si è espressa a favore di un dovere di applicazione delle norme di ordine pubblico europeo da parte degli arbitri ovvero sia nel caso

---

[231] Lo rileva il Tribunale federale Svizzero, sent. 13 novembre 1998, in *Asa Bull.,* 1999, p. 529, ove i giudici stabiliscono che "One cannot require the arbitrator to be aware of or systematically search for the mandatory rules of law (such as art 85 EC for example) in each of the legislations showing signs of significant points of contact with the relationship in the dispute". Decisione poi confermata dal Tribunale federale, sent. 1° febbraio 2002, in *Asa Bull.,* 2002, p. 337 ss.

[232] Conclusioni sostanzialmente analoghe si riscontrano, in dottrina recente, in Van Houtte, *The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission,* cit., p. 63 ss., spec. p. 66, secondo cui "inviting the parties to address relevant issues is different from *ex officio* application: in the first hypothesis, the parties have to elaborate the arguments themselves; in the second one, the arbitrators' application of competition rules takes the parties by surprise".

in cui la *lex causae* sia quella di uno Stato membro[233], sia nel caso in cui essa sia di uno Stato extraeuropeo ma l'arbitrato abbia la sede nell'Unione o pur avendo sede extra-U.e. il lodo abbia efficacia in un paese membro[234].

Una posizione di tale tipo che prevede lo sviluppo del contraddittorio sulla questione d'ufficio, meglio contempera il principio di autonomia della volontà delle parti che vige in arbitrato con il principio altrettanto fondamentale dell'"effet utile" del lodo: in questo modo, sono sempre le parti a porre il limite e a decidere fino a che punto l'arbitro può spingersi nella propria attività, con ciò avvalorando l'origine negoziale del procedimento arbitrale, senza tuttavia perdere di vista il fatto che il lodo viene emesso perché sia efficace e possa circolare. In coerenza con tale impostazione, mi sento pertanto di propendere per il diniego dell'applicazione delle norme di ordine pubblico in caso di opposizione delle parti, salvo il caso limite di palese e dimostrata "frode processuale", ovvero quando le parti abbiano deciso di utilizzare l'arbitrato per eludere l'applicazione degli effetti di alcune norme imperative, circostanza in cui allora, come è stato detto, si rientrerebbe in un caso di inarbitrabilità della lite[235].

4. *I poteri del giudice nel controllo del lodo in sede d'impugnazione ed* exequatur *in caso di violazione dell'ordine pubblico europeo: dal caso* Benetton *ai casi* Mostaza Claro *e* Asturcom

Una volta esaminato il fondamento e la disciplina del dovere dell'arbitro nell'applicare, anche d'ufficio, il diritto europeo d'ordine pubblico, è la volta di affrontare il secondo profilo delineato: quello del potere del giudice statale in sede di controllo del lodo

[233] In questo senso il lodo *Icc* n. 8626 del 1996, in *Icc Bull.*, 2003, p. 55.

[234] Così il lodo *Icc* n. 10245 del 2000, in *Gazette du Palais,* 2003, p. 1528, ove il collegio arbitrale stabilisce che "la nationalité et la siège des parties et le territoire contractuel constituent un lien étroit au sens de l'art. 19 *Ldip*, avec l'Union Européenne. Un intérêt légitime au regard de la conception suisse du droit, impose de prendre en compte le droit communautaire dès lors que le contrat déploie une grande partie de ses effets dans le marché réglementé par le droit communautaire".

[235] Così Radicati di Brozolo, *Arbitrage*, cit., p. 325.

quando le parti non abbiano invocato l'applicazione della disposizione europea nel corso dell'arbitrato, ovvero il potere del giudice di rilevare d'ufficio la questione d'ordine pubblico.

Il tema è stato affrontato dapprima nel campo del diritto antitrust e poi in quello consumeristico.

Quanto al diritto della concorrenza, anche questa volta sono degne di nota le conclusioni dell'avv. generale Saggio nel caso *Benetton*, in quanto anche qui la Corte tace sul punto ritenendo assorbente la questione dell'esistenza di un obbligo per il giudice dell'impugnazione del lodo di applicare le norme di diritto europeo antitrust aventi carattere d'ordine pubblico.

Il giudice olandese rinviante, lo *Hoge Raad,* in virtù del fatto che nessuna della parti aveva sollevato la questione della nullità dell'accordo per contrasto col diritto europeo antitrust nel corso del procedimento arbitrale, chiedeva alla Corte di Lussemburgo se il giudice nazionale fosse tenuto a dare applicazione alle prescrizioni europee in materia di concorrenza quando queste non fossero state invocate dalle parti nel corso dell'arbitrato e, in virtù del giudicato interno, fosse oramai precluso al giudice rimettere in discussione la validità del contratto[236].

L'avv. generale, proprio ritenendo fondamentali le norme di ordine pubblico antitrust, concludeva per l'applicazione della normativa suddetta anche per la prima volta in sede di controllo giudiziario del lodo senza che rilevasse il comportamento tenuto dalle parti in sede d'arbitrato. Ciò trovava fondamento nella tesi seguita dalla Corte di giustizia che poneva solo il giudice statale del controllo del lodo (e non l'arbitro) al centro del dialogo (interpretativo e quindi anche applicativo) con la Corte di giustizia[237]. Infatti, in virtù dell'impossibilità del rinvio per i collegi arbitrali, sorgeva la necessità che il giudice ordinario dovesse garantire almeno una volta, grazie allo strumento dell'art. 234 tr. Ce (oggi art. 267 tr. Fue), il ricorso alla Corte per una questione di diritto europeo, anche se questa non fosse sorta in sede arbitrale. Secondo Saggio, il principio di lea-

[236] Terzo quesito pregiudiziale sent. *Benetton*, cit., riscritto e chiarito dall'avv. generale Saggio nelle sue conclusioni (punto 40 ss.).

[237] Cfr. punti 42-43 conclusioni avv. gen. cit.

le collaborazione che spettava ai giudici prima e la natura di ordine pubblico dell'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue) poi, conducevano a rendere incompatibili con le regole della concorrenza (doverosamente applicabili) quelle norme processuali interne che limitavano la loro applicazione.

Diversamente dalla tesi dell'avv. generale, la Corte di giustizia, invece, adottava una lettura più garantista dell'autonomia processuale: rispondendo invero al secondo quesito, stabiliva il principio (generale) che il controllo del lodo alla luce delle norme di concorrenza doveva avvenire nei limiti in cui, in base alle proprie regole di procedura interna, il giudice fosse tenuto ad un controllo del lodo sulla base dell'ordine pubblico[238]. Pertanto il vaglio della violazione dell'ordine pubblico europeo era possibile solo se, e nei limiti in cui, l'ordinamento nazionale – come avviene in quello italiano – permetteva la censura per violazione dell'ordine pubblico. Nulla di nuovo pertanto se non il rispetto delle soluzioni adottate dai singoli ordinamenti.

Secondo la sentenza *Benetton*, peraltro, un controllo era attuabile fintantoché non fossero scaduti i termini per impugnare o non fosse intervenuta acquiescenza[239]. Non si poteva infatti ipotizzare il superamento di un altro principio come quello della *res iudicata.* Sul punto, sia l'avv. generale che la Corte di giustizia sostenevano che le regole processuali nazionali intorno all'efficacia di giudicato di un lodo arbitrale (parziale) non potevano essere rimesse in discussione a causa della nullità del contratto per violazione del diritto antitrust nel giudizio di impugnazione del lodo[240].

---

[238] Punto 41 sent. *Benetton*.

[239] Diff. Punzi, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, cit., p. 241 ss., il quale ritiene che la natura privatistica dell'arbitrato rende inapplicabile il principio della conversione delle nullità in motivi di impugnazione (*ex* art. 161 c.p.c.) quando la pronuncia degli arbitri determini un risultato *contra legem* (come è la violazione di norme di ordine pubblico), obiettivo che l'ordinamento vieta alle parti di conseguire con un atto di disposizione diretta, non essendo nemmeno sufficiente sul punto la rilevabilità anche *ex officio* del vizio da parte del giudice d'impugnazione.

[240] Si tratta della quarta e quinta questione pregiudiziale sollevata dallo *Hoge Raad* nel caso *Benetton*, v. in conclusioni avv. generale punti 47-50 e in sentenza punti 43-48. V. su tale questione diffusamente il commento di Punzi, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato,* cit., p. 239 ss. Va ricordato che la

In sostanza, i giudici di Lussemburgo riconoscendo al giudicato il ruolo di principio processuale fondamentale, ne sancivano il rispetto anche se ciò comportava nel concreto la disapplicazione della normativa europea di ordine pubblico[241]. L'idea era che l'esigenza di assicurare una corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo non poteva essere estesa sino al punto di disapplicare le norme di diritto interno, arrivando a creare quelle "reazioni di incertezza potenzialmente idonee a generare reazioni da cortocircuito a livello di sistema", ben tutelati dal principio della cosa giudicata[242]. Il punto sotto certi aspetti potrebbe, tuttavia, essere oggi rivisto alla luce

---

vicenda *Benetton* aveva visto susseguirsi due pronunce arbitrali: con la prima (un lodo parziale sull'*an debeatur*) gli arbitri condannavano la Benetton a risarcire a Eco Swiss e Bulova i danni che erano derivati dall'anticipata risoluzione del contatto di licenzia di marchio posta in essere da Benetton, lasciando alle parti il compito di raggiungere un accordo sulla somma da corrispondere (poi non raggiunto); con la seconda (lodo definitivo sul *quantum debeatur*) gli arbitri ingiungevano alla Benetton di pagare un'ingente somma alle controparti a titolo di risarcimento danni. Il lodo parziale non veniva impugnato da Benetton entro il termine di legge e passava pertanto in giudicato.

[241] Va detto che a differenza dell'ordinamento olandese, coinvolto nella fattispecie, ipotizzando che il caso portato al vaglio dei giudici del Kirchberg avesse riguardato il diritto italiano dell'arbitrato, è chiaro che l'omessa impugnazione del lodo parziale (sull'*an debeatur*) non avrebbe impedito a Benetton di sollevare la questione della nullità del contratto di licenza per violazione del diritto europeo antitrust in sede di impugnazione di lodo definitivo, purché Benetton avesse tempestivamente manifestato alle controparti riserva di impugnazione del lodo e sempre che tale istituto però sia ammissibile nel nostro ordinamento. Infatti, sull'utilizzo dell'istituto dell'impugnazione differita in arbitrato, se la dottrina italiana non è concorde, la giurisprudenza è contraria all'ammissione (Cass., 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.,* 2002, p. 691 ss.). V. il panorama delineato da Zucconi Galli Fonseca, *Sub. art. 827*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 666 ss., la quale, nel silenzio normativo, si dimostra favorevole all'ammissione dell'istituto sulla base della piena compatibilità in arbitrato della disciplina della riserva di impugnazione delle sentenze. *Contra*: Tarzia, *Sub. art. 827,* in Tarzia-Luzzato-Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25,* Padova, 1995, p. 156; Ruffini, *La divisibilità del giudizio arbitrale,* in *Riv. arb.,* 1999, p. 440; Punzi, *Disegno sistematico,* cit., II, p. 167 (secondo cui l'applicazione analogica dell'istituto della riserva d'impugnazione appare problematica, ritenendo non estensibile questo meccanismo a causa dell'espressa formulazione dell'art. 827 c.p.c. che, differenziando il regime impugnatorio a seconda dell'oggetto della pronuncia parziale, sembra discostarsi della previsione unitaria degli artt. 340 e 361 c.p.c. (riguardanti l'istituto della riserva nell'appello e nel ricorso per cassazione).

[242] Bastianon, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit., p. 482.

dell'onda d'urto causata in particolare dai casi *Lucchini* e *Fallimento Olimpiclub*[243].

I giudici del Kirchberg lasciano così all'autonomia procedurale degli Stati l'uso di criteri e modalità di annullamento dei lodi in caso di violazione sia di norme di ordine pubblico interne che di quelle

[243] Non è qui la sede per discutere dell'intangibilità del giudicato a fronte dell'applicazione del diritto europeo, quest'ultimo in realtà messo in discussione in diversi modi dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia in decisioni successive al caso *Benetton*. A tal riguardo, basti qui rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giudiziarie divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi, non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, in *Racc.*, 2006, p. 2585, punto 20). Ne consegue che il diritto europeo non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto europeo da parte di tale decisione (v. sentenza *Kapferer*, cit., punto 21). La stessa giurisprudenza ha subìto dell'evoluzioni ulteriori a seguito di pronunce come *Köbler* (sent. 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Racc.*, 2003, I, p. 10239 ss.), *Kühne & Heitz* (sent. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, in *Racc.*, 2004, I, p. 837 ss.), *Lucchini* (sent. 18 luglio 2007, causa C-119/05, in *Racc.*, 2007, p. 6199 ss.), *Fall. Olimpiclub* (sent. 3 settembre 2009, causa C-2/08, nel sito web *www.curia.eu.int*), che portano addirittura a mettere in discussione l'intangilibità del giudicato *ex* art. 2909 c.c. a fronte della supremazia di regole europee inderogabili. Si può pertanto arrivare a dire oggi che un giudicato nazionale non può più essere invocato come ostacolo per impedire l'applicazione di norme europee di ordine pubblico. Vedi *infra* tuttavia il caso *Asturcom*, dove si ribadisce il rispetto del principio del giudicato. Limitandosi alla dottrina italiana, v. su tale evoluzione gli scritti di Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario,* in *Rass. tributaria*, 2007, p. 1691 ss.; Sconditti, *Giudicato nazionale e diritto comunitario,* in *Foro it.*, 2007, IV, c. 533 ss.; Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e specie del nostro,* in *Riv. dir. proc.,* 2008, p. 225 ss.; Negrelli, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2008, p. 1217 ss.; Zuffi, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali,* in *Giur. it.,* 2008, p. 382 ss.; Picardi, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario,* in *Giust. civ.,* 2008, I, p. 559 ss.; oltre all'ampio scritto di Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Corti europee e giudici nazionali*, Verona, 25-26 settembre 2009, dattiloscritto, p. 17 ss.

dell'Unione, non stabilendo a livello europeo alcun dovere di applicazione *ex officio*[244].

Nel campo delle liti consumeristiche la questione è un po' diversa rispetto a quella antitrust, forse in virtù della peculiarità della

[244] Sull'importanza del principio di autonomia processuale anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia v. Trocker, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2002, p. 1192 ss. Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze,* cit., p. 717 ss.; Id., *Europa e processo civile*, cit., p. 8 ss. e p. 61 ss. Rinviando a tali opere per ogni approfondimento sul rapporto autonomia-supremazia in materia di diritto processuale civile, va qui ricordato che il concetto di "autonomia procedurale" – più volte citato nel corso di questo lavoro – è il nodo ove si svolge il peculiare rapporto tra diritti processuali e diritto dell'Unione.

"Autonomia procedurale" in ambito europeo significa che sussiste piena libertà per i legislatori interni di modellare come meglio ritengono le regole processuali, ma al contempo vuol dire assicurare, in virtù della supremazia del diritto dell'Unione, una tutela effettiva ed adeguata ai cittadini. Tale tutela comporta che le norme nazionali non possono rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti europei e o comunque devono assicurare a tali diritti una tutela "non inferiore" a quella prevista per le situazioni di diritto interno (c.d. tutela giurisdizionale adeguata). Al contempo, la normazione di derivazione europea beneficia della forza del proprio ordinamento. Si parla in questi casi di supremazia del diritto dell'Unione anche sul diritto processuale interno. In altri termini, nel disciplinare le modalità di procedura dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la salvaguardia dei diritti derivanti, per i privati, dall'effetto diretto delle norme europee, gli Stati membri devono far sì che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'U.e. (principio di effettività). La relazione tra diritto europeo e diritti processuale nazionali viene definita quindi dalla dottrina (Biavati, *Europa*, cit., p. 7) in termini di rapporto autonomia-supremazia: i diritti processuali interni sono autonomi (ma nel senso che devono raggiungere un determinato livello minimo di tutela) e le norme di procedura derivanti dal diritto europeo (dai regolamenti alle sentenze della Corte di giustizia) hanno valore prevalente rispetto alle disposizioni meramente interne. Da ciò consegue, come corollario, che le disposizioni interne determinati dai singoli legislatori devono essere sottoposte ad un vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione. Se questo non è superato, le norme processuali in questione non sono applicabili, almeno nei rapporti interni all'Unione. Fondamentale diventa quindi nella ricostruzione dei rapporti fra diritto europeo e diritti processuali nazionali il lavoro da parte della Corte di giustizia, che attraverso alcune importanti sentenze (come *Mund & Fester, Peterbroeck, van Schijndel, Mostaza Claro, Lucchini, Fall. Olimpiclub*, ecc.) valorizzando proprio i principi di effettività della tutela e di equivalenza tra la protezione delle posizioni giuridiche fondate sul diritto interno e quelle fondate sul diritto europeo, ha contribuito a mettere in discussione norme (e princìpi) processuali di rilievo dei singoli Stati membri.

materia che, come abbiamo detto più volte, è caratterizzata da una mancanza di equilibrio dalle parti in causa che sia il diritto sostanziale che quello processuale hanno il dovere di ripristinare.

La Corte di Lussemburgo nel caso *Mostaza Claro* di fine 2006 estendeva i principi della sentenza *Benetton* alle liti consumeristiche, tuttavia ponendo un tassello in più rispetto alla giurisprudenza precedente.

I giudici del Kirchberg rilevavano, infatti, che gli ostacoli processuali nazionali dovevano essere superati, anche per la prima volta in sede d'impugnazione e pure se si fosse incorso in una decadenza, quando vi era una violazione di una normativa (di ordine pubblico) quale quella che assicurava la tutela del consumatore. Con ciò si imponeva ai giudici nazionali d'annullare un lodo indipendentemente dalle soluzioni portate dal diritto interno, impedendo che la nullità non potesse essere fatte valere per questioni procedurali cui le parti erano incorse nel giudizio arbitrale.

Come abbiamo detto nella sez. III, per esempio, oggi nell'ordinamento italiano le norme di diritto consumeristico europeo devono essere applicate per la prima volta anche dal giudice dell'annullamento del lodo, nonostante l'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c. vieti che si possa impugnare il lodo per nullità in conseguenza di vizi della convenzione arbitrale qualora tale invalidità non sia stata eccepita nel giudizio arbitrale nelle forme previste dall'art. 817, comma 2, secondo periodo, c.p.c. (prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri).

Tale conclusione se, da un lato, non fa che ribadire l'importanza del principio di equivalenza, dall'altro, evidenzia la supremazia e la rilevanza del principio di effettività della tutela del cittadino, corroborando la necessità di un concreto adattamento del diritto processuale nazionale in caso di norme di ordine pubblico europeo dei consumatori

Il risultato cui giungeva la Corte nel caso *Mostaza Claro,* non ha trovato invero conferma nel caso *Asturcom* del 2009, ove i giudici di Lussemburgo, facendo un passo indietro, si sono dimostrati più cauti nello stravolgere l'autonomia processuale degli Stati membri nonostante si sia in materia consumeristica.

La differenza di soluzione nonostante la medesima disciplina applicabile si giustifica col fatto che in *Asturcom* la vertenza era stata sollevata in un procedimento d'*exequatur* di un lodo interno, settore che oltre a risentire di problemi di coordinamento con le impugnazioni, non è fonte di circolazione di lodi pericolosi, sempre in realtà censurabili in sede di annullamento. In altre parole, era presente nel pensiero della Corte il fatto che negli ordinamenti giuridici degli Stati membri il procedimento di *exequatur* non avesse, in linea di principio, ad oggetto l'esame sostanziale di un lodo arbitrale, bensì esclusivamente la sua attuazione forzata, e che inoltre la facoltà del debitore esecutato di sollevare eccezioni sostanziali nei confronti del titolo esecutivo fosse di regola limitata dipendendo dal soddisfacimento di determinati requisiti.

Ad ogni modo, sia in *Benetton* che in *Mostaza Claro* e in *Asturcom*, la Corte statuisce a favore della possibilità di eccepire per la prima volta in sede d'impugnazione la questione di ordine pubblico europeo a tutela della concorrenza e a tutela dei consumatori, anche se questa non è stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale. Tuttavia solo in *Mostaza,* per la particolarità della situazione oggetto della sentenza, si permette la rilevazione della questione, anche in deroga della normativa processuale nazionale, obbligando il giudice all'applicazione della normativa di ordine pubblico quando ne viene a conoscenza dagli elementi di fatto e di diritto della causa allegati dal consumatore in sede d'impugnazione. Negli altri casi (*Benetton* e *Asturcom*) si deve invece rispettare le rispettive normative processuali nazionali, non avendo il diritto dell'Unione una "corsia preferenziale" rispetto al diritto interno.

Rimane da vedere se esiste un dovere di rilievo d'ufficio da parte del giudice del controllo.

Parte della dottrina è dell'idea che si dovrebbe riconoscere un controllo del lodo d'ufficio e ciò pure in deroga a principi processuali del foro applicabili in relazione alle norme interne[245]. A ciò si arriverebbe applicando in questo contesto quella giurisprudenza

[245] Sull'applicazione anche *ex officio* da parte del giudice dell'impugnazione del lodo della norma di ordine pubblico europeo a seguito del caso *Benetton* in letteratura v. Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza,* cit., p. 680.

Van Schijndel-Peterbroeck della stessa Corte (decisioni richiamate peraltro a diverso modo nelle motivazioni delle due sentenze), ove si è affermato, sebbene con esito opposto, il principio secondo cui il giudice nazionale può disapplicare norme processuali interne di carattere preclusivo, al fine di valutare d'ufficio un motivo fondato su una violazione del diritto europeo[246].

[246] Sulle due sentenze *van Schijndel* (sent. 14 dicembre 1995, cit.) e *Peterbroeck* (sent. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, in *Racc.*, 1995, I, p. 4599 ss., in cui ad analoga affermazione di principio hanno fatto sèguito conseguenze non identiche nei due casi, v. SCHEPISI, *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali,* in *Dir. Un.eur.*, 1997, p. 811 ss., oltre la dottrina *supra* citata in nota 223. Va ricordato che la Corte, nella sentenza *Peterbroeck* (punto 14) e nella *Van Schijndel* (punto 19) affermava che "ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminata tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle sue peculiarità, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento". Le conseguenze che la Corte trae da questo ragionamento, però, sono diverse nelle due fattispecie esaminate. Nella sentenza *Peterbroeck,* infatti, la Corte conclude che "il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che, in condizioni analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella causa davanti al giudice *a quo*, vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine" (punti 20 e 21). Invece, nella sent. *Van Schijndel* la Corte perviene al risultato opposto. Essa infatti assume come base del suo ragionamento il principio dispositivo, secondo il quale il potere del giudice di sollevare motivi d'ufficio "è limitato dall'obbligo per lo stesso di attenersi all'oggetto della lite e di basare la sua pronuncia sui fatti che gli sono presentati" (punto 20). Da queste premesse la Corte trae le conclusioni seguenti: "il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie. qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda" (punto 22). Resta da dire che queste due sentenze, benché alla fine abbiano segnato due esiti contrastanti (la *Van Schijndel* è arrivata a negare il potere del giudice nazionale di procedere *ex officio,* mentre la *Peterbroeck* si è riconosciuta questo potere), si sono mosse nella medesima direzione, dal momento che si è visto forgiato quel canone metodologico *case by case approach* in cui "ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta

In realtà, mi sembra che un generale controllo d'ufficio del lodo così prospettato, oltre che privo di base giuridica, crea di fatto non pochi problemi alla sorte del lodo ed è difficilmente attuabile dal giudice statale.

Premesso che il tema è strettamente collegato alle modalità di estensione del controllo del lodo da parte del giudice statale e pertanto risente dell'approccio (estensivo o meno) seguito dal giudice in sede di vaglio – argomento di cui si occupa il cap. IV (par. 7 in specie) – non si può qui mancare di esporre alcune considerazioni d'ordine generale, rinviando alle pagine che seguono ogni approfondimento.

Innanzitutto, è evidente che la rilevabilità d'ufficio delle questioni trovi un primo limite nelle allegazioni delle parti. I principi di equivalenza e di effettività a livello europeo non esigono, infatti, che si riconosca un generale obbligo di indagine in capo al giudice nazionale, poiché, in tal modo, si arriverebbe ad aggirare i limiti che il principio dispositivo (ritenuto fondamentale nel caso *Van Schijndel*) pone ai poteri di esame del giudice nazionale, onerando quest'ultimo a compiere, anche senza rilievi delle parti, approfondite indagini onde accertare nel dettaglio, per esempio, se vi è qualche clausola che vìola la normativa antitrust del contratto o se esistono clausole contrattuali abusive e vessatorie.

In secondo luogo, esiste nella maggioranza degli ordinamenti un dovere – insito nel rispetto del principio del contraddittorio – del giudice di dialogare con le parti sui fatti e sul rapporto dedotti in giudizio prima di prendere una decisione, sottoponendo alle stesse eventuali questioni rilevate d'ufficio, circostanza che, per esempio, è normativamente imposta dal nostro ordinamento in sede giudiziale (art. 183, comma 4, c.p.c.)[247].

Tenuti presenti questi due rilievi, condividendo una soluzione minimalista (che opta per un controllo limitato del lodo), come avrò modo di dimostrare nel capitolo che segue, si può anticipare che ri-

---

norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali" (V. Caranta, *Impulso di parte ed iniziativa del giudice,* cit., p. 1291).

[247] Tale attività rispecchia un ruolo attivo del giudice organizzatore del processo e mira ad evitare decisioni a sorpresa (la c.d. terza via).

tengo non attuabile un dovere indiscriminato di rilievo *ex officio* della questione di ordine pubblico sia che si ricada nel campo del diritto antitrust che della tutela consumeristica, ambiti in cui la Corte di giustizia non ha mai stabilito alcun dovere di rilievo del giudice (salvo nel caso *Asturcom,* ma solo se previsto dal diritto processuale nazionale per medesime situazioni di diritto interno).

A mio parere, tale dovere deve invece sempre essere modulato. Così come nel caso (più comune) di errata applicazione da parte degli arbitri, anche in quello di mancata applicazione, il giudice, analizzando la motivazione del lodo, avrà il dovere di sollevare la questione europea solo quando essa si pone in modo "grave e manifesto", cioè quando colpisce la sua attenzione. Negli altri casi, in cui le norme europee applicate dagli arbitri non appaiono *ictu oculi* contrarie all'ordine pubblico, non ritengo che il giudice sia abilitato a sollevare e porre d'ufficio la questione alle parti, pena un'indiscriminata ingerenza dello stesso nell'operato degli arbitri. Ad ogni modo, sempre e comunque, dovrà sottoporre la questione di ordine pubblico al contraddittorio delle parti prima di prendere una decisione.

5. *Considerazioni conclusive e transizione*

È ora il momento di tracciare alcune considerazioni conclusive su questo ampio capitolo.

Come abbiamo visto fin qui, lo studio del rapporto tra norme europee di ordine pubblico (antitrust e consumeristiche) e diritto nazionale dell'arbitrato si svolge tutto sul piano delle interazioni tra il giudice statale dell'impugnazione o del riconoscimento/esecuzione e la Corte di giustizia. La giurisprudenza della Corte dialoga con il giudice (togato) del rinvio suggerendogli il comportamento che deve tenere al fine di applicare correttamente il diritto europeo, soprattutto quando esso assurge a rango di ordine pubblico. Una volta che rimane confermata la giurisprudenza *Nordsee* che impedisce il dialogo tra arbitri privati e Corte di Lussemburgo, infatti, chi deve applicare ed interpretare il diritto dell'Unione è il giudice del controllo del lodo, a cui solo si può chiedere la collaborazione dell'art. 4, par. 3, tr. Ue e di cui solo ne è responsabile.

Lo studio delle interazioni tra diritto europeo e diritto dell'arbitrato è quindi limitato al procedimento statale correlato e susseguente a quello arbitrale e non mira a disciplinare quest'ultimo. Se, infatti, escludiamo il caso del divieto degli arbitri privati di accedere al rinvio pregiudiziale dei casi *Nordsee-Denuit*, in nessun altro caso la Corte di giustizia si sofferma a disciplinare ma nemmeno a studiare il fenomeno arbitrale. È d'altra parte forse ovvio che sia così in quanto (salvi questi casi) l'organo rinviante è sempre il giudice statale ed è a lui che la Corte si rivolge.

È lecito chiedersi allora se è possibile evincere dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dei princìpi giuridici che riguardino direttamente gli arbitri e il procedimento che si svolge avanti a loro.

Come si è detto, la Corte non si rivolge mai direttamente agli arbitri né tanto meno si occupa di come venga svolto il procedimento avanti a loro; tuttavia nel porre in capo al giudice del controllo dei doveri (come quello di applicare il diritto europeo di ordine pubblico) li impone indirettamente in capo agli arbitri, ai quali – come abbiamo detto – non si può rivolgere.

Al contempo, fortunatamente, di fronte a questo "silenzio di Lussemburgo", come dimostra la giurisprudenza arbitrale e come impongono peraltro i più diffusi regolamenti di arbitrato amministrato, gli arbitri rivolgono molta attenzione a ciò che fanno e alle norme che applicano, mirando all'effetto utile da attribuire al lodo: nessun arbitro, al di là di ogni orgoglio personale, vuole infatti che il proprio lodo non abbia efficacia e che venga immediatamente impugnato (nel paese della sede dell'arbitrato) o non trovi circolazione negli ordinamenti in cui il lodo è per motivi di legge applicabile più strettamente collegato.

Creare un lodo valido è l'esigenza primaria che opera in capo agli arbitri. Tale valutazione prognostica giustifica da sola l'esistenza di un dovere nell'applicazione del diritto dell'Unione e ciò sola giustificherebbe la possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte. Peraltro anche una volta che si riconoscesse agli arbitri la facoltà del rinvio – almeno nelle forme da me ipotizzate nel cap. II iniziando dagli arbitri amministrati per arrivare a quelli *ad hoc* – non verrebbe meno l'esigenza pragmatica di dare efficacia al lodo, ma si ricono-

scerebbe una volta per tutte negli arbitri lo *status* di "giurisdizione di uno Stato membro", con tanto di diritti e doveri dell'Unione direttamente applicabili.

Ma per ora limitandoci al *de iure condito*. Rimane il fatto che una volta lasciato il controllo dell'applicazione del diritto europeo in mano al giudice statale, unico legittimato direttamente dalla Corte, emerge già in silenzio, dall'ombra, il problema cruciale dell'ampiezza del controllo del giudice nazionale in ordine al rispetto delle norme di ordine pubblico applicate o non da parte degli arbitri. In altri termini, si pone la questione della portata dell'intensità del controllo cui deve essere sottoposto il lodo alla luce del diritto della concorrenza o di tutela dei consumatori sia in sede di impugnazione che di riconoscimento/esecuzione, tema cui è dedicato il capitolo che segue.

Capitolo IV

IL CONTROLLO DELLE NORME DI ORDINE PUBBLICO EUROPEO DA PARTE DEL GIUDICE DELL'IMPUGNAZIONE E DEL RICONOSCIMENTO/ESECUZIONE DEL LODO

"Cour d'appel de Paris, Tribunal fédéral suisse, Cour d'appel de Florence. Est-ce une révolte? – Non, Sire, c'est une révolution".

Lazareff, *Arbitrage et ordre public: priorité à l'exécution des sentences*, in *Cah. arb.*, 2, 2006, p. 4

1. *Il controllo giudiziario del lodo* ex post*: dalla teoria statunitense del "second look" ai problemi interpretativi lasciati aperti dalla Corte di giustizia nella sentenza* Benetton

Nel capitolo che precede si è analizzato il momento dell'applicazione del diritto europeo da parte dell'arbitro in particolare quando esso si trova di fronte a norme di ordine pubblico[1]. Come è stato

[1] In queste pagine non si affronta il tema dell'applicazione delle norme europee che non rivestono natura di ordine pubblico, in quanto quest'ultime nel loro momento applicativo non risentono di differenze rispetto alle altre norme nazionali degli Stati membri (con le quali il diritto europeo ad effetto diretto peraltro si confonde). Peraltro tali disposizioni non creano problemi né in sede di impugnazione né di riconoscimento/esecuzione del lodo. Più precisamente, quanto all'annullamento del lodo, è quasi totalmente scomparsa negli Stati europei la censura dell'*error in iudicando* (v. in caso italiano nel 2006; tale censura rimane vigente in certe circostanze solo in Inghilterra attraverso l'art. 69 (1), *Arbitration Act*); quanto al riconoscimento/*exequatur*, non si rinviene negli Stati europei tra i motivi ostativi la violazione di norme di diritto né in caso di riconoscimento/

detto, quest'ultime hanno una rilevanza fondamentale in quanto la loro errata o mancata applicazione può essere motivo di controllo del lodo sia in sede di impugnazione sia in sede di riconoscimento/esecuzione, almeno in quegli ordinamenti – la maggior parte – in cui si permette il vaglio del lodo per motivo di ordine pubblico[2].

Il momento del controllo del lodo nell'applicazione della normativa europea risulta fondamentale per l'arbitrato in quanto è questo il momento individuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per utilizzare il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 tr. Fue.

Nel quadro del vaglio del lodo, fondamentale è il contributo in materia di tutela della concorrenza offerto dalla Corte di giustizia nel caso *Benetton*, ove essa – come più volte evidenziato –, nel ribadire l'importanza della sede dell'impugnazione quale momento deputato alla corretta applicazione del diritto europeo, evidenzia, tra l'altro, che il giudice dell'impugnazione deve sempre annullare il lodo che non applica norme di ordine pubblico europeo, in particolare di diritto antitrust, almeno, secondo la lettura della dottrina qui condivisa, in tutti i casi in cui il diritto processuale civile nazionale permette un annullamento del lodo per violazioni di norme di ordine pubblico[3].

---

esecuzione del lodo straniero (lettura confermata dalla conv. di New York) né in caso di lodo interno.

[2] A riguardo può ricordarsi, tra le altre, l'art. 190, comma 2, lett. e) della *L.d.i.p.* svizzera, l'art. 829, comma 3 del c.p.c. italiano, l'art. 1502, n. 5 del *N.c.p.c.* francese, l'art. 1717 *C.j.* belga, l'art. 611, comma 2, n. 8 *Z.p.o.* austriaco, la sect. 68(2)(g) dell'*Arbitration Act* inglese, l'art. 34, comma 2, lett. b) ii, della Legge-modello Uncitral, secondo cui il lodo è impugnabile davanti alle autorità dello Stato, di cui all'art.6 della legge stessa, se "in conflict with the public policy of this State". Tale concetto è pure tenuto in considerazione dall'art. V, comma 1, lett. e) della conv. di New York del 1958, in forza del quale il riconoscimento e l'esecuzione del lodo possono essere rifiutati se l'autorità competente del paese nel quel "il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza [arbitrale] sarebbe contrario all'ordine pubblico del paese stesso". Le considerazioni svolte non sembrano invece valere con riguardo del meccanismo arbitrale disciplinato dalla convenzione di Washington del 1965 nel quale non si fa alcuna menzione espressa né dell'ordine pubblico interno né di quello internazionale.

[3] Secondo il già citato punto 37 sent. *Benetton* secondo cui "nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una

Ma la Corte, nell'affermare la necessarietà dell'applicazione di tali norme, si è limitata a ribadire che le norme di ordine pubblico europeo devono beneficiare dello stesso trattamento delle norme di ordine pubblico interno, non dando invece indicazioni sul piano processuale circa l'intensità e l'ampiezza del controllo del lodo da parte del giudice statale. I giudici del Kirchberg hanno avuto solo modo di precisare che "le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali" (punto 35 motivaz.).

Proprio questo riferimento all'eccezionalità dell'impugnazione – in realtà riferito più precisamente ai motivi di censura del lodo che alla portata del controllo – ha condotto parte della dottrina a propendere per una lettura che limiti l'intrusione nel merito della controversia da parte del giudice del controllo, così da evitare una revisione della vicenda[4].

Sull'intensità del controllo del lodo, sembrerebbe costituire un valido precedente l'insegnamento espresso dalla Suprema Corte americana nel celebre caso *Mitsubishi*[5] ove questa evidenziò che "the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them"[6]. La Corte americana sposò un approccio secondo cui il giudice statale doveva verifica-

---

domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81, comma 1, tr. Ce [*n.d.r.*, oggi art. 101, comma 1, tr. Fue]".

[4] Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international*, cit., p. 356 (nota 257), secondo cui deve pertanto ritenersi che la Corte abbia così esplicitamente rigettato le parole dell'avv. generale Saggio quando questi stabilisce che "deve essere consentito ai giudici eventualmente chiamati a valutare la conformità dei lodi arbitrali alle regole di diritto di procedere ad un controllo effettivo sul lodo […] Le regole procedurali nazionali che limitano ad ipotesi davvero eccezionali il controllo giurisdizionale della conformità dei lodi arbitrali al diritto comunitario dovrebbero quindi essere disapplicate" (punti 32-33 delle conclusioni).

[5] Sent. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrisler-Plymouth Inc.* (473 U.S. 614 (1985)) p. 634 ss. e in *Year. comm. arb.*, 1986, p. 555 ss., su cui v. *supra* cap. III, sez. II, par. 4.

[6] Sent. *Mitsubishi*, cit., p. 638.

re attraverso l'esame delle motivazioni solo se il tribunale arbitrale aveva considerato e deciso la questione, con assoluta esclusione di ogni controllo di merito[7]. In tal senso poiché nessuna norma prevedeva espressamente il divieto di compromettibilità in arbitri del diritto antitrust, la presenza di interessi d'ordine pubblico non poteva essere di per sé ostacolo alla competenza dell'arbitro, in quanto l'ordinamento, attraverso il controllo successivo dei suoi giudici, poteva sempre valutare, seppure *ex post*, la decisione arbitrale o in sede di impugnazione o di riconoscimento/esecuzione. Su tali princìpi si basava la dottrina americana c.d. del "second look"[8]. In altre parole, i giudici della Corte Suprema stabilirono che il giudice statale non sarebbe andato a vagliare la corretta applicazione del diritto antitrust da parte degli arbitri ma, evitando un controllo intrusivo nel merito del risultato, si sarebbe limitato ad accertare che il collegio arbitrale avesse "preso coscienza" delle domande di natura antitrust e le avesse effettivamente decise.

La soluzione resa dalla Corte americana, seppure valida nelle intenzioni dei redattori, ha l'effetto di creare tuttavia una disparità di trattamento su medesime fattispecie a seconda che la questione di ordine pubblico sia stata o meno rilevata. Seguendo i principi del "second look", infatti, il giudice non sarebbe per principio autorizzato né a valutare il modo in cui l'arbitro ha trattato le questioni di ordine pubblico né a criticare la decisione degli arbitri di non applicare le norme di ordine pubblico quando questi le abbiano ritenute inapplicabili (e ciò emerga da una seppur minima motivazione). Diversamente, nel caso in cui gli arbitri non abbiano applicato per nulla le regole di ordine pubblico per ignoranza o per distrazione, il giu-

[7] Così Prujiner, *Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales*, in *Competition and Arbitration Law*, *Icc Bulletin*, 1993, p. 283 ss.

[8] *Ex multis*, Carbonneau, *The Folly of quixotic internationalism*, in *Arb. int.*, 1986, p. 116 ss. Non va dimenticato, però, che la decisione *Mitsubishi* non mancò di essere destinataria di critiche da parte della dottrina d'oltreoceano proprio riguardo ai principi stabiliti in materia di estensione del controllo del lodo. V. Park, *Private Adjudicators and the Public Interest: the Expanding Scope of International Arbitration*, in *Brooklyn Jour. Int'l Law*, 1986, p. 642, il quale affermò che "if the "second look" contemplates […] simply a mechanical mentioned the Sherman Act at all, one may wonder whether the "second look" will provide an effective mechanism for judicial control".

dice sarebbe costretto ad entrare nel merito della lite, in quanto un controllo limitato alla sola motivazione comporterebbe un'impossibilità del giudice di ravvisare la violazione: per fare un esempio, si pensi al caso in cui gli arbitri non si siano accorti che il contratto di cui è causa è un evidente cartello sui prezzi. Tale duplicità di esito ha acceso le critiche della dottrina europea, in quanto permette o meno il sindacato del giudice sul medesimo esito arbitrale a seconda dell'operato più o meno consapevole degli arbitri.

Per adesso, abbozziamo una prima riflessione sull'importanza della questione di ordine pubblico avanti al giudice del controllo del lodo. L'ampiezza della cognizione del giudice statale ha effetti rilevanti sia sulla sorte del lodo sia – è bene ricordarlo – sulla possibilità, nel quadro dell'interpretazione delle norme europee *ex* art. 267 tr. Fue, di permettere che il giudice dell'impugnazione o dell'*exequatur*, unico soggetto legittimato a farlo, proponga rinvio alla Corte di giustizia. Sotto questo secondo profilo, è evidente che non permettere il controllo della questione di ordine pubblico da parte del giudice vorrebbe dire non dare alle parti, almeno una volta, la possibilità di sottoporre la questione ai giudici del Kirchberg, chiudendo così l'unico canale possibile.

Tale necessità, che sottende tutta questa materia, si scontra tuttavia con le peculiarità dei sistemi processuali nazionali. In mancanza di un'unica soluzione europea offerta dalla Corte di giustizia, complice il silenzio del caso *Benetton*, è pertanto necessario affrontare dapprima le diverse soluzioni rese dai giudici nazionali per poi delineare una possibile soluzione in seno all'Unione[9].

[9] Con riferimento al controllo dei lodi in materia di diritto della concorrenza, la dottrina ha a ragione constatato che "[u]n bilan rapide de la jurisprudence récente montre que les solutions retenues par les juges nationaux sont diverses, tandis que les prises de position de la doctrine sont radicalement opposes. L'on n'est pas loin d'une "guerre des religions" (Idot, *Ordre public, concurrence et arbitrage: Etat de la rencontre*, in *Concurrences*, 2006, 3, p. 12).

2. *La natura e l'intensità del controllo del lodo: l'oscillazione tra la tesi "massimalista" e quella "minimalista*

Prima di affrontare il panorama giurisprudenziale dei singoli ordinamenti, è però necessario fissare dei punti fermi in materia di controllo del lodo ed a tal fine vagliare lo spettro delle soluzioni possibili in materia così come sistematicamente ordinate dalla dottrina.

L'evoluzione giurisprudenziale nel campo del controllo dell'applicazione della norma di ordine pubblico, interno prima ed europeo poi, ha mostrato variazioni d'intensità e di estensione nel sindacato del giudice statale che si distribuiscono, su un piano generale, tra i poli di un'interpretazione estensiva e di un interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico. In letteratura si è parlato di tesi minimalista e di tesi massimalista a seconda che si sia voluto contenere al massimo la possibilità di revisione, impugnazione o rifiuto di riconoscimento/esecuzione del lodo o si sia voluto garantire la tutela degli interessi fondamentali oggetto delle norme di ordine pubblico[10].

Vediamole più nello specifico.

La tesi massimalista postula una visione dell'ordine pubblico a largo raggio in cui si attribuisce al giudice un controllo incisivo del lodo che va oltre a quanto normalmente previsto e giunge quasi ad essere un vero e proprio vaglio di merito, teso a valutare se gli arbitri abbiano applicato bene le norme di ordine pubblico. Tale scelta di campo viene giustificata quale contropartita dell'allargamento della sfera dell'arbitrabilità, in forza del riconoscimento della compromettibilità delle liti che toccano norme di ordine pubblico, per esempio, antitrust[11]. La tesi massimalista trova conforto per lo più da parte di certa dottrina[12] seppure è condivisa da alcune giurispru-

---

[10] Così Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international*, cit., p. 35 ss. Il tema è ripercorso anche più di recente da Nazzini, *Arbitrato e concorrenza tra giustizia privata ed esigenze pubblicistiche di tutela*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 553 ss., spec. p. 562.

[11] Come si è detto nel cap. III, sez. I.

[12] V. Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public ad fond*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 615 ss.; Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, 2001, p. 196 ss. (il quale opta tale via opta in ossequio di una visione statalista del controllo, spec. p. 208); Racine, *Arbitrage commercial international et ordre public*, cit., pp. 505-509 e pp. 538-555; Blanke; *The Role of Ec Competition Law*

denze nazionali, come vedremo. Contrapposta dottrina l'ha sottoposta, invece, a svariate critiche ritenendo che essa si basi principalmente sulla sfiducia nutrita nei confronti degli arbitri e, al contempo, su postulati quali l'infallibilità del giudice e il monopolio statale nell'applicazione del diritto che non trovano più ingresso nella concezione moderna di giurisdizione. Inoltre un controllo approfondito del lodo, limitato a verificare l'applicazione "corretta" delle norme di ordine pubblico, non fa altro che contraddire lo stesso riconoscimento dell'arbitrabilità delle norme imperative, ingenerando "un affidamento illusorio nella possibilità di deferire ad arbitrato le controversie che coinvolgono tali norme"[13].

Su tali critiche si è formata principalmente la tesi opposta, quella minimalista, la quale privilegia, invece, un sindacato da parte del giudice limitato alla mera verifica della conformità del lodo con l'ordine pubblico ma che evita di puntare ad una intrusione nella mo-

---

in International Arbitration: A Plaidoyer, in *Europ. Business Law Rev.*, 2005, p. 169 ss.; Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 178 ss.; Hanotiau-Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, in Gaillard-Di Pietro (a cura di), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2009, p. 816 (i quali ritengono che il controllo del lodo per ordine pubblico debba essere pari nell'intensità alla verifica della competenza arbitrale). In giurisprudenza in terra francese si rinviene solamente Corte d'appello di Parigi, 30 settembre 1993, *Westman*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 359 ss., la quale ha sostenuto che non si possono escludere dal controllo del giudice statale gli elementi di fatto e di diritto, utili alla verifica della compatibilità del lodo con l'ordine pubblico, se non si vuole privare il controllo della sua ragione di esistere. Nello stesso senso più di recente anche Corte d'appello di Parigi, 10 settembre 1998, *Thomson*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 583 ss., con nota adesiva di Racine. Condividono la tesi massimalista in Inghilterra, la Court of Appeal, *Soleimany v. Soleimany*, in *The Weekly Law Reports*, 1998,, p. 811 ss., e nei Paesi Bassi, Corte d'appello dell'Aja, 24 marzo 2005, *Marketing Displays International*, in *Stockholm Internat. Arb. Rev.*, 2006, p. 201 ss. e la giurisprudenza belga (caso *SNF c. Cytec*) su cui v. *funditus infra*.

[13] V. le critiche di Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial*, cit., p. 346 e più recente, Id., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 633-635, ove l'a. evidenzia che è errato parlare di un'applicazione corretta del diritto e qualificare quella del giudice statale in sede d'impugnazione "più corretta" rispetto a quella dell'arbitro. Tale assunto porta a dire che "non vi è quindi nessun motivo di principio per attribuire al giudice il controllo sul modo in cui l'arbitro ha applicato la regola di diritto, salvo che sotto il profilo dell'ordine pubblico […]". Da qui la scelta dell'a. per la tesi restrittiva del controllo del giudice.

tivazione o nell'operato svolto dall'arbitro[14]. Seguendo questo ultimo approccio il giudice del controllo non può quindi valutare il modo in cui l'arbitro ha trattato le diverse questioni né le motivazioni sull'applicazione delle norme al caso concreto, essendo queste questioni di merito il cui esame rimane precluso[15]. Ciò comporta anche che il giudice non può sindacare la mancata applicazione delle norme di ordine pubblico in virtù, per esempio, del mancato collegamento con la fattispecie, quando il lodo arbitrale si sia pronunciato sul punto in parte motivazionale, come era avvenuto oltreoceano nel caso *Mitsubishi*.

Va aggiunto, infine, che la tesi minimalista ha trovato ampio accoglimento in giurisprudenza, sia quando tocca ragioni di ordine pubblico interno, sia quando tocca questioni di ordine pubblico europeo[16].

---

[14] A parte Radicati di Brozolo, *op. ult. cit.*, a favore di un'interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico, v. Arfazedh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Zurigo, 2005, p. 207 ss.; Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, 1981, pp. 267-268, ove si evidenzia che, in sede d'*exequatur*, la convenzione di New York impone un'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico tenuto conto dell'esigenza di un'applicazione uniforme degli obblighi internazionali dello Stato e dell'obiettivo del testo convenzionale di favorire la circolazione dei lodi; Idot, *Arbitration and Ec Law*, cit., p. 576. Condividendo la tesi minimalista, provocatoriamente, Mourre (in *Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus (variations sur l'arbitrage, l'ordre public et le droit communautaire)*, in *Mélange François Knoepfler*, Ginevra, 2005, p. 283 ss.), nel mettere in luce il rischio che il vaglio dell'ordine pubblico porti ad una revisione del merito, auspica piuttosto una soppressione totale del controllo dei lodi per violazione d'ordine pubblico.

[15] Non può sindacare, per esempio, in materia antitrust, la definizione di "mercato rilevante" data dagli arbitri o rivalutare il carattere restrittivo di un'intesa.

[16] La giurisprudenza francese degli ultimi anni, pronunciandosi in tema di compatibilità dei lodi con l'ordine pubblico, ha soprattutto insistito nel limitare il controllo alla conformità della soluzione adottata dagli arbitri nella controversia. Cfr., per tutti, Corte d'appello di Parigi, 14 ottobre 1993, *Aplix c. Velcro*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 164 ss., con nota di Jarrosson, che ha stabilito che l'esame di conformità del lodo col diritto europeo della concorrenza deve essere fatto "non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donné au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public".

3. *L'intensità di controllo in sede di annullamento e in sede di riconoscimento/esecuzione del lodo*

Evidenziate le due teorie prospettate dalla dottrina circa l'intensità del sindacato del lodo per violazione dell'ordine pubblico, è lecito domandarsi se, sul piano generale, il discorso che si è fin qui svolto valga sia nel caso di impugnazione sia in caso di riconoscimento/esecuzione del lodo o se tra le due tipologie di vaglio debbano adottarsi due modalità diverse.

Non c'è dubbio che la letteratura che si è occupata dell'estensione dei poteri di cognizione del giudice statale lo ha fatto avendo in mente la fase di impugnazione anche in virtù del fatto che, sul piano più strettamente europeo, la Corte con la sent. *Benetton* si è occupata proprio di un controllo del lodo in sede di annullamento. In realtà, l'intensità dell'esame riguarda non solo la fase impugnatoria ma anche quella dell'*exequatur* del lodo interno e del riconoscimento/esecuzione del lodo estero.

Procediamo con ordine e vediamo come è stato inteso l'ordine pubblico innanzitutto in sede di riconoscimento di decisioni giudiziarie.

La Corte di giustizia nel caso *Renault* del 2000, in materia di riconoscimento di sentenza straniera ai sensi dell'art. 27, punto 1) convenz. di Bruxelles (oggi sostituita dal reg. n. 44 del 2001), ha avuto modo di precisare i limiti entro cui i giudici nazionali possono ricorrere alla nozione di ordine pubblico europeo della concorrenza, affermando il divieto per il giudice del riconoscimento e dell'*exequatur* di vagliare la valutazioni di fatto e di diritto operate nel giudizio estero, salvo in quei casi eccezionali o di "violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto"[17]. Secondo tale pronuncia, il controllo

[17] Si tratta della sent. 11 maggio 2000, causa C-38/98, *Régie Nationale des Usines Renault c. Maxicar*, in *Racc.*, 2000, I, p. 2973 ss., conforme nel principio a sent., 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Dieter Krombach c. André Bamberki*, in *Racc.*, 2000, I, p. 1935 ss. Nel caso *Renault*, la Corte, adita dalla Corte d'appello di Torino, in sede di opposizione all'*exequatur*, doveva pronunciarsi sulla nozione di ordine pubblico dello Stato richiesto ai sensi dell'art. 27, punto 1) della conv. di Bruxelles. In particolare, questa aveva modo di ricordare che "l'art. 27 della convenzione deve essere interpretato restrittivamente in quanto costituisce un

dell'ordine pubblico deve essere quindi inteso in modo restrittivo, non potendo il giudice vagliare l'effetto di una decisione di un giudice straniero che contiene un presunto errore nell'applicazione del diritto europeo[18].

Tenendo conto di tale pronuncia, l'art. 34 del reg. n. 44 del 2001, modificando il precedente dettato normativo della convenzione, recita oggi che "le decisioni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto […]". Ciò fa intendere la scelta del legislatore europeo che con l'aggiunta dell'avverbio "manifestamente" àncora la contrarietà dell'ordine pubblico al controllo *prima facie*, ovvero ad una violazione grave ed evidente, così optando per un vaglio restrittivo della sentenza straniera.

Tutto ciò che si è detto fin qui – ovvero l'opzione prima giurisprudenziale poi legislativa verso un'interpretazione "restrittiva" del vaglio del giudice nel riconoscimento/esecuzione di sentenze straniere – può essere esteso anche in sede di riconoscimento ed esecuzione di lodi arbitrali.

Tale lettura trova conferma nella convenzione di New York del 1958 (art. V, comma 2, lett. b)) la quale, secondo dottrina consolidata, vieta, in sede di riconoscimento del lodo estero per contrasto con l'ordine pubblico, il riesame del merito[19], ma anche nella legge

---

ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali della convenzione […] . Per quanto attiene più in particolare al ricorso alla clausola dell'ordine pubblico, di cui all'art. 27, punto 1), della convenzione, la Corte ha precisato che essa deve applicarsi soltanto in casi eccezionali […] "(punto 26). Ed infatti "un ricorso alla clausola dell'ordine pubblico contenuta all'art. 27, punto 1), della convenzione è immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato contraente contrastasse in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale. Per rispettare il divieto della revisione nel merito della decisione straniera, la lesione dovrebbe costituire una violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico (sentenza *Krombach*, cit., punto 37)" (punto 30 motiv.).

[18] Punto 33 motiv. sent. *Renault* cit.

[19] *Ex multis*, Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, cit., pp. 268-269; Poudret-Besson, *Droit comparé de l'arbitrage*, cit., p. 881; Briguglio, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 1991, p.

francese (art. 1498 *N.c.p.c*), che restringe la violazione del lodo straniero alla violazione manifesta delle norme d'ordine pubblico internazionale, e nell'ordinamento italiano secondo l'interpretazione corrente di ordine pubblico offerta dalla giurisprudenza[20].

Al medesimo risultato si arriva anche in sede di *exequatur* di lodo interno, almeno in quegli ordinamenti, che, a differenza del nostro, rendono possibile tale vaglio (v. Germania, Olanda, Belgio, Spagna). Tutte queste leggi nazionali, infatti, confermano un concetto restrittivo di ordine pubblico. A titolo esemplificativo, si veda la legge olandese che in sede di riconoscimento del lodo dà rilievo alla contrarietà manifesta all'ordine pubblico (art. 1065, lett. e), c.p.c.), così come quella belga e quella tedesca per evoluzione giurisprudenziale[21]. Insomma, in questi casi, non è la semplice violazione dell'ordine pubblico a determinare la mancata concessione dell'*exequatur*, ma solo una violazione evidente[22].

La stessa Corte di giustizia mi sembra orientata in questo senso nel recente caso *Asturcom* del 2009[23]. Seppure nel particolare caso di tutela dei consumatori, la Corte, infatti, in caso di *exequatur* di lodo interno da parte del giudice spagnolo, non sceglie la via intrapre-

---

805; Bove, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in *www. judicium.it*, par. 5; Tampieri, *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi stranieri*, in *Riv. arb*., 2005, p. 637 ss., spec. p. 655; Atteritano, *L'*enforcement *delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009, p. 349.

[20] Secondo la giurisprudenza italiana, il concetto di ordine pubblico che rileva per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo straniero (*ex* artt. 839-840 c.p.c.) deve essere inteso restrittivamente. Fondamentale sul punto Cass., 8 aprile 2004, n. 6947, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 4, secondo cui "il requisito della contrarietà all'ordine pubblico italiano va riscontrato con esclusivo riguardo alla parte dispositiva della pronuncia arbitrale". La Corte precisa inoltre che il mero *error in iudicando* non è compreso tra i vizi per i quali è data opposizione ai sensi dell'art. 840, comma 3, n. 4, c.p.c. V. anche Corte d'appello Milano, 15 luglio 2006, *soc. Terra Armata c. soc. Tensacciai*, in *Riv. arb*. 2006, p. 744 ss. e Corte d'appello Firenze, 21 marzo 2006, *soc. Nuova Pignone c. soc. Schlumberger*, *ibidem*, p. 741 ss., su cui v. *infra*.

[21] V. Atteritano, *L'*enforcement *delle sentenze arbitrali*, cit., p. 361.

[22] Così, oltre alla giurisprudenza francese su cui v. *infra* nel testo, lo *Oberlandesgericht Hamburg*, 26 gennaio 1989, in *Year. comm. arb*., 1992, p. 491 ss., statuisce che "such infringements must be manifest".

[23] V. cap. III, sez. III.

sa nel caso *Mostaza Claro* – che, nel prevalere del principio di effettività delle norme europee, conclude per una valutazione ad ampio raggio da parte del giudice dell'impugnazione, anche in violazione della normativa interna – ma predilige il rispetto delle norme processuali interne e con ciò limita l'intensità del controllo all'evoluzione (sostanzialmente restrittiva) che è stata elaborata dalle singole giurisprudenze nazionali.

In conclusione, diversamente da quanto elaborato sopra in sede d'impugnazione (ove vigono due diverse visioni del problema), il concetto di ordine pubblico viene inteso in dottrina unanimemente in senso restrittivo sia nel controllo del lodo interno (quando previsto) che di quello estero (in ossequio all'interpretazione dominante della conv. di New York e della Corte di giustizia in materia di sentenze straniere). Ciò trova giustificazione nel fatto ineludibile che, in particolare nel contesto di lodi stranieri, è irragionevole pretendere da parte di ciascuno degli ordinamenti suscettibili di essere investiti del controllo di un lodo che quest'ultimo ne rispetti le norme di ordine pubblico[24]. Qui, più che in sede d'impugnazione del lodo, infatti si avverte in dottrina la necessità di limitare le maglie del controllo da parte del giudice statale allo stretto necessario onde rendere troppo laborioso "a monte" l'operato degli arbitri.

Si tratta solo di capire se tutte le norme di ordine pubblico europeo devono essere rispettate in sede di riconoscimento/esecuzione del lodo o se si possa adottare, a differenza dell'impugnazione, un vaglio a maglie più strette.

Sul punto, un'acuta dottrina, proprio alla luce della tendenza contemporanea alla delocalizzazione della giurisdizione nell'ottica di un mondo globalizzato, ha sottolineato come il controllo dell'ordine pubblico in sede di riconoscimento del lodo estero debba essere

[24] Dagli arbitri infatti è ammissibile pretendere che applichino norme imperative solo di quegli ordinamenti che presentano un collegamento sufficientemente stretto da giustificare la pretesa di applicazione. Va da sé che queste norme infatti (definite norme di applicazione necessaria) ogniqualvolta non vengano applicate dal giudice del foro che esercita la giurisdizione degradano a norme "semi-nécessarie". V. Radicati di Brozolo, *Modalisation, juridiction, arbitrage, vers des règles d'application semi-nécessaire*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2003, p. 1 ss.

più limitato e polarizzato sul rispetto della tutela dei diritti dell'individuo ed in particolare dei diritti inviolabili dell'uomo[25].

Ciò è quantomeno condivisibile sul piano del riconoscimento dei lodi extraeuropei da parte di giudici che operano in Stati (membri), pertanto diversi rispetto a quello (non membro) in cui si è svolto l'arbitrato. In questi casi, infatti, non si può pensare di valorizzare le regole essenziali dell'Unione europea a tal punto da imporre al resto del mondo sia le norme dell'Unione a tutela della concorrenza e del mercato che quelle a tutela dei consumatori. Qui sembra inevitabile che i giudici restringano la portata del lodo alla sola violazione di quei principi basilari di civiltà giuridica, evitando pertanto di impedire l'ingresso nel territorio dell'Unione a lodi che contrastano con norme di ordine pubblico economico strettamente europee, con l'effetto di rendere così sicuramente modeste le possibilità effettive di controllo da parte del giudice del riconoscimento.

Una conclusione di tal tipo ha il pregio evidente di alleggerire anche la valutazione prognostica che l'arbitro, impegnato in un paese extra-U.e. ed applicando disposizioni non europee, dovrà svolgere per ravvisare le norme imperative di un ordinamento terzo (quello dello Stato membro) che ha un apprezzabile elemento di collegamento con il rapporto controverso[26]. In questi casi, infatti l'arbitro potrà limitarsi a controllare che vengano applicati, anche sul piano sostanziale, i diritti fondamentali dell'individuo comuni alle nozioni di civiltà affine.

Quanto invece al riconoscimento di un lodo emesso da un arbitrato con sede in uno Stato membro, che applica o non una *lex cau-*

---

[25] Biavati, *Deroghe alla giurisdizione statuale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, cit., p. 523 ss., e già in precedenza Id., *Giurisdizione civile, territorio ed ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 318 ss. Sul punto, v. anche Martino, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, 2000, p. 405 ss., che sostiene che, in fondo, il compito essenziale della giurisdizione sia la protezione dei diritti fondamentali.

[26] Sul punto non c'è dubbio, infatti, che la valutazione dell'arbitro con sede extra-europea sul fatto che il lodo riceverà o meno esecuzione in uno Stato membro (con l'evidente conseguenza che in tal caso dovranno essere applicate le norme di ordine pubblico europee) è nella pratica un'operazione di difficile attuazione. V. *funditus*, cap. III, sez. IV, par. 2. La scelta di restringere l'àmbito del vaglio del lodo alle sola violazione dei diritti dell'uomo sembra risolvere a monte l'ostacolo e non rendere diabolica l'attività dell'arbitro.

sae europea, il problema è sicuramente diverso, in quanto il giudice del riconoscimento dovrà tener conto in maniera più ampia dell'applicazione delle norme di ordine pubblico europeo, anche economiche, che devono essere rispettate nel territorio dell'Unione fin dall'origine (come norme imperative), e non limitarsi ad operare un vaglio sui soli diritti fondamentali.

4. *L'analisi della giurisprudenza degli Stati membri sul controllo dei lodi arbitrali: la sentenza* Thalés *del 2004 e il controllo giudiziale in caso di mancata eccezione nel corso dell'arbitrato*

Una volta delineata la questione del controllo del giudice statale sul lodo sia in sede d'impugnazione che in sede di riconoscimento/esecuzione, e le diverse strade che questa può intraprendere, è tempo di analizzare le soluzioni adottate dalle giurisprudenze nazionali in tema di controllo di norme di ordine pubblico europeo, in particolare a seguito della sentenza *Benetton* del 1999.

Per far ciò la discussione procederà nell'analisi di alcuni casi affrontati da giudici di Stati membri, oltre quello elvetico (vista la vicinanza di tale paese con quelli dell'Unione), concentrando l'attenzione innanzitutto su quelli che hanno visto intervenire nella stessa vicenda, seppure con modalità diverse (in sede di impugnazione e di riconoscimento/esecuzione), giudici di paesi differenti. Da qui il maggior spazio lasciato ai casi *Thalès c. Euromissile* e *SNF c. Cytec.*

Vediamo il primo. Il caso francese *Thalès* del 2004 – che è stato a lungo oggetto di attenzione di quasi tutta la dottrina europea – apporta un contributo essenziale alla questione dell'applicabilità del diritto europeo della concorrenza da parte dei giudici d'impugnazione del lodo, in quanto, affermando il carattere d'ordine pubblico del diritto europeo antitrust, costituisce la prima applicazione da parte di un giudice nazionale degli insegnamenti della sent. *Benetton* del 1999, banco di prova del bilanciamento tra la necessaria applicazione delle norme imperative dell'Unione e il carattere limitato del controllo del lodo da parte del giudice d'annullamento[27].

[27] Si tratta della sent. della Corte d'appello di Parigi, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence c. Euromissile e a.*, in *La Semaine Juridique*, 12-23 marzo

Il nocciolo della vicenda ruota tutto intorno alla questione dell'intensità del controllo da parte del giudice dell'impugnazione in un lodo in cui gli arbitri non avevano tenuto in considerazione l'ap-

---

2005, n. 12, p. 571 (con nota adesiva di Chabot); in *Jour. dr. internat.*, 2005, 357 ss. (con nota di Mourre); in *Rev. arb.*, 2005, p. 751 ss., con nota di Radicati di Brozolo, *L'illicéité "qui crève les yeux": critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thales de la Cour d'appel de Paris)*, p. 529 ss.; Bensaude, *Thalés air Defence BV v. GIE Euromissiles: Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of european competition law*, in *Jour. intern. arb.*, 2005, p. 239 ss., Blanke, *Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European competition law. A réplique to Denis Bensaude's "Thalès air defence BV v. GIE Euromissile"*, ivi, 2006, p. 249 ss.; Tampieri, *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame nel merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*, cit., p. 637 ss.; Seraglini, *L'affaire Thalés et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation)*, in *Le Cahiers de l'arbitrage*, 2005, 2, p. 5 ss.; Bollée, *Note* in *Rev. crit. droit inter. privé*, 2006, p. 111 ss. Per un approfondimento di quanto si dirà nel testo, *si vis*, Rasia, *La sorte del lodo contrario al diritto comunitario: una prima applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sent.* Eco Swiss-Benetton, in *Int'l Lis*, 2, 2006, p. 87 ss. Nel caso *Thalès* due società, produttrici di missili (Thalés Air Defence e Euromissile) si erano concesse una serie di licenze reciproche. Sorta una controversia sulla violazione sul protocollo d'intesa di produzione le parti devolvevano la causa in arbitri. Il collegio arbitrale, amministrato dalla *Icc* di Parigi, con un primo lodo parziale non impugnato, negava innanzitutto ad entrambe il risarcimento dei danni in virtù del protocollo d'intesa di non concorrenza, in quanto già scaduto e pertanto improduttivo di effetti, ma dichiarava la responsabilità della soc. Thalès per l'ingiustificato recesso dal contratto di licenza (successivo al protocollo d'intesa) che conferiva alla soc. Euromissile l'esclusiva della produzione, riservandosi di determinare l'ammontare dei danni a seguito di consulenza tecnica. Determinato il *quantum*, il collegio emanava un secondo lodo (quello definitivo) con il quale condannava Thalés al pagamento di un danno da centinaia di milioni di euro. Di fronte alla Corte d'appello di Parigi in sede di impugnazione, la Thalés sollevava un problema di diritto della concorrenza, in particolare la nullità del contratto di licenza per violazione dell'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue). Secondo la società impugnante, nessun effetto preclusivo produceva la mancata eccezione di parte della violazione del diritto europeo nel corso dell'arbitrato, in quanto questione rilevabile anche d'ufficio. Da parte sua, la convenuta Euromissile deduceva sia che la decisione sulla responsabilità, oggetto del lodo parziale, era già passata in giudicato, sia che la questione della nullità del contratto per violazione del diritto europeo era inammissibile in quanto non sollevata nel corso del procedimento arbitrale. La Corte d'appello di Parigi, con sentenza del 18 novembre 2004, facendo leva sul divieto di esame nel merito dei lodi da parte del giudice d'impugnazione, a fronte di una solamente affermata violazione di norme inderogabili di ordine pubblico, chiudeva definitivamente la questione (che non ha avuto una successiva impugnazione avanti la cassazione), rigettando il ricorso della Thalès e condannandola alle spese di lite.

plicazione della norma di ordine pubblico europeo (antitrust) che avrebbe portato alla dichiarazione di nullità del contratto, questione sollevata per la prima volta solo davanti al giudice statale.

Prima di affrontare l'estensione dei poteri del giudice d'impugnazione, i giudici francesi avevano avuto modo di esaminare due aspetti preliminari di ammissibilità dell'azione promossa: da una parte, si domandavano se la mancata eccezione, nel corso dell'arbitrato, della violazione del diritto europeo precludeva la proposizione della questione nel giudizio d'annullamento avanti il giudice statale; dall'altra, esaminavano gli effetti esplicati sul lodo definitivo da parte di un precedente lodo parziale (passato in giudicato) che aveva statuito sulla validità del contratto. La Corte parigina si trovava ad affrontare nel caso *Thalés* la medesima situazione del caso *Benetton* della Corte di giustizia ove, come è noto, nel corso del procedimento arbitrale (da cui il giudizio d'impugnazione, poi oggetto del rinvio alla Corte), non era stato eccepito né dalle parti né dall'arbitro la questione di diritto della concorrenza.

Innanzitutto, il collegio francese stabiliva che, in via di principio, la mancata eccezione della violazione del diritto alla concorrenza innanzi all'arbitro non precludeva, in sé e per sé, la rilevabilità della questione per la prima volta innanzi al giudice statale: il giudice dell'impugnazione non poteva veder limitata la propria capacità di controllo dell'ammissibilità dell'impugnazione in forza del comportamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento arbitrale. Difatti, pur esistendo nel campo dell'arbitrato (internazionale) un dovere di "*loyauté et bonne foi procèdurale*" che imponeva alle parti di proporre domande ed eccezioni nel corso del procedimento, eventuali violazioni di tale dovere potevano solamente costituire oggetto del merito di un secondo processo arbitrale, e non del giudizio d'annullamento del lodo, il quale doveva limitarsi al controllo del prodotto arbitrale e non entrare nel merito della condotta delle parti e, in generale, della "*loyauté*" della controversia[28].

[28] V. sesto considerando delle motivazioni. Così statuendo la Corte rimane fedele alla sua posizione già presa in precedenti decisioni, secondo cui: "la défense de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse annuler la sentence dont l'exécution heurte cette conception alors même que le moyen tiré de l'ordre public n'avait pas été invoqué

Quindi, secondo il collegio parigino, pur non avendo le parti eccepito la violazione del diritto europeo nel corso dell'arbitrato, la questione della validità del contratto di licenza, rimasta estranea al dibattito tra le parti, poteva benissimo essere sollevata per la prima volta nel corso del giudizio d'impugnazione e quindi costituirne l'oggetto. Alla medesima conclusione si doveva pervenire anche qualora l'eccezione di violazione del diritto europeo, sollevata in corso d'arbitrato, non fosse stata decisa nel lodo, per omessa pronuncia del collegio.

Unico limite al vaglio del giudice dell'annullamento – ed ecco il secondo profilo esaminato dai giudici parigini – poteva essere costituito dal passaggio in giudicato della questione della validità del contratto, nel caso in cui questa fosse stata oggetto di un precedente lodo parziale, come peraltro insegnato dalla giurisprudenza di Lussemburgo in *Benetton*. La Corte d'appello orientava la sua decisione tenendo conto dello stato raggiunto dalla giurisprudenza francese di legittimità in materia di estensione degli effetti della cosa giudicata, la quale era giunta a circoscrivere l'autorità del giudicato alle richieste esplicitamente emerse nel corso di un giudizio, evitando di estenderne gli effetti alle conseguenze implicite[29].

Sulla scia di tale insegnamento, ossequioso di una concezione restrittiva degli effetti della cosa giudicata, i giudici d'appello optavano per l'ammissibilità dell'impugnazione per violazione del diritto europeo del contratto, anche nel caso in cui il lodo parziale (che fondava la sua decisione sul contratto da annullare) fosse passato in giudicato, non avendo questo coperto espressamente la questione di invalidità – rimasta implicita nel corso del procedimento arbitrale –

---

devant les arbitres et que ceux-ci ne l'avaient pas mis dans le débat" (Corte d'appello di Parigi 14 giugno 2001, *Compagnie Commerciale André c. Tradigrain France*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 773 ss., con nota di Seraglini). V. anche la contemporanea Corte d'appello di Parigi, 14 giugno 2001, *Cargill France c. Tradigrain France*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 805 ss., con nota di Derains.

[29] Sorta a metà degli anni Novanta e ricordata diffusamente da Mourre, *Note*, cit., p. 363 ss., cui si rinvia. Sull'autorità di cosa giudicata dei lodi in Francia, v. di recente, Hanotiau, *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, in *L'arbitrage complete, questions de procédure, Icc Bulletin, suppl. spec.* 2003, p. 45 ss.

e pertanto non precludendone la rilevabilità in sede di impugnazione del lodo definitivo[30].

Risolte positivamente le due questioni pregiudiziali sull'ammissibilità dell'impugnazione, la Corte d'appello per statuire nel merito doveva affrontare il punto centrale della vicenda, ovvero i poteri del giudice dell'annullamento nel sindacato del lodo.

Il giudice francese, sulla scia anche questa volta dell'elaborazione giurisprudenziale già maturata in materia di compatibilità dei lodi con l'ordine pubblico[31], condividendo una interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico, limitava il controllo del lodo ai casi in cui la violazione dell'ordine pubblico fosse "*flagrante, effective, concrète*", ossia dovesse "*crever les yeux*" del giudice, non potendo essa coincidere con una violazione solamente affermata dalle parti[32]. In questo quadro, l'annullamento del lodo per violazione dell'ordine pubblico europeo si palesava come un fatto eccezionale e non poteva realizzarsi se non in presenza di una violazione "manifesta" dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, in quanto la mancata considerazione dell'applicabilità delle norme europee da parte

[30] Sul punto la Corte letteralmente ricorda che: "La question n'ayant jamais été débattue devant le tribunal, elle n'est pas tranchée; il est par conséquent possible à la société Thalès de discuter de la compatibilité des stipulations contractuelles avec les règles communautaires de la concurrence dans la mesure où la sentence finale, qui n'est pas fondée sur l'autorité de chose jugée de la sentence partielle quant à la validité du contrat de licence, en la condamnant à réparer le préjudice subi, aurait mis à exécution des clauses contractuelles contraires à l'article 81 CE".

[31] V. quanto già esposto *supra* nota 16.

[32] I giudici francesi stabilivano pertanto, da una parte, che la violazione dovesse essere effettiva (ovvero con conseguenze significative) e concreta (ovvero la sua soluzione era materialmente incompatibile con le esigenze di ordine pubbliche), con ciò rifiutando di censurare una illiceità che non abbia conseguenze reali sul piano dei risultati e dell'oggetto perseguito dall'ordine pubblico; dall'altra, esigendo che la violazione dovesse essere manifesta, questi volevano che la stessa non avesse ad oggetto solamente una norma di ordine pubblico ma che tale illiceità dovesse "*crever les yeux*". Prima di *Thalés*, la giurisprudenza francese aveva già applicato tale criterio in un caso (passato per lo più in sordina e ricordato solo da Bensaude, *Thalés Air Defence SV*, cit., p. 242, nota 9), quale Cass., 21 marzo 2000, *Verhoeft c. Moreau*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 804, nella qual era stato rilevato che "la violation de l'ordre public au sens de l'article 1502, co. 5, apprécié au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, doit être fragrante, effective et concrète".

degli arbitri non giustificava, per i giudici francesi, l'annullamento *sic et sempliciter* del lodo.

Come ho già rilevato in altra sede, con tale decisione passa il principio secondo cui la sola allegazione della parte di una violazione dell'ordine pubblico europeo non è sufficiente per scoperchiare il prodotto finito del procedimento arbitrale, ma serve qualcosa in più che rende erroneo persino *prima facie* il ragionamento degli arbitri[33]. Non c'è dubbio che il discorso nella pratica si fa a volte abbastanza complesso, in quanto al fine di valutare tale evidenza nel campo della tutela della concorrenza, sarebbe necessario condurre un esame in fatto e in diritto delle complesse relazioni che sono sorte tra le parti, la posizioni di mercato e quelle dei loro concorrenti del settore, verificando, per esempio, se gli accordi che sia assumono invalidi abbiano impedito o falsato il gioco della concorrenza all'interno del mercato. L'esame di tali circostanze sembra necessitare "a monte" di un'analisi sempre approfondita che si pone in antitesi con la necessità di utilizzare un parametro di "evidenza" della violazione, il che porta, senza dubbio, a ritenere alquanto raro l'applicazione del parametro stabilito nel caso *Thalés*[34]. Dal canto suo, la Corte parigina cerca di rintracciare il parametro della "violazione manifesta" individuando – in maniera discutibile – elementi più probabilistici che giuridici: innanzitutto la competenza delle parti e dei propri legali, poi quella degli arbitri e la notorietà dell'istituzione d'arbitrato[35]. A ciò si aggiunga che per la Corte ulteriore indice per testare l'evidenza della violazione è offerto dalla condotta delle parti e degli arbitri nel sollevare la questione di ordine pubblico europeo[36]. Tut-

[33] Rasia, *La sorte del lodo*, cit., p. 91.

[34] È fondata pertanto l'osservazione di Bensaude, *Thalés*, cit., p. 243 che evidenzia che "alleged violations of competition law are by their very nature rarely blatant".

[35] L'istituzione nella fattispecie era la *Icc*, la quale era intervenuta in causa tramite il vaglio del progetto di lodo previsto dal regolamento (*ex* art. 27 reg. *Icc*).

[36] Non si può condividere la tesi di Bensaude, *op. ult. cit.*, p. 243 che vede nella sent. *Thalés* un indiretto conferimento agli arbitri di un dovere di applicare anche *ex officio* le norme di ordine pubblico europeo antitrust. In realtà, la Corte non affermava che la mancata rilevazione *ex officio* dell'eccezione comportasse la violazione di un dovere e quindi la nullità del lodo, ma conferiva solo un parametro di controllo del lodo – nel quale poteva senz'altro contribuire anche la mancata rilevazione da parte dell'arbitro – per identificare quando la violazione potesse

ti tali elementi, presenti nella fattispecie sottopostale, facevano propendere i giudici parigini per la mancanza di violazione manifesta e per il rigetto dell'impugnazione proposta.

In conclusione, per la *Court*, resta nelle mani del giudice statale il controllo dell'ordine pubblico, seppure tale vaglio ne esce depotenziato nei casi in cui la sua violazione non risulti manifesta, ovvero – in definitiva – quando il comportamento tenuto dalle parti processuali nel procedimento arbitrale (nel fornire allegazioni e prove), non permetta di rilevare una violazione dell'ordine pubblico. Questa costituisce una soluzione equilibrata per evitare che le decisioni in materia antitrust da parte degli arbitri vengano ripetutamente travolte *de plano* in sede d'impugnazione, essendo quest'ultima l'ultima spiaggia per le parti che si vogliono sottrarre all'adempimento del lodo[37].

5. Segue: *divergenza di soluzioni nell'emblematica vicenda* SNF c. Cytec

Il secondo caso che qui si affronta, quello *SNF-Cytec*, evidenzia in modo netto le differenti scuole di pensiero sulla difficile ricerca in materia di controllo del lodo del punto d'equilibrio tra censura del giudice e rispetto della decisione arbitrale. Si tratta di una vicenda processuale che ha visto contrapporsi la scuola francese e quella belga, le quali hanno optato (rispettivamente in sede di *exequatur* e in sede di impugnazione del lodo) per due opposte soluzioni, che racchiudano in sé entrambe le tesi, massimalista e minimalista, elaborate dalla dottrina[38].

---

ritenersi manifesta. Sul punto v. quanto rilevato da Blanke, *Defining the Limits of Scrutiny of Awards*, cit., p. 240.

[37] La vicenda *Thalés-Euromissile* non risulta ad oggi ancora conclusa. Nonostante la sentenza della Corte d'appello di Parigi non sia stata impugnata in Cassazione, al momento in cui si scrive, pende un nuovo arbitrato sotto l'egida della *Icc* cui è stata sottoposta, questa volta, la questione di conformità del contratto di licenza all'ordine pubblico europeo.

[38] Per un approfondimento di quanto si dirà nel testo, in particolare per le differenti soluzioni franco-belghe, v. Rasia, *L'ordine pubblico comunitario e i poteri*

Da qui l'interesse per la vicenda *SNF-Cytec*, che costituisce una vera "saga processuale" in cui il lodo, proprio per i suoi contatti con molteplici ordinamenti, si è ritrovato coinvolto[39]. È conveniente pertanto distinguere da subito il fronte belga da quello francese[40].

Quanto alla vicenda che si svolge in terra belga[41], va detto che emesso il lodo che condannava la società utilizzatrice francese SNF al pagamento di un risarcimento milionario, questo, assieme a quello parziale sulla responsabilità, veniva impugnato dalla SNF avanti al Tribunale di primo grado di Bruxelles sulla base della circostanza che la quantificazione del danno effettuata dagli arbitri, dopo aver annullato un contratto di fornitura, era eccessiva e conduceva di fat-

---

del giudice d'impugnazione del lodo nella recente esperienza belga, in *Int'l Lis*, 1, 2008, p. 15 ss.

[39] Seppure non paragonabile a casi famosi come *Hilmarton-OTV*, *Chromalloy-Repubblica Egiziana*, *Pabalk-Norsolor*, *Fincantieri-Ministero della difesa dell'Iraq*, per citarne alcuni, che avevano visto uno sviluppo della vicenda in molteplici paesi con problemi di coordinamento tra procedure di annullamento e riconoscimento dei lodi, dando luogo ad un "vero e proprio groviglio di procedure". V. Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali*, 3ª ed., Padova, 2009, p. 572 ss. e p. 670 ss.

[40] In sostanza, la vicenda traeva origine dall'inadempimento di un contratto di fornitura di sostanze chimiche da parte della utilizzatrice francese SNF, in quanto questa riteneva, dopo averne dato esecuzione, che lo stesso fosse contrario al diritto europeo della concorrenza, in particolare agli artt. 81 e 82 tr. Ce (oggi artt. 101 e 102 tr. Fue). Da qui il ricorso alla procedura d'arbitrato amministrato *Icc* da parte della soc. olandese Cytec. Il collegio arbitrale con sede in Bruxelles rendeva, applicando la *lex mercatoria* prevista dalla clausola, un primo lodo con il quale, accertando l'invalidità del contratto per violazione della concorrenza, ripartiva a metà la responsabilità del danno subito nella conclusione e nell'esecuzione di un contratto nullo, rinviando ad un secondo lodo l'entità dei danni subiti. Era con il lodo definitivo reso il 28 luglio 2004 che il collegio arbitrale, nonostante la parità di responsabilità, condannava la SNF a rifondere alla fornitrice Cytec una somma a titolo di risarcimento danni pari al maggior prezzo che la SNF avrebbe versato alla società olandese in virtù dell'ultrattività del contratto di fornitura (precedentemente stipulato dai medesimi contraenti con un prezzo superiore) poi sostituito dal contratto dichiarato nullo, sul presupposto che la SNF non aveva comunque altri soggetti da cui rifornirsi.

[41] V. *Tribunal de Premiere Instance de Bruxelles*, 8 marzo 2007, *SNF sas société anonyme de droit français c. Cytec Industrie société anonyme de droit néerlandais*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 303, con *Note* di Mourre-Radicati di Brozolo; Meulemeester-Piers, *Merits revisited? Arbitral Award, Public Policy and Annulment – The Belgian Experience*, in *Asa Bull.*, 2007, p. 630 ss.; Blanke, *The "minimalist" and "maximalist" approach to reviewing competition law awards: a never-ending saga*, in *Stockholm Inter. Arb. Rev.*, 2007, p. 51 ss.; Rasia, *L'ordine pubblico comunitario*, cit., p. 15 ss.

to a dare l'effetto al contratto annullato, da cui la nullità del lodo per violazione dell'ordine pubblico europeo antitrust *ex* art. 1704, comma 2, lett. a), *C.j.*[42].

Preliminarmente, i giudici belgi si ponevano il problema dell'esame dei poteri del giudice d'impugnazione in caso di censura del lodo per contrasto con l'ordine pubblico internazionale[43]. In particolare, essi ricordavano che, a seguito del caso *Benetton*, non poteva più contestarsi la qualifica di ordine pubblico alle norme di diritto della concorrenza, come non si poteva negare il fatto che il giudizio d'annullamento del lodo non potesse spingersi fino ad una revisione del merito della controversia. Secondo il tribunale, gli artt. 1702, comma 2, lett. a), e 1707, comma 4, *C.j.* conferivano infatti al giudice dell'annullamento la missione d'assicurare "l'effectivité des dispositions d'ordre public", imponendogli di verificare, "à la lecture de la sentence", se l'arbitro avesse disconosciuto le norme di ordine pubblico tramite gli elementi di fatto e le questioni di diritto connesse che gli erano state sottoposte dalle parti. Tale analisi non doveva tendere, però, ad una sostituzione dell'apprezzamento dell'arbitro attraverso una revisione nel merito della controversia da parte del giudice statale, ma doveva limitarsi, "à partir de la sentence et de sa motivations", al controllo delle disposizioni d'ordine pubblico e al loro rispetto da parte dell'arbitro.

La diversità con la situazione francese è evidente a tal punto che il tribunale di Bruxelles metteva in evidenza la differenza ed, espressamente richiamando il precedente francese nel testo, conclude affermando che l'art. 1704, comma 2, *C.j.*, imponeva che "toute violation de l'ordre public est sanctionnée par l'annulation de la senten-

[42] Va ricordato che l'art. 1704 *C.j.* stabilisce che: "(1) La sentence arbitrale ne peut être attaquée devant le tribunal de première instance que par la voie de l'annulation et ne peut être annulée que dans les cas énumérés au présent article. (2) La sentence arbitrale peut être annulée: a) si la sentence est contraire à l'ordre public […]". In particolare, denunciando la contraddizione tra i due lodi emessi, la società impugnante evidenziava che il secondo provvedimento, liquidando i danni a favore di Cytec, paradossalmente corroborava ed estendeva – piuttosto che eliminare – la violazione del diritto della concorrenza accertata nel primo lodo cosicché la SNF si trovava a versare una somma maggiore di quella che avrebbe versato in ottemperanza di un contratto nullo.

[43] Punto VI delle motivazioni anche per le citazioni a seguire nel testo.

ce et pas seulement les violations effectives, flagrantes et concrètes (termes de l'arrêt *Thalès*, Paris 2004, *J.C.P.*, 2005, p. 571)"[44].

Il giudice belga, con la sentenza del 2007, avallava quindi la tesi di un potere ampio del giudice nel controllo della violazione delle norme di ordine pubblico. Facendo uso di un metodo decisamente intrusivo, infatti, optava per un vaglio a maglie larghe di tutte le violazioni delle norme di ordine pubblico procedendo a un controllo del lodo in fatto e in diritto, nel contenuto e nelle forme, con il solo limite di una "révision au fond" e non fermandosi alle violazioni che si rivelano "fragrantes, effectives et concrètes". Così facendo, il giudice di Bruxelles non modulava i casi di violazione dell'ordine pubblico censurabili così come aveva fatto il giudice francese. Seppure vietava un riesame nel merito, il giudice esaminava i fatti dedotti dalle parti, procedendo a controllare la conformità dei due lodi agli artt. 81 e 82 tr Ce (oggi artt. 101 e 102 tr. Fue) e, provvedendo a censurare i due lodi sotto il profilo della contraddittorietà delle motivazioni, arrivava ad accogliere l'impugnazione proposta[45].

La vicenda in terra francese, toccando il profilo dell'esecuzione del lodo, aveva ben altri esiti, come possiamo immaginare già conoscendo il caso *Thalés*.

Già nel corso del 2004, dopo il deposito anche del lodo definitivo, la Cytec richiedeva per entrambi i lodi l'esecuzione in Francia. A seguito della concessione dell'*exequatur* da parte del Presiden-

---

[44] *Ibidem*.

[45] Tuttavia il giudice belga andava oltre la censura dei lodi per contraddittorietà dei motivi, intraprendendo in realtà un giudizio di valore sull'opportunità della soluzione adottata dagli arbitri che lo portava a suggerire egli stesso la soluzione corretta che si sarebbe dovuto applicare. Così facendo, sostanzialmente, il Tribunale belga non aveva fatto altro che ridecidere il merito. Infatti, sulla base dell'art. 81 tr Ce (oggi art. 101 tr. Fue) il Tribunale accoglieva la tesi della impugnante circa la contraddittorietà dei due lodi evidenziando il paradosso che il collegio arbitrale aveva creato: per il giudice era infatti inverosimile pensare che la Cytec potesse ricevere un risarcimento di una somma pari alla mancata vendita del prodotto che la SNF si era obbligata ad acquistare sulla base del primo contratto, in base al fatto che comunque la ditta francese si sarebbe dovuta rivolgere alla stessa società olandese, poiché non aveva mai iniziato a produrre tale prodotto. Tale calcolo, non teneva conto, secondo il Tribunale belga, che invece in tale situazione sarebbe potuto accadere proprio il contrario, ovvero che l'assenza del contratto del 1993 avrebbe portato la SNF o a produrre in proprio il prodotto o a contrattare per un altro prezzo. Sul punto v. Rasia, *L'ordine pubblico comunitario*, cit., p. 17.

te del *Tribunal de grande instance* di Parigi, le due ordinanze venivano impugnate avanti alla Corte d'appello parigina da parte della SNF[46], che lamentava la violazione delle norme europee antitrust *ex* art. 1502 *N.c.p.c.*, sostanzialmente per i medesimi motivi poi dedotti avanti al giudice belga[47]. I giudici di Parigi, rigettavano l'appello e confermavano le due ordinanze di *exequatur*, in virtù del fatto che il giudice statale, anche in sede di concessione dell'esecuzione come in quella d'impugnazione, non è competente a decidere il merito della controversia ma solo a controllare la sua compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, in quanto "non è giudice del processo ma giudice del provvedimento"[48]. I giudici ricordavano che il collegio arbitrale aveva tenuto conto delle norme europee antitrust che per loro natura appartengono all'ordine pubblico (internazionale) di ogni Stato membro, così come di quello francese. Pertanto "en l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, et y substituer la propre appréciation de la cour [d'appel]"[49].

In definitiva, la Corte d'appello di Parigi del 2006 confermava la tesi minimalista non esitando a seguire la giurisprudenza francese formatasi in sede d'impugnazione del lodo con *Thalés*[50] – la qua-

---

[46] V. Corte d'appello di Parigi, 23 marzo 2006, *SNF c. Cytec*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 100 ss. con *Observations* di Bollée; Heitzmann-Grierson, *The French Approach to Arbitration EC Competition Law in the Light of the Paris Court of Appeal's Decision in* SNF vs. Cytec Industries, in Zuberbühler-Oetiker (a cura di), *Practical Aspects of arbitrating EC Competition Law*, Zurigo, 2007, p. 187 ss.

[47] Cioè censura del lodo per contraddittorietà delle motivazioni in punto al risarcimento del danno concesso per violazione dell'art. 81 tr. Ce (art. 101 tr. Fue) e per mancata applicazione degli arbitri dell'art. 82 tr. Ce (art. 102 tr. Fue) (abuso di posizione dominante della Cytec), nonostante la questione fosse stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale.

[48] "[L]a cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce cette fois sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque puisque seule, sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge"(v. in *Rev. arb.*, 2007, p. 100). V. Bollée, *Observations*, cit., p. 102.

[49] *Ibidem*, p. 100.

[50] Con la differenza che nel caso in questione rispetto a quello *Thalés*, la questione di ordine pubblico europeo era stata rilevata, discussa ed applicata dagli

le peraltro ha trovato consenso anche nella giurisprudenza parigina successiva[51] – ed affermando la necessità del controllo sul lodo solo da un punto di vista estrinseco, tale da non violare il merito della controversia[52].

La sentenza della Corte d'appello trovava ulteriore conferma nel successivo giudizio di Cassazione del 2008 promosso dalla SNF[53]. Per la prima volta la Suprema corte francese – che non era stata adita nel caso *Thalés*[54] – si trova a decidere in sede di *exequatur* sulla fondatezza della soluzione adottata dai giudici parigini, nonostante nel frattempo il lodo arbitrale fosse stata annullato dai giudici di

arbitri nel procedimento avanti a loro e pertanto il giudice statale doveva solo controllare la corretta applicazione delle norme europee di ordine pubblico.

[51] Vedi sent. Corte d'appello di Parigi, 22 febbraio 2007, *Lassus c. Falero*, in *Cah. Arb.*, 1, 2007, p. 4 e in *Rev. arb.*, 2007, p. 141, ove si stabilisce che "les dispositions des directives d'harmonisation du droit des sociétés n. 68/151, 77/91 modifiée par la directive 92/101 ont été également transposées en droit français où sont interdite, à peine de nullité absolue, les emprunts contractés par les administrateurs auprès de la société afin de protéger leurs actionnaires, les créanciers sociaux et de moraliser l'administration des sociétés. Si la situation dénoncée doit tomber dans le champ d'application des règles impératives de fond applicables, qu'on prenne la directive directement ou à travers la transposition du droit interne, encore faut-il, pour évincer une sentence, que la solution consacrée par le tribunal heurte l'ordre public international du for de manière flagrante, effective et concrète, et ce, sans révision au fond de la décision arbitrale".

[52] La giurisprudenza francese di legittimità e di merito più recente conferma il principio del divieto di revisione nel merito per violazione di norme di ordine pubblico anche nel caso di vaglio del lodo interno, v. le decisioni *SA Cevede*, *Fournier*, *Societé Eiffage construction*, in *Rev arb.*, 2007, cit., p. 97 ss. Se il controllo è possibile in caso di violazione manifesta delle norme d'ordine pubblico, la stessa giurisprudenza non permette mai il sindacato da parte del giudice dell'impugnazione della regola di diritto applicata dall'arbitro. Esplicito sul punto Corte d'appello Parigi, 24 novembre 2005, *BVBA c. société Cat*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 716, con *Note* di Bollée.

[53] Corte di cassazione, 4 giugno 2008, *SNF c. Cytec*, in *Rev. arb.*, 2008, p. 473 ss., con *Note* di Fadlallah; in *Jour. du droit internat.*, 2008, p. 1107 ss. con nota di Mourre; v. anche Ortscheidt, *Le contrôle superficiel de la violation par l'arbitre de l'ordre public international: une flagrante autonomie de l'arbitrage*, in *La semaine juridique*, *ed. gén.*, 18 giugno 2008, Act. 430; Train, *Le contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public et aux lois de police après l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2008*, in *Gazette du Palais*, 20-21 febbraio, 2009, p. 34 ss.

[54] V. *supra* nota 37.

Bruxelles[55]. I giudici di legittimità affermavano in poche battute il principio che "s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge d'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère fragrant, effectif et concret de la violation alléguée". Di conseguenza, il giudice statale non poteva controllare il merito della decisione degli arbitri, attività che avrebbe svolto se avesse dovuto esaminare, come voleva la ricorrente, la correttezza dell'ammontare del risarcimento concesso dall'arbitro: il giudice doveva invece solo limitarsi a constatare che le norme europee antitrust applicate dagli arbitri non apparissero *ictu oculi* contrarie all'ordine pubblico.

La sentenza della Suprema corte francese costituisce oggi un punto fisso su come l'ordinamento francese intenda, appunto in senso restrittivo, il vaglio dell'ordine pubblico europeo sia che tale controllo venga effettuato in sede di annullamento del lodo (caso *Thalès*) sia che questo avvenga in caso di riconoscimento/*exequatur* di lodo straniero (caso *SNF-Cytec*)[56], contesti in cui non si distingue l'intensità del controllo, trovando in sede giurisprudenziale un'identità di soluzione.

---

[55] Va detto che quest'ultimo aspetto non è stato nemmeno considerato nella decisione della Corte, in quanto, come è noto, la giurisprudenza francese – a differenza degli altri paesi – non ha mai ritenuto rilevante in sede di riconoscimento il fatto che il lodo sia stato annullato (o sospeso) nel paese d'origine. V. *funditus* sul punto Poudret-Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 900 ss. e la giurisprudenza ivi citata.

[56] Tale giurisprudenza trova riprova anche nella recente decisione della Cassazione, 11 marzo 2009, *Mr. X. c. Trioplast AB* (che si può leggere in *www.kluwerarbitration.com*), ove la Corte conferma la sentenza dei giudici d'appello di Parigi (sent. 6 dicembre 2007), in merito ad una vicenda che aveva visto un arbitro unico, sotto l'egida della *Icc*, decidere una controversia tra un agente (Mr. X) e una società svedese (Trioplast) a seguito della risoluzione del contratto di agenzia. L'agente aveva lamentato in sede d'impugnazione per violazione dell'ordine pubblico europeo la mancata considerazione dell'arbitro della direttiva 86/653 in materia di indennità degli agenti. Qui la Corte di cassazione ribadisce il principio consolidato del "caractère fragrant, effectif et concret de la violation alléguée". Da ultimo, seppure in materia di rapporti tra arbitrato e corruzione, anche Corte d'appello di Parigi, 10 settembre 2009, *Schneider Scaltgeratebau c. CPL Indutries Ltd*, in *Cah. arb.*, 4, 2009, p. 61, ove si fa nuovamente uso del parametro della violazione "concréte, effective et flagrante".

Proprio a seguito della decisione parigina del caso *SNF-Cytec* si sono scorti in dottrina i timori cui possono condurre le differenti soluzioni adottate delle corti nazionali nella medesima vicenda, in particolare i problemi (reali) di coordinamento che si possono riflettere sul piatto della cooperazione giudiziaria e di circolazione delle sentenze rese[57]. Ciò va sottolineato a maggior forza se si pensa che la saga *SNF-Cytec* ha in terra francese un'appendice processuale della vicenda degna di nota, ad ulteriore testimonianza di come esiti opposti tra giurisdizioni di Stati membri possano portare le parti ad ingolfare il sistema[58]. Si registra, infatti, un'azione di responsabilità promossa dalla SNF, subito dopo la vittoria in Belgio, nei confronti della Corte d'arbitrato della *Icc* di Parigi, che, come si è più volte ricordato, amministrava l'arbitrato fonte del lodo censurato a Bruxelles. Come era già successo in pochissime altre occasioni – si veda in particolare il caso *Societé Cubic*[59] – il soggetto soccombente, non

[57] V. gli scritti di Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions*, cit., p. 177 ss.; Landolt, *Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements*, in *Arb. int.*, 2007, p. 63 ss.; Gaillard, *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la Conférence donne à la Cour de cassation le 13 mars 2007*, in *Rev. arb*, 2007, p. 697 ss.; Audit, *French Court decisions on Arbitration 2007-2008*, in *Icc Bulletin*, 2008, p. 13 ss., spec. pp. 21-22; Seraglini, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités*, in *Cahiers de l'arbitrage*, 2009, 1, p. 5 ss.; Schlosser, *Articles 81 and 82 EC-Treaty and Arbitration: a german perspective*, ivi, p. 22 ss.

[58] Per la vicenda collaterale del giudizio di responsabilità promosso da SNF nei confronti della *Icc* di Parigi, per mancata osservanza dell'ordine pubblico europeo antitrust, v. *Tribunal de grande instance de Paris*, 10 ottobre 2007, *SNF c. Chambre de commerce internationale*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 847 ss. con *Note* di Jarrosson; nonché la decisione della successiva impugnazione della sentenza di rigetto, Corte d'appello di Parigi, 22 gennaio 2009, *SNF c. Chambre de commerce internationale*, massimata in *Rev. arb.*, 2009, p. 233 ss., su cui v. Kiffer, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in* SNF v. International Chamber of Commerce, in *Jour. internat. arb.*, 2009, p. 579 ss.; Baizeau, *Liability of arbitral institutions: increased scrutiny by the courts of the seat?*, in *Asa Bull.*, 2009, p. 383 ss.

[59] Si tratta di Cass., 20 febbraio 2001, *Société Cubic Defense inc. c. Chambre de Commerce Internationale*, in *ASA Bull.*, 2001, p. 367 ss. e in *Rev. arb.*, 2001, p. 511 ss. con nota di Clay. Sulla vicenda v. diffusamente Rasia, *La battaglia all'arbitrato amministrato: a proposito di una recente giurisprudenza francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 733 ss., ove ampi riferimenti bibliografici. Nel panorama europeo si rinvengono, prima del caso *SNF/Cytec*, solo quattro

trovando ragione in Francia attraverso il sistema delle impugnazioni del lodo (era infatti appena stata pubblicata la sentenza d'appello), tentava di rifarsi nei confronti l'Istituzione che amministrava l'arbitrato ritenendo che questa, in violazione del proprio regolamento, avesse sostanzialmente permesso l'emissione di un lodo (poi dichiarato infatti invalido) omettendo di controllarne il progetto. A tale fine promuoveva un'azione di risarcimento danni per una somma circa pari a quella della condanna arbitrale[60]. Senza dilungarsi su tutta la vicenda, basti dire che sia il Tribunale di prima istanza di Parigi nel 2007, sia la Corte d'appello con sentenza del 2009 rigettavano le richieste della società francese, principalmente sul motivo che il vaglio sul progetto di lodo previsto dal regolamento della *Icc*[61], ha natura amministrativa, non giurisdizionale (potere che rimane in capo agli arbitri), e il "conseil rédactionnel" non può confinare in una procedura di revisione del lodo. Corollario è che il vaglio di conformità del lodo alle norme di ordine pubblico europeo è imputabile solamente agli arbitri e non alla Corte. Peraltro, come i giudici d'appello avevano avuto modo di osservare nel merito, la Corte d'arbitrato aveva svolto questo controllo formale sul progetto "attirando l'attenzione" degli arbitri sulla questione di ordine pubblico europeo,

precedenti di azioni di responsabilità nei confronti della *Icc* (Cfr. Jarrosson, *Note*, cit., p. 851).

[60] Si vuole intraprendere, per dirlo con le parole di Fouchard (in *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, in *Rev. arb.*, 1997, p. 225) una sorta di "contrôle judiciaire direct" dell'attività istituzionale della *Icc*.

[61] Secondo cui l'oggetto della valutazione (formale) della Corte consente di "prescrivere modifiche di forma e, rispettando la libertà di decisione del tribunale arbitrale […] richiamare la sua attenzione su punti inerenti al merito della controversia" (art. 27 del nuovo regolamento). Ricorda Danovi, *Sub. art. 27*, in Briguglio-Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale*, cit., p. 484, ss., spec. p. 491, che gli arbitri rimangono sempre liberi nella decisione di merito di conformarsi a quanto loro indicato dalla Corte ovvero di non adeguarvisi. Quasi a corollario dell'art. 27, l'art. 6, app. II al reg., prevede espressamente che nell'esaminare il progetto di lodo, la Corte deve tenere "in considerazione, nella misura possibile, le esigenze delle norme di legge imperative del luogo d'arbitrato". Proprio il parametro della "misura possibile" esclude un'indagine sistematica da parte della Corte, che risulta pertanto limitata a violazioni evidenti ed esclude lo svolgersi di un'istruttoria. Sostanzialmente in questo senso, Carlevaris, *Sub. Appendici*, in Briguglio-Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato*, cit., p. 608 ss.

ma la violazione, come è stato confermato dalla Corte d'appello del 2006, non era nella fattispecie *prima facie* "evidente"[62].

La vicenda belga si è arricchita di recente di un'ulteriore pronuncia che tuttavia non permette di abbozzare una conclusione uniforme sulla vicenda del caso *SNF-Cytec*. Nel giugno 2009 la Corte d'appello di Bruxelles ha annullato la sentenza del Tribunale di primo grado del 2007[63], tuttavia – va subito detto – non prendendo posizione sull'approccio che il giudice statale deve adottare (massimalista o minimalista) ma esaminando di fatto (e quindi in modo intrusivo) tutta la motivazione del lodo. In particolare i giudici d'appello di Bruxelles hanno riformato la decisione del giudice di prime cure ritenendo che gli arbitri avevano applicato correttamente nella fattispecie il diritto europeo antitrust, in particolare l'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue), così come avevano fatto bene a non applicare l'art. 82 tr. Ce (oggi art. 102 tr. Fue). Tale sentenza, seppure conduce la vicenda al medesimo esito di quella francese, non porta l'interprete a dire che oggi in terra belga si adotta un approccio minimalista. Infatti, proprio il vaglio delle motivazioni e la revisione nel merito anche da parte della Corte d'appello, nonostante l'esito contrario rispetto al tribunale, inducono a concludere che, salvo un cambiamento avanti la Suprema Corte (ancora possibile visto che la vicenda non si è ancora conclusa), la giurisprudenza belga applica oggi un vaglio intrusivo in sede di annullamento del lodo in caso di violazione di una norma di ordine pubblico europeo.

---

[62] Ricorda la Corte parigina che: "[u]ne partie prétend à tort que la Cour internationale d'arbitrage a été défaillante dans son contrôle de projet de sentence, les sentences ayant été annulées par les juridictions belges pour contrariété à l'ordre public communautaire, alors que d'une part le règlement assure la distinction entre la fonction d'organisation de l'arbitrage et la fonction juridictionnel, laissée aux seuls arbitres, interdisant à la Cour internationale d'arbitrage de s'immiscer dans la fonction dévolue au seul tribunal arbitrale […]".

[63] V. Corte d'appello di Bruxelles, 22 giugno 2009, *Cytec c. SNF*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 574 ss., con nota di Mourre (il quale tuttavia ritiene che la Corte abbia seguito l'approccio restrittivo elaborato in terra francese). V. il commento di Bertrand, *SNF c. Cytec: encore et toujours*, nel sito internet *www.avocats.fr*.

6. Segue: *le soluzioni della giurisprudenza italiana, svizzera, inglese, olandese, svedese, tedesca, spagnola e il prevalere della tesi minimalista*

Come si è visto, il caso *SNF-Cytec* è significativo in quanto permette di mettere in luce, sul piano degli effetti, che cosa comporta l'adozione di un approccio rispetto ad un altro. Tale scelta ha influenzato la giurisprudenza di vari Stati membri sulla quale ora ci soffermeremo brevemente, vedendo che la scelta minimalista seguita dalla giurisprudenza francese è quella più diffusa.

Si passa ad analizzare innanzitutto la soluzione italiana ove due decisioni recenti rese in sede di esecuzione di lodi stranieri sembrano seguire il filone del controllo estrinseco del lodo[64].

Una decisione del marzo 2006 della Corte d'appello di Firenze ricorda che il giudice dell'*exequatur* di un lodo straniero deve limitarsi a verificare che "gli arbitri abbiano preso in considerazione e motivato" le questioni controverse di diritto europeo della concorrenza motivando la loro decisione, senza sindacare gli apprezzamenti da questi svolti nel merito della controversia[65]. I giudici fiorentini, equiparando il ruolo dell'arbitro a quello del giudice, mettono in evidenza l'analogia del controllo tra il riconoscimento delle sentenze tra Stati membri da parte dei giudici e quello dei lodi esteri da parte degli arbitri, rilevando che, come nel primo caso, non si permette di rivalutare il merito della lite, dovendosi accertare solo se il dispositi-

[64] Si tratta di Corte d'appello di Firenze, 21 marzo 2006, *Nuovo Pignone c. Schlumberger*, in *Riv.arb.*, 2006, p. 741 ss. e in *Cah. arb.*, 2, 2006, pp. 57-58 con osservazioni di Tampieri; nonché di Corte d'appello di Milano, 15 luglio 2006, *Tensacciai c. Terra Armata*, in *Riv. arb.*, p. 744 ss. e in *Cah. arb.*, 1, 2007, p. 57 con nota di Tampieri. Su queste decisioni v. il commento di Radicati di Brozolo, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, cit., spec. p. 644 ss.; di Lamandini, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, in *Ann. it. del dir. d'aut.*, 2006, p. 95 ss., ove l'autore (peraltro componente del collegio difensivo della Tensacciai) critica duramente la decisione della corte milanese; Treccani, *In tema di arbitrato e diritto della concorrenza: lodo antitrust, ordine pubblico e motivi di revisione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 71 ss.

[65] Nel caso *Nuovo Pignone/Schlumberger* l'opposizione all'*exequatur* si basava sulla presunta contrarietà all'ordine pubblico di un lodo che, fondandosi su un regolamento di esenzione della Commissione europea, aveva riconosciuto valido un accordo in esclusiva di cui si lamentava in sede d'impugnazione la contrarietà all'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue).

vo contrasti con i principi di ordine pubblico, così deve avvenire in sede di esecuzione dei lodi esteri da parte del giudice statale.

Parimenti in una decisione del luglio 2006, anche qui in sede di opposizione ad *exequatur*, promossa dalla società italiana Terra Armata nei confronti di un lodo elvetico di cui si chiedeva l'esecuzione in Italia, i giudici della Corte d'appello di Milano hanno verificato, senza approfondire nel merito, se gli arbitri avessero correttamente applicato i princìpi e i criteri di diritto europeo della concorrenza, riscontrando nella fattispecie che questi non erano stati né ignorati né non applicati[66]. In particolare, la Corte notava come "l'esame del lodo – del suo percorso logico e dei suoi fondamenti giuridici, non certo del merito della decisione –" dimostra la fondatezza della decisione degli arbitri, cosicché "il percorso motivazionale del lodo – tralasciate ovviamente le ricostruzioni in fatto e le specifiche valutazioni dei dati e delle prove acquisite – mostra dunque all'evidenza […] la correttezza dei principi di diritto seguiti dagli arbitri e – a maggior ragione – l'insussistenza dunque di qualsiasi contrarietà delle sue disposizioni di ordine pubblico"[67]. Di qui il riconoscimento del lodo svizzero in Italia[68].

La vicenda italiana *Terra Armata-Tensacciai* ha un parallelo svolgimento in terra elvetica ove il lodo è stato impugnato avanti il

---

[66] L'arbitrato (conclusosi con lodo *Icc* n. 12325/05, rimasto inedito) con sede a Losanna, aveva statuito per la validità alla luce dell'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue) di un "accordo preliminare di associazione" retto dal diritto italiano in virtù del quale due imprese specializzate nella costruzione di infrastrutture ferroviarie si impegnavano a presentare congiuntamente offerte nelle gare per la costruzione delle linee ad alta velocità Milano-Napoli, a non concludere accordi con altre imprese o a partecipare individualmente alle gare. Gli arbitri avevano considerato il contratto lecito dopo un'amplissima istruttoria sul presupposto dell'assenza di oggetto e di effetto anticoncorrenziale, dopo aver esaminato che le imprese in questione, nel particolare mercato in cui operavano, sarebbero state comunque in grado di partecipare singolarmente alla gara in questione (in *Riv. arb.*, cit., pp. 746-747).

[67] Come ricorda Radicati di Brozolo, *Controllo del lodo*, cit., p. 647, nota 46 anche ipotizzando un errore degli arbitri sarebbe stato comunque impossibile sostenere che la soluzione da essi raggiunta fosse comunque gravissima e *prima facie* scioccante tale da portare ad un annullamento del lodo, in quanto l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, cui la Tensacciai si era rivolta per autodenunciare l'accordo, non aveva aperto l'istruttoria.

[68] È attualmente pendente il ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'appello di Milano.

Tribunale federale svizzero[69]. Qui, a differenza della decisione milanese, il giudice svizzero non respingeva la domanda in base all'approccio minimalista del controllo, ma rifiutava a monte il vaglio della violazione del diritto europeo antitrust non ritenendolo parte dell'ordine pubblico internazionale (censurabile *ex* art. 190, al. 2 lett. e), *L.d.i.p.*)[70], ricordando tuttavia al contempo che comunque il diritto svizzero impone agli arbitri di tener conto delle eccezioni d'ordine pubblico sollevate dalla parti nel corso del procedimento a pena di annullamento del lodo. Secondo la dottrina, con tale decisione, la Corte elvetica, ricollegando indirettamente il controllo dell'ordine pubblico alla volontà delle parti, non fa altro però che ribadire la necessità di un controllo limitato nel vaglio del prodotto arbitrale

[69] V. Tribunale federale svizzero, 8 marzo 2006, *Tensacciai c. Terra Armata*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 763 ss., con *Note* critica a seguire di Radicati di Brozolo V. anche il commento di Knoepfler, *Droit de la concurrence et réserve de l'ordre public en arbitrage*, in *Concurrences*, 3, 2006, p. 16 ss. e di Landolt, in *Asa Bull.*, 2006, p. 535 ss.

[70] Proprio per il fatto che secondo il giudice svizzero sarebbe "présomptueux de considérer que les conceptions occidentales, européennes ou suisses en matière de droit de la concurrence devraient d'imposer d'évidence à tous les Etats de la planète, telle une panacée, liées qu'elles sont à un certain type d'économie et de régime " (punto 3.1. sent. *Tensacciai*, cit.). Ed infatti "[l]e dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. Par conséquent, la violation d'une disposition de ce genre ne tombe pas sous le coup de l'article 190, alinéa 2, e *l.d.i.p.*". La decisione Tensacciai si pone in contrasto con il riconoscimento ormai largamente accettato dell'appartenenza del diritto della concorrenza all'ordine pubblico internazionale. In dottrina si è ipotizzato che, nel seguire tale scelta, in realtà il Tribunale federale, nell'intento di salvaguardare la Svizzera come sede ottimale per gli arbitrati internazionali, voglia probabilmente lanciare un segnale forte alle parti, scoraggiando impugnazioni di lodi troppo azzardate e facili che vedono nella censura dell'ordine pubblico l'unica àncora di salvezza, come lo era quella della Tensacciai (v. Radicati di Brozolo, *Note*, cit., p. 782 ss.). Vedi, in senso opposto, la già nota pronuncia del Tribunale federale, 28 aprile 1992, *supra* cit. in cap. III, sez. II.

Va infine detto che mi sembra che la decisione del Tribunale federale sia indirizzata alle peculiarità della fattispecie, i cui principi di concorrenza non appartenevano alla *lex fori*. Non solo. Va pure ricordato che era coinvolto un accordo preliminare di associazione regolato dalla legge italiana e le cui restrizioni del mercato avrebbero avuto effetti solo in Italia (e non in terra elvetica). È lecito domandarsi (e manifestare tutti i propri dubbi) se l'esito della decisione sarebbe stato lo stesso in presenza di una violazione di una legge svizzera di un cartello che producesse effetti invece in terra elvetica.

da parte del giudice dell'impugnazione, il quale deve solo prendere atto che le norme di ordine pubblico siano state considerate dagli arbitri, senza degenerare in una revisione della vicenda, indagando il modo in cui esse siano state da essi applicate[71].

Passando brevemente in rassegna altri ordinamenti europei, nei quali si è posto il medesimo problema, l'attenzione va all'ordinamento svedese, a quello inglese, quello tedesco, lo spagnolo e l'olandese.

Quanto al primo, la decisione della Corte d'appello di Svea del 2005 ha adottato sulla scia delle scelta francese un approccio minimalista limitando l'annullamento del lodo ai casi evidenti (c.d."obvious cases") di violazione del diritto europeo[72].

Anche in Inghilterra una recente decisione della *English Commercial Court*, per la prima volta in materia antitrust, si è pronunciata a favore dell'approccio restrittivo da tenere in caso di violazione di una norma di ordine pubblico (inglese)[73].

Nell'ordinamento spagnolo non si registrano ad oggi decisioni in materia di diritto europeo antitrust che nascano da impugnazioni di lodi, seppure, come è stato messo in evidenza, vi sono ripetute sentenze dell'*Audencia Provincial de Madrid* che stabiliscono il principio secondo cui il controllo esercitato sui lodi a proposito

---

[71] Radicati di Brozolo, *Note*, cit., pp. 784-785.

[72] Corte d'appello di Svea, 4 maggio 2005, *Republic of Latvia v. Latvijas Gaze*, in *Sans Frontières*, 3, 2006, p. 7, ove commento di Runeland, *Svea Court of Appeal's Dismissal of Challenge of Award in Latvijas Gaze Arbitration; Useful Pronouncement on European Competition Law as Swedish Order Public.*

[73] Si tratta di *High Court*, *Commercial division*, 3 luglio 2008, *R. v. V.*, in *EWHC*, 2008, p. 1531, su cui v. il commento di Grierson, *Court Review of Awards on Public Policy Grounds: a recent Decision of the English Commercial Court throws light on the position under the English Arbitration Act 1996*, in *Mealey's Internation Arbitration Rep.*, January 2009, p. 1 ss., il quale ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza inglese in materia di controllo dei lodi. In particolare viene ricordato che altri precedenti avevano stabilito: a) che se la motivazione è evidentemente (*prima facie*) contraria all'ordine pubblico il lodo va annullato (come era successo in *Court of Appeal*, *Soleimany v. Soleimany*, in *QB*, 1999, p. 785); b) che in caso contrario, il lodo non doveva essere annullato (come era accaduto in *Court of Appeal*, *Westacre v. Jugoimport*, in *QB*, 2000, p. 288). Quest'ultimo caso deve applicarsi – ed ecco la novità del caso *R.v.V.* – anche in materia antitrust sia in sede di impugnazione del lodo *ex sect.* 68 *Arbitration Act* 1996 sia in sede di riconoscimento/esecuzione del lodo straniero.

dell'applicazione di norme di ordine pubblico non può condurre a rimettere in discussione la soluzione di merito[74].

In Germania, invece, la giurisprudenza di merito, in mancanza di una decisione della Corte Suprema, non ha raggiunto ancora una soluzione unica ma ha visto l'alternarsi di scelte tra loro opposte.

Una prima sentenza della Corte d'appello di Düsseldorf nel 2004 ha esaminato in sede d'*exequatur* per la prima volta la compatibilità con l'ordine pubblico di un lodo svizzero che aveva annullato un contratto di licenza per violazione dell'art. 81 tr. Ce (oggi, art. 101 tr. Fue), questione sollevata nel corso dell'arbitrato[75]. I giudici tedeschi hanno effettuato una revisione nel merito e, ritenendo di non essere vincolati alle conclusioni cui erano giunti gli arbitri, hanno provveduto a svolgere una nuova istruttoria compresa l'assunzione dei testi, che li ha portati a concludere per la nullità del contratto e del lodo.

Una seconda e più recente sentenza della Corte d'appello di Thüringen del 2007 ha scartato l'approccio precedente preferendo quello minimalista[76]. Questa volta i giudici tedeschi hanno stabilito la sommarietà del controllo del lodo e a tal proposito, il giudice statale, una volta esaminato che l'arbitrato ha svolto un esame di compatibilità del contratto con il diritto europeo antitrust, deve verificare la "plausibilità" del risultato. In altre parole, come è stato evidenziato in dottrina sul punto, i giudici tedeschi hanno controllato che l'interpretazione del contratto svolta dagli arbitri alla luce della normativa europea sia "ammissibile", plausibile *prima facie*[77].

---

[74] Sul punto v. De Paredes, *L'annulation des sentences arbitrales en Espagne: à propos de la non-révision au fond des sentences et du contrôle du respect de l'ordre public en droit espagnol*, in *Cah. arb.*, 3, 2007, p. 27 ss., il quale ricorda le pronunce madrilene Madrid (11ª camera), 12 gennaio 2005; Madrid (12ª camera), 25 ottobre 2005.

[75] *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 21 giugno 2004, *Regenerative Warme*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, p. 281 ss.

[76] *Oberlandesgericht Thüringen*, 8 agosto 2007, *Schott*, in *Schieds VZ*, 2008, p. 44 ss.

[77] V. Sachs-Hilbig, *La portée du contrôle exercée par les tribunaux étatiques allemands sur le sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence*, in *Cah. arb.*, 2, 2008, p. 3 ss. Ad oggi la Corte federale tedesca non si è ancora pronunciata in materia di estensione del controllo del giudice statale in presenza di norma europea antitrust. Tuttavia con una sentenza resa in materia di

In netto contrasto con l'approccio minimalista si pone, invece, in modo esplicito la pronuncia della Corte d'appello dell'Aja del 2005[78], ove i giudici olandesi, rifiutandosi di riconoscere alcuni lodi statunitensi ritenuti contrastanti col diritto europeo della concorrenza, hanno proceduto ad una vera e propria revisione del merito della controversia, indagando, in modo palesemente intrusivo, sulla circostanza se il collegio arbitrale avesse o meno ben applicato il diritto europeo della concorrenza (questione peraltro mai sollevata nel corso del procedimento), arrivando quindi ad analizzare se l'accordo tra le imprese rientrava tra quelli anticompetitivi che beneficiano delle esenzioni dell'art. 81, comma 3, tr. Ce (oggi art. 101, comma 3, tr. Fue). Tale decisione ha sollevato le critiche di parte della dottrina in quanto la Corte dell'Aja si è comportata come un vero e proprio giudice d'appello. Da qui i timori della dottrina che una tale scelta intrusiva possa causare problemi per i Paesi Bassi, da sempre luogo favorevole per l'arbitrato internazionale, cosicché "[the leave] for enforcement in the Netherlands should no longer be taken for granted, because of an extensive examination of the award's compatibility with EC competition law"[79].

---

compatibilità di una sentenza straniera con l'ordine pubblico processuale tedesco, il *Bundesgerichtshof*, condividendo una approccio restrittivo del controllo, ha avuto modo di affermare, in un *obiter dictum*, che il giudice dell'*exequatur* non può rifiutare l'esecuzione se non in caso di "vizi gravi della procedura arbitrale" (v. *Bundesgerichtshof*, 27 febbraio 2006, in *Schieds VZ*, 2006, p. 161 ss.

[78] Si tratta di Corte d'appello Aja, 24 marzo 2005, *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame B.V.*, in *Stockholm Internat. Arb. Rev.*, 2, 2006, p. 201 ss, (ove anche il testo del giudizio di primo grado) con commento a seguire di DE GROOT (che ne riconosce la naturale prosecuzione della sent. *Benetton*); nonché il commento (decisamente critico) di MOURRE-RADICATI DI BROZOLO, *Towards finality of arbitral awards: two steps forward and one step back*, *Jour. internat. arb.*, 2006, p. 171 ss., spec. p. 180 ss. V. anche la sentenza di primo grado del Tribunale dell'Aja, 27 maggio 2004 (poi impugnata) in *Year. comm. arb.*, 2006, p. 808 ss. Nella fattispecie era nata una lite su un contratto di licenza in esclusiva per la fabbricazione e vendita di certi prodotti nel Benelux ad una società olandese la quale veniva decisa da un arbitro statunitense con una serie di lodi di cui il concedente chiedeva il riconoscimento nei Paesi Bassi. Prima il tribunale poi la Corte dell'Aja ravvisavano però nel contratto una serie di clausole contrarie all'art. 81 tr. Ce (oggi art. 101 tr. Fue) e concludevano per la nullità del contratto e quindi per il mancato riconoscimento del lodo ai sensi della conv. di New York.

[79] DE GROOT, *op. ult. cit.*, p. 229.

A conclusione di questa analisi giurisprudenziale, ciò che emerge è che la maggior parte degli ordinamenti, proprio nell'ottica di tutela dell'indipendenza e libertà dell'arbitrato dai pubblici poteri, opta per un approccio non intrusivo nel controllo del lodo in occasione della censura per ordine pubblico, seppure sussistono casi di scelta opposta (Belgio e Olanda) e casi di non ancora chiara presa di posizione (Germania).

Da ciò una logica conseguenza: se nel panorama europeo la scelta minimalista sembra sul piano giurisprudenziale quella preponderante, la conclusione è che il controllo dell'ordine pubblico rimane nelle mani del giudice statale, uscendone depotenziato solo nei casi in cui la sua violazione non risulti evidente. Una soluzione di tale tipo permette di evitare che, in un'ottica filo-arbitrale, le decisioni degli arbitri vengano tutte le volte travolte *de plano* in sede d'impugnazione o d'*exequatur* con effetti evidenti sull'utilità che svolge lo strumento di giustizia privata.

7. *Il vaglio giudiziale in caso d'ignoranza nell'applicazione e in caso di erronea applicazione del diritto antitrust da parte degli arbitri: una diversità di soluzioni?*

Come abbiamo visto esaminando la giurisprudenza nazionale, il giudice affronta in modo diverso il sindacato del lodo a seconda che la questione sia stata sollevata o meno nel corso del procedimento arbitrale. Un ulteriore problema che si pone in materia di controllo dell'ordine pubblico è capire se l'intensità del controllo del giudice è uguale sia in caso di mancata applicazione che in caso di erronea applicazione del diritto antitrust, trattandosi queste di situazioni processuali ben distinte.

Molteplici sono astrattamente le possibilità valutative delineate in letteratura[80].

Secondo un primo approccio (che definirei sostanzialmente "nichilista"), la mancata presa in considerazione delle norme di ordi-

[80] Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international*, cit., p. 431 ss.

ne pubblico da parte degli arbitri si dovrebbe intendere come grave violazione del dovere degli arbitri di sollevare anche *ex officio* la questione, da cui la conseguente nullità del lodo. Tale approccio non può trovare accoglimento se si condivide quanto esposto nel cap. III sul dovere di applicazione delle norme di ordine pubblico[81]. Infatti il dovere d'ufficio non sussiste in sé e per sé ma solo ed in quanto gli arbitri "hanno invitato al dibattito" le parti sull'applicazione della questione rilevata d'ufficio, sul(l'ovvio) presupposto che o gli arbitri o le parti si siano accorti dell'applicazione della norma di ordine pubblico. In mancanza, diventa impossibile imputare una responsabilità a carico dell'arbitro[82].

Secondo un altro approccio (in linea con quello massimalista del controllo), la mancata considerazione delle norme di ordine pubblico dovrebbe autorizzare il giudice statale a maggior ragione – rispetto al caso di errata applicazione – a procedere a una revisione nel merito dell'intera vicenda alla luce della (mai applicata) normativa europea. È chiaro che tale conclusione, se da un lato rafforzerebbe il controllo del lodo, dall'altro potrebbe avvalorare l'uso di pratiche dilatorie delle parti, circostanza che è già stato messa in luce parlando dei difetti dell'approccio massimalista[83].

Secondo un ulteriore approccio (che segue la tesi minimalista), la mancata applicazione del diritto europeo d'ordine pubblico comporterebbe immunità assoluta del lodo ed astensione dal controllo giudiziale. Anche una conclusione di tale tipo si presterebbe a manovre dilatorie delle parti nel corso dell'arbitrato, almeno fintantoché se non si distinguesse l'ipotesi in cui le norme di ordine pubblico non applicate siano palesemente applicabili da quella in cui l'applicabilità di tale norme sia invece discutibile. Solo nel primo caso, cioè a fronte di una palese applicazione e di una violazione "grave" della norma, sarà possibile procedere ad una revisione del lodo e quindi all'eventuale suo annullamento o mancato riconoscimento. In caso

---

[81] V. cap. III, sez. IV, par. 2.

[82] Come ha detto Corte d'appello di Parigi, 18 novembre 2004, *Thalés*, cit. Facendo leva sul rispetto del principio dispositivo, l'avv. generale Saggio nel caso *Benetton*, cit., concludeva che "il diritto comunitario non richiede agli arbitri di sollevare di propria iniziativa questioni relative alla conformità con il diritto comunitario della concorrenza di un contratto la cui esecuzione è sottoposta al loro giudizio" (punto 26 conclusioni).

[83] Così come rilevato anche dalla sent. *Thalés*, cit.

contrario, cioè in ipotesi in cui vi sia una discutibile applicazione e quindi si ricada in una violazione c.d. "semplice", il lodo non potrebbe costituire oggetto di un esame approfondito da parte del giudice e tantomeno essere annullato o non riconosciuto.

La stessa giurisprudenza francese dal caso *Thalés* che si era occupata del tema aveva condiviso quest'ultimo approccio, mettendo in evidenza che "l'étendue du contrôle juridictionnel quant au respect des règles impératives […] ne doit pas être conditionnée par l'attitude des parties". Il che vuol dire che il silenzio o il comportamento processuale tenuto dalle parti non può comportare un diverso modo di affrontare il vaglio del lodo. Tuttavia la Corte d'appello aveva modo di specificare che, come nel caso (più comune) di errata applicazione da parte degli arbitri, anche in quello di mancata applicazione, il giudice doveva analizzare la motivazione del lodo, tenendo conto dello svolgimento dell'arbitrato e del comportamento tenuto dalle parti e dagli arbitri, non per desumerne automaticamente la nullità del lodo, ma solo per verificare la gravità ed effettività della violazione.

Sulla scia di tale distinguo operato dalla tesi minimalista, rimane solo da capire in che modo il giudice potrà distinguere, in caso di una mancata applicazione di una norma di ordine pubblico, una violazione grave (fonte di controllo più intrusivo sul lodo) da una meno grave (ove tale controllo è impedito). Sicuramente il giudice dovrà seguire gli stessi criteri adottati per i casi di errata applicazione della normativa europea di ordine pubblico, con l'attenzione però che la mancata rilevazione della questione europea degli arbitri o delle parti potrebbe essere indice rilevante che contribuisce a qualificare sempre come "non grave e manifesta" la violazione dedotta in sede di controllo. Ciò almeno fintantoché non si giunga ad una situazione (limite) di "frode processuale", ovvero quando sia le parti che gli arbitri abbiamo volutamente deciso di eludere l'applicazione delle norme imperative non sollevandone la questione, nel qual caso una declaratoria di annullamento dovrebbe sempre aversi[84].

[84] Ipotesi contemplata dalla sent. *Thalés*, menzionata come la sola eccezione al principio generale stabilito dalla stessa sentenza. Secondo Radicati di Brozolo, *Arbitrage*, cit., p. 325, in caso di dimostrata frode della parti volta ad utilizzare l'arbitrato per aggirare le norme imperative si ricadrebbe in un caso di inarbitrabilità della lite.

Quanto qui esaminato porta a concludere che sia nell'esame dell'errata applicazione della norma di ordine pubblico europeo che in quella di mancata applicazione della norma, l'intensità del controllo utilizzata dal giudice statale debba comunque ritenersi la medesima, sia che si utilizzi l'approccio massimalista che minimalista[85]. Il secondo metodo – non va taciuto – trova un confortante e convincente precedente giurisprudenziale nel caso *Thalés* che ne fa auspicare la scelta, come vedremo.

8. *La scelta della tesi minimalista e la sua razionalità con l'ordinamento europeo*

In un dibattito dottrinale e giurisprudenziale ancora non sopito sull'estensione dei poteri del giudice d'impugnazione, in quella che è stata definita una "guerra di religioni"[86], è lecito a questo punto domandarsi quale dei due indirizzi (massimalista o minimalista) debba essere preferito e si ponga più in linea con il sistema europeo.

Sono dell'idea che la tesi minimalista del controllo del lodo sia da preferire poiché più coerente con una razionalità intrinseca dell'ordinamento dell'Unione, in forza della presenza di un limitato numero di norme di ordine pubblico. Come abbiamo detto più volte, la miglior tesi, seguita anche dall'avv. generale Tizzano nel caso *Mostaza Claro*, ritiene che non si possa dare una portata ampia alla nozione di norme di ordine pubblico, in quanto questa deve essere riferita solo alle regole ritenute da un ordinamento di primaria ed assoluta importanza. Nell'ordinamento europeo è quindi evidente che il numero di norme di ordine pubblico non può confrontarsi con quello delle norme di legge, la cui violazione risulta essere ben più frequente, alla luce della quantità delle norme stesse, rispetto alla violazione delle prima. Ciò giustifica già di per sé la superfluità di un controllo sempre invasivo (ossequioso pertanto alla tesi mas-

[85] Quello c.d. nichilista deve escludersi fermamente, in quanto fa venir meno ogni senso all'arbitrato stesso, sottoponendolo alla berlina di ogni tipo di (anche fantasiosa) impugnazione.

[86] Così Idot, *Ordre public, concurrence et arbitrage*, cit., p. 12.

simalista) che vuole puntare ad una rivisitazione dell'operato svolto dall'arbitro ogniqualvolta una parte denunci la violazione della norma inderogabile. Incorrere nella lista delle norme di ordine pubblico costituisce quindi situazione eccezionale, come dimostrato dal numero (esiguo) delle decisioni giurisprudenziali sopra descritte, che non giustifica l'utilizzo ad ampio raggio di uno strumento di controllo.

Mi sembra pertanto coerente col sistema esposto l'individuazione dello strumento della violazione "grave, effettiva e manifesta" della norma di ordine pubblico, seguito dalla giurisprudenza maggioritaria, per limitare i casi di controllo del lodo.

Mi sento, inoltre, di affermare che la scelta minimalista deve essere utilizzata sia in sede d'impugnazione che di riconoscimento/esecuzione del lodo non essendo giustificabile un differente controllo del giudice delle norme di ordine pubblico europeo se l'oggetto del contratto nell'una e nell'altra sede è il medesimo, così come è avvenuto nel caso *SNF-Cytec*[87].

Nessuna differenza deve inoltre sussistere a seconda che il giudice abbia a che fare con norme antitrust o norme a tutela del consumatore, in quanto in entrambi i casi, come anticipato nel cap. III, sez. IV, par. 4, non sussiste un dovere indiscriminato del giudice di rilevare *ex officio* la questione d'ordine pubblico europea, in quanto in questo caso si determinerebbe un ampliamento officioso dell'oggetto del giudizio, con evidenti effetti sul rispetto del principio dispositivo.

Egli avrà il dovere di sollevare la questione europea solo quando essa si pone in modo "grave e manifesto", cioè quando colpisce l'attenzione del giudice stesso. Negli altri casi in cui le norme europee applicate dagli arbitri non appaiono *ictu oculi* contrarie all'ordine pubblico, non ritengo che il giudice sia abilitato a sollevare e porre d'ufficio la questione alle parti.

Optando per una tesi minimalista in via generale, il controllo del giudice statale ruota allora tutto intorno all'esame della motivazio-

[87] In sede di *exequatur* la tesi restrittiva trova conferma sia da parte del legislatore che della giurisprudenza europea (salvo nell'unico caso tedesco del 2004).

ne. Egli non deve limitarsi al (mero) esame del dispositivo, dovendo verificare che la materia toccata dalle norme di ordine pubblico (es. quella antitrust) non sia stata completamente ignorata dagli arbitri. La conseguenza è che diventa indispensabile che gli arbitri forniscano una motivazione "sufficientemente esaustiva" quanto alla propria decisione di applicare o non applicare le norme di ordine pubblico coinvolte.

Nel caso in cui non vi sia una motivazione sul punto, ipotizzandosi che gli arbitri non abbiano preso in considerazione l'applicazione delle norme imperative, o sembra autorizzata la revisione anche nel merito da parte del giudice, o, come mi sembra più corretto, meglio l'utilizzo dello stesso criterio adottato per i casi di errata applicazione cioè del controllo solo in casi di violazione "grave, effettiva e concreta" dell'ordine pubblico[88]. La dottrina che condivide una scelta restrittiva del controllo del lodo mette però in guardia dal fatto che per eludere il controllo sull'applicazione delle norme di ordine pubblico basterebbe che gli arbitri motivassero anche in maniera apparente sulla questione, creando così un schermo per una revisione nel merito[89]. Ciò, naturalmente possibile, deve presupporre l'assunto che l'arbitro sia complice delle parti e che quest'ultime non abbiano interesse a far rilevare tale comportamento in sede di controllo del lodo. In questo caso saremmo davanti ad una frode processuale, caso in cui, come abbiamo già detto, si può sempre procedere ad una revisione del merito[90].

La soluzione minimalista risulta anche la più coerente sul piano delle conseguenze: evita di mettere in gioco tutto l'operato degli arbitri, scongiurando che lo strumento della censura dell'ordine pubblico europeo divenga un mezzo pretestuoso e dilatorio per evitare l'esecuzione dei lodi[91].

---

[88] Cfr. Briguglio, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, p. 230, afferma che deve essere considerata con favore la tendenza a verificare la vulnerazione dell'ordine pubblico in relazione alla "concreta attuazione" del lodo.

[89] Radicati di Brozolo, *Controllo del lodo internazionale*, cit., p. 642.

[90] V. *supra* par. 7.

[91] In questo senso v. ripetutamente in molti scritti, di cui da ultimo, Radicati di Brozolo, *Controllo del lodo internazionale*, cit., p. 638.

Il principio del "dare efficacia" al lodo trova ancora una volta conferma nel sistema arbitrale: si colloca al contempo dunque, da un lato, a garanzia delle parti di beneficiare di un dovere arbitrale nell'applicazione delle norme di ordine pubblico, ma dall'altro a tutela degli arbitri che vedranno solo in casi limitati (e sostanzialmente gravi, effettivi e concreti) una revisione della soluzione adottata, essendo interesse di ogni sistema processuale degli Stati membri, una volta che si riconosce l'arbitrato, auspicare l'effettività e la circolazione dei lodi[92].

9. *Considerazioni conclusive e prospettive dopo il trattato di Lisbona*

È a questo punto necessario tirare le somme a proposito del controllo del lodo da parte del giudice in caso violazione di norme di ordine pubblico, individuando se nel sistema europeo vi sono, con l'introduzione del trattato di Lisbona, delle basi normative che permettano, nel rispetto dei particolarismi nazionali, di delineare un'unica soluzione in materia di controllo del lodo e quale sia il parametro europeo da utilizzare.

A seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, si è assistito all'inserimento, nell'art. 81, lett. e), tr. Fue, di un diritto all'accesso effettivo alla giustizia. La norma, nel promuovere l'effettività di accesso alla giustizia statale (effetto positivo), priva al contempo di razionalità (effetto negativo) la permanenza, in una comunità di

[92] La necessità di dare efficacia alle decisioni arbitrali è un principio che si può ricavare non solo dai regolamenti d'arbitrato amministrato (*Icc* e *Lcia*) e dalle giurisprudenze nazionali europee (che condividono un approccio minimalista), ma anche dalla giurisprudenza statunitense che, attraverso l'elaborazione della teoria del "Manifest Disregard of the Law" in campo arbitrale (su cui v. *funditus*, Wilske-Mackay, *The Myth of the "manifest Disregard of the Law" Doctrine: Is the Challenge to the Finality of Arbitral Awards Confined to U.S. Domestic Arbitrations or Should International Arbitration Practitioners be concerned?*, in *Asa Bull.*, 2006, p. 216 ss.), vuole perseguire lo stesso scopo. Ciò trova fondamento in una nozione ristretta dell'ordine pubblico la cui violazione trova un sindacato solo se colpisce in maniera evidente princípi cardine dell'ordinamento. V. Lazareff, *Arbitrage et ordre public: priorité à l'exécution des sentences*, in *Cah. arb.*, 2, 2006, p. 4.

diritto qual è l'Unione, di una varietà di filtri di accesso per ricorrere al giudice d'impugnazione o del riconoscimento/esecuzione del prodotto arbitrale.

Tale disposizione, già immanente nel sistema, costituisce la base giuridica che autorizza, da subito, le istituzioni europee a creare un parametro sovranazionale dell'intensità di controllo del lodo, uno standard processuale minimo comune, onde permettere all'"utente" dell'ordinamento europeo, anche nell'ottica di una filosofia dell'armonizzazione, il raggiungimento di un accettabile livello di effettività che non permetta l'applicazione di norme nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione ma che al contempo nemmeno stravolga il risultato degli arbitri.

Sul punto, riesaminando la giurisprudenza di Lussemburgo, la Corte di giustizia ha già rintracciato il punto di equilibrio tra autonomia e supremazia tra diritto europeo e diritto processuale degli Stati membri in casi, per citarne alcuni, come *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*. Proprio nel caso *Traghetti* del 2006, che seguiva *Köbler,* i giudici del Kirchberg hanno evidenziato che, in tema di responsabilità dello Stato per fatto della autorità giurisdizionale (in specie, violazione del dovere di rinvio di cui all'art. 267 tr. Fue) in occasione di un'errata interpretazione delle norme europee in materia di concorrenza, il livello minimo di garanzia per la tutela del cittadino che si ritenga danneggiato deve essere rinvenuto nel parametro della "manifesta" violazione del diritto dell'U.e.[93]. Solo in questo caso, infatti, lo Stato membro

[93] Si tratta della sent. 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo spa in liquidazione c. Repubblica italiana*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss, su cui i commenti di Sconditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, di Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una* tendenza irreversibile, e di Giovannetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*. Su tale vicenda v. Rasia, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da pare del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 661 ss. Si trattava di un'azione italiana, esercitata ai sensi della l. n. 117 del 1988 (sulla responsabilità dei magistrati), diretta ad ottenere il risarcimento del danno che il fallimento avrebbe subito a seguito degli errori interpretativi commessi dalla Cassazione e a seguito della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. In particolare, l'attrice fondava la propria domanda su una decisione della Commissione europea – successiva alla sentenza

deve essere condannato al risarcimento del danno verso i cittadini. Da ciò, i giudici europei hanno fatto derivare la conclusione che la giurisprudenza statale che controlla il lodo dovrà sempre valutare se l'applicazione fatta dai giudici nazionali porti o meno a una violazione manifesta dell'ordinamento europeo.

In questo contesto, utilizzando proprio la giurisprudenza *Köbler-Traghetti*, il giudice nazionale del controllo del lodo e, di conseguenza, lo Stato membro dovrà rispondere per violazione del diritto dell'Unione – e risarcire il danno a causa della condotta del proprio organo – solo nel caso in cui non si accorga di una violazione manifesta del diritto di ordine pubblico europeo. Attraverso proprio l'utilizzo del parametro della c.d. "violazione manifesta" posta a livello europeo, si arriverebbe a condividere, prescindendo dai particolarismi nazionali e per diretta scelta del legislatore e della Corte di giustizia, la tesi minimalista.

Insomma, l'auspicabile europeizzazione dell'intensità del controllo giudiziario a fronte di norme di ordine pubblico, in realtà già presente nel sistema dell'Unione dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, se, da un lato, significherebbe una parziale sconfitta per l'autonomia procedurale degli ordinamenti, dall'altro corroborerebbe l'effettività dell'affermazione del diritto europeo nell'ottica di tutela dei diritti dei cittadini, evitando difformità di tutele sulla medesima lite, come è accaduto nei casi di cui ci si è occupati, in pieno contrasto con un reale ed effettivo accesso alla giustizia stabilito oggi dall'art. 81 tr. Fue[94].

---

della Cassazione – avente ad oggetto proprio gli aiuti di stato corrisposti dall'Italia alla Tirrenia, e sostenendo che, se gli organi giurisdizionali (e la Cassazione in particolare) avessero interrogato la Corte di giustizia, il processo avrebbe avuto un esito diverso.

Sul caso parallelo e di poco antecedente *Köbler* (sent. 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Racc.*, 2003, I, p. 10329 ss.) v. Biavati, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla nozione la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62 ss.

[94] Solo così peraltro è possibile promuovere gli obiettivi cardine dell'ordinamento europeo ove, come è stato giustamente evidenziato (Biavati, *Europa e processo civile*, cit. p. 83), "il rapporto tra diritto europeo ed autonomia [procedurale] nazionale non va vissuto e pensato in una chiave di rigida ripartizione di competenza, ma piuttosto nell'ottica funzionale di sforzi convergenti verso obiettivi comuni" .

Capitolo V

ARBITRATO E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA ALL'INTERNO DELL'UNIONE E NELLO SPAZIO EUROPEO

"To ensure the effectiveness of international arbitration,
it is not sufficient to establish a harmonious collaboration
between the court and the arbitrator, in particular
by assisting the second during the course of the procedure,
by limiting the control undertaken by the appellate instance
and by imposing, if necessary, the enforcement of foreign awards.
The conflicts of law or of jurisdiction which can arise in this field
between national courts must also be resolved".

Poudret-Besson, *Comparative Law of International Arbitration*,
Londra, 2ª ed., p. 905

1. *Premessa e quadro normativo della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione: dalla convenzione di Bruxelles e di Lugano al reg. Bruxelles I e alla nuova convenzione di Lugano*

Si è fin qui studiato l'istituto arbitrale all'interno dell'ordinamento europeo, nella sua autonomia funzionale, quale strumento processuale che applica il diritto dell'Unione. In realtà, è noto che in campo transnazionale, in presenza di una convenzione arbitrale, accade spesso che si creino situazioni di interferenza tra processo arbitrale e statale sia in occasione di procedimenti di assistenza o di sostegno che il giudice statale pone in essere nel corso dell'arbitra-

to, sia in virtù dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato, sia, infine, in caso di contrasto tra decisioni giudiziali contrarie in materia arbitrale o, ancora, tra sentenze e lodi.

Come vedremo, per assicurare l'effettività dell'arbitrato, tuttavia, non basta stabilire un'armonica collaborazione tra giudici statali e arbitri, ma bisogna risolverne a monte gli eventuali conflitti, al pari di ciò che avviene tra le giurisdizioni degli Stati membri.

L'obiettivo di questo capitolo è pertanto il seguente: esaminare l'arbitrato dal punto di vista dinamico e di relazione, all'interno del quadro della cooperazione giudiziaria dell'Unione, al fine sia di prevenire l'instaurarsi di procedimenti paralleli, sia di garantire un buon coordinamento tra procedimenti giudiziari e arbitrali, in particolare in occasione del riconoscimento ed esecuzione di decisioni giudiziali che incorporano o annullano un lodo o che si pronunciano sulla validità di un patto arbitrale.

Senza fini di esaustività, per ciò che qui ci interessa, basti ricordare alcuni punti che si possono ritenere consolidati in letteratura in materia di cooperazione giudiziaria civile europea, in applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi sostituta dal reg. n. 44 del 2001) e della convenzione di Lugano del 1988 (oggi sostituita dalla convenzione omonima del 2007), entrambe riguardanti proprio la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[1].

È noto che la conv. di Bruxelles del 1968 costituisce il testo che ha maggiormente inciso sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa e sul progressivo sviluppo di uno spazio giudiziario europeo[2], in quanto ha disciplinato direttamente e in modo abbastanza generale (anche se non completo) la competenza giurisdi-

[1] Si noti che anche tutti gli altri regolamenti europei in materia di diritto processuale che seguirono che, come noto, al pari del reg. n. 44 del 2001, sono frutto dell'(abrogato) art. 65 tr. Ce, hanno escluso esplicitamente dal loro àmbito di applicazione l'arbitrato (si v. il reg. n. 2201 del 2003, il n. 805 del 2004, il reg. n. 861 del 2007), con l'eccezione (ma solo apparente) del reg. n. 1206 del 2001, del reg. n. 1896 del 2006, del reg. n. 1393 del 2007 e del reg. n. 4 del 2009.

[2] Sul tema ampiamente, Carpi, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1037 ss.; e, più di recente, Biavati, *Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles*, ivi, 1999, p. 1201 ss.

zionale degli Stati membri, assumendo poi tale competenza anche come presupposto per l'efficacia delle sentenze negli altri Stati contraenti[3]. Su tali basi il testo convenzionale ha costituito l'esempio di maggior successo di normativa uniforme su questioni di diritto processuale internazionale: il merito va, da un lato, alla sua natura di convenzione "doppia", disciplinante appunto sia il campo della giurisdizione sia quello della circolazione delle decisioni, e, dall'altro, all'opera interpretativa svolta, tramite il rinvio pregiudiziale, dalla Corte di giustizia, alla quale è stata demandata l'esegesi delle disposizioni uniformi, in forza del Protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971. Tali due profili hanno indiscutibilmente posto le basi per la creazione e lo sviluppo di uno spazio giudiziario integrato in Europa[4].

---

[3] I contributi della dottrina relativamente alla convenzione di Bruxelles sono numerosi. Per alcune trattazioni di largo respiro in lingua italiana v. Aa.Vv., *La convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano, 1985, *passim*; Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo. Le convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 1995, *passim*; Pocar, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3ª ed., Milano, 1995, *passim*; Campeis-De Pauli, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1996, *passim*; Lupoi-Carpi, voce *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa (convenzione di Bruxelles)*, in *Enc. dir.*, II, agg., Milano, 1998, p. 824 ss.; Salerno, *La convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000, *passim*. La convenzione di Bruxelles del 1968 (in vigore dal 1° febbraio 1973 fra i sei Stati originariamente membri della C.e.e. e resa in esecutiva in Italia con la legge 21 giugno 1971 n. 804, il cui testo originale si può leggere in *Riv dir. internaz. priv. e proc.*, 1973, p. 171 ss. mentre la versione consolidata in *Gazz. Uff.*, C. 27 del 26 gennaio 1998, p. 1 ss.) subì delle integrazioni in virtù delle successive adesioni dei partners Ce: v. convenzioni di Lussemburgo del 9 ottobre 1978 (per l'adesione della Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito) e del 25 ottobre 1982 (relativa all'adesione della Grecia), convenzioni di Donostìa-San Sebastiano del 26 maggio 1989 (concernente l'adesione della Spagna e del Portogallo) e di Bruxelles del 29 novembre 1996 (relativa all'adesione di Austria, Finlandia e Svezia).

[4] Lo si legga in Pocar, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, cit., p. 73 ss. La convenzione aveva istituito un regime uniforme di competenza internazionale non meramente finalizzato ad individuare i criteri di giurisdizione al configurarsi dei quali gli Stati contraenti erano vincolati a riconoscere e a dare esecuzione alle sentenze straniere (c.d. *compétence indirecte*) – come era tradizione nei trattati bilaterali sul riconoscimento delle sentenze fino ad allora esistenti – , ma destinato ad essere impiegato dagli organi giurisdizionali dei vari paesi contraenti in sede di accertamento della sussistenza della propria competenza internazionale (c.d. *compétence directe*): da qui la c.d. "doppia natura" della convenzione di Bruxelles. Sul Protocollo di Lussemburgo,

La necessità di rafforzare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri e alcuni Stati limitrofi, con cui l'ordinamento europeo si trovava ad avere frequentemente contatti economici, ha portato i paesi della Comunità europea a stipulare a Lugano nel 1988 con gli Stati dell'A.e.l.s. (Associazione europea di libero scambio, di cui facevano parte oltre a Islanda, Norvegia e Svizzera anche Austria, Finlandia Portogallo e Svezia, poi divenuti quest'ultimi membri U.e.) una convenzione speculare a quella di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. convenzione di Lugano). Tale accordo – importante per la creazione in Europa, anche se al di fuori dell'Unione, di un spazio giudiziario uniforme[5] – riproduceva pressoché integralmente le disposizioni di Bruxelles, estendendo anche a paesi confinanti con l'Unione le norme sulla determinazione della competenza giurisdizionale tra Stati membri fissate dalla convenzione del 1968. Qui competente per l'interpretazione uniforme non era però più la Corte di Lussemburgo, per comprensibili motivi, anche se ad essa veniva riconosciuto comunque un ruolo "armonizzatore"[6].

---

oggi sostanzialmente inutilizzato (salvo rare eccezioni su cui v. *infra* nota 9) fra gli altri, Pocar, *Il protocollo sull'interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1978, p. 281 ss., nonché Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., p. 849 ss.

[5] Vista l'identità (quasi totalmente) letterale tra le convenzioni di Bruxelles e di Lugano, ci si è chiesti in passato se anche i sistemi creati dai due trattati si rivelino assimilabili, ossia se lo spazio giudiziario dell'Unione possa ampliarsi e comprendere anche il territorio dei paesi firmatari della convenzione di Lugano, trasformandosi in "spazio giudiziario europeo". Tali perplessità si risolvono tutte essenzialmente intorno al momento applicativo-interpretativo che i due testi convenzionali subiscono. Sul punto non c'è dubbio che la convenzione di Lugano non preveda un unico giudice depositario di poteri interpretativi vincolanti sulle disposizioni convenzionali. Tuttavia il fatto che i giudici degli Stati, firmatari della convenzione di Lugano, in sede di applicazione ed interpretazione delle disposizioni uniformi debbano tenere nel debito conto i princìpi definiti "da ogni decisione pertinente" emessa negli altri Stati contraenti (ed oggi con la riforma del testo convenzionale del 2007, su cui v. *infra*, anche i princìpi di diritto stabiliti dalla Corte di giustizia) è elemento senz'altro idoneo a ridurre, se non ad eliminare completamente, il rischio che si verifichi uno sviluppo di regole interpretative differenti sui due testi.

[6] Tra i paesi della Ce ed i paesi dell'A.e.l.s. non vi era altra possibilità di omogeneizzazione della disciplina sulla giurisdizione e sul riconoscimento/esecuzione delle decisioni giudiziarie che la stipulazione *ex novo* di una convenzione internazionale. La convenzione di Bruxelles non era infatti estendibile a tali

Sono, infine, dati storicamente acquisiti quelli che vedono nel marzo 2002 la sostituzione della convenzione di Bruxelles del 1968 con il reg. n. 44 del 2001 del Consiglio (c.d. Bruxelles I) concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, con modifica tra l'altro di alcune disposizioni in materia di competenza giurisdizionale[7],

---

paesi per l'insuperabile ostacolo della competenza pregiudiziale riconosciuta alla Corte di giustizia. Sull'*excursus* storico, v. Broggini, *La convenzione di Lugano: introduzione ed interpretazione: la competenza pregiudiziale*, in Aa.Vv., *Studi di diritto internazionale e comunitario*, II, Napoli, 2007, p. 743. In generale sulla convenzione di Lugano del 1988 (in *G.u.c.e.*, n. L. 319 del 25 novembre 1988, p. 9 ss.) entrata in vigore il 1° marzo 1992 (tra Francia, Paesi Bassi e Svizzera), cfr. Bariatti, *Prime considerazioni sulla convenzione di Lugano*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1989, p. 259 ss.; Lupoi, *La ratifica italiana della convenzione di Lugano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 261 ss. Il Protocollo n. 2 della nuova convenz. di Lugano (che si occupa dell'interpretazione uniforme della convenz.) stabilisce oggi che essa diventa "parte integrante del diritto comunitario e che pertanto la Corte di giustizia delle Comunità europee è competente a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni della presente convenzione per quanto riguarda la loro applicazione da parte dei giudici degli Stati membri della Comunità europea". L'art. 1 del medesimo protocollo prevede espressamente che i giudici degli Stati membri "tengono debitamente conto dei principi definiti dalle pertinenti decisioni dei giudici degli Stati vincolati dalla convenzione e della Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione a dette disposizioni o a disposizioni analoghe della convenzione di Lugano del 1988 o degli atti normativi di cui all'articolo 64, paragrafo 1, della presente convenzione". Anche i giudici di Stati extra-U.e. dovranno, pertanto, tener conto delle interpretazioni pregiudiziali rese dalla Corte, organo sovranazionale di un'organizzazione di cui essi invero non appartengono. A contrappeso di tale scelta, viene riconosciuta tuttavia agli Stati terzi la facoltà di intervenire nei procedimenti innanzi alla Corte in occasione delle disposizioni della convenzione, partecipando così al processo formativo degli indirizzi giurisprudenziali che guideranno nell'applicazione del testo uniforme. Cfr. le *Cronache* in *Int'l Lis*, 2008, pp. 5-6.

[7] Sul testo del reg. n. 44 del 2001, *ex multis*, v. De Cristofaro, *Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (1968). Regolamento CE n. 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in Ferrari (a cura di), *Le convenzioni di diritto del diritto internazionale: codice essenziale con regolamenti e note introduttive*, 2° ed., Milano, 2002, p. 241 ss.; Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3ª ed., Padova, 2006, *passim*; Vittoria, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE n. 44/2001*, Milano, 2005, *passim*; Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento Ce n. 805/2004*, Torino, 2009, *passim*.

così come la sostituzione a fine 2007 del testo della convenzione di Lugano del 1988 con un nuovo testo convenzionale più in linea con le norme da applicarsi nell'Unione europea[8].

Nonostante la convenz. di Bruxelles abbia (nella quasi totalità) ceduto il passo al reg. n. 44 del 2001[9], appare necessario continuare a menzionarla e ad analizzarla per diverse ragioni: innanzitutto, le approfondite riflessioni di cui essa è stata oggetto sia a livello dottrinale che giurisprudenziale sono tuttora in buona parte rilevanti, visto che molte disposizioni sono confluite *de plano* nel regolamento

[8] V. il testo della nuova convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Lugano il 30 ottobre 2007, in *Gazz. uff. Un. eur.*, n. L. 147 del 10 giugno 2009, p. 5 ss., (che sostituisce la conv. di Lugano del 16 settembre 1988) la quale, a seguito della ratifica dell'1° luglio 2009 da parte della Norvegia, è entrata in vigore *ex* art. 69 nei rapporti con quest'ultima il 1° gennaio 2010.

[9] V. il reg. Ce del Consiglio n. 44 del 22 dicembre 2000 (c.d. reg. Bruxelles I), concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (in *G.u.c.e.*, n. L. 12 del 16 gennaio 2001, p. 11 ss.), non si applicava, *ab origine*, per espressa previsione alla Danimarca. Tuttavia al fine di evitare la perdurante applicabilità della conv. di Bruxelles nei confronti del Regno danese, per quest'ultimo paese è stato firmato a Bruxelles il 19 ottobre 2005 l'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (entrato in vigore il 1° luglio 2007). Con tale atto, la convenz. di Bruxelles viene meno anche nei rapporti con le persone domiciliate in terra danese e in caso di riconoscimento ed esecuzione nell'Unione di una decisione di giudici della Danimarca. Una previsione particolare è dettata, in questo accordo di "estensione", per gli artt. 22 e 23 del reg., posto che l'applicabilità di tali norme prescinde dal fatto che il convenuto sia domiciliato nel territorio di uno Stato da esso vincolato: a norma dell'art. 10 dell'accordo, negli Stati membri si farà ricorso alla disciplina pattizia quando le parti abbiano stabilito di attribuire la competenza ad un giudice danese e quando, in tema di competenze esclusive, il titolo di giurisdizione contemplato dalle norme risulti localizzato in Danimarca. Quanto poi all'interpretazione delle norme, competente è sempre la Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale delle giurisdizioni nazionali *ex* art. 267 tr. Fue (e non più alle sole condizioni dell'art. 68 tr. Ce, oggi abrogato). Nonostante l'estensione soggettiva del regolamento alla Danimarca, l'efficacia della convenzione del 1968 non si estingue completamente, continuando a trovare applicazione con riferimento alle controversie ed alle decisioni relative ad alcuni territori che, seppure assoggettati alla sovranità di Stati europei, sono esclusi dalla sfera di efficacia territoriale del diritto dell'Unione *ex* art. 299 tr. Ce (oggi art. 355 tr. Fue). Si tratta di alcuni territori d'oltremare e collettività territoriali francesi (Polinesia francese e Nuova Caledonia), nonché di Aruba nell'Antille olandesi, nei quali pertanto rimane operativa la convenzione di Bruxelles il cui ambito applicativo era stato a suo tempo esteso. V. sul punto le *Cronache*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 57 ss.

europeo ed è stato espressamente previsto il principio di continuità interpretativa[10]; in secondo luogo, essa ha costituito l'archetipo per gli interventi successivi in materia processuale adottati in Europa.

Lo scopo perseguito con la convenzione di Bruxelles era, infatti, sostanzialmente duplice così come la sua natura. Si voleva, in primo luogo, potenziare la tutela giurisdizionale delle persone residenti nel territorio europeo inibendo la proliferazione di fori rendendo prevedibile per le parti l'individuazione del giudice competente[11]; in secondo luogo, si mirava a facilitare nello spazio giuridico europeo la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali istituendo un procedimento di *exequatur* eventuale e semplificato.

Tali intenti, propri anche del successivo reg. n. 44 del 2001, sono stati, come già detto, la base per rafforzare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, da intendersi come stretta collaborazione tra le autorità statali tesa ad eliminare ostacoli ed incompatibilità esistenti tra i diversi sistemi giudiziari in occasione di liti oltreconfine.

È pertanto con i princìpi e criteri della convenzione di Bruxelles e del reg. Bruxelles I (nonché della parallela convenzione di Lugano, per la quale ciò che si dirà di seguito trova piena applicazione), che l'arbitrato deve confrontarsi onde poter trovare una propria effettiva collocazione sia all'interno dell'Unione sia in quello che, in senso più allargato, sintomaticamente è stato definito "spazio giudiziario europeo" all'interno del quale poter ricoprire un ruolo di rilievo tra le forme di tutele giurisdizionali in occasione di rapporti transfrontalieri[12].

Su tale analisi, dobbiamo quindi soffermarci.

---

[10] Considerando n. 19 del reg. 44 del 2001.

[11] L'esigenza di garantire la prevedibilità del foro competente ha portato la Corte di giustizia a negare che nel sistema della convenzione di Bruxelles potesse avere domicilio la dottrina anglosassone del c.d. "forum non conveniens", che, come è noto, riconosce ai giudici astrattamente competenti a conoscere di una determinata lite il potere di astenersi dall'esercizio della giurisdizione laddove ritengano che vi sia un'autorità giurisdizionale straniera maggiormente idonea alla cognizione della causa. V. Corte giust., 1° marzo 2005, C-281/02, *Owusu,* in *Racc.* 2005, I, p. 1383 ss., punti 37-46, per un cui commento v. Lupoi, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 15 ss.

[12] Da ultimo, Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 2, che individua tale spazio in un'area (non limitata alla sola Unione europea ma, grazie alla parallela conv. di Lugano, estesa anche agli stati finitimi, come Islanda, Norvegia e Svizzera) in cui si crea un'efficace cooperazione in campo civile, in virtù all'eliminazione

2. *L'art. 293 tr. Ce e l'esclusione dell'arbitrato dal regolamento n. 44 del 2001:* ratio *ed effetti*

È bene precisare che fin dall'inizio del processo di integrazione europea è stato evidente che l'instaurazione di un mercato unico efficiente in cui i beni, le persone, i servizi ed i capitali potessero circolare liberamente non poteva prescindere da un'agevole circolazione dei provvedimenti giudiziari. A tal fine, il trattato istitutivo della C.e.e. del 1957 sollecitava gli Stati membri a collaborare, "per quanto occorra", a livello interstatuale per giungere ad una semplificazione delle procedure di reciproco riconoscimento e di reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e dei lodi a beneficio dei propri cittadini[13].

Sull'onda degli auspici espressi dal trattato, gli originari Stati membri concludevano proprio la convenzione di Bruxelles dal cui àmbito applicativo escludevano espressamente la materia arbitrale (art. 1, comma 2, n. 4), senza tuttavia creare, come si erano prefissati, un testo similare per i procedimenti arbitrali e per la circola-

---

delle divergenze esistenti tra le normative nazionali in materia di competenza giurisdizionale e di riconoscimento/esecuzione delle decisioni. Va aggiunto che il tema della cooperazione giudiziaria, nell'ottica di rafforzare uno spazio comune europeo, continua ad essere uno dei punti centrali della politica dell'Unione. È in questo senso che si pone il programma di Stoccolma, che costituisce il programma di lavoro strategico pluriennale per il settore della libertà, della sicurezza e della giustizia. Adottato dal Consiglio il 30 novembre 2009 e approvato dal Consiglio europeo il 10-11 dicembre 2009 (in *Gazz. uff. Un. eur.*, C. 115 del 4 maggio 2010, p. 1 ss.), esso illustra le priorità dell'azione dell'U.e. nel suddetto settore per gli anni 2010-2014. Il programma ha lo scopo di porre i cittadini al centro dell'azione delle Istituzioni europee, affrontando, tra l'altro, le questioni della cittadinanza, della giustizia e della sicurezza nonché dell'asilo, della migrazione e della dimensione esterna della giustizia e degli affari interni. Il programma di Stoccolma si basa sui progressi realizzati nell'attuazione del programma di Tampere (2000-2004) e del programma dell'Aia (2005-2010), seppure, rispetto ai precedenti, esce rafforzato dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Nel campo della giustizia si pongono come priorità l'accesso dei cittadini agli strumenti di tutela, nonché la cooperazione tra autorità giudiziarie e il reciproco riconoscimento delle sentenze e degli atti giuridici.

[13] Art. 293 (*ex* art. 220), quarto trattino, tr. Ce (oggi abrogato) prescriveva: "Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: […] la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali".

zione e il riconoscimento dei lodi[14]. La ragione di tale esclusione risiedeva, oltre che nella presenza di altre convenzioni specifiche già vigenti in materia (in particolare, la convenzione di New York del 1958), nel fatto che il Consiglio d'Europa stava in quel periodo elaborando "una convenzione europea contenente una legge uniforme in materia di arbitrato" che avrebbe incluso un protocollo destinato a facilitare il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi[15]. Un'ulteriore disciplina europea in materia avrebbe causato insomma un'eccessiva stratificazione normativa con problemi di coordinamento. Tuttavia il testo convenzionale venuto alla luce nel 1966 veniva ratificato solo dal Belgio senza così mai entrare in vigore.

Fallito il (parziale) tentativo normativo del Consiglio[16], l'unica ragione per mantenere l'esclusione dell'arbitrato dalla conv. di Bruxelles può oggi rinvenirsi, secondo alcuni, nella presenza della conv. di New York[17], seppure questa, contenendo disposizioni la cui osservanza è demandata ai giudici statali ma non agli arbitri, non sia evidentemente in grado di risolvere i numerosi problemi di coordinamento tra arbitrato e procedimenti giudiziari[18]. A titolo di esempio, basti osservare che l'art. II della conv. di New York stabilisce che qualora una controversia coperta da clausola compromissoria venga deferita ad un giudice, quest'ultimo dovrà operare un controllo "pri-

[14] Non era del resto priva di significato la lettera dell'art. 293 tr. Ce ove prevedeva espressamente che i suddetti negoziati fra gli Stati verranno avviati solo "per quanto occorra". Aspetto evidenziato da Audit, *Arbitration and the Bruxelles Convention*, in *Arb. int.*, 1993, p. 1 ss. Secondo la Corte di giustizia (sent. *Marc Rich*, su cui *infra*) l'inciso "per quanto occorra", contenuto in questo articolo, lasciava agli Stati la determinazione della portata degli accordi da negoziare sulla base del medesimo (punto 16 motivaz.).

[15] Vedi sul punto la *Relazione sulla convenzione concernente la competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, elaborata da P. Jenard (c.d. relazione Jenard), in *G.u.c.e.*, C. 59 del 5 marzo 1979, p. 13, nonché in Pocar, *La Convenzione*, cit., 381 ss.

[16] Di cui oggi rimane solo l'idea. Degno di nota, fra i primi commenti sull'art. 1 della convenzione, lo scritto di I. Telchini, *Matières exclues de l'application de la Convention C.E.E. concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1969, p. 168 ss., in part. per l'arbitrato p. 172.

[17] Convenzione ratificata oggi da tutti i 27 Stati membri, i quali fanno parte anche della conv. di Bruxelles, oggi reg. Bruxelles I.

[18] Così Van Houtte, *Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*, in *Arb. int.*, 2005, p. 510.

ma facie" della sua validità e poi deferire subito la questione all'arbitro, a meno che la clausola sia "null and void, inoperative or incapable of being performed". La convenzione non indica però quale legge regoli la validità della clausola: potrà pertanto accadere che il giudice, applicando quella del proprio foro, opti per l'invalidità della convenzione e decida egli stesso nel merito, mentre l'arbitro, applicando la legge del contratto o della sede, ritenga valida la convenzione e decida anch'egli nel merito. Per fare un altro esempio, si pensi che in materia di riconoscimento ed esecuzione del lodo, inoltre, il combinato disposto dell'art. V, comma 1, lett. e) della conv. di New York e dell'art. IX, comma 2, della conv. di Ginevra del 1961 permette che, in paesi ove vige la convenzione del 1961, un lodo possa circolare (e pertanto venga riconosciuto all'estero) anche se sia stato annullato dal giudice nazionale nel paese in cui è stato reso, con palesi problemi di compatibilità tra le decisioni che contrastano in modo evidente con il principio di mutuo giudiziale tra gli Stati membri.

Questi due esempi sono evidente dimostrazione di alcune delle inefficienze del sistema di coordinamento oggi esistente.

3. *La portata di tale esclusione: le relazioni di accompagnamento alla convezione di Bruxelles*

Come già detto, la convenz. di Bruxelles (all'art. 1, comma 2, n. 4) e il reg. Bruxelles I (all'art. 1, comma 2, lett. d) hanno escluso l'arbitrato dal proprio campo d'applicazione[19]: ciò vuol dire che in presenza di una clausola compromissoria o di un compromesso, le regole contenute nei testi di Bruxelles non sono in linea generale applicabili. Tuttavia se ciò è vero in via generale, è pur vero che dobbiamo intenderci sul significato da attribuire alla nozione di "arbitrato" in quanto l'espressione usata dal legislatore europeo risulta approssimativa ed abbisogna di una specificazione onde chiarire se è da intendersi indicativa della sola procedura arbitrale "in senso

[19] Come abbiamo anticipato, il discorso vale negli stessi termini per la parallela convenzione di Lugano del 1988 (art. 1, comma 2, n. 4) e quella del 2007 (art. 1, comma 2, lett. d).

stretto" o comprensiva anche dei momenti di contatto che la procedura arbitrale ha con il processo ordinario, in forza del fatto che il giudice si trova ad intervenire prima, durante e dopo lo svolgimento del procedimento.

Il primo problema interpretativo che la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di affrontare è dunque quello relativo alla definizione della nozione di arbitrato sotto il profilo della estensione effettiva da attribuire a questa eccezione posta alla disciplina di Bruxelles. In altre parole bisogna cercare di capire in quali situazioni concrete tale esclusione ha rilievo. Per far ciò è necessario esaminare innanzitutto, da una parte, le tre relazioni di accompagnamento alla convenzione di Bruxelles e le successive convenzioni di adesione, e, dall'altra, le pronunce della Corte di giustizia, che, come abbiamo detto, ha voce autoritativa sulla convenzione[20].

Procediamo con ordine. Non esistendo o non essendo accessibili i lavori preparatori della convenz. di Bruxelles, il primo strumento interpretativo del testo convenzionale è la relazione ufficiale elaborata da Pierre Jenard, che è stato anche uno dei più autorevoli protagonisti del negoziato che ha condotto alla stesura della convenzione stessa[21]. La relazione, condividendo un'accezione ampia della nozione d'arbitrato, si limita a dire che la convenzione, in virtù dell'esistenza di altri trattati internazionali in materia arbitrale, "non si applica né al riconoscimento ed all'esecuzione dei lodi arbitrali, né per determinare la competenza dei tribunali per le controversie relative ad un arbitrato – per esempio, le azioni intentate al fine di ottenere l'annullamento di un lodo arbitrale – né a maggior ragione al riconoscimento di decisioni pronunciate in merito a tali azioni"[22].

---

[20] In realtà non si tratta solo di autoritatività delle relazioni ma di qualcosa di più. Va ricordato, infatti, che il *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982 (parte 1, sez. 3(3)) guarda espressamente alla giurisprudenza della Corte per l'interpretazione della convenzione da parte dei giudici inglesi.

[21] Vedi, sul punto, la *Relazione sulla convenzione concernente la competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, cit., spec. per l'arbitrato p. 13. Il testo è sul punto estremamente sintetico, forse proprio perché, nel momento in cui fu redatto, non si prevedeva che esso potesse dar luogo a difficoltà interpretative (v. Monaco, *Convenzione di Bruxelles ed arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 117).

[22] Cfr. relazione Jenard, cit., p. 13.

In occasione della conclusione della successiva convenzione mediante la quale la Danimarca, l'Irlanda e il Regno Unito hanno aderito alla convenz. di Bruxelles nonché al Protocollo di Lussemburgo, viene redatta dal prof. Peter Schlosser – proprio su invito del Regno Unito che, al momento dell'adesione, aveva lamentato la laconicità della relazione Jenard – una seconda relazione, con cui lo studioso tedesco tenta, fra l'altro, di chiarire il problema dell'estensione della nozione di arbitrato approfondendo i punti d'ombra lasciati dalla prima relazione[23].

Il testo di Schlosser individua fin da principio i due modi possibili di intendere l'esclusione dell'arbitrato operato dall'art. 1, comma 2, n. 4. Al riguardo prende atto che per alcuni Stati (leggasi, i paesi anglosassoni) devono essere escluse (estensivamente) dall'applicazione della convenzione tutte le controversie "per la cui soluzione sia stata concordata […] la competenza di un organo arbitrale, comprese tutte le controversie accessorie che si riferiscono alla procedura arbitrale prevista", mentre per altri (leggasi, i paesi fondatori della C.e.e.) rientrerebbero nella nozione di arbitrato, i procedimenti dinanzi ad organi giurisdizionali statali "soltanto nella misura in cui essi si riferiscano a procedure arbitrali concluse, in corso o future" (e non riguardino invece i "procedimenti accessori")[24]. In altri termini, la relazione fa presente la discrasia di opinioni: mentre gli inglesi propendono per un'interpretazione estensiva dell'esclusione dell'arbitrato dall'ambito di applicazione della convenzione, gli altri Stati ritengono più adeguata una nozione restrittiva dell'accezione di arbitrato. Il prof. Schlosser, dal canto suo, aderisce all'interpretazione estensiva data dai rappresentanti inglesi, precisando che la convenzione non si deve applicare né alla procedura arbitrale "in senso stretto" né alle procedure giudiziarie sussidiarie ad un procedimento arbitrale, quali, a titolo esemplificativo, quelle di nomina o revo-

[23] Cfr. *la Relazione sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia*, elaborata da P. Schlosser (c.d. relazione Schlosser) in *G.u.c.e.*, C. 59 del 5 marzo 1979, p. 93, nonché in Pocar, *op. cit.*, p. 466 ss., parr. 61-65.

[24] Cfr. relazione Schlosser, cit., par. 61.

ca di arbitri, di determinazione della sede dell'arbitrato, di proroga del termine previsto per la pronuncia del lodo. Non rientra inoltre nell'ambito di applicazione della convenzione neanche una decisione giudiziaria dichiarativa dell'efficacia o inefficacia di un accordo arbitrale, o che invita le parti a non continuare un arbitrato a causa dell'invalidità di tale accordo, così come rimangono escluse anche le procedure o le decisioni giudiziali relative a domande di annullamento, di riconoscimento ed esecuzioni di lodi[25].

Un grave dubbio si pone per lo studioso tedesco – è bene ricordarlo – in caso di competenza degli organi giudiziari per controversie cui inerisca un patto d'arbitrato nonché in materia di riconoscimento di decisioni pronunciate in merito ad esse, che abbiano ignorato o ritenuto inefficace il patto stesso. Il problema rimane aperto nella relazione, che si limita a rilevare come la soluzione sia differente a seconda della strada esegetica intrapresa: seguendo la via inglese (che vuole l'inapplicabilità estesa della convenzione) il giudice *ad quem* può negare il riconoscimento alla sentenza del giudice che abbia deciso nel merito nonostante la presenza di una clausola arbitrale, ritenuta valida per il giudice del riconoscimento; seguendo la strada opposta (presupponendo quindi applicabile la convenzione), invece, la sentenza che abbia comunque affermato la validità della clausola non sarebbe contestabile in sede di riconoscimento, non potendo il giudice *ad quem* qualificare in modo diverso la questione, poiché ciò costituirebbe una revisione nel merito contraria alla convenzione stessa[26].

---

[25] Cfr. relazione Schlosser, cit., parr. 64-65. Seguendo l'insegnamento di Schlosser, parte della dottrina italiana ha stabilito che nulla impedisce che la pronuncia rescissoria con cui la Corte d'appello decide sul merito della controversia dopo aver annullato il lodo venga fatta rientrare nella "materia arbitrale" (e pertanto posta fuori convenzione) in quanto appendice, normativamente prevista, al controllo della giurisdizione statuale su quella arbitrale (v. art. 830, comma 2ª, c.p.c.). Cfr. Briguglio, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale (L. 5 gennaio 1994 N. 25)*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 108, il quale mette in luce che l'art. 830, comma 2, c.p.c. è norma speciale che postula un criterio di competenza funzionale derivante direttamente dall'art. 4 c.p.c. per l'annullamento del lodo e perciò assorbente qualsiasi sindacato sulla giurisdizione

[26] Cfr. relazione Schlosser, cit., par. 62. Infine, sempre in materia di rapporti che l'arbitrato intrattiene con i tribunali statali, un conflitto potenziale esisterebbe poi, secondo la relazione illustrativa, ogniqualvolta una clausola compromissoria

Alla relazione Schlosser qualche anno più tardi segue la relazione dei proff. Evrigenis e Kerameus predisposta per l'adesione della Grecia alla convenzione[27]. Qui, in poche righe dedicate all'arbitrato, si rileva solamente che devono essere escluse dall'ambito della convenzione le procedure giudiziali riguardanti direttamente l'arbitrato, così come, a titolo d'esempio, l'intervento del giudice statale in occasione della costituzione dell'organo arbitrale o in sede di verifica giudiziale di validità del lodo[28].

In conclusione, quello che emerge da tutte le relazioni illustrative è il consenso per un'interpretazione estensiva dell'eccezione arbitrale. Come è stato posto in evidenza, rimane un solo "cono d'ombra" nel rapporto Schlosser, che non prende posizione sulla sorte che toccherebbe a una decisione giudiziale resa in presenza di una convenzione arbitrale ritenuta inefficace[29]. Ma la storia dell'esegesi della convenzione non può tralasciare il fatto che il prof. Schlosser, in séguito, in un altro scritto non ufficiale[30], ha modo di tornare sul

---

sollevi la competenza del foro designato dalla convenzione. La relazione, al par. 63, infatti, chiarisce che la convenzione "non limita di per sé la libertà delle parti di sottoporre le controversie ad un'istanza arbitrale". Ciò vale anche per i procedimenti, per i quali la convenzione prevede una competenza esclusiva (come quella, ad es., in materia di diritti reali immobiliari). V. in dottrina rilevanti le note di Audit, *L'arbitrage, le juge et la Convention de Bruxelles*, in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Parigi, 1994, pp. 16-17.

[27] Cfr. la *Relazione in merito all'adesione della Repubblica Ellenica alla Convenzione comunitaria concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, elaborata da D. Evrigenis e K.D. Kerameus (c.d. relazione di Evrigenis e Kerameus) in *G.u.c.e.*, C. 298 del 24 novembre 1986, p. 10, par. 35, nonché in Pocar, *op. cit.*, p. 547.

[28] Seguendo questa relazione non deve invece rientrarvi l'esame incidentale della validità della convenzione arbitrale, cui una delle parti si richiama per eccepire l'incompetenza del giudice dinanzi al quale essa veniva convenuta a norma della convenzione Lo specifica in letteratura, Venturello(-Lombardi), *Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso* Réunion européenne *e il caso* Van Uden, in *Contr. e impr. Europa*, 1999, p. 476.

[29] Bourque, *Le cadre juridique de l'arbitrage dans l'Union européenne*, cit., p. 14.

[30] Schlosser, *The 1968 Brussel Convention and arbitration*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1989, p. 545 ss. (poi anche in *Arb. int.*, 1991, p. 227 ss.), dove espressamente l'a. afferma: "I have had an opportunity to reconsider the whole ambit of the Brussels Convention and its relationship with the Treaty of Rome in the light of the actual working of the Community itself. I have as a result changed my

punto e questa volta, in parziale contrasto con l'opinione espressa in precedenza nella relazione illustrativa, propone di dare alla nozione di arbitrato un'interpretazione più restrittiva. In particolare, lo studioso tedesco ritiene che l'accezione di arbitrato contenuta nella convenzione debba essere circoscritta esclusivamente alla procedura davanti agli arbitri e non anche comprendere tutte le procedure giudiziali relative ad essa ovvero tutti i procedimenti davanti ai giudici ordinari in qualche modo connessi con gli arbitrati[31].

4. Segue: *la giurisprudenza della Corte: la sentenza* Marc Rich *del 1991 e le "ancillary measures to arbitration"*

In questa selva di intricate e non sempre omogenee interpretazioni dei lavori preparatori, frutto di una concezione più o meno estesa del termine di arbitrato *ex* art. 1, comma 2, n. 4 della convenzione, si è dovuto aspettare il 1991 perché nella causa *Marc Rich* (c.d. *The Atlantic Emperor case*) la Corte di giustizia si pronunci per la prima volta[32]. Sette anni dopo, si è avuta l'altra decisione dei

---

view […]" (p. 545). Tale scritto – come ricordato dallo stesso autore – riproduce un parere presentato dalla Società Italiana Impianti nel corso del procedimento d'appello del caso *Marc Rich*, su cui vedi *infra*.

[31] "It is now clear to me that great difficulties could arise if the Convention did not apply to court proceedings relating to arbitration […]" (*op. ult. cit.*, p. 546). Per giustificare questa interpretazione, Schlosser richiama anche la giurisprudenza della Corte (la sent. 22 febbraio 1979, causa 133/78, *Gourdain v. Nadler*, in Pocar, *op. cit.*, p. 152), secondo cui le nozioni contenute nella convenzione devono essere interpretate autonomamente rispetto alle nozioni corrispondenti contenute negli ordinamenti degli Stati membri, in modo da essere il più possibile conformi agli obiettivi perseguiti.

[32] È questa, fra l'altro, la prima pronuncia emessa dalla Corte su questioni relative all'interpretazione della convenzione medesima sottoposte al suo giudizio, tramite rinvio pregiudiziale, da una giurisdizione inglese. Si tratta della sentenza 25 luglio 1991, causa 190/89, *Marc Rich c. Italimpianti*, in *Racc.*, 1991, I, p. 3894 ss. che vede nel corso giudizio l'acquisizione dei pareri di Jenard e Schlosser prodotti dalla Società Italiana Impianti a sostegno delle proprie tesi (v. i due testi entrambi pubblicati in *Arb. int.*, 1991, p. 227 ss. e p. 243 ss.), nei quali venivano formulati punti di vista alquanto diversi rispetto a quelli delle relazioni ufficiali di anni prima (da qui la dura critica dell'avv. generale Darmon: cfr., ad esempio, punti 79-80 e 86-87).

giudici del Kirchberg nel caso *Van Uden* e quindi nel 2009 il caso *West Tankers*.

Con tutte queste decisioni la Corte di Lussemburgo ha affrontato differenti aspetti: mentre con le prime due ha avuto occasione di pronunciarsi sia in merito all'applicazione della convenzione ai provvedimenti giudiziali di nomina degli arbitri, sia in tema di adozione di provvedimenti provvisori o cautelari in caso di lite sottoposta ad arbitri; con la terza, invece, è stato affrontato il tema della compatibilità della convenzione con le *antisuit injunctions* a sostegno dell'arbitrato.

Sarà ora nostro compito soffermarci su tali decisioni prima di dimostrare, da un punto di vista sistematico, se vi è un unico filo conduttore elaborato dalla Corte, per fare, infine, il punto dello stato dell'arte sul rapporto tra arbitrato e norme europee sulla giurisdizione e sul riconoscimento, esponendo le questioni lasciate ancora aperte.

Innanzitutto, il caso *Marc Rich* andava a toccare il problema, già lambìto nelle relazioni illustrative, se la lite relativa alla designazione di un arbitro ricada o meno nell'alveo dell'esclusione prevista dall'art. 1, comma 2, n. 4 della convenzione, nel caso in cui ne fosse preliminarmente anche controversa l'esistenza o validità della clausola compromissoria[33].

[33] All'origine della controversia c'era la vendita da parte della Società Italiana Impianti PA, di una quantità di petrolio greggio iraniano alla società svizzera Marc Rich. Il contratto risultava concluso il 26 gennaio 1987. Qualche giorno dopo, tuttavia, la società acquirente faceva pervenire per telex alla società italiana una proposta riguardante l'inserimento nel contratto di una nuova clausola, con la quale si prevedeva l'obbligo delle parti di sottoporre a un collegio arbitrale, con sede a Londra, ogni eventuale controversia derivante dal contratto medesimo, con rinvio al diritto inglese quale legge regolatrice del contratto, indicando altresì la procedura da seguire per la designazione del collegio arbitrale. A questa ulteriore comunicazione il venditore non dava risposta, ma consegnava comunque la merce regolarmente nel porto d'imbarco al vettore indicatogli dal compratore. Il greggio, una volta caricato sulla nave cargo ("The Atlantic Emperor"), risultava fortemente deteriorato. Alla richiesta di risarcimento da parte del compratore, il venditore italiano rispondeva declinando qualsiasi responsabilità e, di fronte alle insistenze della controparte, si rivolgeva al tribunale di Genova per ottenere una sentenza di accertamento che escludesse la sua responsabilità. La convenuta Marc Rich costituendosi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano, basandosi sull'asserita esistenza della clausola compromissoria stipulata tra le parti.

Adita la Cassazione, tramite regolamento di giurisdizione, questa affermava la giurisdizione italiana sulla base dell'(allora) art. 4, n. 2 c.p.c., rilevando l'invalidità dell'accordo arbitrale per difetto di sottoscrizione della parte italiana (cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 1991, n. 749, in *Foro it.*, 1991, c. 1439 ss.). Nel frattempo la Marc Rich avviava la procedura arbitrale a Londra e, di fronte al rifiuto della società italiana di procedere alla designazione di uno dei membri del collegio arbitrale, instaurava avanti la *High Court of Justice* di Londra un'azione diretta ad ottenere dalla Corte medesima tale autorizzazione secondo la legge processuale inglese. In base alla procedura inglese, la *High Court* autorizzava la ricorrente a notificare in Italia alla Società Italiana Impianti l'atto introduttivo di questo procedimento. Nel frattempo, la società italiana domandava al giudice inglese l'annullamento del provvedimento contenente tale autorizzazione, sostenendo che nessuna clausola arbitrale era contenuta nel contratto originario, né era mai stata inserita tramite patto successivo. Secondo la società italiana, invece, la controversia ricadeva senz'altro nell'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles e doveva, in base alle norme di quest'ultima, essere giudicata dal giudice italiano già precedentemente adito. Con sentenza la *High Court* decideva però che la controversia ad essa sottoposta doveva ritenersi esclusa dal campo di applicazione della convenzione, perché riguardante la materia dell'arbitrato (su questa pronuncia, cfr. Bonell, *Le corti inglesi e i contratti commerciali internazionali: English Law and Jurisdiction über alles?*, in *Dir. comm. internaz.*, 1989, p. 329 ss. in partic. p. 334 ss. nonché sempre nella prospettiva inglese Thomas, *The Arbitration Exclusion in the Bruxelles Convention 1968: An English Perspective*, in *Jour. internat. arb.*, 3, 1990, p. 43 ss., spec., pp. 50-51). Impugnata la sentenza da parte della società italiana, la *Court of Appeal*, sulla base del protocollo di Lussemburgo del 1971, decideva di sottoporre alla Corte di giustizia una serie di quesiti pregiudiziali delle quali la prima, nella riformulazione datale dalla Corte medesima, chiedeva di conoscere se l'art.1, comma 2, n. 4 della convenz. dovesse essere interpretato nel senso che l'esclusione da esso prevista si estende ad una controversia pendente innanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato, avente ad oggetto la nomina di un arbitro e, in caso affermativo, se questa esclusione si applichi anche quando una simile controversia sollevi preliminarmente la questione dell'esistenza o della validità di una clausola compromissoria (Si ripercorra su questi punti la relazione d'udienza della causa C-180/89 in *Racc.*, cit., p. 3856 ss). Sul caso *March Rich* (c.d. *The Atlantic Emperor*, dal nome della nave) in dottrina *ex multis*, v. Hascher in *Rev. arb.*, 1991, p. 977 ss.; Hartley, in *Eur. Law Rev.*, 1991, p. 529 ss.; Monaco, *Convenzione di Bruxelles e arbitrato*, cit., p. 116 ss.; Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa* Marc Rich c. Italimpianti, in *Riv. arb.*, 1992, p. 417 ss.; Kaye, *The EEC and arbitration: the Unsettled Wake of The Atlantic Emperor*, in *Arb. int.*, 1993, p. 27 ss.; Audit, *L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles*, in *Mélanges Loussouarn*, Parigi, 1994, p. 15 ss.; Id., *Arbitration and the Brussels Convention*, in *Arb. int.*, 1, 1993, p. 1 ss.; Collins, *The Marc Rich case and actions for negative declarations*, in *Mélanges Grossen*, Neuchâtel, 1992, p. 385 ss.; Schlosser, *The 1968 Brussels Convention and arbitration*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1989, p. 545 ss.; Monaco, *Compétence arbitrale et compétence selon la convention communautaire de 1968*, in *Mélanges Lalive*, 1993, p. 587 ss.; Hascher, *Recognition and*

La Corte, optando per un'interpretazione estensiva dell'esclusione – in cui veniva compreso l'arbitrato in quanto materia nel suo complesso e pertanto anche le azioni ad esso collegate intentate avanti ai giudici statali – stabiliva che la nomina di un arbitro da parte degli organi giudiziari era una misura statale volta a porre in atto un procedimento arbitrale e che, quindi, tale strumento doveva rientrare nella materia dell'arbitrato di cui all'art. 1, comma 2, n. 4 della convenzione[34].

Con riguardo poi al fatto se alla medesima conclusione dovesse giungersi anche se venisse contestata (preliminarmente) l'esistenza dell'accordo arbitrale, la Corte, sostenendo la distinzione tra questione principale e questione preliminare, affermava che l'esistenza o meno della clausola compromissoria si presentava – in un procedimento che verte sulla nomina di un arbitro – come questione preliminare e quindi irrilevante per il giudicante, in forza del principio che, per stabilire se il testo di Bruxelles fosse o meno applicabile, bisognava aver riguardo solo all'oggetto principale della controversia. In altri termini, i giudici di Lussemburgo stabilivano che la nomina di un arbitro, questione esclusa dall'ambito della convenzione in quanto finalizzata all'instaurazione del procedimento privato, non poteva rientrare nell'ambito di applicazione del testo convenzionale, anche se fosse stata sollevata la questione della validità del pat-

---

enforcement of judgments on the existence and validity of an arbitration clause under the Brussels Convention, in *Arb. int.*, 1997, p. 38 ss.; VAN HOUTTE, *May Court judgments that disregard arbitration clauses and awards be enforced under the Brussels and Lugano Conventions?*, in *Arb. int.*, 1997, p. 85 ss.; POUDRET, *Conflits entre jurisdictions étatiques en matière d'arbitrage international ou les lacunes des Conventions de Bruxelles et de Lugano*, in *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburstag*, Heidelberg, 2000, p. 761 ss.; J.-P. BERAUDO, *The arbitration exception of the Brussels and Lugano Conventions: jurisdiction, recognition and enforcement of judgements*, in *Jour. internat. arb.*, 2001, p. 13 ss.; VAN HAERSOLTE-VAN HOF, *The arbitration exception in the Brussels Convention: further comments*, ivi, p. 27 ss.; LOQUIN, *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace judiciaire européen*, in AA.VV., *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 176 ss.; AMBROSE, *Arbitration and the free movement of judgments*, in *Arb. int.*, 2003, p. 3 ss.

[34] V. sent. *Marc Rich*, cit., punti 18-19. Assunto questo in piena adesione alle conclusioni delle relazioni Schlosser e Evrigenis-Kerameus, sopra citate. V. però la diversa opinione espressa (proprio nel corso del caso *Marc Rich*) dallo stesso SCHLOSSER, *The 1968 Brussels Convention*, cit., p. 545.

to d'arbitrato[35]. Una conclusione in senso opposto, infatti, sarebbe stata – a detta della Corte – contraria al principio di certezza del diritto, in quanto sarebbe bastata una semplice eccezione di esistenza o validità della clausola per far o meno rientrare, nell'*empire* della convenzione, una causa altrimenti esclusa[36].

La sent. *Marc Rich*, quindi, ha il pregio di stabilire che una misura giudiziale di supporto, come la designazione di un arbitro, deve ritenersi sicuramente esclusa dall'ambito della convenzione in quanto finalizzata al procedimento arbitrale.

Ma, a questo punto, tema che la decisione non affronta, si pone il problema di individuare il giudice competente ad adottare tale misura di sostegno. Ponendo tale procedura fuori dall'alveo di Bruxelles, è immediato pensare che il compito spetti alle convenzioni internazionali in materia di arbitrato e alle singole legislazioni nazionali. La dottrina ha ben presente la questione tant'è che lo spettro delle soluzioni possibili oscilla tra la competenza del giudice di supporto dell'arbitrato (c.d. *juge d'appui*) e quello che ha competenza nel decidere nel merito[37].

La soluzione migliore nell'individuare il giudice competente ad adottare tale misura mi sembra che debba individuarsi, anche per un'esigenza pratica, tramite l'applicazione della *lex fori*, tendenzialmente quella della sede dell'arbitrato; in caso contrario si rischierebbe, infatti, di far decidere giudici di Stati che non hanno uno stretto legame, nemmeno per legge processuale, con il luogo in cui si svolge l'arbitrato[38]. Si è detto "tendenzialmente", in quanto in realtà

---

[35] In questo modo la Corte aderisce all'impostazione dell'avv. generale Darmon (par. 25) il quale sottolinea che "la "principale o vera controversia tra le parti" riguarderebbe l'esistenza della clausola d'arbitrato. Probabilmente, una questione di tal genere risulta, allo stato della causa, più importante. Tuttavia, da un punto di vista procedurale, si tratta solo di una questione incidentale o, più esattamente, preliminare", in quanto veniva posta solo per contestare la competenza dell'arbitrato e non per questioni di merito.

[36] V. punto 27 sent. Per ulteriori sviluppi processuali della vicenda *Marc Rich*, a seguito della commentata sent. della Corte di giustizia, v. Pillitteri, *Clausola compromissoria ed accettazione tacita della giurisdizione*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 97 ss.

[37] Poudret-Besson, *Droit comparé*, cit., p. 959.

[38] Ritenuta tale soluzione dall'avv. generale Darmon più adatta ed "in buona posizione per controllare le attività arbitrali entro il territorio dello Stato in base alla legge nazionale" (punto 77 conclusioni).

non sussiste una regola uniforme che attribuisce, per i procedimenti giudiziari di sostegno, competenza esclusiva ai giudici della sede dell'arbitrato. Ciò è solo quanto si evince dalla maggior parte delle legislazioni arbitrali (v., per esempio, in Italia, l'art. 810, comma 2, c.p.c.), ma permangono soluzioni divergenti soprattutto quando la sede non sia stata individuata dalle parti: in Germania (§ 1025, comma 3, *Z.p.o.*) od in Olanda (art. 1073, comma 2, c.p.c.) i giudici nazionali sono competenti alla nomina degli arbitri se il domicilio di una delle parti processuali si trova in quei paesi; mentre in Inghilterra basta una qualunque "reason of a connection" tra arbitrato e Regno Unito (sect. 2(4), *Arbitration Act*) perché il giudice (inglese) abbia competenza di supporto nel procedimento. L'ordinamento italiano stabilisce, invece, quale criterio, nel silenzio delle parti sulla sede, la competenza del presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato e, nel caso in cui l'applicazione di questo criterio porti ad un luogo fuori del territorio della Repubblica, si riconosce la competenza del presidente del tribunale di Roma (art. 810, comma 2, c.p.c.)[39].

Lo spettro di possibilità legislative che emerge, in particolare in caso di silenzio delle parti, è così ampio che non ci si può stupire di assistere a un rischio (reale) di moltiplicazione degli interventi da parte di giudici diversi, con evidenti problemi di coordinamento e di duplicazione di ingerenze nella procedura.

Accantonando per il momento tale problema – che tuttavia sussiste e deve essere risolto come vedremo, anche nel caso in cui si optasse invece per un rientro di tale misura nell'alveo di Bruxelles – la dottrina specialistica, a sèguito del caso *Marc Rich*, ha avuto modo di osservare che il principio stabilito dalla Corte riguardo all'esclusione dell'applicazione della convenzione possa applicarsi, in via analogica, a tutte quelle misure di sostegno (c.d. *ancillary proceedings*) che vengono adottate dai giudici statali per favorire la costituzione del collegio arbitrale o il suo buon funzionamento[40]: si tratta, oltre ai provvedimenti giudiziali di nomina, di quelli di ricusazione,

[39] *Funditus*, v. Giovannucci Orlandi, *Sub. art. 810 c.p.c.*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 217 ss.

[40] V. Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario*, cit., p. 419.

sostituzione dell'arbitro, proroga del termine, supporto per l'assunzione di una prova, determinazione del luogo dell'arbitrato. A questi, la dottrina maggioritaria accosta anche i provvedimenti che conferiscono *exequatur* al lodo[41].

5. Segue: *la sentenza* Van Uden *del 1998 e i "parallel proceedings to support arbitration"*

Nemmeno due lustri più tardi del caso *Marc Rich*, la Corte di giustizia si è trovata nel procedimento *Van Uden* a decidere nuovamente in materia di estensione della nozione di arbitrato ai sensi della convenzione di Bruxelles[42], ma questa volta in materia di competenza del giudice ad emanare provvedimenti urgenti e cautelari in caso di lite sottoposta nel merito alla decisione di arbitri[43].

---

[41] Gaja, *op. ult. loc. cit.*; Briguglio, *L'arbitrato estero*, cit., p. 104; Mourre, *Faut-il un Statut communautaire de l'arbitrage?*, cit., pp. 414-415. Così anche l'avv. generale Darmon in *Marc Rich* e i rapporti Jenard e Schlosser (punto 65). Conforme, in giurisprudenza la recente sent. 5 febbraio 2009 della Suprema Corte tedesca, in *Cah., arb.*, 2009, 4, pp. 39-40 su cui v. *infra* nota 51.

[42] Sent. 17 novembre 1998, causa 391/95, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e altri*, in *Racc.*, 1998, I, p. 7091 ss., su cui, in particolare per il profilo arbitrale, si vedano i commenti di Pettinato, *Provvedimenti provvisori ed arbitrato nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313 ss.; Hartley, *Interim measures under the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention*, in *Europ. Law Rev.*, 1999, p. 674 ss.; *Note* di Gaudemet-Tallon, in *Rev. arb.*, 1999, p. 143 ss.; nota di Idot, in *Juris-Classeur Europe*, 1999, p. 24 ss; Yoshida, *Lessons from* The Atlantic Emperor: *Some Influence from the* Van Uden *Case*, in *Arb. int.*, 1999, p. 359 ss.; Willems, *Les mesures provisoires et l'arbitrage après l'ârret Van Uden de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Gazette du Palais*, *special arbitrage*, 11 gennaio 2000, p. 37 ss.; Petrochilos, *Arbitration and interim measures: in the twilight of the Brussels Convention*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2000, p. 99 ss.

[43] La Van Uden, società con sede nei Paesi Bassi, s'impegnava a porre a disposizione della società tedesca Deco-Line un'area per il carico di navi. Il contratto conteneva una clausola compromissoria in base alla quale le eventuali controversie sarebbe state conosciute da arbitri. A seguito di mancati pagamenti della Deco, la società olandese avviava il procedimento arbitrale nei Paesi Bassi come previsto dal contratto e nel frattempo adiva, in via cautelare, il giudice olandese chiedendo il pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale, lamentando che in ragione dell'inadempimento della Deco era incorsa in problemi di liquidità.

Nel caso *Van Uden* la Corte, seguendo questa volta un'interpretazione più restrittiva della nozione d'arbitrato, metteva in luce il principio che non tutti i procedimenti giudiziari, che trovavano un punto di contatto con una procedura arbitrale, dovevano essere esclusi dalla disciplina di Bruxelles.

La decisione del 1998 evidenziava la circostanza che i provvedimenti provvisori non miravano, in linea di principio, ad attuare un procedimento arbitrale ma erano adottati contemporaneamente a tale procedimento per rafforzarne l'efficacia. L'oggetto di tali rimedi non riguardava pertanto l'attuazione e il funzionamento del processo arbitrale, ma mirava principalmente a tutelare situazioni giuridiche sostanziali: la loro appartenenza al campo d'applicazione della convenzione dipendeva quindi dalla natura dei diritti che essi dovevano tutelare[44]. È a quest'ultimi che bisognava volgere lo sguardo per individuare l'applicazione o meno del testo convenzionale. La Corte evidenziava, infatti, che quando le parti avessero scelto la via arbitrale – e pertanto non vi fosse un giudice statale competente nel merito – seppure l'oggetto della controversia rientrasse tra quelli della convenzione, il giudice dello Stato membro avrebbe potuto

---

Tale provvedimento (c.d. *kort geding)* veniva concesso con ordinanza dal giudice olandese che si dichiarava competente a concederlo ritenendo che questo dovesse farsi rientrare nell'art. 24 della convenz. di Bruxelles (oggi art. 31 reg. Bruxelles I), secondo cui per l'emissione dei provvedimenti cautelari o provvisori può essere competente anche un giudice di un altro Stato contraente che non sia quello competente nel merito ai sensi dell'art. 5, par. 1 (norma che consente di citare il convenuto in uno Stato contraente diverso da quello del suo domicilio, dinanzi al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita). Su appello della Deco, l'ordinanza veniva annullata. Lo *Hoge Raad*, innanzi al quale veniva impugnato quest'ultimo provvedimento, sospendeva il procedimento, proponendo numerosi quesiti pregiudiziali, tra cui quello se fosse possibile far rientrare nella nozione di "provvedimenti provvisori e cautelari" di cui all'art. 24 della convenzione di Bruxelles un provvedimento provvisorio concesso (avente nella fattispecie ad oggetto il pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale) quando un giudizio di merito era già stato promosso e si svolgeva dinanzi ad arbitri.

[44] Sent. *Van Uden*, cit., punti 32-33. A proposito, la Corte richiama la propria sentenza 26 marzo 1992, causa C-261/90, *Reichert e Kockler*, in *Racc.*, 1992, I, p. 2149, punto 32.

disporre provvedimenti provvisori e cautelari solo in forza dell'art. 24 conv.[45].

Pertanto, concludeva la Corte: "se l'oggetto di una domanda di provvedimento provvisorio verte, come nella causa principale, su una questione che rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della convenzione, quest'ultima si applica e il suo art. 24 può giustificare la competenza del giudice del procedimento sommario anche se un giudizio di merito è già stato promosso e può essere avviato e anche se questo giudizio dovesse svolgersi dinanzi ad arbitri"[46]. In altri termini, i giudici del Kirchberg ritenevano che la competenza del giudice di uno Stato membro nell'emanazione di un provvedimento provvisorio o cautelare sussistesse, in base all'art. 24, indipendentemente dal fatto che dovesse essere o fosse già stato avviato un procedimento arbitrale: l'esclusione prevista dall'art. 1, comma 2, n. 4 della convenzione si verificava, infatti, solo se l'oggetto della domanda riguardasse l'arbitrato in quanto materia "nel suo complesso" e non, come nella fattispecie del caso *Van Uden*, ove la misura provvisoria adottata fosse strumentale all'esecuzione di un contratto (in quel caso, pagamento di fatture insolute) rientrante nell'alveo di Bruxelles[47].

È evidente la differenza dal caso *Marc Rich*: nel caso del 1998, la Corte non si confronta con delle "ancillary measures to arbitration" (ovvero procedimenti che servono ad attuare un procedimento

[45] Purché tuttavia il provvedimento rientri tra quelli che, secondo la Corte, hanno le caratteristiche di provvedimento provvisorio o cautelare di cui all'art. 24 convenz., e cioè: mirino alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto; vengano pronunciati dal giudice dello Stato che ha uno specifico nesso di collegamento con l'oggetto del provvedimento richiesto; siano dotati di quelle condizioni o modalità che ne garantiscono il carattere provvisorio o cautelare (punti 40-41-45). V. Querzola, *Tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 805 ss. In questo caso – va ribadito – l'adozione di misure provvisorie è riservata, in termini di competenza giurisdizionale, esclusivamente ai giudici determinati dall'art. 24, norma che non può essere invocata per materie escluse dall'ambito di applicazione della convenzione.

[46] Sent. *Van Uden*, cit., punto 34.

[47] Conformemente l'avv. gen. Léger (nelle sue conclusioni, p. 7091 ss.) rilevava che l'esistenza di una procedura arbitrale non ostava all'applicazione delle disposizioni della convenzione nel caso di specie, tenuto conto della circostanza che le materie escluse lo sono soltanto se costituiscono l'oggetto principale della lite (punti 57 e 72).

arbitrale), ma con dei procedimenti autonomi, paralleli all'arbitrato (i c.d. *parallel proceedings to support arbitration*) il cui fine appunto non è quello di incidere direttamente sullo svolgimento della procedura arbitrale, quanto di garantire, in modo effettivo, la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali sottoposte agli arbitri[48].

La soluzione offerta dalla Corte, in virtù del fatto che il provvedimento cautelare olandese che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale (il *kort geding*[49]) aveva natura anticipatoria[50], ha portato a far rientrare nella nozione di provvedimenti provvisori e cautelari di cui all'art. 24 conv. (oggi, art. 31 reg.) non solo le misure cautelari conservative ma anche quelle anticipatorie, prive cioè di una strumentalità con il giudizio di merito, sempre che la competenza del giudice del cautelare si fondi su (altre) norme del testo di Bruxelles o, in caso opposto, sia comunque garantita una realistica possibilità di esecuzione forzata[51].

Orbene, se si tirano le somme e si fa un confronto tra le decisioni *Marc Rich* e *Van Uden*, a un primo esame si potrebbe essere tentati di registrare nella giurisprudenza di Lussemburgo una volontà di intraprendere due strade opposte quasi *case by case*: sembra, infatti, che dapprima i giudici abbiano voluto estendere la nozio-

---

[48] Mette in evidenza tale distinzione tra "ancillary proceedings" e "parallel proceedings", VAN HARSOLTE-VAN HOLF, *The arbitration exception in the Brussels Convention: further comments*, cit., p. 28 ss. V. anche NOUSSIA, *Antisuit Injuctions and Arbitration proceedings: What Does the Future Hold?*, in *Jour. internat. arb.*, 2009, p. 311, spec. p. 316.

[49] Per i tratti fondamentali dell'istituto del "kort geding", per certi aspetti assimilabile al *référé provision* francese, v. SNIJDERS, *Il diritto procedurale olandese*, in FAZZALARI (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, Padova, 1994, pp. 348-349.

[50] Punti 109-110 delle conclusioni avv. gen. Léger.

[51] V. perentorio sul punto CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 30 ss. ove ampie specificazioni; MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss. Per le specificazioni messe in luce dalla giurisprudenza, v. LUPOI, *Reg. (Ce) n 44/2001*, in CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al c.p.c.*, Padova, 2009, p. 2974 ss. Sostanzialmente dubbiosa, QUERZOLA, *Tutela anticipatoria*, cit., p. 151 ss. Il *Bundesgerichtshof* tedesco (sent. 5 febbraio 2009, in *Cah. arb.*, 4, 2009, pp. 39-40) ha ritenuto, in linea con il caso *Van Uden*, che dovessero applicarsi i criteri di Bruxelles al provvedimento tedesco di *exequatur* di una decisione olandese con cui il giudice dei paesi Bassi condannava il debitore a fornire una garanzia "a prima richiesta" strumentale all'esecuzione di un lodo arbitrale di condanna.

ne di arbitrato in senso ampio, racchiudendovi anche le azioni accessorie intentate dinanzi agli organi giudiziari degli Stati membri (caso *Marc Rich*); poi, accortisi di aver esagerato, per rimarginarne l'estensione, questi siano tornati sui propri passi e abbiano introdotto alcuni limiti (con la sentenza *Van Uden*)[52].

Nonostante l'esclusione dell'arbitrato dall'applicazione dal testo di Bruxelles sia caratterizzata da quell'atteggiamento di indifferenza dell'Unione di cui si è parlato nel cap. I – frutto di un'assenza di strategia nei confronti dell'istituto arbitrale – in realtà, mi sembra che entrambe le decisioni mirino a soddisfare medesime esigenze, non essendo prospettabile nel caso *Van Uden*, alcun *revirement* di prospettiva rispetto al caso del 1991.

Sono dell'idea, invece, che la chirurgia interpretativa seguita dalla Corte, nel definire i limiti dell'applicabilità della convenzione al sistema arbitrale, sia in entrambi i casi la stessa, sempre finalizzata ad applicare la convenzione a seconda dell'oggetto principale del processo o meglio della domanda proposta[53]: il testo di Bruxelles non si applica se la domanda (principale) verte sulla materia arbitrale, mentre si applica se la questione arbitrale è solamente pregiudiziale[54].

In questo senso, ciò che emerge dall'analisi giurisprudenziale fin qui esaminata, è che l'interesse della Corte non sia tanto quello di risolvere tutte le questioni sollevate dalla maggiore o minore ampiezza dell'esclusione di cui all'art. 1, comma 2, n. 4, convenz., quanto piuttosto di evitare che di fronte a medesime situazioni, l'eccezione di una o dell'altra parte possa far variare (e pertanto mettere alla prova la tenuta de)i principi generali stabiliti.

Una volta definito tale principio, si tratta di capire solo a chi spetti qualificare una questione come principale o come preliminare.

---

[52] Condividendo quelle tesi che riscontrano una diversità di prospettiva, come fa Venturello, *Brevi note*, cit., p. 477.

[53] Cfr. anche Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 111.

[54] Si condivide qui la conclusione secondo cui per stabilire se una controversia rientra nell'ambito di applicazione della convenzione, deve essere preso in considerazione soltanto l'oggetto del procedimento (sent. *Marc Rich*, punto 26): l'appartenenza all'ambito di applicazione è determinata dalla natura dei diritti che il procedimento in parola mira a tutelare (sent. *Van Uden*, punto 33).

La risposta sembra quasi ovvia: spetterà al giudice adito, che applicherà a proposito la propria *lex fori*, e cioè la legge dell'ordinamento ove il provvedimento viene richiesto in caso di *parallel proceedings* (*ex* art. 31 reg.) ovvero la legge della sede dell'arbitrato nel caso di *ancillary measures.* Resta solo da capire, come abbiamo anticipato sopra, quale sia il giudice che ha giurisdizione in mancanza di scelta espressa della sede, aspetto che abbiamo delineato sopra[55] (e su cui torneremo), e che risente purtroppo delle singole soluzioni nazionali.

6. *Strumenti diretti a prevenire la violazione di una convenzione arbitrale: le* antisuit injunctions *e la loro applicazione nello spazio giudiziario europeo*

Le considerazioni fin qui tracciate sul piano sistematico a proposito dei casi *Marc Rich* e *Van Uden* vanno tuttavia messe alla prova con la giurisprudenza europea successiva. L'occasione si è presentata solo nel 2009 grazie al caso *West Tankers*, che, nell'occuparsi della materia delle *antisuit injunction* emesse a tutela degli arbitrati, ha permesso alla Corte di giustizia di riaffrontare il tema della portata dell'esclusione dell'arbitrato dalla convenzione di Bruxelles, oramai, nel frattempo, divenuta reg. Bruxelles I.

Va innanzitutto rilevato che tale decisione è la seconda pronuncia della Corte di Lussemburgo in tema di *antisuit injunctions* dopo il caso *Turner* del 2004. Su tali (peculiari) misure processuali è doveroso dedicare qualche pagina prima di procedere oltre, al fine di comprendere meglio l'evoluzione e la decisione della Corte e per arrivare ad abbozzare una conclusione finale in materia.

Come è noto, con il termine "antisuit injunction" si fa riferimento ad un particolare tipo di azione inibitoria diffusa nei paesi di *common law*, tramite la quale il giudice può far divieto ad un individuo di intraprendere o proseguire in un altro paese un dato procedimento giudiziario, in virtù del fatto che la competenza su quella lite appartiene o ad un giudice statale o ad un arbitro che ha sede nel pro-

[55] V. *supra* note 37-38.

prio paese[56]. Tale strumento ha lo scopo fondamentale di prevenire o risolvere conflitti di giurisdizione in ambito transnazionale[57].

[56] Si tratta di misure *lato sensu* cautelari. Numerosi sono i contributi in materia di *antisuit injunction* su cui in particolare on riferimento all'esperienza inglese, v. per tutti Lupoi, *Cenni comparatistici sulle* "antisuit injunctions" *nei paesi di* "common law", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1197 ss.; Id., *Conflitti transnazionali e giurisdizioni*, II, Milano, 2002, p. 861 ss., ove ampi riferimenti bibliografici anche per gli altri paesi di *common law.* Di recente, v. anche M. De Cristofaro, *Anti-suit injunctions as a tool for governing private litigation*, in Stürner-Kawano (a cura di), *Current topics of international litigation*, Tübingen, 2009, p. 58 ss. Va solo qui ricordato che lo strumento dell'*antisuit injunction* nato nel XV sec. per risolvere conflitti intestini tra corti inglesi è stato poi esteso ai rapporti con le giurisdizioni limitrofe, fino ad essere esteso anche nei confronti di giudizi instaurati in paesi di *civil law.* Sull'evoluzione storica di tale misura, oltre ai contributi di Lupoi, *opp. ultt. locc. citt.*, quelli di Briggs, *Anti-suit injunctions in a complex world*, in Francis D. Rose (a cura di), *Essays on International Commercial Law in honour of Francis Reynolds*, Londra-Hong Kong, 2000, p. 219 ss .; Hartley, *Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation*, in 35 *American jour. com. law*, 1987, p. 487 ss. spec. p. 489, nonché i casi riportati da Mc Clean, *Jurisdiction and judicial discretion*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1969, p. 931 ss., p. 936, secondo cui sembra che il primo caso in cui una corte inglese abbia concesso un'*antisuit injunction* rispetto ad un procedimento straniero risalga al 1821 nel caso *Bushby v. Munday*, avente ad oggetto il pagamento di un debito di gioco. Di fronte a due procedimenti aventi le stesse parti e lo stesso oggetto pendenti contemporaneamente in Scozia ed in Inghilterra, la Corte inglese pronunciò un'*antisuit injunction* contro la parte che aveva iniziato il giudizio scozzese, rilevando come quella inglese fosse una "more convenient jurisdiction" per dirimere la controversia, dato che ad essa era applicabile proprio la legge inglese. Per le origini di questo rimedio v. anche Bell, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford, 2003, pp. 172-73, nonché l'*excursus* storico compiuto in due importanti casi affrontati dalla giurisprudenza inglese: *House of Lords* 2 aprile 1998 *Airbus Industrie G.I.E. v. Patel and Others*, in *All ER*, 1998, p. 257 ss., nonché la più recente *House of Lords* 13 dicembre 2001 *Turner v. Grovit*, in *Internat. lit. proc.*, 2002, p. 444, in particolare p. 454. Ricorda Lupoi (*Conflitti*, cit., p. 862) che possono essere concesse, in base allo scopo, quattro tipi di *injunctions*: a) un'ingiunzione preventiva, consistente nell'inibizione ad iniziare un processo all'estero; b) un'ingiunzione a non proseguire un procedimento all'estero; c) un'ingiunzione a non compiere determinate attività all'interno del procedimento straniero (come, per esempio, l'esibizione di documenti); d) un'inibizione a chiedere il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza straniera nello Stato.

[57] L'*antisuit injunction* rappresenta l'espressione di un potere discrezionale del giudice di *common law*, più ampio di quello di cui godono i loro colleghi di *civil law*, che trova la base della propria disciplina nella c.d. dottrina del *forum non conveniens* (così Lupoi, *Cenni comparatistici*, p. 1198). Tale strumento viene giustificato in quanto rimedio preventivo al fenomeno del *forum shopping* e dunque quale mezzo volto a porre freno alla tendenza ad indirizzare la lite avanti al giudice del paese in cui la legislazione offre l'esito più favorevole. Non si può tacere, per

Come è stato messo in evidenza in dottrina, la prassi dimostra che le *antisuit injunctions* sono diventate assai popolari nelle controversie transfrontaliere e i giudici di *common law* sono accomunati da una certa disinvoltura nel concederle, nonostante i rigidi presupposti teorici elaborati dalla giurisprudenza, e pur nella consapevolezza che, seppure dirette solo alla parte (che si espone ad essere perseguita del reato di "contempt of Court") e non anche alla corte straniera, esse comportano un'evidente interferenza "indiretta" nei confronti del giudice di un altro Stato. Da qui il ripetuto richiamo anche della dottrina continentale affinché questo rimedio venga concesso nei limiti in cui sussiste la giurisdizione dei paesi di *common law* e comunque sempre con le dovute cautele[58].

Per quanto riguarda l'Inghilterra, unico paese di *common law* (assieme all'Irlanda) nell'Unione europea, ambito cui si limita la nostra analisi, qui l'emissione di un'*antisuit injunction* è basata su un potere essenzialmente discrezionale, come risulta non solo dal disposto dell'art. 37 del *Supreme Court Act* del 1981 – che prevede che tale potere possa essere esercitato in ogni caso "*in which it appears to the court to be just and convenient to do so* – ma anche da una ripetuta applicazione giurisprudenziale[59].

---

interesse del lettore, che vi siano stati anche casi di aperto conflitto tra ordinamenti a suon di *antisuit injunctions*. Ciò si è verificato in particolare quando la parte contro cui era diretta un'*antisuit injunction* si è rivolta alla Corte straniera – nonostante il divieto posto dall'*antisuit injunction* – per richiedere un'*anti-antisuit injunction* e difendere così il suo diritto ad agire in quell'ordinamento. Famosa la vicenda *Pertamina*, che ha visto coinvolti i giudici di Stati Uniti e Indonesia in una sorta di guerra a colpi di *injunctions* tra le parti, chiusa solo con la sentenza della Corte di appello del 5° Circuito degli Usa del 18 giugno 2003 (pubblicata in 18 *Int'l Arb. Rep.*, C-1, giugno 2003). Per la ricostruzione delle complesse vicende processuali *post*-lodo *Pertamina* v. Gaillard, *Il est interdit d'interdire: Réflexions sur l'utilisation des antisuit injunctions dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 2004, p. 47 ss., anche sul rapporto tra *antisuit injunctions* ed *anti-anti suit injunctions.*

[58] Come registra Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., p. 870.

[59] L'*antisuit injunction* rappresenta un rimedio di creazione giurisprudenziale, ma ha anche una base normativa. L'art. 37 del *Supreme Court Act* del 1981 prevede, infatti, al primo comma che: "[t]he High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction […] in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so". Il comma 2 aggiunge che tale *order* può essere pronunciato: "either unconditionally or on such terms and conditions as the court may think just". Secondo la dottrina, nell'esperienza giurisprudenziale inglese,

Tra i casi elaborati dai giudici inglesi in cui l'*antisuit injunction* può essere accordata, per quanto a noi interessa, vi è l'ipotesi in cui il processo promosso all'estero rappresenti una violazione del diritto del convenuto a non essere citato in giudizio avanti a un foro straniero. In tale categoria vengono raccolti tutti i casi in cui si è in presenza di una clausola di scelta della giurisdizione inglese o di una convenzione che prevede un arbitrato con sede in Inghilterra[60].

I princìpi che regolano i casi di *antisuit injunctions* a favore dell'arbitrato e di una clausola di proroga della giurisdizione sono, infatti, sostanzialmente gli stessi e l'analisi giurisprudenziale dimostra che le corti britanniche siano in queste ipotesi (rispetto ad altre) più propense a concedere *injunctions*[61]. Tuttavia la concessione dell'ingiunzione non è nemmeno qui automatica. La giurisprudenza anglosassone ritiene fondamentale, ai fini dell'emanazione, l'uso di un preventivo "test of good reason" accompagnato da un'inversione dell'onere probatorio: è la parte che ha interesse a che l'ingiunzione non venga emessa che deve dimostrare l'esistenza di una "good reason" perché questa non sia concessa[62].

Orbene, come abbiamo anticipato, i provvedimenti di *antisuit injunctions* dei paesi di *common law*, avendo come effetto indiretto

---

un'*antisuit injunction* può essere concessa: a) se il giudice ritiene opportuno riservare a sé la decisione, escludendo la giurisdizione straniera concorrente; b) se instaurare un processo all'estero costituisce una condotta irragionevole ("unconscionable"); c) se l'azione straniera viola il diritto del convenuto (contrattualmente previsto) a non essere citato un giudizio all'estero (cfr. Lupoi, *op. ult. cit.*, p. 87, il quale ricorda che tale tripartizione è stata ritenuta tassativa in *House of Lords*, 29 luglio 1986, c. *South Carolina v. Assurantie Maatschappij*, in *App. cas.*, 1987, p. 24).

[60] Gaillard (a cura di), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, New York-Bern, 2005, *passim*; Lupoi, *Antisuit injunctions e arbitato: l'esperienza inglese*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 441 ss., spec. p. 445; Castrica, Antisuit injunctions *ed arbitrato: l'esperienza inglese e le sue prospettive alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, p. 403 ss.

[61] Secondo la dottrina, alla base di tale accostamento vi è la tendenza dei giudici inglesi a far rispettare alle parti gli impegni contrattuali assunti (Lupoi, *Conflitti*, cit., p. 881).

[62] La dottrina richiama, a proposito, quali esempi di "good reason", la presenza nel conflitto solo di alcune delle parti che hanno stipulato la clausola, la proposizione in ritardo dell'istanza di opposizione, la possibilità che l'attore all'estero possa perdere una garanzia ottenuta nell'ambito del processo straniero. V. per maggiori approfondimenti e riferimenti giurisprudenziali, Lupoi, *Antisuit injunctions*, cit., pp. 450-456.

l'impossibilità per il giudice concorrente di emettere una sentenza, si sovrappongono inevitabilmente con l'amministrazione della giustizia degli altri Stati[63]. Su tale presupposto è evidente che tale interferenza, per quanto riguarda l'ambito dell'Unione e in generale di quello che abbiamo definito "spazio giudiziario europeo", crea situazioni di conflitto con le convenzioni di Bruxelles e di Lugano, che peraltro, realizzando in materia di giurisdizione un sistema tendenzialmente chiuso, non permettono l'ingresso di norme processuali frutto dei particolarismi nazionali: così, per esempio, per regolare la litispendenza e il conflitto tra decisioni, si debbono applicare solo le previsioni convenzionali e regolamentari, ritenute in grado di risolvere tutti i casi di "parallel proceedings" tra Stati membri.

Nonostante tale limite potenziale, i giudici britannici, a partire dal celebre caso *Continental Bank* del 1993, hanno concesso senza troppi ostacoli *antisuit injunctions* verso convenuti di altri Stati membri sia a tutela di clausole di proroga del foro che di clausole compromissorie, sempre giustificando tale scelta in virtù della prevalenza della tutela degli accordi intercorsi tra le parti sulle norme europee uniformi, forti della mancanza di una sentenza della Corte di giustizia sul punto[64] e nonostante tali misure non venissero poi riconosciute negli altri paesi membri[65].

---

[63] Tale assunto è stato riconosciuto dalla stessa *House of Lords* nella sent. 2 aprile 1998, c. *Airbus Industrie G.I.E. v. Patel and Others*, in *All ER*, 1998, 2, p. 257; v. anche Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 687.

[64] Si tratta della decisione *Court of appeal*, 10 novembre 1993, c. *Continental Bank v. Aeakos Compania*, in *Weekly Law Rep.*, 1994, p. 588 ss. (su cui Bell, *Antisuit injunctions and the Brussels Convention*, in *Law Quart. Rev.*, 1994, p. 204 ss dove è stata emessa un'*antisuit injunction* contro un giudizio instaurato in Grecia). Successivamente, v. tra gli altri, *Court of Appeal* 17 maggio 1994, *Aggeliki Charis Compania Marittima SA v. Pagnan s.p.a. (The "Angelic Grace") (C.A.)*, in *Lloyd's Law Rep.*, 1, 1995, p. 87 ss. (ove è stata concessa in primo grado e confermata in appello un'*antisuit injunction* contro una società italiana con riferimento ad un procedimento instaurato dinanzi al tribunale di Venezia malgrado la presenza di una clausola compromissoria nel contratto); *Queen's Bench Division, (Commercial Court)* 26 febbraio 1997, *Banque Cantonale Vaudoise v. Waterlily Maritime Inc. and Others*, in *Lloyd's Law Rep.*, 2, 1997, p. 347 (dove anche è stata emessa un'*antisuit injunction* contro un giudizio instaurato in Grecia); *Queen's Bench Division, (Commercial Court)* 6 novembre 2001, *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. and Others, (The "Ivan Zagubanski")*, in *Lloyd's Law Rep.*, 1, 2002, p. 106 (Stato membro interessato: Francia).

[65] Per la Germania, v. *Oberlandesgericht Dusseldorf*, sent. 10 gennaio 1996, (in *Praxis des internat. Privat.*, 1997, p. 260), il procedimento di *antisuit*

Solo con il caso *Turner* del 2004 – supportato dal caso *Gasser* dell'anno precedente – i giudici di Lussemburgo, recependo la indicazioni provenienti dalla dottrina maggioritaria, sono arrivati ad escludere la compatibilità delle *antisuit injunctions* con la convenz. di Bruxelles[66].

---

injunction instaurato in Inghilterra non aveva altro fine di ingerirsi indebitamente nell'esercizio della potestà giurisdizionale dello Stato tedesco; per il Belgio, v. sent. della Corte di cassazione del 18 dicembre 1989 (in *Journ. tribunaux*, 1992, p. 438 ss.) che ha rifiutato il riconoscimento di un provv. di *injunction* perché ritenuto lesivo del valore del principio di equo processo garantito dall'art. 6 C.e.d.u. In linea generale, secondo parte della dottrina (Lupoi, *Cenni comparatistici*, cit., p. 1200, nota 13), le *antisuit injunctions* appaiono nei paesi di *civil law* difficilmente attuabili in virtù della violazione dell'ordine pubblico. In senso opposto, v. invece *Cour de cassation* francese, 19 novembre 2002, *Banque Worms v. Épx Brachot* (riportata in *Rev. crit. droit int. privé*, 2003, p. 632 ss., con nota di H. Muir Watt e in *Int'l Lis*, 2004, p. 75 ss. con nota di Montanari), ove la Suprema Corte, pur cassando, per altri motivi, la decisione della Corte di appello, ha sottolineato la legittimità della "injonction à la personne du défendeur d'agir ou de s'abstenir" con riferimento al procedimento instaurato all'estero in violazione delle regole previste per la procedura fallimentare.

[66] Hill, *The law relating to international commercial disputes*, Londra, 1998, p. 68 ritiene non sussistere dubbi sull'inapplicabilità delle regole di Bruxelles in caso di concessione di un'*antisuit injunction* da parte di una Corte inglese per impedire l'inizio o la prosecuzione di una causa instaurata in un ordinamento che aderisce alle regole di Bruxelles "adds insult to injury" (p. 336); Lupoi, *Conflitti*, cit., p. 905, parla di incompatibilità *prima facie* tra le *injunctions* e la convenzione. Nello stesso senso, Kahn, *Forum shopping and the Brussels Convention*, in Kerameus (a cura di), *Questions spéciales de la convention de Bruxelles*, Atene, 1996, p. 120; Asariotis, *Antisuit injunctions for breach of a choice of forum agreement: a critical review of the English approach*, in *Year. European Law*, 1999-2000, p. 447 ss., spec. p. 461 ss.; Bell, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, cit., p. 213; Id., *Antisuit injunctions and the Brussels Convention*, cit., p. 206; Fentiman, *Antisuit injunctions and the Brussels Convention*, in *Cambridge Law journal*, 2000, p. 45 ss., in particolare p. 47; Stone, *Civil Jurisdiction and judgements in Europe*, Londra, 1998, p. 145; Van Houtte, *May Court judgements that disregard arbitration clauses and awards be enforced under the Brussels and Lugano Convention?*, cit., p. 92. Si vedano anche le perplessità di A. Briggs, *Antisuit injunctions in a complex world*, in *Essays on International Commercial Law in honour of Francis Reynolds*, cit., p. 228 ss. Opinione contraria alla dottrina maggioritaria (favorevole all'uso delle *antisuit injunctions* in ambito europeo) è stata invece espressa da Hartley, *Antisuit injunction and the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2000, p. 166 ss., spec. p. 171.; Giorgetti, *L'*antisuit injunction *inglese e l'Europa giudiziaria: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 24 ss.

Dapprima nel caso *Gasser* del 2003[67], la Corte, pur non occupandosi espressamente di *antisuit injunctions* ma trovandosi di fronte ad una clausola di proroga della giurisdizione inserita in un contratto, aveva stabilito che tale clausola non facesse venir meno il principio di prevenzione in ipotesi di litispendenza stabilito dalla convenzione di Bruxelles[68]: spettava pertanto esclusivamente al giudice adito per primo verificare, in virtù del principio di *kompetenz-kompetenz* (importato per l'occasione dalla pratica arbitrale), l'esistenza di una clausola di proroga della giurisdizione a favore di altro giudice e dichiarasi privo di competenza[69].

Perfettamente in linea con tale conclusione, poi, nel caso *Turner*[70], i giudici del Kirchberg, occupandosi di *antisuit injunctions*, ritenevano contraria al principio della reciproca fiducia fra gli Stati (principio cardine del sistema dei regolamenti europei in materia processuale) il sindacato della competenza di un giudice da parte di un collega di un altro Stato contraente. Di conseguenza, il divie-

---

[67] Corte di Giustizia, sent. 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser G.m.b.h. v. Misat s.r.l.*, su cui v. Lupoi, *La "nuova" litispendenza comunitaria: aspetti procedurali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1306 ss.; Marinelli, *Litispendenza comunitaria, clausola di proroga esclusiva e durata irragionevole del processo proveniente*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 69 e p. 73.

[68] In quanto "il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo" (v. punto 48 motiv. sent.).

[69] Punto 51 motiv. sent. *Gasser*.

[70] Corte di Giustizia, sentenza 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Turner v. Grovit*, in Racc., 2004, I, p. 3565 ss. V. i commenti di Blanke, *The Turning Tides of Turner*, in *Business Law Review*, ottobre 2004, p. 261 ss., spec. p. 270; Id., *The Ec'J Recent Jurisprudence on Anti-Suit injunctions under the Brussels Convention: A Promising* Début *for a more Prominent Role for Arbitration in European Commercial Dispute Resolution at the Dawn of the 21th Century?*, in *Eur. Business Law Rev.*, 2005, p. 591 ss., spec. p. 620 (che ritiene che tale pronuncia non abbia inciso sulla legittimità delle *injunctions*); Briggs, *Anti-suit injunctions in a complex world*, cit., p. 228 ss. (che ritiene che i giudici inglesi, dopo tale pronuncia, abbiano perso il potere di emettere le *injunctions*); Kruger, *The antisuit injunction in the European judicial space: Turner v. Grovit*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2004, p. 1030 ss. (che rileva la complessità del problema); Dickinson, *A charter for tactical litigation in Europe? Turner v. Grovit*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2004, p. 273 ss. (che critica duramente tale pronuncia); Flannery, *The end of anti-suit injunctions?*, in *New Law Journal*, 28 maggio 2004, p. 798 ss.; Merlin, *Le* antisuit injunctions *e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 14 ss.

to di un giudice di avviare o di continuare un'azione dinanzi ad un giudice di un altro Stato contraente, sotto minaccia di sanzioni, costituiva un'ingerenza nella competenza di quest'ultimo organo, incompatibile con il sistema della convenzione[71]. L'*antisuit injunction* era, per la Corte di giustizia, un'intollerabile interferenza con la giurisdizione del giudice straniero, essendo irrilevante il fatto che tale strumento avesse come destinatario il convenuto e non già (direttamente) il giudice[72]. Tale misura era quindi senz'altro inammissibile nel sistema europeo poiché incompatibile con le regole processuali della convenz. di Bruxelles.

A seguito di tale decisione i giudici inglesi, da parte loro, dimostravano profondo rispetto nei confronti della decisione e non potevano fare a meno di adeguarsi: da quel momento, la concessione di *antisuit injunctions* a controparti europee, di fronte alle quali era pendente un procedimento giudiziale in virtù di una clausola di proroga del foro, era da ritenersi preclusa. Al contempo, tuttavia, la giurisprudenza anglosassone dimostrava che quando tali provvedimenti erano diretti ad inibire l'abusiva instaurazione di un processo in un foro extraeuropeo, il sistema di Bruxelles non entrava in gioco e pertanto nemmeno il limite al loro utilizzo[73].

7. Segue: *L'evoluzione della giurisprudenza inglese e la sentenza* West Tankers *del 2009*

A questo punto una volta esaminato l'impatto che le *antisuit injunctions* hanno nello spazio europeo, in particolar modo quando vengono emesse in presenza di una clausola derogatoria della giuri-

[71] Punti 25 ss. sent. *Turner*.

[72] Punto 28 sent. *Turner*.

[73] Cfr. Briggs, *Antisuit injunction and Utopian Ideals*, cit., p. 531. In giurisprudenza, *Queen's Bench Division*, *Comm.*, 21 marzo 2005, c. *West Tankers Inc. v. Ras Riunione Adriatica di Sicurtà s.p.a. Generali Assicurazioni Generali s.p.a.* ("*The Front Comor*"), in *EWHC (Comm.)*, 2005, p. 454. Come detto, nessun limite di concessione rispetto agli Stati extra-U.e.: *Court of appeal*, 29 luglio 2005, c. *OT Africa Line v. Magic Sportswear Corporation*, in *EWCA (Civ.)*, 2005, p. 710 (e in *Int'l Lis*, 2006, p. 26) e più di recente *Queen's Bench Division*, *Comm.*, 7 maggio 2009, *c. Shachoua v. Aharma*, in *EWCH (Comm.)*, 2009, p. 957.

sdizione stipulata tra le parti, la nostra attenzione si sofferma sulla loro applicabilità a protezione di un arbitrato con sede in Inghilterra o soggetto alla legge processuale inglese, allorché il processo ritenuto in violazione della convenzione arbitrale sia pendente in un altro Stato membro.

Emblematici i casi *The Angelic Grace* e *Toepfer*, entrambi precedenti alle sentenze *Turner-Gasser*[74]. Nel primo, una delle parti aveva avviato un procedimento avanti un giudice italiano (il tribunale di Venezia) nonostante la presenza di una clausola compromissoria nel contratto: la *Court of appeal* inglese adita dal convenuto si era dichiarata competente ad emettere un'*antisuit injunction* omettendo di valutare, a monte, la compatibilità del rimedio concesso con la convenzione di Bruxelles, in quanto, per il giudice inglese, l'*injunction* si poneva come un strumento di tutela della scelta operata dalle parti di deferire una lite ad arbitri, scelta che doveva essere rispettata[75]. Sulla stessa scia, si poneva la sentenza della Corte d'appello inglese nel caso *Toepfer*, ove, secondo i giudici, un'*antisuit injunction* a favore dell'arbitrato ricadeva, per materia, nell'ambito di applicazione della convenzione di New York e quindi al di fuori del testo di Bruxelles[76].

---

[74] Sull'evoluzione della giurisprudenza inglese, *funditus*, Castrica, *Antisuit injunctions ed arbitrato*, cit., p. 403 ss. e Andrews, *Injunctions in support of civil proceedings and arbitration*, in *Int'l Lis*, 2009, p. 38 ss., spec. p. 44 ss.

[75] *Court of Appeal*, 17 maggio 1994, *Aggeliki Charis Compania Marittima SA v. Pagnan s.p.a. (The "Angelic Grace"*, in *Lloyd's Law Rep.*, 1995, p. 87, in particolare p. 96. Nel senso che l'*antisuit injunction* non è soggetta alle regole di Bruxelles, anche *Queen's Bench Division*, *Comm.*, 6 novembre 2001, *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. and Others, (The "Ivan Zagubanski")*, in *Lloyd's Law Rep.*, 2002, p. 106.

[76] *Court of Appeal* 25 novembre 1997, *Toepfer International GmbH v. Société Cargill France*, in *Lloyd's Law Rep.*, 1998, p. 379, ha affermato che l'oggetto principale della causa con cui si richiede l'*antisuit injunction* è costituito dalla determinazione di chi abbia giurisdizione a decidere nel merito tra gli arbitri e i giudici statali e pertanto, di fatto, nel dare esecuzione coattiva ad una clausola compromissoria. Secondo tale giurisprudenza, poiché l'attuazione coattiva di una clausola compromissoria rientra nel campo di applicazione della convenzione di New York, la causa con cui si richiede l'*antisuit injunction* deve essere necessariamente considerata al di fuori del campo di applicazione della convenzione di Bruxelles, non potendo essere soggetta contemporaneamente a due diverse convenzioni. Va aggiunto che la vicenda, che contrapponeva la società inglese Toepfer e la francese Cargill, vedeva, a seguito della richiesta della Topfer al giudice inglese di emettere

Le cose non cambiavano nemmeno dopo la pubblicazione della sent. *Turner* della Corte di giustizia. In un procedimento d'appello del caso *New India*[77], la *Court of appeal* inglese, pur non confermando l'*antisuit injunction* concessa in primo grado contro una parte che aveva adito il giudice finlandese nonostante la presenza di un patto d'arbitrato da svolgersi a Londra, escludeva comunque che la giurisprudenza europea avesse avuto un "qualsivoglia impatto" sul potere di concedere *antisuit injunctions* a favore dell'arbitrato. I giudici d'appello, seppure non negavano che i principi stabiliti dalla Corte di giustizia in *Turner* fossero di ostacolo alla concessione di *antisuit injunctions* a tutela di clausole di proroga della giurisdizione statale, tuttavia non ammettevano che ciò potesse essere esteso alle clausole compromissorie, in virtù del dettato dell'art. 1, comma 2, n. 4 della conv. Bruxelles[78]. La *Court of appeal*, considerando pertanto *Turner* inapplicabile al campo arbitrale, riteneva ammissibile la concessione di un'*antisuit injunction* a protezione di una procedura arbitrale inglese.

Era pertanto evidente che la giurisprudenza inglese, facendo leva anche sul fatto che le *antisuit injunctions* ricadessero nell'ambito dell'esclusione dell'arbitrato previsto dal testo di Bruxelles, sembrava essere rimasta indifferente ai principi di cambiamento stabiliti dalla Corte di Lussemburgo per le clausole di deroga del foro. Da qui, le critiche della dottrina europea, in particolare quella dei paesi di *civil law*, sulla disomogeneità di soluzioni adottate e l'auspi-

---

un'*antisuit injunction* il rinvio alla Corte di giustizia da parte della corte d'appello britannica affinché questa si pronunciasse proprio sull'uso di *antisuit injunctions* verso controparti che abbia promosso cause in altri Stati membri in violazione di clausole arbitrali. La vicenda processuale avanti i giudici di Lussemburgo non aveva tuttavia seguito in quanto la controversia che aveva originato il rinvio venne composta transattivamente.

[77] V. Court of appeal, 2 dicembre 2004, c. *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd. v. New India Assurance Co. Ltd.*, cit., p. 1598 ss., commentata da Lupoi, *Antisuit injunctions*, cit., p. 462 ss.

[78] "In the exclusive jurisdiction clause type of case like Gasser, there is as we see it no room for an anti-suit injunction because the court first seised must decide issues of jurisdiction including the jurisdiction of the court second seised. […] Turner v. Grovit was also a case in which both sets of proceedings were within the Convention. The position is different in a case where one set of proceedings is outside the Convention, as here" (par. 83 sent. *New India,* cit.).

cabile attesa di una presa di posizione esplicita da parte dei giudici del Kirchberg a favore, una volta per tutte, dell'incompatibilità dello strumento dell'*antisuit injunction* con il sistema europeo[79].

In questa atmosfera, proprio nel momento che, come vedremo nel prossimo paragrafo, si stava elaborando il canovaccio per il nuovo testo del reg. 44 del 2001[80], arrivava la pronuncia europea al caso *West Tankers.* I giudici di Lussemburgo, smentendo l'interpretazione offerta dalle corti inglesi, tra cui quella rinviante, dichiaravano definitivamente incompatibile con il reg. Bruxelles I l'istituto dell'*antisuit injunction* a sostegno di un procedimento arbitrale[81].

---

[79] V. Lupoi, *Conflitti transnazionali*, cit., p. 870.

[80] Si tratta del Progetto di revisione del reg. n. 44 del 2001 (c.d. *Heildeberg Report*) del settembre 2007 presentato alla Commissione europea elaborato dai professori Hess, Pfeiffer e Schlosser (study JLS/C4/2005/03), su cui v. *infra*.

[81] Corte giust. (grande sezione), 10 febbraio 2009, C-185/07, *Allianz Spa, Generali Assicurazioni Generali spa c. West Tankers Inc.*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 729 ss. con nota a seguire di Winkler, *West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I.* Tra i numerosi commenti che si stanno susseguendo in tutto il mondo, v. *Note* di Bollée in *Rev. arb.*, 2009, p. 413 ss.; D'Alessandro, *La Corte di giustizia dichiara le anti-suit injunctions a tutela dell'arbitrato inglese incompatibili con il sistema del Reg. n. 44/2001*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 74 ss.; Marongiu Bonaiuti, *Emanazione di provvedimenti inibitori a sostegno della competenza arbitrale e reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione europea*, ivi, 2009, p. 245 ss.; Clifford-Browne, *Lost at Sea or a Storm in a Cup? Anti-suit Injunctions after* Allianz Spa (formely Riunione Adriatica di Sicurtà spa) v. West Tankers Inc, in *Int. Arb. Law Review*, 2009, p. 19 ss.; Fentiman, *Arbitration and antisuit injunctions in Europe*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 278 ss. Noussia, *Antisuit Injunctions and Arbitration Proceedings: What Does the future Hold?*, cit., p. 311 ss., spec. p. 331 ss.; Consolo, *Arbitration and Ec Law – An Italian reaction in the Heidelberg Colloquium*, in *Int'l Lis*, 2, 2009, p. 102 ss. (il cui testo con aggiornamenti è oggi pubblicato con titolo *Brussels I Regulation, Arbitration and parallel proceedings: a discussion of the Heidelberg proposal (in the light of* West Tankers *and* Endesa*)*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 245 ss.); Mourre-Vagenheim, *À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n. 44/2001, notamment après l'arrêt West Tankers de la CJCE*, in *Cah. arb.*, 2, 2009, p. 20 ss.; Van Waeyenberge, *Le juge communautaire face au "Common Law". Réflexions autour de l'arrêt "Allianz"*, in *Rev. droit de l'Union Européenne*, 2, 2009, p. 293 ss.; Gaja, *Convenzione di New York sull'arbitrato e* anti-suit injunctions, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 503 ss.; Meidanis-Giannakoulias, *Allianz s.p.a., Generali Assicurazioni s.p.a. v. West Tankers inc.*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009, p. 1709 ss.; Grierson, *Comment on* West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (The Front Comor), in *Jour. internat. arb.*, 6, 2009, p. 891 ss.; Blohlávek, West Tankers

as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and the New York Convention 1958, in *Asa Bull.*, 2009, p. 646 ss.; Fradeani, *Le* anti-suit injunctions, *anche "a protezione" dell'arbitrato internazionale, tra incompatibilità con il sistema processuale comunitario e riconoscimento quale legittimo rimedio a salvaguardia delle clausole di deroga alla giurisdizione*, in *Int'l Lis*, 3-4, 2009, p. 123 ss.; Atteritano, Anti-suit injunctions *in ambito arbitrale: provvedimenti illeciti o semplicemente odiosi*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 17 ss.; Lupoi, *Arbitrato e regolamento Bruxelles I: ultimi sviluppi*, ivi, p. 475 ss.; oltre agli scritti "On West Tankers", fra gli altri, di Kessedjian, Muir Watt, Hess, Pfeiffer nel forum di "Conflict of Laws.net" (all'indirizzo internet *www.conflictoflaws.net/2009*). Sugli effetti del post-*West Tankers*, Byford-Sarwar, *Arbitration clauses after West Tankers: the unanswerable conundrum? Practical solutions for enforcing arbitration clauses*, in *Int. Arb. Law Review*, 2009, p. 29 ss. La vicenda processuale nasce dalla collisione nell'agosto del 2000 tra la nave Front Comor (di proprietà della West Tankers e noleggiata alla Erg Petroli) con un molo di proprietà della Erg stessa nel porto di Siracusa. Poiché il contratto di noleggio, espressamente regolato dalla legge inglese conteneva una clausola compromissoria che deferiva future controversie ad un arbitrato con sede a Londra, la Erg si rivolgeva ai propri assicuratori per la rifusione dei danni patiti fino all'importo massimo della copertura assicurativa e avviava, nel frattempo a Londra, il procedimento arbitrale contro la West Tankers per il risarcimento dei danni eccedenti il massimale. Dopo aver versato alla Erg in base alle polizze, l'indennità per il danno da essa subíto, nel corso del 2003 le compagnie (Allianz e Generali) intentavano avanti al Tribunale di Siracusa un'azione nei confronti della West Tankers al fine di recuperare le somme versate alla Erg. La West Tankers sollevava un'eccezione d'arbitrato in quest'ultimo giudizio e nel frattempo adiva la *High Court* di Londra onde ottenere sia l'accertamento della vincolatività – anche nei confronti delle compagnie – della clausola compromissoria contenuta nel contratto di noleggio, sia l'emissione di un'*antisuit injunction* che vietasse alle compagnie di continuare il giudizio avanti al tribunale di Siracusa. La *High Court* accoglieva la richiesta, osservando che ai sensi della giurisprudenza inglese, la sentenza *Turner* non ostava all'emanazione di inibitorie a tutela di accordi arbitrali. Investita della relativa impugnazione la *House of Lords*, quest'ultima invece rinviava la questione della compatibilità delle *antisuit injunctions* emesse a protezione di accordi compromissori con i principi del reg. n. 44 del 2001. Nella decisione della *House of Lords* del 21 febbraio 2007, (v. testo e commento "a caldo" di Marengo, *Arbitrato e coordinamento fra dottrina del* forum non conveniens, anti-suit injunctions *e regole comunitarie in materia di giurisdizione*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 459 ss., spec. p. 462 ss.; nonché le riflessioni di Schlosser, *Anti-suit injunctions a sostegno dell'arbitrato internazionale*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 96 ss. (trad. dal tedesco di Id., *Anti-suit injunctions zur Unterstutzung von internationalen Schiedsverfahren*, in *Recht der internat. Wirtschaft*, 2006, p. 486 ss.); Kesseler-Hope, *The ECJ Reference in The Front Comor: Much Ado About Nothing?*, in *Arb. int.*, 2008, p. 331 ss.), i giudici inglesi optavano per la compatibilità delle *antisuit injunctions* a tutela dell'arbitrato inglese con il sistema di Bruxelles, mettendo in evidenza e richiamando espressamente l'opinione di un'autorevole dottrina tedesca (v. Schlosser, *Anti-suit injunctions zur Unterstutzung von internationalen Schiedsverfahren*, cit.) secondo cui i principi della giurisprudenza

Tale decisione è, come abbiamo fin qui anticipato, quasi un atto dovuto della giurisprudenza europea, che chiude, in modo quasi definitivo, la vicenda delle *injunctions*. Rimangono tuttavia molte voci critiche da parte della dottrina anglosassone che continua a vedere ancora oggi in tale istituto uno strumento efficace per le parti posto a tutela della loro volontà[82].

Per arrivare a tale conclusione, la Corte riteneva innanzitutto di affrontare nuovamente il tema fondamentale elaborato dalla giurisprudenza *Marc Rich-Van Uden*, esaminando se tale misura potesse o meno ritenersi riconducibile al concetto di arbitrato di cui all'art. 1, comma 2, lett. d) del regolamento e quindi esclusa dall'ambito di

---

Gasser-Turner non potevano applicarsi all'arbitrato in ragione dell'esclusione di esso dall'ambito applicativo del reg. 44 del 2001 e dell'esigenza "pratica" di preservare le prerogative (commerciali) di Londra quale luogo si svolgimento di arbitrati internazionali.

[82] La dottrina anglosassone ha visto perdere un mezzo sicuro per regolare il rischio di procedimenti paralleli all'interno dello spazio europeo, addivenendo a decisioni discordanti tra, per esempio, da un lato da parte dell'organo arbitrale e dei giudici ordinari nella sua sede e, dall'altro, dei giudici di un altro Stato membro competenti per l'oggetto del procedimento ai sensi del regolamento. Da qui l'auspicio, prima della pubblicazione della decisione, di intraprendere la soluzione dell'avv. gen. Kokott, secondo cui si sarebbe potuto rimediare a tali contrasti attraverso inclusione dell'arbitrato nel campo applicativo del reg. di Bruxelles (concl. punto 73). Critici dopo la decisione *West Tankers*, Byford-Sarwar, *Arbitration clauses after* West Tankers, cit., p. 33 e Fentiman, *Arbitration and antisuit injunctions*, cit., p. 278, che non comprende come la Corte non abbia valorizzato l'intenzione della parti di sottrarsi, attraverso la stipula della convenzione arbitrale, al sistema previsto dal legislatore europeo. In dottrina, si è tuttavia anche discusso sull'impatto della sent. *West Tankers* al prestigio di Londra, come sede di arbitrati internazionali, in quanto dopo la dichiarazione di incompatibilità delle *antisuit injunctions* le procedure arbitrali con sede nella capitale britannica sarebbero rimaste senza una tutela effettiva rispetto ad altre sedi come New York, le Bermuda e Singapore. Preoccupazione questa già esposta (come abbiamo visto nella nota 81) nella decisione della *House of Lords* del 2007 ma respinta dall'avv. generale Kokott, che rilevava che finalità di natura puramente economica non sarebbero sufficienti per giustificare una violazione di diritto comunitario (concl. punti 65-66). Vedi la discussione in Noussia, *Antisuit*, cit., p. 334 ss. e, a proposito, stemperando gli animi della dottrina inglese, con l'efficace espressione "storm in a teacup", Clifford-Browne, *op. cit.*, pp. 21-22, secondo cui "as a for the storm in a teacup: the impact of the West Tankers decision on arbitration in England has been overstated (the desirability of London as a centre for international arbitration cannot be said to be significantly reduced as a result of the decision) and it says much about concerns regarding the increasing influence of European law that the decision has received quite so much attention".

applicazione. I giudici europei escludevano le *injunctions* dall'ambito di applicazione del regolamento[83], scegliendo così un'interpretazione ampia della nozione di arbitrato sul presupposto che tale misura mirava per sua natura ad impedire la turbativa nei confronti di un procedimento e pertanto potesse essere intesa come provvedimento accessorio rispetto all'arbitrato che intende proteggere ("ancillary measures to arbitration"). Una conclusione opposta a quella suggerita dall'avv. generale, che aveva optato per l'inclusione nel sistema di Bruxelles dell'*injunction* a tutela dell'arbitrato e quindi per un'interpretazione ristretta della nozione d'arbitrato stabilita dalla norma[84].

L'effetto più immediato della scelta della Corte era che l'emissione di tale strumento, non rientrando nel sistema regolamentare europeo, doveva essere disciplinato dalla legislazione nazionale dei singoli Stati membri (leggasi, in quel caso, diritto processuale inglese. Ma proprio su tali conseguenze, la Corte prendeva coscienza del fatto che strumenti processuali di singole normative nazionali – misure quindi esterne (c.d. "in negativo") al campo di Bruxelles – potevano comunque pregiudicare "di fatto" l'applicazione della normativa processuale europea stabilita dal regolamento.

Da qui la necessità di stabilire dei limiti di separazione tra la normativa processuale dell'Unione e quella degli Stati.

Secondo la Corte, la libertà dei singoli legislatori non poteva spingersi fino a dettare norme (processuali) nazionali che pregiudicassero l'"effet utile" e il principio di reciproca fiducia che caratterizza la normativa sovranazionale europea[85]. Seppure, infatti, alle

[83] Punto 23 motiv. Tuttavia la Corte non si ferma qui, così discostandosi dalla tesi della *House of Lords* che, ritenendo le *injunctions* strumenti volti a sostenere il procedimento arbitrale e quindi materia esclusa dal regolamento, sanciva in questo modo la compatibilità di tali misure con il regolamento (*rectius*, con l'esclusione stabilita dal regolamento stesso).

[84] Punto 62 concl. avv. generale Kokott, presentate il 4 settembre 2008, in *Asa Bull.*, 2008, p. 801 ss., con commento a seguire di Illmer-Naumann, *Antisuit Injunctions in Support of Arbitration Agreements under the Brussels Regulation: A comment on the Advocate General's Opinion in the West Tankers Reference by the House of Lords*.

[85] Punto 24 motiv., punto 35 conclusioni. Non va dimenticato, quanto già espresso nel cap. III, sez. IV, par. 4, nota 244, che pone al centro del rapporto tra diritto europeo e diritto processuale degli Stati membri il principio di "autonomia

injunctions nei confronti di arbitrati non si potevano applicare direttamente le norme regolamentari, certamente gli effetti che tali misure producevano nello spazio europeo pregiudicavano irrimediabilmente l'applicazione delle norme europee mettendo in discussione il principio della reciproca fiducia del regolamento, andando a colpire in particolare i procedimenti giudiziali instaurati in suo ossequio. In altri termini, le *antisuit injunctions*, privando un giudice di altro Stato membro della competenza di valutare se il patto d'arbitrato fosse valido o efficace, pregiudicavano "di fatto" l'applicazione della normativa europea e, in particolare, la tutela delle garanzie processuali stabilite dal reg. di Bruxelles, creando uno sbilanciamento tra gli Stati membri a favore dell'ordinamento inglese[86]. Era evidente, infatti, che nel sistema delle *antisuit injunctions* a tutela dell'arbitrato con sede in Inghilterra, era sempre e solo il giudice britannico, quale giudice della sede, a verificare in modo esclusivo la validità o meno del patto compromissorio, in spregio alle norme di competenza europee.

Una diversa conclusione non avrebbe posto in crisi solo il reg. di Bruxelles ma avrebbe creato conflitto diretto con il dettato dell'art. II, n. 3 della convenzione di New York del 1958, secondo cui spetta al giudice, investito di una controversia per cui le parti hanno concluso un patto compromissorio, rimettere, se richiesto, le parti all'arbitrato, a meno che esso accerti che detto accordo sia "null and avoid, imperative or incapable of being performed"[87], circostanza questa che deve essere quindi verificata dal giudice adito.

---

processuale", che stabilisce quale limite delle legislazioni processuali nazionali, il fatto che le norme nazionali non possono rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti dell'Unione e comunque devono assicurare a tali diritti una tutela "non inferiore" a quella prevista per le situazioni di diritto interno (c.d. tutela giurisdizionale adeguata). Nel medesimo senso sembra porsi, D'Alessandro, *La Corte di giustizia*, cit., p. 79.

[86] Regolamento che, come noto, non permette invece deroghe al principio giudiziario della *kompetenz-kompetenz* (v. sent. *Gasser*), in virtù del reciproco rapporto di fiducia tra Stati contraenti (v. sent. *Turner*).

[87] Punto 33 motiv. Sul tema v. *funditus*, Blohlávek, West Tankers *as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and the New York Convention 1958*, cit., p. 646 ss. In conclusione, spetta esclusivamente al giudice italiano adito dalle società assicuratrici (Allianz e Generali) statuire sulla propria competenza per risolvere nel merito la lite di cui è investito. Qualora poi il

Certo può rimanere un interrogativo su un passaggio logico della motivazione della sentenza. La Corte, infatti, dopo aver professato l'esclusione delle *antisuit injunctions* dall'applicazione del regolamento (*ratione materiae*), giunge a definire incompatibile tale strumento con il testo di Bruxelles. Come è stato osservato e criticato, un'incompatibilità può sussistere solo se il regolamento è applicabile, e non in caso contrario[88]. Ma evidentemente tale incongruenza è solo apparente e si può spiegare sul piano del diritto europeo: la Corte non vuole seguire tanto un'incompatibilità di stretto diritto quanto di fatto, confermando l'idea che deve essere ribadita la supremazia dell'effetto utile del diritto dell'Unione anche sulle peculiarità dei diritti processuali degli Stati membri.

A seguito della decisione *West Tankers*, oggi direttamente efficace nei paesi membri, la Corte di giustizia elimina una volta per tutte l'utilizzo delle *antisuit injunction*s e risolve il problema del loro utilizzo all'interno dell'Unione, oltre che nel c.d. spazio giudiziario europeo[89]. Estendendo i principi della decisione *Turner*, i giudici di Lussemburgo interrompono così, una volta per tutte, la nutrita giurisprudenza delle corti inglesi[90], seppure uno spiraglio applicativo ri-

convenuto nel giudizio legittimamente eccepisca la competenza arbitrale, il giudice, salvo che non accerti che la convenzione è caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione, sarebbe sostanzialmente tenuto a rinviare la controversia dinanzi al tribunale arbitrale ai sensi dell'art. II, comma 2, n. 3, conv. di New York del 1958. In presenza di *antisuit injunctions* ciò non sarebbe possibile in quanto se i ricorrenti ritenessero la convenzione caducata, inoperante o inapplicabile, essi sarebbero privati di tutela in quanto non potrebbero adire il giudice italiano.

[88] Kassedjian, *On West Tankers*, nel forum di "Conflict of Laws.net", cit.; Winkler, *West Tankers*, cit., p. 742; Perrillo, *Arbitrato comunitario*, cit., p. 360.

[89] La mancata applicazione di tale misure deve estendersi, per analogia di posizioni tra Bruxelles e Lugano, anche ai paesi A.e.l.s. che hanno ratificato quest'ultimo testo convenzionale. Secondo Hess, *On West Tankers*, cit., l'eliminazione dello strumento delle *injunctions* non dovrebbe valere al di fuori dell'Unione nei confronti di soggetti di Stati terzi, seppure, poiché principio di diritto europeo, l'applicazione di tali misure dovrebbe essere sconsigliabile.

[90] A seguito della pronuncia *West Tankers*, la giurisprudenza inglese si è già di recente conformata, ai dettami della Corte v. *High Court, Queen's Bench Division, Comm. Court*, 1° aprile 2009, *c. National Navigation Co. c. Endesa Generacion SA*, in *EWHC (Comm.)*, 2009, p. 196.

mane aperto quando la controparte si trova in Stato non coperto dai testi di Bruxelles-Lugano[91].

Rimane poi un altro profilo di interesse dello studioso del diritto processuale che deve essere menzionato. In virtù della decisione del 2009, ancora una volta viene ribadita la superiorità della normativa dell'U.e. su istituti processuali che rendono impossibile la tutela nello spazio europeo secondo i dettami di Bruxelles. Sotto tale profilo, a ben vedere, la sent. *West Tankers* non è tanto diversa dal caso *Mostaza Claro*, ove, come è stato ribadito, veniva ribadita la supremazia del diritto europeo sulle norme processuali interne che impedivano la dichiarazione di nullità della clausola arbitrale vessatoria inserita in contratti con i consumatori[92]. La differenza con il caso del 2006 sta solamente nel fatto che nel caso *West Tankers*, ciò che si vuole in fondo tutelare non è tanto il diritto sostanziale dell'Unione di cui si chiede la tutela, quanto proprio le norme processuali europee (in altre parole il regolamento Bruxelles I), che, attraverso l'utilizzo dell'*injunction*, non troverebbero applicazione nei confronti del cittadino: da qui, dal pregiudizio processuale che riceverebbe quest'ultimo (impedimento ad adire il giudice competente, salvo incorrere nella sanzione del *contempt of Court*, oltre che violazione del principio del giudice naturale e di difesa stabiliti dal legislatore europeo) si arriva ad individuare una lesione della tutela giurisdizionale effettiva. In linea di massima, spetta infatti al diritto interno dei singoli Stati membri disciplinare le procedure di attuazione della normativa europea e le modalità procedurali dei ricorsi. Ma tali procedure nazionali, come ribadito da recente giurisprudenza, devono essere proporzionate e rispondere ad obiettivi di interesse generale e non esorbitare in misure che vietano l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini (circostanza che si realizza con l'impedimento "di fatto" di adire i giudici competenti)[93].

---

[91] Sugli effetti della sent. *West Tankers* nel sistema di Lugano ed in particolare nell'ordinamento elvetico, specificazioni interessanti in Markus-Giroud, *A Swiss Perspective on West Tankers and Its Aftermath. What about the Lugano Convention?*, in *Asa Bull.*, 2, 2010, p. 230 ss.

[92] V. diffusamente cap. III, sez. III.

[93] V. sostanzialmente in materia, Corte giust., 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, punto 32, che si può leggere nel sito web *www.curia.eu.int*.

Se la vera motivazione sottesa alla sentenza è pertanto la tutela dell'"effet utile" del diritto dell'Unione, per quello che qui ci interessa, è necessario adesso domandarci se anche nel caso *West Tankers* i giudici di Lussemburgo, nonostante la dichiarazione d'incompatibilità delle *injunctions* con il sistema di Bruxelles, hanno confermato la tendenza giurisprudenziale precedente dei casi *Marc Rich-Van Uden.*

Secondo la tesi seguita in questo lavoro, per stabilire se il testo di Bruxelles vada o meno applicato, si deve avere riguardo all'oggetto della controversia.

Mi sembra che, sotto tale aspetto, *West Tankers* si pone in linea con la giurisprudenza europea precedente. In particolare, la domanda rivolta al giudice inglese riguarda infatti la concessione di un'*antisuit injunction*, questione da ritenersi esclusa dall'ambito del sistema di Bruxelles in quanto, richiamando il caso *Marc Rich*, "ancillary measure" finalizzata quindi al procedimento arbitrale[94]. In questi casi, infatti, l'oggetto principale del processo è "la materia dell'arbitrato" o comunque la sussistenza e l'applicabilità della convenzione arbitrale, elemento escluso dal regime di Bruxelles. A conclusione opposta (ossia a favore dell'applicazione di Bruxelles) si arriva, invece, se si cambia prospettiva e si prende in considerazione il procedimento dinanzi al tribunale di Siracusa contro cui l'*injunction* è diretta. Qui l'oggetto della lite è la domanda di risarcimento danni (materia rientrante nel regolamento) e non tanto la questione preliminare della validità e l'efficacia della clausola arbitrale. Solo la prima rileva: se così non fosse, la semplice eccezione d'arbitrato in via preliminare porterebbe le parti a sottrarsi al procedimento deputato al giudice ordinario (*i.e.*, il tribunale di Siracusa)[95]. Tale seconda

[94] La stessa conclusione, mi sembra, sia espressa da Schlosser nella sua celebre relazione (punto 64), allorché stabilisce che la convenz. di Bruxelles non si applica a una decisione di un organo giurisdizionale "che impone alle parti, a motivo dell'invalidità, di non proseguire in un procedimento arbitrale", accostandole alle procedure giudiziarie sussidiarie ad un procedimento arbitrale.

Ritiene applicabili alle *antisuit injunctions* i principi della *Marc Rich* lo stesso studioso tedesco nello scritto del 2007 (cfr. Schlosser, *Anti-suit injunctions*, cit., p. 99), così ponendosi di diverso avviso rispetto a quanto precedentemente sostenuto in Id., *The 1968 Brussels Convention and Arbitration*, in *Arb. int.*, cit., pp. 231-232

[95] Come rilevato dalla stessa Corte, punto 31.

azione, al pari di un "parallel proceeding", rientrerebbe nell'alveo del regolamento, così come era accaduto nel caso *Van Uden.*

In definitiva, i passi seguiti dalla giurisprudenza europea nei casi *Marc Rich* e *Van Uden*, su entrambi i fronti (inglese e italiano), trovano piena conferma anche in questa sede e sono l'ulteriore prova della coerenza di soluzioni adottate dalla Corte.

8. *Problemi aperti sull'esclusione della nozione di arbitrato*

L'*excursus* che abbiamo fin qui svolto ha dimostrato che è un dato di fatto che l'art. 1, comma 2, n. 4 della conv. Bruxelles, oggi art. 1, comma 2, lett. d) del reg. Bruxelles I, abbia dato àdito a problemi di uniformità interpretativa sia in sede di relazioni illustrative sia in sede di interpretazione da parte della giurisprudenza europea, causa la laconicità del termine "arbitrato".

La dottrina non ha mai avuto concordia di vedute sul significato da attribuire all'art. 1, comma 2, lett. d) del regolamento: vi è stato chi, corroborando una visione ampia dell'esclusione, ha esteso la sfera di operatività del regolamento a qualsiasi procedimento giurisdizionale collegato ad un arbitrato (*antisuit injunctions* comprese); vi è stato poi chi, optando per un'interpretazione restrittiva della nozione d'arbitrato, ha escluso dalla sfera di applicazione di Bruxelles solo i procedimenti finalizzati al funzionamento della procedura arbitrale.

Così molti hanno auspicato un apposito cambiamento del testo regolamentare sostituendo il termine "arbitrato" con quella di "procedura arbitrale" o con quella di "controversia in materia arbitrale", a seconda se si opti per un'interpretazione più restrittiva o più estensiva dell'eccezione.

Nonostante il lavoro di ermeneutica svolto dai giudici di Lussemburgo, le difficoltà esegetiche oggi rimangono innanzitutto per quegli istituti cui è mancata una pronuncia della Corte di giustizia. I punti certi forniti in proposito dalle relazioni sulla convenzione di Bruxelles e sulle successive adesioni sono, a ben vedere, due: 1) le regole sulla competenza formulate nel testo di Bruxelles sono inapplicabili di fronte agli arbitri; 2) i lodi arbitrali non possono benefi-

ciare della disciplina di riconoscimento prevista per le sentenze giudiziali. Rimangono, invece, irrisolte numerose questioni intermedie, in forza di una precisa circoscrizione della portata da attribuire alla nozione di "arbitrato" in senso europeo.

L'eventualità di un futuro profilarsi di casi dubbi, per i quali le indicazioni interpretative della Corte di Lussemburgo non sempre risultino adeguate, ha portato parte della dottrina internazionalistica ad optare per il superamento dell'esegesi letterale del testo di Bruxelles (*i.e.*, cosa significhi la nozione di arbitrato), prospettando, per chiarire i casi dubbi, l'uso di un metodo interpretativo teleologico, che legga gli istituti in armonia con i motivi ispiratori della normativa e proteso al perseguimento di un "effetto utile" della normativa regolamentare europea, mirante cioè a comuni criteri di buona amministrazione della giustizia e, più in generale, a favorire gli obiettivi dell'intero ordinamento europeo[96]. Più specificatamente, si avverte la necessità, nell'obiettivo generale di corretta amministrazione della giustizia, di interpretare le norme di Bruxelles nell'ottica sia di protezione giuridica delle persone residenti all'interno dell'Unione (ad esempio, attraverso il rispetto del loro diritto di difesa), sia di prevenzione di giudizi concorrenti e di conflitti di giudicati, sia, infine, di facilitazione della libera circolazione delle decisioni (in sede di riconoscimento ed esecuzione)[97].

---

[96] C. Pettinato, *Provvedimenti provvisori ed arbitrato nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, cit., p. 331. Ma a ben vedere non c'è niente di nuovo in tutto questo, poiché il metodo c.d. obiettivistico – mirante cioè a chiarire i termini di un trattato alla luce del suo oggetto e scopo – è oggi lo strumento interpretativo tendenzialmente prevalente in diritto internazionale, che, non va dimenticato, è campo ove si è mossa la convenzione di Bruxelles, seppure in seguito adattato alle peculiarità del sistema normativo in esame nell'ambito dell'ordinamento dell'U.e. Così Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 46 ss., che mette in luce il fatto che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è emersa una riluttanza per il tradizione principio internazionalprivatistico favorevole a privilegiare tra le varie interpretazioni di un trattato, quella meno idonea a comprimere la libertà degli Stati, mentre si mira a "potenziare nella Comunità la tutela giurisdizionale delle persone residenti sul suo territorio"(p. 48).

[97] Cfr. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, 1996, pp. 7-8. In giurisprudenza, Corte di giust., 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Aldina Malgorzana Jany*, in *Racc.*, 2001, I, p. 8615 ss., punto 47.

Con tale modalità esegetica vanno pertanto risolti i casi dubbi di applicazione del testo di Bruxelles in occasione dell'interferenza tra giustizia statale ed arbitrale.

Come si è detto più volte, l'esclusione della materia arbitrale pone infatti ancora oggi questioni delicate, su alcune delle quali cercherò di dare ora uno sguardo d'assieme tentando di fornire una soluzione, dopo aver descritto lo stato dell'arte dottrinale e giurisprudenziale[98].

A) Procedimenti giudiziali (rientranti *ratione materiae* nell'ambito della convenzione-regolamento di Bruxelles) nei quali, dinanzi al giudice, viene sollevata un'eccezione d'arbitrato.

La questione è stata per lungo tempo controversa e solo con il caso *West Tankers* ha trovato espressa e definitiva soluzione. Precedentemente, infatti, la giurisprudenza *Marc Rich-Van Uden* non aveva mai direttamente affrontato il problema relativo all'applicabilità del testo di Bruxelles in un procedimento che per il suo oggetto rientrasse nel suo campo d'applicazione (per esempio, controversia in materia contrattuale), ma nel quale si dovesse decidere preliminarmente circa l'esistenza o la validità di una clausola arbitrale. Ecco perché parte della dottrina riteneva pregiudiziale l'accertamento dell'esistenza della clausola compromissoria e pertanto una collocazione della lite fuori regime Bruxelles[99].

---

[98] Una rassegna delle situazioni problematiche in Van Haersolte-Van Holf, *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*, cit., p. 27 ss.; Mourre; *Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage*, cit., p. 414 ss.; Kessedjian, *Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 699 ss.

[99] Così Audit, *L'arbitrage, le juge et la Convention de Bruxelles*, p. 17, secondo cui la convenzione non avrebbe dovuto essere applicata finché gli arbitri non avessero accertato l'inesistenza o l'invalidità della clausola. Nello stesso senso Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, pp. 29-30 e C. Pettinato, *Provvedimenti provvisori ed arbitrato*, cit., p. 324 ss., in partic. p. 330. Anche nella relazione *Schlosser*, par. 64, si sostiene che "anche per una decisione di un organo giurisdizionale, che stabilisce la validità o meno di un compromesso arbitrale, o che impone alle parti, a motivo d'invalidità, di non proseguire in una procedura arbitrale, non si può fare riferimento alla convenzione". *Contra*, Hascher, in nota alla sent. *Marc Rich*, cit., spec. p. 700. Nella relazione Evrigenis-Kerameus (par. 35), si sostiene poi l'applicabilità della convenzione di Bruxelles nel caso in cui si discuta sul "controllo incidentale della validità del compromesso, richiesto da

In realtà, ciò che è decisivo ai fini della discussione è che, anche in questa ipotesi, come nei casi *Marc Rich* e *Van Uden*, l'eccezione di validità e di esistenza della clausola arbitrale si presenta sempre come questione pregiudiziale rispetto ad una domanda principale che ricade nell'ambito di Bruxelles. Così il giudice competente per la domanda principale può conoscere, incidentalmente, anche di questioni di cui non potrebbe conoscere a titolo principale, perché riguardanti materie escluse dall'ambito della convenzione.

Come si è detto, tale tesi ha avuto definitivo conforto nella sent. *West Tankers* ove l'oggetto della domanda giudiziale rientra proprio nell'ambito di applicazione delle norme di Bruxelles, e non viene a queste sottratte per il solo fatto di una contestazione preliminare circa l'esistenza di una clausola arbitrale.

Condividendo tale conclusione, l'applicazione del regolamento può, pertanto, a mio parere, escludersi oggi solo in presenza di una domanda autonoma di accertamento dell'arbitrabilità della controversia, così come di validità della clausola[100]. In questi casi, come sembra emergere anche dalle relazioni di accompagnamento, la domanda giudiziale avrebbe, infatti, per oggetto principale un aspetto della procedura arbitrale, che condurrebbe senz'altro ad uscire dall'ambito applicativo di Bruxelles[101].

---

una parte per contestare la competenza della giurisdizione dinanzi a cui è intenta la causa conformemente alla convenzione".

[100] Come è avvenuto in *Queen's Bench Division, (Commercial Court)* 6 novembre 2001, *Navigation Maritime Bulgare v. Rustal Trading Ltd. and Others, (The "Ivan Zagubanski")*, in *Lloyd's Rep.*, 2002, p. 106.

[101] La stessa relazione Schlosser (par. 62), afferma che l'esclusione "investe i procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato solo quando essi si riferiscono, nel merito, alla suddetta procedura arbitrale e non trattino solo incidentalmente, in sede di accertamento della competenza del giudice, della validità del compromesso d'arbitrato". Analogamente la relazione Jenard (al punto IV) sottolinea che le materie escluse lo sono soltanto se costituiscono l'oggetto principale della causa, non quando costituiscono materia incidentale.

B) La contemporanea pendenza di un arbitrato e di un processo giudiziale straniero sulla medesima lite.

Come abbiamo visto commentando le conclusioni dell'avv. generale Darmon nel caso *Marc Rich*[102], si pone con frequenza il problema, mai affrontato purtroppo dalla Corte, del conflitto eventuale tra una pronuncia arbitrale e un giudizio statale relativamente alla medesima causa che si svolgono in Stati diversi. È lecito domandarsi allora se si ricada o meno nella situazione di litispendenza *ex* art.27 del regolamento[103], il quale, come è noto, prevede che il giudice successivo sospenda d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice precedentemente adito.

In realtà, non vi è alcuna disposizione regolamentare che possa indurre a far estendere il principio della litispendenza internazionale tra giudici al rapporto giudice-arbitro straniero e ciò mi sembra faccia escludere, da subito, l'applicabilità del testo di Bruxelles[104]. Il problema va pertanto risolto attraverso le singole normative nazionali e secondo i particolarismi delle *lex arbitri*. Nel panorama europeo vi sono infatti alcuni paesi che impongono ai giudici di dichiararsi incompetenti allorché venga invocata una clausola arbitrale[105], altri che ammettono, in certi casi, un principio di litispendenza (più o meno pura) tra giudice e arbitro (è il caso di Germania, Belgio e Svizzera)[106].

---

[102] Nelle sue conclusioni l'avv. generale Darmon ha evocato più volte il problema della litispendenza, ma ha invitato la Corte a non esaminarlo in quanto non pertinente (par. 23 conclusioni).

[103] Su cui v. Lupoi, *Conflitti*, cit., p. 615 ss.

[104] V. sul punto il testo di *Queen's Bench Division*, 4 novembre 1996, *c. The Lake Avery*, in *Lloyd's Law Rev.*, 1997, 1, p. 540.

[105] È il caso della Francia che riconosce la priorità assoluta dell'arbitro a decidere della propria competenza in virtù dell'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz ex* art. 1458 *N.c.p.c.*

[106] Per un riepilogo della materia mi permetto di rinviare a Rasia, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di "lis alibi pendens" nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim.dir. proc.civ.*, 2004, p. 1071 ss.; oltre che a Consolo, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 595 ss. Seppure riguarda un rapporto tra un Stato A.e.l.s. ed uno extra-U.e., è interessante la soluzione data dal sistema elvetico e la sua evoluzione. Con la sentenza del Tribunale federale svizzero, 14 maggio 2001, *Fomento c. Colòn*, in *ATF*

Ciò dimostra che il problema della contemporanea pendenza di arbitrato e giudizio statale rimane inevitabilmente privo di una uniformità di soluzioni e si pone fuori dalla disciplina di Bruxelles.

In materia mi sembra che sia d'aiuto, quale normativa generale (e al di là delle singole soluzioni nazionali), solo la convenz. di Ginevra del 1961, la quale prevede, all'art. 6, comma 3, che se un procedimento arbitrale è stato introdotto prima di un giudizio statale tra le stesse parti ed avente ad oggetto l'esistenza o la validità della clausola compromissoria, quest'ultimo verrà sospeso, salvo gravi motivi, fino alla pronuncia del lodo[107].

Tale rimedio costituisce tuttavia una soluzione solo parziale in quanto si può applicare solo tra persone che risiedono in Stati contraenti diversi – ma non tutti gli Stati membri lo sono – e solo se l'arbitrato precede il giudizio ordinario.

È pertanto evidente in questo campo è necessario un intervento più radicale da parte del legislatore europeo che stabilisca nel regolamento un sistema di coordinamento, fissando la competenza esclusiva di un giudice prestabilito o, a monte, una norma di conflitto uniforme. In via alternativa si può pensare ad un intervento sul piano delle convenzioni internazionali in materia arbitrale.

Problema connesso con quello prospettato, sebbene diverso nei presupposti, è quello riguardante la questione se l'esistenza di un arbitrato straniero possa attrarre fuori dall'ambito di applicazione del testo di Bruxelles, una causa giudiziale con questo connessa. In sen-

127 III, p. 279 ss., veniva riconosciuto l'obbligo degli arbitri con sede in Svizzera di sospendere il procedimento arbitrale, in caso di effettiva previa instaurazione di un giudizio statale estero (in quel caso panamense), così interpretando in maniera analogica ed applicando al campo arbitrale l'art. 9 *L.d.i.p.* svizzera riguardante i rapporti tra autorità giudiziarie statali (v. Rasia, *op. ult. cit.*). A seguito di tale decisione, nel timore di evitare la sospensione automatica degli arbitrati elvetici e il blocco del sistema, il legislatore del 2007 modificava l'art. 186, comma 1, lett. a) *L.d.i.p.* conferendo all'arbitro il potere (seppure non in modo esclusivo) di decidere sulla propria competenza, evitando così ogni sospensione che non fosse fondata su seri motivi. Da qui le dure critiche di Poudret (*Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse. Comment départager le juge et l'arbitre ?*, in *Asa Bull.*, 2007, p. 230 ss., spec. p. 238), il quale mette in evidenza che la riforma legislativa crea un pasticcio, non risolvendo al contempo né il problema della litispendenza tra arbitri e giudizi né imponendo il principio dell'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz* (adottato altrove).

[107] Cfr. anche Van Houtte, *May Court Judgements*, cit., p. 89 ss.

so negativo si è ripetutamente espressa la giurisprudenza inglese affermando che in questi casi deve essere, ad ogni modo, applicato il criterio generale posto dalla convenzione-regolamento, sebbene sia stato instaurato un arbitrato, in virtù di una sorta di *vis atractiva* da parte del giudizio statale[108]. Tale soluzione mi sembra senz'altro coerente con il perseguimento di un effetto utile da parte della normativa regolamentare europea.

C) Riconoscimento di sentenze rese in violazione di una convenzione arbitrale.

Preliminarmente va stabilito che il regime del riconoscimento e dell'esecuzione previsto dal testo di Bruxelles è inapplicabile, per opinione consolidata, ai lodi arbitrali, stante la vigenza di convenzioni in materia (*i.e.*, conv. di New York).

Al pari, nessun problema esegetico si pone se la sentenza riconosce o dà esecuzione ad un lodo: si ricade, infatti, nella nozione d'arbitrato esclusa dal campo di applicazione della conv. di Bruxelles. Trattasi in realtà di un lodo "fuso" in una sentenza[109]. Nessun problema neanche nel caso opposto, cioè di rifiuto del giudice a dare riconoscimento od esecuzione al lodo: anche qui siamo al di fuori dell'alveo di Bruxelles.

Questione ben più complessa – già percepita nella sua problematicità dal prof. Schlosser e da lui non risolta[110] – è invece quella che riguarda il riconoscimento e l'esecuzione in uno Stato membro

[108] L'arbitrato infatti non può ritenersi l'oggetto principale della controversia sottoposta al giudice straniero (britannico). In questo senso la *Queen's Bench Division*, 22 febbraio 1995, *Qingdao Ocean Shipping co c. Grace Shipping Establishment ("The Xing Su Hai")* in *Riv. arb.*, 1997, p. 801 ss., con nota adesiva di D. Pettinato, *Procedimento giudiziario britannico collegato ad arbitrato estero, tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles del 1968.* Un'ulteriore conferma dell'approccio del Justice Rix un paio d'anni dopo si trova in un'altra pronuncia della stessa *Queen's Bench Division* 17 febbraio 1997, *Zellner v. Phillip Alexander Securities and Futures Ltd.*, in *Internat. lit. proc.*, 1997, p. 730 ss.

[109] Così avv. generale Darmon, punto 69 conclusioni. In dottrina, Audit, *L'arbitrage, le juge et la Convention de Bruxelles*, cit., p. 23. Vedi anche relazione Schlosser, punti 64-65.

[110] Cfr. relazione Schlosser, cit., par. 62, già ampiamente esaminata *supra* al par. 3.

di una sentenza pronunciata a seguito di un'eccezione di esistenza o validità di un accordo arbitrale (questione sollevata o comunque rigettata nel corso del processo.

Come rilevato di recente in dottrina, il caso è spinoso e sul piano comparatistico si possono individuare sinteticamente tre orientamenti[111].

Parte della dottrina (quella maggioritaria) sostiene che l'esclusione prevista da Bruxelles riguardi solo i procedimenti giudiziari che hanno quale oggetto principale la procedura arbitrale e pertanto ritiene riconoscibili, ai sensi del regolamento, le sentenze straniere in cui la questione arbitrale si pone solo incidentalmente nell'esame che il giudice *a quo* fa sulla propria competenza[112]. All'interno di questo orientamento (che ammette la circolazione) vi è, tuttavia, chi sostiene che la decisione emessa possa circolare senza limiti[113], e chi

---

[111] V. Consolo, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 609 ss., nota 9.

[112] In tal senso v. Kaye, *Law of the European Judgments Convention*, Chichester, 1999, p. 50; North-Fawcett, *Chesire and North, Chesire and North's Private International Law*, 1992, pp. 435-436; Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario*, cit., pp. 421-422. In giurisprudenza nello stesso senso due pronunce tedesche (*OLG Celle*, 8 dicembre 1977, in *Recht der internat. Wirtchaft*, 1979, pp. 131-131 e *OLG Hamburg* 5 agosto 1993, in *Praxis des internat. Priv.*, 1995, p. 391), due inglesi (*Queen's Bench Division*, 16 dicembre 1993, *c. The Heidberg*, in *Dir. mar.*, 1995, p. 824 ss., ove la *High Court*, stabilendo che l'art. 1, comma 2, n. 4 della convenz. non vale nei confronti della sentenza straniera che ritenga insussistente una clausola arbitrale, si spinge a ritenere ammissibile la circolazione ai sensi del regime Bruxelles anche delle sentenze che abbiamo come oggetto principale la validità della convenzione arbitrale; nonché *Queen's Bench Division*, 15 maggio 1996, c. *Phillip Alexander Securities and Futures Ltd. v. Bamberger*, in *Internat. lit. proc.*, 1997, p. 73 ss., ove si evidenzia che la decisione su una clausola arbitrale non è una decisione in materia d'arbitrato ai sensi della convenzione. Va comunque detto che entrambe contengono interessanti spunti sulla possibilità di concedere *antisuit injunctions* per sbarrare preventivamente la circolazione della sentenza), una francese (*Cour de cassation*, 14 novembre 2000, in *Rev. arb.*, 2001, p. 511 ss., con nota di Idot, che vede, curiosamente, una tacita rinuncia all'arbitrato nella mancata deduzione dell'eccezione arbitrale davanti al giudice dello Stato *a quo*).

[113] Non vi sarebbe alcun ostacolo da parte dell'art. 34 reg. (*ex* artt. 27-28 conv.) per la circolazione e dunque il riesame del giudice *ad quem* non potrebbe aver luogo. V. Kaye, *Law of the European Judgments Convention*, cit., e, alla fin fine, anche Consolo, *L'arbitrato con sede estera*, cit., p. 612 in nota.

ritiene invece che sia necessario riesaminare la sentenza in quanto il limite dell'ordine pubblico processuale *ex* art. 34 reg. potrebbe impedire la circolazione allorché, *ictu oculi*, il giudice *ad quem* ritenga che fosse stata violata la convenzione arbitrale[114].

Altra parte della dottrina, specialmente francese (da sempre notoriamente favorevole all'uso dell'arbitrato), interpretando l'esclusione dell'arbitrato dal sistema di Bruxelles in maniera allargata, ritiene invece che vi rientrino anche le sentenze, il cui giudice abbia trattato e negato la sussistenza e validità della clausola in via incidentale. Secondo tale dottrina, non applicandosi il regime di Bruxelles a tali decisioni[115], il giudice *ad quem* potrà valutare liberamente la questione senza essere vincolato dalle conclusioni del giudice che ha emesso la decisione e quindi anche rifiutarne il riconoscimento se rileva l'esistenza ed efficacia dell'accordo arbitrale[116]. Sul punto, taluni hanno comunque ritenuto necessario individuare un parametro tramite cui impedire o meno il riconoscimento della sentenza del giudice *a quo*: ciò è stato individuato nella "mera apparenza di convenzione arbitrale". Ravvisando tale circostanza, il giudice del riconoscimento dovrà rimettere le parti agli arbitri *ex* art. II, conv. di New York (da ritenersi prevalente sul testo di Bruxelles in virtù del rinvio dell'art. 71 reg.)[117].

Un terzo e ultimo orientamento in dottrina, in posizione intermedia fra i due sopra citati, ritiene che le decisioni che rigettano od omettono di pronunciarsi su un'eccezione arbitrale, non rientrando nella nozione di materia arbitrale esclusa, possano circolare secon-

---

[114] Così Schlosser, in Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1994, sub § 1044, *Vorbemerkungen*, pp. 387-388.

[115] V. Audit, *Arbitration and the Brussels Convention*, cit., p. 12 ss.

[116] Così anche Gaja, *op. cit.*, 421-422, che, condividendo la tesi allargata dell'esclusione, ritiene che "gli Stati contraenti sono liberi, in base alla convenzione, di non dare alcun effetto ai procedimenti o lodi arbitrali. Possono quindi valutare liberamente l'esistenza e la validità della convenzione arbitrale ed eventualmente escludere che su di un procedimento giudiziario incida la pendenza di un procedimento arbitrale all'estero o la pronuncia di una sentenza arbitrale", salvi ovviamente i limiti posti in attuazione dalle convenzioni internazionali, come quella di New York del 1958.

[117] Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, pp. 228-229; Hascher, *Recognition and Enforcement of Judgements on the Existence and Validity of an Arbitral Clause under Brussels Convention*, cit., p. 58 ss.

do il regime di Bruxelles, salva tuttavia la possibilità per il giudice *ad quem* di controllare la validità del compromesso secondo le proprie norme di d.i.p. (e non secondo le norme di ordine pubblico dello Stato richiesto)[118].

Mi sembra che la prima soluzione sia da preferire in quanto più in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia che, abbiamo detto, focalizza l'attenzione all'oggetto principale della lite e non può essere influenzata dal rilievo di una questione incidentale. In questo senso, se l'oggetto del merito rientra nel testo di Bruxelles, la sentenza può tranquillamente circolare ai sensi dell'art. 34 reg. Si tratta solo di rintracciare il parametro su cui calibrare il controllo del giudice del riconoscimento. Mi sembra che una soluzione che circoscriva la rivisitazione del giudizio *a quo* – per esempio limitandolo ad una violazione evidente o manifesta della clausola arbitrale – sia più in linea con la *ratio* del dettato di Bruxelles, il cui scopo è quello di unificare ed agevolare la circolazione dei provvedimenti giudiziari all'interno dello spazio europea, nonché al riconoscimento dei lodi stranieri per violazione di norme di ordine pubblico (come abbiamo visto nel cap. IV).

Ad ogni modo, di fronte a questa polifonia di soluzioni, frutto di una diversa concezione della nozione di arbitrato, è stato ritenuto – a ragione – necessario l'inserimento nel regolamento di una norma *ad hoc* che risolva il problema a monte. In tale direzione si orientano anche le proposte modifiche del testo regolamentare, che di seguito tratteremo, le quali individuano infatti in un giudice prestabilito (quello della sede arbitrale) l'organo deputato alla soluzione di tale problema[119].

---

[118] V. Besson, *Le sorte et les effets a sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond*, in Aa.Vv., *Etudes de procédure et arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Losanna, 1999, p. 343 ss. Condividendo tale tesi tuttavia il controllo da parte del giudice dovrebbe passare sostanzialmente attraverso il vaglio dell'art. 34, n. 4, del reg. n. 44 del 2001 (e non attraverso il n. 1, come nel caso della contrarietà dell'ordine pubblico), ovvero, rifiuto di riconoscimento a causa del contrasto con le norme d.i.p. dello Stato richiesto.

[119] Così Consolo, *L'arbitrato con sede estera*, cit., p. 611 in nota.

9. *Le proposte di modifica del reg. Ce n. 44 del 2001 relativamente all'esclusione dell'arbitrato: "the Heidelberg Report" del settembre 2007 e il Libro Verde dell'aprile 2009*

Abbiamo anticipato più volte che le aporie e le questioni sollevate dall'esclusione della nozione di arbitrato dall'art.1, comma 2, lett. d) del regolamento sono oggi oggetto di revisione da parte del legislatore dell'Unione. In virtù dell'art. 73 del reg. Bruxelles I, la Commissione ha, di recente, presentato al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico sociale una relazione sull'applicazione del regolamento stesso nei primi cinque anni dalla sua entrata in vigore[120], accompagnata da un Libro Verde sulla revisione del regolamento[121]. Tali documenti sono stati redatti in larga parte sull'elaborazione di uno studio dell'Università di Heidelberg, pubblicato nel settembre 2007 (c.d. *Heidelberg Report*), che ha costituito il canovaccio per le proposte di emendamento del testo del regolamento oggi vigente[122].

---

[120] Si tratta della COM (2009) 174 def., pubblicata il 21 aprile 2009, che si può leggere nel sito web *http://eur-lex.europa.eu.*

[121] Si tratta della COM (2009) 175 def., pubblicata il 21 aprile 2009, che si può leggere nel sito web *http://eur-lex.europa.eu.*, ove l'esecutivo europeo lancia un'ampia consultazione tra le parti interessate nella prospettiva dell'adozione, prima della fine dell'anno, di una proposta riguardante la revisione del regolamento Bruxelles I. Sul Libro Verde, v. Draetta-Santini, *Arbitration exception and Brussels I Regulation: no need for change*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2009, p. 547 ss., nonché Consolo, *Brussels I Regulation*, cit., p. 269 ss.

[122] Si tratta del progetto di revisione del reg. n. 44 del 2001 (c.d. *Heildeberg Report*) del settembre 2007 presentato alla Commissione europea elaborato dai professori Hess, Pfeiffer e Schlosser (study JLS/C4/2005/03), cit. Per quanto riguarda la materia arbitrale, si veda l'estratto in *Gazette du palais*, 29 mars 2008, p. 5 ss. pubblicato sotto il titolo *Arbitrage et droit communautaire: faut-il maintenir l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement n. 44/01.* Il rapporto è stato redatto raccogliendo informazioni ed opinioni dagli operatori giuridici ed economici coinvolti nell'applicazione del reg. n. 44 del 2001 nei vari Stati membri secondo le seguenti modalità: in ogni singolo Stato alcuni giuristi (i "national reporters") hanno raccolto informazioni da almeno cinquanta tra giudici, avvocati e altri operatori del settore sulla base di un questionario prestabilito e i dati così raccolti sono stati inviati ai redattori del rapporto stesso (i "general reporters") che ne hanno elaborato una sintesi. In linea generale, il giudizio che ne emerge è che il funzionamento del reg. n. 44 del 2001 sia ampiamente soddisfacente.

Per quanto è di nostro interesse, a proposito dell'ambito di operatività del regolamento all'arbitrato[123], la Commissione nel suo Libro Verde e i redattori nazionali del *Report* – con tendenziali identità di contenuto sui vari temi esposti – hanno preso atto degli ottimi risultati cui è giunta la convenzione di New York del 1958 in materia di riconoscimento dei lodi tanto da manifestare timori a proposito di un'estensione del campo di applicazione del testo regolamentare nei confronti dell'arbitrato. Al contempo hanno tuttavia constatato il permanere di problemi tecnici di coordinamento tra arbitri e giudici in caso di esclusione dell'istituto arbitrale dal regolamento.

I problemi di coordinamento riscontrati dall'*Heildeberg Report* sono sostanzialmente a noi già noti e sono quelli delineati nel paragrafo precedente. Il Libro Verde prende coscienza dell'evoluzione giurisprudenziale elaborata dalla Corte di giustizia: i meccanismi processuali previsti dal diritto nazionale che possono rafforzare l'efficacia delle convenzioni arbitrali (*antisuit injunctions*) sono vietati (caso *West Tankers*); manca un'attribuzione uniforme di competenze sulle "ancillary measures" (caso *Marc Rich*); i provvedimenti provvisori riguardanti il merito di procedimenti arbitrali possono essere emessi, purché l'oggetto della lite rientri nel campo di applicazione del regolamento (caso *Van Uden*).

Per rafforzare l'efficienza dei procedimenti arbitrali all'interno dello spazio europeo, prevenire l'instaurarsi di procedimenti paralleli e migliorare la circolazione delle decisioni, il Libro Verde, recependo le proposte del *Report*, propone innanzitutto l'abrogazione dell'art. 1, comma 2, lett. d), in modo da includere anche l'arbitrato nella sfera di applicazione del regolamento. Tale estensione del testo regolamentare all'arbitrato, tuttavia, non viene vista nell'ottica di pregiudizio (in virtù del rinvio dell'art. 71 reg.) delle convenzioni internazionali in materia, *in primis* convenzione di New York, che continuano ad applicarsi senza ulteriori limiti.

Grazie a tale soppressione, si fa senz'altro rientrare nel campo di applicazione del regolamento i procedimenti giudiziari a sostegno dell'arbitrato ("ancillary measures"), a cui si possono accostare, direi, le decisioni di *exequatur* dei lodi compresi. Al contempo i re-

[123] Punto 106 ss. del *Report* cit.

dattori avvertono la necessità di individuare un giudice competente all'emissione di quest'ultimi procedimenti tramite l'inserimento di una nuova norma (un sesto comma all'art. 22[124]), secondo cui esso deve essere individuato nel giudice della sede dell'arbitrato, salva ogni contraria decisione delle parti[125].

L'abolizione dell'esclusione della materia arbitrale dal regolamento comporterebbe inoltre l'applicazione di tutte le norme del sistema di Bruxelles ai provvedimenti provvisori e cautelari a sostegno dell'arbitrato: saranno pertanto competenti alla loro emissione *ex* art. 31 reg. anche i giudici del luogo in cui l'arbitrato dovrà svolgersi.

Con riguardo al coordinamento tra procedimenti paralleli, la soppressione dell'esclusione dell'arbitrato avrebbe anche l'ulteriore l'effetto di consentire il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni che confermano od annullano un lodo arbitrale – con evidente diminuzione di rischio di instaurazione di procedimenti giudiziali e arbitrali paralleli – permettendo al contempo il riconoscimento delle decisioni sulla validità di una convenzione arbitrale. Sul punto, il Libro Verde delinea due ipotesi di coordinamento per individuare il giudice competente al riconoscimento: a) dare la priorità al giudice dello Stato membro in cui si svolge l'arbitrato affinché decida sull'esistenza/validità della clausola; b) stabilire una norma di conflitto uniforme sulla validità della clausola arbitrale, connessa alla legge del paese della sede dell'arbitrato[126].

---

[124] Dal seguente tenore: art. 5: "The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, […] (6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place".

[125] Quanto alla determinazione della sede dell'arbitrato, si propone di inserire una nuova norma che la determini (uniformemente) in base a quanto convenuto dalle parti o in base alla decisione degli arbitri. Se la sede dell'arbitrato non può essere individuata neanche in tal modo, il Libro Verde, al contrario del *Report* (v. § 125 e seguendo invece l'idea di Van Houtte, v. *infra*) propone di rivolgersi al giudice dello Stato membro che sarebbe competente a conoscere della controversia ai sensi del regolamento in mancanza di convenzione arbitrale.

[126] Il *Report* sul punto stabiliva, perentoriamente, che la competenza del giudice della sede, inoltre, sussisterebbe anche in ipotesi di litispendenza con altro giudice di un altro Stato membro (che avrebbe sospeso il procedimento di merito), in caso di questioni inerenti l'esistenza e l'operatività di una convenzione arbitrale (nuovo art. 27 A). L'introduzione di tale norma aveva il fine di concentrare tutti

Diversamente dal *Report*, in cui rimangono comunque fuori dal coordinamento i rapporti con un processo arbitrale già instaurato, previsto invece da altri studiosi[127], il Libro Verde auspica, infine, l'inserimento di una norma che consenta di negare il riconoscimento ad una decisione giudiziale in caso di contrasto con un lodo arbitrale[128].

---

i procedimenti sulla validità della clausola compromissoria presso il giudice della sede dove si svolge l'arbitrato. In questo modo, sarebbe stato sempre il giudizio di merito in cui fosse eccepita l'esistenza della clausola compromissoria ad essere sospeso indipendentemente se preveniente o prevenuto, con effetti potenzialmente disastrosi sulla lite (in virtù della sospensione: obbligata o discrezionale?), ancor di più poi se l'altro giudizio (quello della sede dell'arbitrato ove fosse stata proposta la domanda volta ad accertare la validità ed efficacia della clausola) affronta (come è lecito) tutti i gradi di giudizio. In questo caso, una soluzione per l'Italia, è stata proposta da Consolo *Arbitration and Ec Law*, cit., p. 105, che ha immaginato *de iure condendo* l'uso immediato del "regolamento di giurisdizione" in materia di validità delle clausole compromissorie

[127] L'*Heidelberg Report* non ha ritenuto di condividere la proposta di Van Houtte (*Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?*, cit., p. 518 ss., qui alla lett. c). La proposta legislativa dello studioso belga prevedeva, oltre l'eliminazione l'eccezione dell'art. 1, comma 2, lett. d), di modificare il regolamento sotto tre profili: a) allargare l'art. 22 reg. aggiungendo un capo di competenza esclusiva per i giudici della sede d'arbitrato che emettono misure di sostegno all'arbitrato. In caso di mancanza di determinazione della sede, la misura sarebbe stata richiesta direttamente al giudice dello Stato membro che sarebbe competente a conoscere della controversia ai sensi del regolamento in mancanza di convenzione arbitrale (diversamente da quanto stabilito al punto 125 dal *Report* che prevedeva di conferire la competenza al giudice della capitale del paese competente ai sensi del regolamento); b) aggiungere un articolo apposito (art. 23-*bis*) che stabilisca che, in presenza di una clausola compromissoria scritta per un arbitrato con sede in uno Stato membro, il giudice di altro Stato membro non sarà competente a decidere nel merito fintantoché il tribunale arbitrale o il giudice d'impugnazione del lodo non abbia ritenuto l'invalidità o l'inefficacia della clausola arbitrale; c) restringere il campo di riconoscibilità allorché le decisioni dei giudici statali siano incompatibili con lodi (non annullati) resi in altri Stati membri sulla medesima controversia. Fortemente critici nei confronti dell'*Heidelberg Report* sono alcuni giuristi francesi del Gruppo di lavoro francese dell'*Icc*, nel *Rapport du groupe de travail et résolution d'ICC-France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les États membres de l'Union européenne (22 mai 2008)*, in *Cah. arb.*, 2008, p. 20 ss., su cui la pronta risposta di Hess-Pfeiffer-Schlosser, nel dattiloscritto *Brussels I Regulation and Arbitration. Findings and Proposals of the Heidelberg Report*, 1° dicembre 2008, oggi reperibile anche nel sito web *www.transnational-dispute-management.com/content.htm*.

[128] Quanto al riconoscimento ed esecuzione dei lodi (siano essi europei che di Stati terzi), secondo il *Report* (punti 127 ss.), tale materia, anch'essa collocata

In conclusione, l'idea che viene fuori allo stato dei lavori è di mantenere un giusto equilibrio tra l'ambito di applicazione del reg. di Bruxelles e la convenz. di New York evitando stravolgimenti nel testo del primo e mantenendo intatto (almeno per ora) quello della seconda, con pregio di risolvere alcuni dei problemi posti nel paragrafo precedente.

10. *Considerazioni conclusive e prospettive "de iure condendo"*

A questo punto, in attesa delle modifiche legislative che dovessero intervenire nel frattempo, bisogna abbozzare delle conclusioni alla luce dell'attuale stato dell'arte.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, pure supportata dalle relazioni dei *conditores* della convenzione di Bruxelles, ha fatto poca chiarezza sull'esatta portata dell'esclusione dell'art. 1, comma 2, n. 4, evitando, forse volontariamente, di esporsi troppo (diversamente dagli avvocati generali) e di enunciare principi generali in una materia così delicata come quella dei rapporti tra arbitrato e giurisdizioni degli Stati membri. Manca pertanto una precisa nozione di che cosa sia o non sia "arbitrato". Tale assunto si può giustificare solo con l'atteggiamento di indifferenza che le istituzioni europee hanno mantenuto (e mantengono) nei confronti di un settore ove si vuole sia lasciare alle singole discipline processuali la regolamentazione dei rapporti giudici-arbitri, sia agli arbitri la più ampia libertà di movimento.

L'unica via seguita dai giudici del Kirchberg è stata quella, evidentemente più protezionistica nei confronti del testo di Bruxelles, di evitare che cause con oggetto rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento finissero involontariamente fuori dalla disciplina europea. Solo per fare un esempio, basterebbe un'eccezione di arbitrato nel corso del giudizio per far saltare l'applicazione del sistema processuale uniforme.

---

fuori dall'esclusione del regolamento, troverebbe, tramite l'art. 71 reg. la propria naturale regolamentazione nella convenzione di New York e nelle singole normative nazionali.

Come ho più volte ribadito, sembra evidente che l'unico criterio ritenuto decisivo seguito dalla giurisprudenza europea per l'applicazione del sistema regolamentare è l'individuazione dell'oggetto principale della lite. In caso di materia che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento, le norme di Bruxelles non si applicano se, in occasioni di misure giudiziali, la domanda (principale) verte sulla materia arbitrale (come, per esempio, la sussistenza e l'applicabilità del patto d'arbitrato) mentre si applica se la medesima questione (arbitrale) è solamente pregiudiziale. Rimane solo da definire con precisione quale sia il giudice competente a fornire la misura giudiziale nel caso in cui si abbia a che fare con una domanda che ha per oggetto principale, per esempio, la validità del patto arbitrale, questione che deve trovare un'immediata soluzione a livello convenzionale, al di là delle singole soluzioni nazionali, se si vuole continuare a mantenere la nozione di arbitrato fuori dal campo di Bruxelles.

In un quadro complessivo, mi sembra che la tendenza attuale, sia dei giudici che del legislatore europeo, sia quella di non toccare il terreno dell'arbitrato, ma semmai limitare quello giudiziale[129]: così è il regime arbitrale ad attrarre quello giudiziale di nomina (caso *Marc Rich*) o quello di concessione di un'*antisuit injunction* (caso *West Tankers*). Quello che ne emerge è sicuramente un rispetto molto profondo per l'arbitrato o comunque, detto con più disincanto, la manifestazione reale di non voler "mettere le mani" sulle norme dell'arbitrato.

Non toccare l'arbitrato è l'impegno che anche i redattori dell'*Heidelberg Report* e del Libro Verde si sono infatti prefissati. Al contempo, non si può condividere l'idea di chi sostiene di non modificare in assoluto il testo del regolamento, nel timore di un'ingerenza statale nel campo arbitrale[130]. L'illustrazione fatta in precedenza mostra che problemi di coordinamento tra arbitri e giudici nello spazio giudiziario europeo esistono e non possono più attendere, così come nel campo del riconoscimento delle decisioni che hanno statuito in

[129] Legislatore che non ha minimamente cambiato la norma nel passaggio da conv. a regolamento Bruxelles I, né tantomeno in occasione della recentissima modifica della parallela conv. di Lugano.

[130] Come sostenuto da Mourre, *Should arbitration stay excluded from the scope of application of Regulation 44/2001*, in *Asa Bull.*, 2006, p. 802.

materia arbitrale: ne va del rispetto dell'efficienza dei procedimenti arbitrali all'interno dell'Unione, dell'osservanza delle norme della conv. di New York (applicate peraltro in tutto il mondo), dell'uniforme applicazione del reg. Bruxelles I, dei potenziali contrasti tra giudicati e dell'instaurazione parallela di medesime liti che possono sorgere[131].

Sia nel campo della giurisdizione che in quello del riconoscimento, in un'ottica che mi sembra oramai tesa ad inglobare l'arbitrato nel campo di Bruxelles, è pertanto auspicabile un intervento mirato del legislatore – che non significa ingerenza dei pubblici poteri nella procedura arbitrale – attraverso innanzitutto il conferimento della competenza esclusiva ad un giudice prestabilito, possibilmente quello della sede (da ritenersi il migliore di supporto alle parti dell'arbitrato), che decida in tutti i casi di "ancillary measures" nonché in tutti i casi di sussistenza, validità, portata della convenzione arbitrale. Il passo ulteriore sarà poi quello di rendere vincolanti le decisioni di tale giudice negli altri Stati membri, aspetto questo che sembra essere stato dimenticato dal Libro Verde. Sembra, infine, condivisibile lo scrupolo della Commissione, in caso di difficoltà dell'individuazione della sede, di inserire una regola uniforme che affida la soluzione del problema al giudice che sarebbe competente, ai sensi del regolamento, a conoscere della lite in mancanza della clausola arbitrale.

Una soluzione di coordinamento effettivo tra arbitrato e giudizio ordinario è peraltro oggi imposta a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona che, come abbiamo detto più volte, introducendo l'art. 81 tr. Fue, vuole mirare a rendere effettivo in via generale l'accesso alla giustizia.

Sotto questo profilo, un rigoroso coordinamento tra giustizia privata e statale sembra quasi un atto doveroso per il cittadino

[131] Così come emerge dall'ipotesi delineata, non bisogna tuttavia pensare ad una modifica del reg. Bruxelles I come ad un vaso di Pandora delle soluzioni di tutti i problemi di coordinamento tra arbitri e giudici. Le modifiche del regolamento (cancellazione dell'esclusione dell'arbitrato) infatti non risolverebbero il caso del lodo, prima riconosciuto all'estero, e poi annullato nel paese d'origine. In questo caso vi sarebbe comunque il permanere di due provvedimenti contrastati in Stati diversi. Ciò è, come è noto dal cap. IV, quanto è accaduto nel caso *SNF c. Cytec*, dove il lodo prima riconosciuto in Francia ed è stato poi annullato in Belgio.

dell'Unione che, nell'atto di scegliere l'una o l'altra via, deve poter a monte configurarsi i criteri determinativi della giurisdizione in modo precostituito, certo e prevedibile anche quando questi lambiscono o si sovrappongono alla materia arbitrale. Ciò è coerente al fatto che il trattato di Lisbona ha voluto conservare nel trattato Fue, anche nell'ottica di buon funzionamento del mercato europeo, la necessità di garantire il riconoscimento e l'esecuzione reciproca tra gli Stati membri non solo delle decisioni giudiziarie ma anche di quelle stragiudiziali, così come quella di potenziare la notificazione e la comunicazione degli atti anche stragiudiziali, ove stragiudiziale significa anche arbitrale.

Mi sembra che a partire dalle conclusioni di Lisbona si assista pertanto ad una reiterata e nuova proposizione dello sforzo europeo – successivo all'intervento positivo portato dall'art. 65 tr. Ce – per assicurare una tutela giurisdizionale completa, adeguata ed efficace non solo nel campo dell'individuazione del giudicante competente ma anche in quello della circolazione delle decisioni senza discriminazioni tra giudice statale e privato.

In aderenza all'introduzione del trattato di Lisbona, sembra allora inevitabile un'eliminazione dell'esclusione dell'arbitrato dai testi di Bruxelles-Lugano e un suo inserimento nelle regole dello spazio giudiziario europeo, anche per la parità degli effetti che questo produce nei confronti dei cittadini, nei confronti dei quali vanno eliminati gli ostacoli processuali che impediscano l'utilizzo del servizio giustizia in occasione di situazioni di coordinamento tra giudice statale e arbitrale.

Conclusioni

VERSO UN ARBITRATO EUROPEO?

Nel corso del lavoro sono stati studiati i mutevoli atteggiamenti che hanno caratterizzato e continuano a caratterizzare i rapporti tra ordinamento europeo ed arbitrato, in particolare quando quest'ultimo è frutto di una convenzione liberamente stipulata dalle parti.

Al termine delle riflessioni fin qui sviluppate, occorre dare un significato complessivo all'elaborazione svolta, in parte anticipato dalle considerazioni conclusive presenti nei vari capitoli.

L'analisi ha dimostrato che, dello stato dell'arte, si delinea una soluzione diversa delle relazioni tra arbitrato e Unione europea, a seconda che ci si ponga nell'ottica europea (operazione che ho svolto nei capitoli I, II, V) o nell'ottica arbitrale, con ciò ricomprendendo anche quella del giudice statale che controlla il lodo in sede di impugnazione e di riconoscimento/esecuzione (operazione che ho svolto nei capitoli III e IV).

Dal punto di vista dell'istituzione europea, la chiave di lettura dei rapporti tra arbitrato ed ordinamento dell'Unione si risolve nella scelta di campo in cui l'interprete si pone ogniqualvolta esamina una problematica di diritto europeo, a seconda che prediliga la posizione più istituzionale-statalista o quella più funzionale-commerciale dell'ordinamento europeo. In quest'ultimo caso, a differenza del primo, è evidente che l'arbitrato si pone quale strumento ottimale per la soluzione delle controversie in ogni situazione, in diretta concorrenza con la giustizia statale. L'opzione dell'una o dell'altra posi-

zione risolve diversamente le relazioni tra i due istituti e, nonostante il confronto tra le due scelte sia ancora in corso, si registra una predilezione delle istituzioni europee per la posizione istituzionale.

Nettamente diverso è il problema delle relazioni quando ci si pone dall'ottica dell'arbitro: qui è immanente l'esigenza di rispettare il diritto europeo sia nel momento interpretativo che in quello applicativo. Due sostanzialmente i motivi che giustificano tale scelta: innanzitutto, il diritto europeo deve applicarsi in virtù del suo effetto diretto ogniqualvolta si applicano norme di uno Stato membro; in secondo luogo, il dovere di applicazione del diritto europeo nasce dalla necessità in capo all'arbitro di rendere un lodo valido ed efficace e che possa circolare. Queste due esigenze fanno concludere per la presenza nel sistema europeo di un dovere dell'arbitro di applicazione della normativa dell'Unione.

Lo studio sulle relazioni tra arbitrato ed ordinamento europeo fin qui condotto ha verificato che non vi è alcun rapporto biunivoco tra i due istituti, rilevando al contempo che l'arbitrato rivolge più attenzioni all'Unione di quanto questa ne rivolga allo strumento arbitrale.

Pertanto, se le relazioni tra ordinamento europeo e arbitrato diventano meno strette solo quando ci si pone nell'ottica dell'istituzione, è su questo fronte che bisogna soffermarsi per studiare se tale atteggiamento trova giustificazione anche alla luce della recente evoluzione normativa, introdotta dal trattato di Lisbona, che ha mutato gli obiettivi dell'Unione.

Nel corso del lavoro si è messo in evidenza che la Corte di giustizia non riconosce agli arbitri privati (o di fonte convenzionale) lo *status* di organi giurisdizionali abilitati al rinvio pregiudiziale creando un vuoto di tutela immediata per i cittadini, ed impedisce che le parti, avanti gli arbitri e in occasione di misure statali a questi accessorie, possano ricorrere alla garanzia delle norme (sicure ed uniformi) di competenza giurisdizionale e di riconoscimento delle decisioni stabilite dai testi di Bruxelles e Lugano. A ciò si aggiunga che continua a mancare una normativa (processuale) uniforme di fonte europea che eviti incongruenze, sul piano dell'esercizio della tutela giurisdizionale nei vari sistemi nazionali, in occasione del controllo

da parte dei giudici statali in sede di impugnazione o riconoscimento/esecuzione dei lodi che applicano il diritto dell'Unione.

Tutti questi settori – che sintomaticamente ho qualificato nel cap. I come di esclusione o di indifferenza da parte delle istituzioni dell'Unione – trovano oggi una scossa di assestamento in virtù dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che, come è noto, sancisce la conclusione della fase comunitaria della storia europea.

Il nuovo trattato abbandona gli obiettivi strettamente economici delle Comunità attraverso la creazione di un'Europa più democratica e trasparente, ove i diritti e le libertà della Carta dell'U.e. del 2007 e della C.e.d.u. entrano a far parte integrante del patrimonio dell'ordinamento europeo. Sono oggi evidenti le intenzioni delle istituzioni europee di porre al centro della propria politica legislativa non più (e non solo) il mercato e il funzionamento dello stesso quanto il singolo, l'individuo, il cittadino europeo, destinatario diretto di diritti nascenti dal trattato grazie, da una parte, all'introduzione in materia legislativa dello strumento dell'iniziativa popolare (*ex* art. 11 tr. Ue), e, dall'altra, in materia giudiziaria, promovendo l'accesso effettivo agli strumenti di tutela dei diritti (art. 81, comma 2, lett. e), tr. Fue).

Quest'ultimo profilo è quello che, ai nostri fini, ricopre il compito più rilevante. L'art. 81 tr. Fue, norma da ritenersi senz'altro programmatica e non immediatamente precettiva, ha il merito di promuovere tuttavia per la prima volta nei trattati europei un ampio accesso alla giustizia per i cittadini dell'Unione ma anche per gli individui in generale, in un'ottica (teleologica ma solo eventuale) di buon funzionamento del mercato.

Si tratta tuttavia di capire a cosa il legislatore europeo si riferisca quando parla di accesso alla giustizia.

Nel suo normale utilizzo, l'espressione "accesso alla giustizia" è sinonimo di "accesso alla tutela giurisdizionale" e, secondo la concezione tradizionale, la funzione giurisdizionale costituisce manifestazione immediata della sovranità dell'ordinamento. Dal punto di vista dell'individuo, l'espressione si riferisce al diritto di chiedere un rimedio di fronte ad un giudice in grado di garantire indipendenza ed imparzialità. L'idea di giustizia legata al diritto individuale ad un

ricorso effettivo, al c.d. "due process", è, in linea generale, presente in molteplici strumenti internazionali adottati dalla costituzione delle Nazioni Unite in poi e ribadita sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (art. 6, par. 1) sia più di recente dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.e. del 2007[1].

In un'epoca, quale quella contemporanea, dove viene registrata da più parti sia una globalizzazione dei mercati sia una globalizzazione in tutti i settori del diritto, la dottrina ha ampiamente dimostrato come si sia modificato il senso d'intendere la stessa tutela giurisdizionale, che non costituisce più esercizio di un potere sovrano e quindi funzione esclusiva dello Stato ma può essere affidata anche ad organi non statali. Non si può qui ripercorrere le ricerche e i risultati che hanno portato a ripensare quella che era l'interazione classica (e necessaria) delle coordinate di sovranità, territorio e giurisdizione[2]. Qui si può solo evidenziare che la crisi del monopolio dello Stato prima e della giurisdizione poi ha portato a meditare sull'idea stessa di giurisdizione, la quale non è più protesa a garantire la giuridicità dell'ordinamento[3], ma svolge un "servizio di soluzione delle controversie", a tutela dei diritti dei litiganti senza il compito di attuare un ordinamento.

---

[1] Sul tema diffusamente Francioni, *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, *passim*.

[2] Biavati, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, *passim*; Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 167 ss.; e, da ultimo, Id., *Extrastatualità della giurisdizione*, al convegno "Il diritto della globalizzazione e il ruolo della giurisdizione", tenuto a Roma il 6 marzo 2006, in *www.csm.it*, dattiloscritto. Per le medesime conclusioni alla luce dell'evoluzione del sistema francese, Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 3ª ed., Parigi, 2000, p. 51 ss.

[3] Secondo il noto insegnamento dei Maestri del diritto processuale che ritengono al contempo che il processo abbia lo scopo, da un lato, di attuare il diritto oggettivo, assolvendo all'esigenza pubblica di vedere posto l'insieme dei precetti dell'ordinamento e, dall'altro, il fine di rendere giustizia a quei soggetti che abbiano subito un'ingiusta lesione della loro sfera soggettiva. Sul punto Chovenda, *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1913, 3ª ed., p. 63 ss.; Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale,* II, Padova, 1926, p. 88 ss.; Satta, *Teoria e pratica del processo,* Roma, 1940, p. 57 ss.; Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo,* I, Milano, 1962, p. 227 ss; Calamandrei, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti,* ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 200 ss.; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Milano, 1964, p. 6 ss.

Una volta modificata l'idea del monopolio giurisdizionale dello Stato ed ampiamente ammessa la fungibilità degli organi giudicanti, ove l'attività giurisdizionale può essere svolta anche da organi che non appartengono allo Stato o a "quello" Stato, rimane tuttavia da capire chi sia legittimato a giudicare. La verità è che all'idea di giudice è coessenziale quella di organo indipendente ed imparziale, il quale deve trovare la propria legittimazione nella particolare base culturale, nella preparazione professionale che lo qualifica e lo rende capace di dare la risposta corretta al caso sottoposto in esame[4].

Su queste premesse, dobbiamo definitivamente accertare se l'arbitrato possa o meno rientrare nella nozione di giustizia e di tutela giurisdizionale nel senso moderno dell'accezione e se gli siano proprie le caratteristiche per svolgere un'attività giudicante effettiva anche nell'ordinamento dell'Unione.

Si tratta innanzitutto di esaminare se lo strumento privato sia configurato in modo tale da garantire un accesso equo e non discriminatorio a tutti coloro che hanno bisogno di tutela giurisdizionale, e se sia amministrato da operatori giuridici competenti e in grado di soddisfare un servizio di elevata qualità. Se questi requisiti sono soddisfatti e i costi sono sostenibili, non si vede perché l'arbitrato non possa costituire uno strumento idoneo di accesso alla giustizia

Come è stato più volte evidenziato, l'espandersi delle esigenze del commercio internazionale e del buon andamento del mercato ha rafforzato il fenomeno dell'arbitrato eleggendolo a modello ottimale per la soluzione delle liti transnazionali proprio in virtù della flessibilità che contraddistingue questo mezzo, dotato di sicura competenza e di necessarie abilità linguistiche dei propri giudicanti, disponibile a giudicare in maniera delocalizzata dove le parti vogliono e secondo le norme e la procedura che le stesse indicano[5].

L'ampia esperienza professionale delle Corti d'arbitrato istituzionale (*Icc, Lcia, Icsid, Aaa*) dimostra ripetutamente che l'arbitrato soddisfa gli standard di qualità di un servizio giustizia, permettendo in molti casi la soluzione di liti internazionali, anche a costi

---

[4] Picardi, *Extrastatualità*, cit., p. 20 dattiloscritto.

[5] Sul punto v. da ultimo, Biavati, *Arbitrato internazionale,* cit., p. 395 e la bibliografia ivi citata.

sostenibili, come dimostra il proliferare del ricorso agli arbitrati amministrati anche per liti bagatellari, grazie a prezzi predefiniti e calmierati.

In tale contesto è evidente che, in linea generale, nessun ostacolo giuridico, nel campo della tutela giurisdizionale, si frappone tra il cittadino e lo strumento arbitrale. La conseguenza è che l'individuo può ricorrere alla giustizia privata senza problemi, in particolare agli arbitrati amministrati ove costi e professionalità degli arbitri risultano predefiniti e riconosciuti a livello internazionale. Qualche riserva può sussistere se si ricorre all'arbitrato transnazionale *ad hoc* in quanto strumento con costi non sempre predeterminati e, pertanto, a volte non affrontabili dalle parti.

Ma, salvo quest'ultimo caso, non si possono opporre riserve nell'includere nell'ampio concetto di giustizia – che l'Unione ha oggi il compito di promuovere – anche l'arbitrato convenzionale. A confermare tale conclusione vi è inoltre il fatto che lo stesso legislatore europeo ha voluto garantire lo sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle liti, oggi espressamente previsto dall'art. 81, comma 2, alla lett. g), tenendoli tuttavia distinti dagli strumenti alternativi di giustizia della lett. e), con ciò volendo esplicitamente differenziare (e porre l'accento sul)le peculiarità che caratterizzano le misure conciliative di pace sociale, miranti alla deflazione del contenzioso, con quelle volte a dare ragione o torto, obiettivo che accomuna la giustizia pubblica a quella privata-arbitrale.

Su un piano generale, pare quindi dimostrata l'idoneità della giustizia arbitrale a costituire uno strumento di giustizia *tout court,* strumento che deve essere incentivato da parte degli organi dell'Unione, partendo, per esempio come avevo proposto, proprio degli arbitrati amministrati, ai quali non manca, per competenza, abilità, indipendenza e costi, alcuna caratteristica propria degli organi giurisdizionali pubblici se non una diretta investitura statale.

Una volta quindi riconosciuto nell'arbitrato uno strumento di giustizia adatto per l'ordinamento europeo, rimane il problema di verificare se sussistano comunque ostacoli di ordine giuridico che impediscano al cittadino o all'individuo in genere, di ricevere una tutela "effettiva" in sede arbitrale. Si tratta, in definitiva, di capi-

re quali siano i profili in cui le istituzioni debbano intervenire, in via programmatica, per rendere effettivo l'accesso e quindi l'utilizzo della via arbitrale, proprio al fine di rendere il ricorso a tale strumento di giustizia idoneo a raggiungere lo scopo della tutela del diritto.

Tre i profili su cui bisogna operare in virtù del nuovo testo dell'art. 81 tr. Fue.

Primo profilo. Bisogna rimeditare l'utilizzo dello strumento pregiudiziale europeo in sede d'arbitrato. Risulta, infatti, privo di giustificazione il veto attribuito agli arbitrati convenzionali, innanzitutto quando questi sono amministrati da organismi parastatali o comunque svolgono compiti pubblicistici, in quanto in questi casi sussistono, come abbiamo detto, tutte le caratteristiche, non solo funzionali, ma anche strutturali degli organi giudiziari statali. Lo strumento pregiudiziale costituisce, infatti, il rimedio principe per rafforzare la tutela giurisdizionale dei singoli all'interno dell'Unione e pertanto deve trovare la più ampia applicazione quando ci si trova di fronte a organi di giustizia, perché è l'unico vero canale che permette al cittadino europeo di ricevere l'applicazione di un proprio diritto, senza l'interposizione del filtro dello Stato membro. Potenziare tale strumento, nell'ottica del rispetto delle posizioni giuridiche soggettive dell'individuo davanti ad un organo giudicante, vuol dire potenziare l'effettività del sistema delle tutele giurisdizionali in generale e dell'arbitrato in particolare, sia attraverso la promozione e la legittimazione del cittadino (ma anche di ogni individuo) ad usufruire in modo effettivo di tutti i mezzi a tutela dei propri diritti, sia attraverso la circolazione nel territorio dell'Unione di decisioni anche stragiudiziali che non violino il diritto europeo.

Secondo profilo. L'esame affrontato ha dimostrato come l'accesso alla giustizia arbitrale trovi un ostacolo evidente quando si tratti di applicare le norme processuali uniformi dei testi di Bruxelles e Lugano. Anche qui, ancora una volta, non permettere l'accesso a consolidate e conosciute norme processuali in caso di ricorso ad arbitrati con sede nello spazio giudiziario europeo, ha l'effetto di depotenziare il ricorso alla giustizia privata per timore d'incorrere in situazioni di difficoltà processuale, in particolare quando bisogna ricorrere a strumenti giudiziali di sostegno dell'arbitrato (come la no-

mina o la revoca degli arbitri) o a misure parallele (come, ad esempio, gli strumenti cautelari).

Ciò evidentemente contrasta con un diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale completa ed effettiva. Si avverte pertanto la necessità, ampiamente percepita sia dall'*Heidelberg Report* sia dai lavori di riforma della Commissione europea ancora in corso del regolamento n. 44 del 2001, di eliminare l'esclusione della nozione d'arbitrato dal testo regolamentare.

L'intento è quello di fornire, attraverso tale modifica, una disciplina unitariamente valida per gli utenti della giustizia europea sia in sede giudiziale che in sede arbitrale, con lo scopo di eliminare quelle incongruenze ed *impasse* di tutela che la Corte di giustizia ha messo in evidenzia nelle note decisioni trattate. Un rigoroso coordinamento tra giustizia privata e statale sembra quasi un atto doveroso per il cittadino dell'Unione che nell'atto di scegliere l'una o l'altra via deve potere a monte configurasi i criteri determinativi della giurisdizione in modo precostituito, certo e prevedibile anche quando questi lambiscono o si sovrappongono all'istituto arbitrale. Ciò tuttavia non basta, in quanto una volta che si riconosca nell'arbitrato uno strumento di giustizia incluso nell'alveo del regolamento, per rendere effettiva la tutela, sembra opportuno, in virtù del principio di promozione della compatibilità delle norme di conflitto stabilito dall'art. 81, lett. c), tr. Fue (come, in passato, l'art. 65 tr. Ce), provvedere, in caso di difficoltà dell'individuazione della sede, all'inserimento di una regola uniforme che affidi al giudice della sede la soluzione di tutti i casi di "ancillary measures" nonché di tutti i casi di sussistenza, validità, portata della convenzione arbitrale.

Terzo profilo. Il rispetto di un accesso effettivo alla giustizia introdotto dal trattato di Lisbona non può permettere l'esistenza di particolarismi nazionali in caso di ricorso al giudice statale del controllo del lodo. Risultano pertanto privi di razionalità, in una comunità di diritto, la varietà di filtri di accesso per ricorrere al giudice dell'impugnazione o del riconoscimento/esecuzione del prodotto arbitrale. Si avverte, infatti, la necessità di un parametro europeo dell'intensità di controllo del lodo, uno standard processuale minimo comune, onde permettere all'"utente" dell'ordinamento euro-

peo, anche in un'ottica di armonizzazione, il raggiungimento di un accettabile livello di effettività che al contempo non permetta di applicare norme nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione ma che nemmeno stravolga ogni volta il risultato degli arbitri.

L'art. 81, lett. e), tr. Fue costituisce la base giuridica affinché le istituzioni, *in primis* la Corte di giustizia, delineino uno standard europeo di controllo del lodo che operi da parametro comune di legittimità dell'amministrazione della giustizia nell'intero ordinamento dell'Unione. L'inserimento di tale disposizione, infatti, in un nuovo quadro normativo dove all'effettività dell'applicazione del diritto sostanziale europeo si aggiunge l'effettività di garantire un diritto al processo, autorizza a rimeditare la circostanza se, in caso di impugnazione o riconoscimento/esecuzione del lodo, un controllo circoscritto abbia l'effetto di pregiudicare un accesso effettivo alla tutela davanti al giudice statale. Accesso effettivo alla giustizia non deve infatti essere inteso come accesso indiscriminato con conseguente stravolgimento dei risultati raggiunti nel grado precedente.

Un risultato sotto tale profilo è coerente col sistema europeo, come abbiamo visto, ed è già stato offerto dai giudici del Kirchberg allorché si sono occupati della responsabilità dello Stato membro in caso di errata o mancata applicazione del diritto dell'Unione da parte del giudice statale. Nelle note sentenze *Köbler-Traghetti del Mediterraneo*, l'utilizzo del parametro della c.d. violazione manifesta del diritto europeo di ordine pubblico, ha permesso di circoscrivere la responsabilità dello Stato-giudice solo ai casi di violazione "ictu oculi", fattispecie nelle quali si rende necessaria l'applicazione e il controllo del diritto dell'Unione da parte degli organi giurisdizionali. Mi sembra pertanto che, sia per opera del legislatore che della Corte di giustizia, possano già rinvenirsi all'interno del sistema europeo le basi per limitare, da subito, il vaglio del lodo in sede di impugnazione e riconoscimento/esecuzione, ai soli casi di violazione manifesta delle norme di ordine pubblico dell'Unione.

In conclusione, una volta che si fosse operato su tutti i tre profili sopra delineati, si potrebbe arrivare ad affermare che l'arbitrato è nell'ordinamento europeo uno strumento di tutela potenzialmente effettivo al pari della giustizia statale.

Arrivati a questo punto rimarrebbe solo da sciogliere un ultimo dubbio: quello di capire, cioè se l'arbitrato convenzionale, oltre a costituire uno strumento di tutela giurisdizionale per il cittadino europeo, possa essere considerato anche un mezzo utile alla realizzazione dell'ordinamento dell'Unione, recuperando in questo modo la funzione oggettiva classica propria della giurisdizione, che avevamo all'inizio abbandonato.

Rispondendo in maniera affermativa a questa domanda, si arriverebbe in realtà a spingersi troppo oltre, in quanto si rischierebbe di affermare che anche gli arbitrati convenzionali sono "giurisdizioni degli Stati membri" nel senso istituzionale-organico del termine, approccio che non si può condividere perché vorrebbe dire ridurre a giudice statale ciò che giudice statale non è.

Mi sento, invece, di sottolineare che ricondurre nell'alveo della giustizia e della tutela giurisdizionale anche l'arbitrato non deve portare a creare dei profili strutturali all'istituto – onerandolo di contorni e responsabilità istituzionali che non gli competono, come la stessa realizzazione dell'ordinamento europeo – ma deve servire solo a corroborare l'aspetto più funzionale che l'arbitrato ha quale strumento di giustizia.

Pertanto se incominciassimo nel prossimo futuro a parlare di arbitrato europeo o di arbitrato quale strumento o guardiano dell'ordinamento europeo, definizioni che già si cominciano a intravedere, seppure non troppo coscientemente in letteratura, ciò dovrà intendersi trascendendo da ogni qualificazione strutturale dello strumento, in quanto tale nozione indicherà solo un mezzo privato ove il cittadino dell'Unione, ma anche ogni individuo che si trova coinvolto in una lite europea, può trovare una garanzia di tutela potenzialmente effettiva dei propri diritti al pari di ciò che avviene avanti ogni giudice statale.

Bibliografia

Aa.Vv., *Euratom. Analyse et Commentaires du Traité*, Bruxelles, 1958.

Aa.Vv., *La convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano, 1985.

Aa.Vv., *L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, 1997.

Aa.Vv., *Antitrust e globalizzazione*, Atti del convegno, Milano, 2004.

Aa.Vv., *Rapport du groupe de travail et résolution d'ICC-France sur l'application à l'arbitrage du rapport relatif à l'application du Règlement de Bruxelles I dans les États membres de l'Union européenne (22 mai 2008)*, in *Cah. arb.*, 2008, 15-16 ottobre 2008, p. 20 ss.

Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.

Abdelgawad, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 Ce*, in *Rev. arb.*, 2004, p. 254 ss.

Alexander-Grabandt, *National courts entitled to ask preliminary rulings under article 177 of the EEC Treaty: the case law of the Court of Justice*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1982, p. 413 ss.

Alpa, *La clausola arbitrale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 1997, pp. 679-680.

Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

Alpa, *Disamina sul Codice del Consumo*, in *Contratti*, 2005, p. 1047 ss.

Alpa, *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. e impr. Europa*, 2006, p. 1 ss.

Alpa-Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997.

Alpa-Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo-Commentario*, Napoli, 2005.

Álvarez Sanchez de Movellan, *Il sistema arbitrale di consumo nell'ordinamento giuridico spagnolo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 1111 ss.

Amalfitano, *La conoscenza e l'applicazione del diritto dell'Unione europea da parte del giudice e dell'arbitrato*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 247 ss.

Ambrose, *Arbitration and the free movement of judgments*, in *Arb. int.*, 2003, p. 3 ss.

Ambrosi, *Sistemi alternativi di soluzione delle controversie: creazione di una Rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005,1, p. 209 ss.

Ambrosi-D'Auria, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, p. 477 ss.

Amissah, *The ACP/CEE Conciliation and Arbitration Rules*, in *Arb. int.*,1992, p. 167 ss.

Andrews, *Injunctions in support of civil proceedings and arbitration*, in *Int'l Lis*, 2009, p. 38 ss.

Andrioli, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione* in *Giur. cost*., 1977, I, p. 1103 ss.

Angelini, voce *Ordine pubblico comunitario*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., II, Torino, 2005, p. 504 ss.

Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007.

Arfazadeh, *Ordre public e arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Zurigo, 2005.

Armone-Porreca, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 95 ss.

Arnaldez, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 1999, p. 1073 ss.

Arnaldez, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 2002, p. 1079 ss.

Asariotis, *Antisuit injunctions for breach of a choice of forum agreement: a critical review of the English approach*, in *Year. European Law*, 1999-2000, p. 447 ss.

Atteritano, *L'*enforcement *delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, 2009.

Atteritano, Anti-suit injunctions *in ambito arbitrale: provvedimenti illeciti o semplicemente odiosi*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 17 ss.

Audit, *Arbitration and the Bruxelles Convention*, in *Arb. int.*, 1993, p. 1 ss.

AUDIT, *L'arbitrage, le juge et la Convention de Bruxelles*, in *L'internationalisation du droit- Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Parigi, 1994, p. 15 ss.

AUDIT, *French Court decisions on Arbitration 2007-2008*, in *Icc Bulletin*, 2008, p. 13 ss.

BAIZEAU, *Liability of arbitral institutions: increased scrutiny by the courts of the seat?*, in *Asa Bull.*, 2009, p. 383 ss.

BALLARINO, *L'art. 177 nella storia e nel sistema del diritto comunitario*, in *Jus*,1988, p. 53 ss.

BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2007.

BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996.

BARIATTI, *Prime considerazioni sulla convenzione di Lugano*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1989, p. 259 ss.

BARON-LINIGER, *A Second Look at arbitrability*, in *Arb. int.*, 1, 2003, p. 27 ss.

BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 129 ss.

BASEDOW, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in *Mélanges Lagarde*, Parigi, 2005, p. 55 ss.

BASTIANON, *Arbitrato e diritto della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 340 ss.

BASTIANON, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 471 ss.

BATTELLI, *Consumatore: nozione, clausole abusive e foro del consumatore*, in *Corr. merito*, 2006, p. 5 ss.

BEBR, *Arbitration Tribunals and Article 177 of the EEC Treaty*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1985, p. 489 ss.

BELL, *Antisuit injunctions and the Brussels Convention*, in *Law Quart. rev.*, 1994, p. 204 ss.

BELL, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, Oxford, 2003.

BELLET, *Note*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 380 ss.

BLOHLÁVEK, West Tankers *as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and the New York Convention 1958*, in *Asa Bull.*, 2009, p. 646 ss.

BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale:* favor, *ostilità o indifferenza?*, in BOSCHIERO-BERTOLI (a cura

di), *Verso* un "ordine comunitario del processo civile", Napoli, 2008, p. 111 ss.

Benigni-Recchia, *Nuove norme sull'arbitrato in Svezia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 179 ss.

Bensaude, *Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international*, in *Cah. arb.*, 2004, 1, p. 27 ss.

Bensaude, *Thalés air Defence BV v. GIE Euromissiles: Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of european competition law*, in *Journ. intern. arb.*, 2005, p. 239 ss.

Beraudo, *The arbitration exception of the Brussels and Lugano Conventions: jurisdiction, recognition and enforcement of judgements*, in *Journ. intern. arb.*, 2001, p. 13 ss.

Berger, *The creeping codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, 1999.

Berger (a cura di), *The Practice of Transnational Law*, The Hague, 2000.

Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999.

Bernardini, *Stati Uniti: arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust*, in *Riv. arb.*, 1985, p. 109 ss.

Bernardini, *Arbitrato internazionale e diritto della concorrenza*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 93 ss.

Bernardini, *Concorrenza e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 431 ss.

Bernardini-De Nova-Nobili-Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994.

Bernini G., *L'arbitrato*, Bologna, 1993.

Bertrand, *SNF c. Cytec: encore et toujours*, nel sito web *www.avocats.fr*

Besson, *Le sorte et les effets a sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond*, in Aa.Vv., *Etudes de procédure et arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Losanna, 1999, p. 343 ss.

Bianca-Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.

Bianco, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., II, Torino 2004, p. 496 ss.

Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 421 ss.

Biavati, *Giurisdizione civile, territorio ed ordinamento aperto*, Milano, 1997.

Biavati, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.

Biavati, *Il cittadino e la giustizia. L'ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 399 ss.

Biavati, *Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1201 ss.

Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 717 ss.

Biavati, *La Consulta: arbitro e giudice sono fungibili*, in *Temi Rom.*, 2001, p. 14 ss.

Biavati, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e le questioni pregiudiziali in materia di giustizia e sicurezza: verso un modello alternativo?*, in Carpi-Lupoi (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001, p. 201 ss.

Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003.

Biavati, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla nozione la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62 ss.

Biavati, *Sub. art. 808-ter*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna, 2007, p. 164 ss.

Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. tributaria*, 2007, p. 1691 ss.

Biavati, *Profili critici del contraddittorio nel procedimento pregiudiziale europeo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Carmine Punzi*, vol. V, Torino, 2008, p. 379 ss.

Biavati, *Arbitrato internazionale*, in Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, p. 398.

Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, 4ª ed. Milano, 2009.

Biavati, *Deroghe alla giurisdizione statuale fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 523 ss.

Biavati, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 57 ss.

Biavati-Lupoi (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008.

Blanke, *The Turning Tides of Turner*, in *Business Law Review*, ottobre, 2004, p. 261 ss.

Blanke, *Arbitrating Competition Disputes*, in *Competition Law Insight*, 29 novembre 2005, p. 1 ss.

Blanke ; *The Role of Ec Competition Law in International Arbitration: A plaidoyer*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2005, p. 169 ss.

Blanke, *The Ec'J Recent Jurisprudence on Anti-Suit injunctions under the Brussels Convention: A Promising* Début *for a more Prominent Role for Arbitration in European Commercial Dispute Resolution at the*

Dawn of the 21th Century?, in *Europ. Business Law Rev.*, 2005, p. 591 ss.

Blanke, *Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European competition law. A réplique to Denis Bensaude's "Thalès air defence BV v. GIE Euromissile"*, *Journ. internat. arb.*, 2006, p. 249 ss.

Blanke, *The "minimalist" and "maximalist" approach to reviewing competition law awards: a never-ending saga*, in *Stockholm Inter. Arb. Rev.*, 2007, p. 51 ss.

Blanke, *The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies*, Groningen, 2006.

Blessing, *Introduction to Arbitration*, Basle, 1999.

Blessing, *Arbitrating antitrust and merger control issues*, Zurigo, 2003.

Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, in *Icca Congress Series n. 3*, *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, The Hague, 1987, p. 177 ss.

Bollard, *Note*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 653 ss.

Bollée, *Note*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2006, p. 111 ss.

Bollée, *Observations – Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 23 mars 2006*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 100 ss.

Bollée, *Note – Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 24 novembre 2005*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 718 ss.

Bollée, *Note*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 413 ss.

Bonassies, *Arbitrage et droit communautaire*, in Aa.Vv., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 21 ss.

Bonell, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano, 1978.

Bonell, *Le corti inglesi e i contratti commerciali internazionali: English Law and Jurisdiction über alles?*, in *Dir. comm. internaz.*, 1989, p. 329 ss.

Bonell, voce *Lex mercatoria*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1993.

Bonell, *The Unidroit principles and transnational law*, in K.P. Berger (a cura di), *The Practice of Transnational Law*, The Hague, 2000, p. 23 ss.

Borghesi, *La camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 682 ss.

Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali*, 3ª ed., Padova, 2009.

Boucobza, *La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 115 ss.

Bourque, *Le cadre juridique de l'arbitrage dans l'Union Européenne*, in *Icc Bulletin*, *suppl. spécial*, 1994, p. 26 ss.

Bove, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, nel sito web *www. judicium.it.*

Bove, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, nel sito web *www.judicium.it*.

Bove, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, nel sito web in *www. judicium.it*,

Bove, *La giustizia privata*, Padova, 2009.

Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, p. 759 ss.

Briggs, *Anti-suit injunctions in a complex world*, in Francis D. Rose (a cura di), *Essays on International Commercial Law in honour of Francis Reynolds*, Londra-Hong Kong, 2000, p. 219 ss.

Briguglio, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, in *Riv. arb*., 1991, p. 805 ss.

Briguglio, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale (L. 5 gennaio 1994 N. 25)*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 108 ss.

Briguglio, *L'art. 181 tr. Ce fra giurisdizione ed arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 110 ss.

Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.

Briguglio, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999.

Briguglio, *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 650 ss.

Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 664 ss.

Briguglio, *Gli arbitrati obbligatori o gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 81 ss.

Briguglio, *I limiti soggettivi e oggettivi dell'obbligo di rinvio pregiudiziale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 119 ss.

Briguglio-Capponi, *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009.

Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994.

Briguglio-Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario*, Milano, 2005.

Brown, *Commercial arbitration and the European Economic Community*, in *Jour. internat. arb.*, 1985, 1, p. 21 ss.

Burst, *L'arbitrage dans ses rapports avec les communautés européennes*, in *Rev. arb.*, 1979, p. 105 ss.

Byford-Sarwar, *Arbitration clauses after West Tankers: the unanswerable conundrum? Practical solutions for enforcing arbitration clauses*, in *Int. Arb. Law Review*, 2009, p. 29 ss.

Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 3ª ed., Parigi, 2000.

Calamandrei, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 200 ss.

Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004.

Campeis-De Pauli, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1996.

Canale, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma)*, in *Giur. it.*, 2002, p. 690 ss.

Canale, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1236 ss.

Canale, *Luci ed ombre ad una prima lettura dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovani Verde*, Napoli, 2010, p. 109 ss.

Caponi, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale* in *Foro it.*, 2005, I, c. 1769 ss.

Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, *Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, *Corti europee e giudici nazionali*, Verona, 25-26 settembre 2009, dattiloscritto.

Caponi, *Quadro generale*, in *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 90 ss.

Caporale, *L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, in *Dir. comm. internaz.*, 1993, p. 725 ss.

Capponi, *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti e Giustizia*, 1994, c. 361 ss.

Caranta, nota in *Giur.it.*, 1996, I, 1, p. 1289 ss.

Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo. Le convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 1995.

Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento Ce n. 805/2004*, Torino, 2009.

Carbone, *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. internaz. priv e proc.*, 2010, p. 353 ss.

Carbonneau (a cura di), *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, 2ª ed., Dobbs Ferry, 1998.

Carbonneau, *The Folly of quixotic internationalism*, in *Arb. int.*, 1986, p. 116 ss.

Carlevaris, *Sub. Appendici*, in Briguglio-Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale. Commentario*, Milano, 2005, p. 608 ss.

Carlevaris, *L'accertamento del diritto nell'arbitrato internazionale tra principio* jura novit curia *e onere della prova*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 508 ss.

Carnacini, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1974, p. 879 ss.

Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale*, II, Padova, 1926.

Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, I, 1936.

Carpi, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 901 ss.

Carpi, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1037 ss.

Carpi, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in Aa.Vv., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile n. 9*, Milano, 2006, p. 3 ss.

Carpi, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 1049 ss.

Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001.

Carpi (a cura di), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna, 2007.

Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008.

Carpi-Lupoi (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001.

Carpi-Taruffo, *Commentario breve al c.p.c.*, Padova, 2009.

Carratta, *La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 141 ss.

Castrica, Antisuit injunctions *ed arbitrato: l'esperienza inglese e le sue prospettive alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, p. 403 ss.

Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991.

Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, 3ª ed., Padova, I, 2002.

Chabot, *Note*, in *La Semaine Juridique*, 12-23 marzo 2005, n. 12, p. 571 ss.

Cheppard, *Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, in *Arb. int.*, 2003, p. 217 ss.

Chia-Jui Cheng (a cura di), *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Londra, 1988.

Chiarloni, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovani Verde*, Napoli, 2010, p. 195 ss.

Chiovenda, *Principi di diritto processuale*, 3ª ed., Napoli, 1913.

Chiti, *Collegi arbitrali e rinvio pregiudiziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 828 ss.

Chukwumerije, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996*, in *Arb. int.*, 1999, p. 180 ss.

Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 687 ss.

Clay, *Note – Cour de cassation (1re Ch. civile) 20 février 2001*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 511 ss.

Clifford-Browne, *Lost at Sea or a Storm in a Cup? Anti-suit Injunctions after* Allianz Spa (formerly Riunione Adriatica di Sicurtà spa) v West Tankers Inc., in *Int. Arb. Law Review*, 2009, p. 19 ss.

Cohn, *Schiedsgerichtsbarkeit und EWG Vertrag*, in *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1965, p. 267 ss.

Collins, *The Marc Rich case and actions for negative declarations*, in *Mélanges Grossen*, Neuchâtel, 1992, p. 385.

Comoglio L.P., *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 231 ss.

Condinanzi-Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.

Consolo, *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 30 ss.

Consolo, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Contr. e impresa*, 2004, p. 595 ss.

Consolo, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, in *Int'l Lis*, 2, 2005, p. 61 ss.

Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e specie del nostro*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 ss.

Consolo, *Arbitration and Ec Law – An Italian reaction in the Heidelberg Colloquium*, in *Int'l Lis*, 2, 2009, p. 102 ss.

Consolo, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 609 ss.

Consolo, *Brussels I Regulation, Arbitration and parallel proceedings: a discussion of the Heidelberg proposal (in the light of* West Tankers *and* Endesa*)*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 245 ss.

Consolo-De Cristofaro M., *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 473 ss.

Conti, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1749 ss.

Crescimanno, *Brevi considerazioni sull'inadempimento dello Stato per (interpretazione in) contrasto con il diritto comunitario di legge con esso (in astratto) compatibile*, in *Europa e dir. privato*, 2005, p. 221 ss.

Crifò, *L'impugnazione del lodo nell'Arbitration Act inglese del 1996*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 127 ss

D'Alessandro, *Pregiudiziale comunitaria ed arbitrato interno, in Riv. arb.*, 1997, p. 445 ss.

D'Alessandro, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1903 ss.

D'Alessandro, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 679 ss.

D'Alessandro, *La Corte di giustizia dichiara le anti-suit injunctions a tutela dell'arbitrato inglese incompatibili con il sistema del Reg. n. 44/2001*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 74 ss.

D'Alessandro, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *www.judicium.it*.

Dalfino, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 102 ss.

Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999.

Danovi, *Sub. Art. 27*, in Briguglio-Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, Commentario*, Milano, 2005, p. 484 ss.

De Cristofaro G., *"Il Codice del consumo"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 747 ss.

De Cristofaro M., *Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (1968). Regolamento CE n. 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in Ferrari (a cura di), *Le convenzioni di diritto del diritto internazionale: codice essenziale con regolamenti e note introduttive*, 2ª ed., Milano, 2002, p. 241 ss.

De Cristofaro M., *Anti-suit injunctions as a tool for governing private litigation*, in Stürner-Kawano (a cura di), *Current topics of international litigation*, Tübingen, 2009, p. 58 ss.

de Groot, *Comment*, in *Stockholm International Arbitration Review*, 2, 2006, p. 201 ss.

de Groot, *Arbitration and the Modernisation of EC Competition law*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 175 ss.

de la Fuente, voce "Arbitrage au sein de l'Union", in *Dictionnaire juridique de l'Union Européenne*, (traduz. di Denis), Bruxelles, 1998, p. 62 ss.

De Mello, *Arbitrage et droit communautaire*, in *Rev. arb.*, 1982, p. 390 ss.

De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996.

De Paredes, *L'annulation des sentences arbitrales en Espagne: à propos de la non-révision au fond des sentences et du contrôle du respect de l'ordre public en droit espagnol*, in *Cah. arb.*, 3, 2007, p. 27 ss.

Dean, *Unfair Contract Terms: The European Approach*, in *The Modern Law Review*, 1993, p. 581 ss.

Delanoy, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 178 ss.

Delmas-Mart, *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, in *Jour. dr. internat.*, 2002, p. 421 ss.

Derains, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 1978, p. 984 ss.

Derains, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 1979, p. 983 ss.

Derains, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in Aa.Vv., *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, Icca New York Arbitration Congress 1986*, Deventer, 1987, p. 230 ss.

Derains, *Pouvoirs et obligations des arbitres. Rapport*, in *Competition and Arbitration Law*, *Icc Bulletin*, 1993, p. 251 ss.

Derains, *Observations – Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) 24 février 1995 – Billot v. société TFN*, in *Rev. arb.*, 1996, p. 124 ss.

Derains, *L'arbitre et le juge*, in *Icc Bulletin*, *suppl. spec.*, 1999, p. 27 ss.

Derains, *Transnational law in Icc arbitration*, in Berger K.P. (a cura di), *The Practice of Transnational Law*, The Hague, 2000, p. 43 ss.

Derains, *Chronique de jurisprudence française – Observations*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 810 ss.

Derains, *L'arbitre*, *la Commission et la Cour: question de procédure*, in *Gazette du Palais*, 28-29 maggio 2003, p. 45 ss.

Dickinson, *A charter for tactical litigation in Europe? Turner v. Grovit*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2004, p. 273 ss.

Di Marzio, *Codice del consumo*, *nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.

Dimolitsa, *The equivocal power of the arbitrators to introduce* ex officio *new issues of law*, in *Asa Bull.*, 2009, p. 431 ss.

Dolmans-Grierson, *L'arbitrage e la modernisation du droit communautaire de la concurrence: nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités*, in *Icc Bulletin*, 2, 2003, p. 57 ss.

Donahey, *On the Case Kotam Rlectronics Inc. v. JBL Consumer Products Inc.*, in *Journ. internat. arb.*, 2, 1997, p. 14 ss.

Donovan-Greenawalt, *Mitsubishi after twenty years: mandatory rules before courts and international arbitrators*, in Mistelis-Lew, *Pervasive problems in international arbitration*, The Hague, 2006, p. 11 ss.

Draetta-Santini, *Arbitration exception and Brussels I regulation: no need for change*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2009, p. 547 ss.

Dumon, *Questions préjudicielles et arbitrage*, in *Cah. de droit européen*, 1983, p. 217 ss.

Dutoit, *L'ordre public: caméléon du droit International privé*, in *Mélanges Guy Flattet*, Losanna, 1985, p. 42 ss.

Ehlermann-Atnasiu (a cura di), *European Competition Law annual 2001: Effective Private Enforcement of Ec Antitrust Law*, Oxford, 2003.

Erauw, *References by arbitrators to the European Court of Justice for preliminary ruling*, in Aa.Vv., *L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, 1997, p. 101 ss.

Fadlallah , *Note* in *Rev. arb.*, 2008, p. 473 ss.

Fazzalari (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, Padova, 1994.

Fentiman, *Antisuit injunctions and the Brussels Convention*, in *Cambridge Law journal*, 2000, p. 45 ss.

Fentiman, *Arbitration and antisuit injunctions in Europe*, in *Cambridge Law journal*, 2009, p. 278 ss.

Ferrari Bravo-Rizzo, *Codice dell'Unione europea*, 3° ed., Milano, 2008.

Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001.

Flannery, *The end of anti-suit injunctions?*, in *New Law Journal*, 28 maggio 2004, p. 798 ss.

Fortier, *The new, new Lex Mercatoria, or, Back to the future*, in *Arb. int.*, 2001, p. 121 ss.

Fouchard, *Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, in *Rev. arb.*, 1977, p. 66 ss.

Fouchard, *Quel concours les juridictions françaises peuvent-elles préteur à l'arbitrage pour saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en application de l'article 177 du traité de Rome?*, in *Rev. arb.*, 1982, p. 491 ss.

Fouchard, *Note – Cour de Justice des Communautés Européennes 27 avril 1994 – Commune d'Almelo et autres v. Energiebedrijf IJsselmij NV*, in *Rev. arb.*, 1995, p. 505 ss.

Fouchard, *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique*, in *Rev. arb.*, 1997, p. 225 ss.

Fouchard, *Arbitrage e clauses abusive*, in *Rev. arb.*, 2004, p. 147 ss.

Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial International*, Parigi, 1996.

Fradeani, *Le* anti-suit injunctions, *anche "a protezione" dell'arbitrato internazionale, tra incompatibilità con il sistema processuale comunitario e riconoscimento quale legittimo rimedio a salvaguardia delle clausole di deroga alla giurisdizione*, in *Int'l Lis*, 3-4, 2009, p. 123 ss.

Francioni, *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007.

Friend, *EEC Law, Preliminary Rulings and Arbitrators*, in *Law Quart. Rev.*, 1983, p. 356 ss.

Frignani, *L'arbitrato e l'antitrust comunitario: la posizione della Commissione Cee*, in Aa. Vv. *L'arbitrato, un servizio per l'impresa. Atti del convegno tenutosi a Torino nel 1991*, Roma, 1991, p. 125 ss.

Frigo, *L'arbitrato e il diritto comunitario*, in Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, p. 487 ss.

Fumagalli, *La legge applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1985, p. 465 ss.

Fumagalli, *Conferme giurisprudenziali in tema di procedura pregiudiziale*, in *Dir. comm. e scambi internaz.*, 1994, p. 707 ss.

Fumagalli, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 636 ss.

Gabrielli-Orestano, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 2000, p. 225 ss.

Gaillard, *Trente ans de lex mercatoria. – Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, in *Journ. dr. internat.*, 1995, p. 5 ss.

Gaillard, *Note*, in *Rev. arb.*, 1997, p. 537 ss.

Gaillard, *Il est interdit d'interdire: Réflexions sur l'utilisation des antisuit injunctions dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 2004, p. 47 ss.

Gaillard (a cura di), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, New York-Berna, 2005.

Gaillard, *La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Texte de la Conférence donne à la Cour de cassation le 13 mars 2007*, in *Rev. arb*, 2007, p. 697 ss.

Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa* Marc Rich c. Italimpianti, in *Riv. arb.*, 1992, p. 417 ss.

Gaja, *Convenzione di New York sull'arbitrato e* anti-suit injunctions, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 503 ss.

Galgano-Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010.

Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Parigi, 1996.

Gaudemet-Tallon, *Note*, in *Rev. arb.* 1999, p. 143 ss.

Ghiaini-Panucci, *Le controversie in materia antitrust alla luce del regolamento comunitario n. 1/2003*, in *Il dir. ind.*, 2004, p. 61 ss.

Ghirga, *Mediazione e conciliazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss.

Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.

Giampieri, *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 551 ss.

Giardina, *La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema Icsid*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*,1982, p. 689 ss.

Gioia, *Divieto di concorrenza e clausola compromissoria contenuta nel contratto di cessione di azienda*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 375 ss.

Giorgetti, *L'*antisuit injunction *inglese e l'Europa giudiziaria: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 24 ss.

Giovanetti, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss.

Giovannucci Orlandi, *Sub. art. 810 c.p.c.*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2ª ed., 2007, p. 217 ss.

Goffin, *L'arbitrage et le droit européen*, in *Rev. internat. dr. comp.*, 1990, p. 313 ss.

Gormley, Commento in *Eur. Law Rev.*, 1982, p. 397 ss.

Graf-Appleton, *Elisa Marìa Mostaza Claro v Centro Mòvil Milenium: EU Consumer law as a Defence against Arbitral Awards, ECJ Case C.18-05*, in *Asa Bull.*, 2007, p. 48 ss.

Graf-Appleton, *ECJ Case C.40/08* Asturcom – *EU Unfair Terms Law Confirmed as a Matter of Puclic Policy*, in *Asa Bull.*, 2, 2010, p. 413 ss.

Grierson, *Court Review of Awards on Public Policy Grounds: a recent Decision of the English Commercial Court throws light on the position under the English Arbitration Act 1996*, in *Mealey's Internation Arbitration Rep.*, gennaio 2009, p. 1 ss.

Grierson, *Comment on* West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (The Front Comor), in *Jour. intern. arb.*, 6, 2009, p. 891 ss.

Grigera Naon, *Choice-of-law problems in International commercial arbitration*, Tübingen, 1991.

Guerri, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento Ce n. 1/2003*, Torino, 2005.

Haardt, *Comment*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1966-67, p. 440 ss.

Hanotiau, *L'arbitrabilité*, in *Recueil des Cours*, 2002, p. 1 ss.

Hanotiau, *L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales*, in *L'arbitrage complete, questions de procédure, Bull. CCI, suppl. spec.* 2003, p. 45 ss.

Hanotiau-Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, in Gaillard-Di Pietro (a cura di), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2009, p. 727 ss.

Hartley, *Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation*, in *American jour. com. law*, 1987, p. 487 ss.

Hartley, *Comment on Marc Rich*, in *Eur. Law Rev.*, 1991, p. 529 ss.

HARTLEY, *Interim measures under the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention*, in *Eur.. Law Review*, 1999, p. 674 ss.

HARTLEY, *Antisuit injunction and the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention*, in *Int. Com. Law Quart.*, 2000, p. 166 ss.

HASCHER, *Note*, in *Rev. arb.* 1991, p. 977 ss.

HASCHER, *Recognition and enforcement of judgments on the existence and validity of an arbitration clause under the Brussels Convention*, in *Arb. int.*, 1997, p. 38 ss.

HAUSMANN, *Pleding and Proof of Foreign Law – a comparative Analysis*, in *The European Legal Forum*, 2008, p. 1 ss.

HEITZMANN-GRIERSON, *The French Approach to Arbitration EC Competition Law in the Light of the Paris Court of Appeal's Decision in* SNF vs. Cytec Industries, in ZUBERBÜHLER-OETIKER (a cura di), *Practical Aspects of arbitrating EC Competition Law*, Zurigo, 2007, p. 187 ss.

HEPTING, *Art. 177 EWGV und die private Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Europarecht* 1982, p. 315 ss.

HESS, PFEIFFER, SCHLOSSER, *The Brussel I. Regulation 44/2001*, Monaco, 2008.

HESS-PFEIFFER-SCHLOSSER, *Brussels I Regulation and Arbitration. Findings and Proposals of the Heidelberg Report*, 1° dicembre 2008, dattiloscritto, in *www.transnational-dispute-management.com/content.htm.*

HEUKELS, in *Comm. Mar. Law Rev.*, 1996, p. 337 ss.

HILL, *The law relating to international commercial disputes*, Londra, 1998.

IDOT, *Note sous Paris 16 févier 1989*, in *Rev. arb.*, 1989, p. 711 ss.

IDOT, *Note sous Paris, 29 mars 1991*, in *Rev. arb.*, 1991, p. 478 ss.

IDOT, *Note sous Tribunal fédéral Suisse, 28 avril 1992*, in *Rev. arb.*, 1993, p. 124 ss.

IDOT, *Arbitrage et droit communautaire*, in *Rev. droit affaires internationales*, 1996, p. 586 ss.

IDOT, *L'arbitrage et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice*, in *Rev. arb.*, 1999, p. 631 ss.

IDOT, *Note*, in *Juris-Classeur Europe*, 1999, p. 24 ss.

IDOT, *Une innovation surprenante: l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle des concentrations*, in *Rev. arb.*, 2000, p. 591 ss.

IDOT, *Note*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 511 ss.

IDOT, *La modernisation du droit communautaire de la concurrence. Adoption par le Conseil du nouveau règlement relative à la mise en oeuvre des articles 81 et 82 Ce*, in *La Semaine juridique*, 8 gennaio 2003, p. 1 ss.

Idot, *La Cour de justice confirme qu'elle n'est pas compétente pour répondre aux questions préjudicielles d'un tribunal arbitral.* in *Rev. arb.*, 2005, p. 769 ss.

Idot, *La Cour de Justice et le sort de la clause compromissoire dans un contrat de consommation*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 115 ss.

Illmer-Naumann, *Antisuit Injunctions in Support of Arbitration Agreements under the Brussels Regulation: A comment on the Advocate General's Opinion in the West Tankers Reference by the House of Lords*, in *Asa Bull.*, 2008, p. 801 ss.

Jarrosson, *Note sous Court d'appel de Paris, Labinal c. Mors*, in *Rev. arb.*, 1993, p. 645 ss.

Jarrosson, *Note sous Court d'appel de Paris, Société Aplix c. société Velcro*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 164 ss.

Jarrosson, *Note*, in *Rev. arb.*, 1995, p. 355 ss.

Jarrosson, *Note* in *Rev. arb.*, 1996, p. 781 ss.

Jarrosson *Note sous Tribunal de grande instance de Paris, 10 octobre 2007, SNF c. Chambre de commerce internationale*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 847 ss.

Jarrosson, *Arbitrage et droit de la consommation: l'apport incertain de l'ârret* Asturcom, in *Rev. arb.*, 2010, p. 813 ss.

Jarrosson-Idot, "Arbitrage", in *Encyclopedie Dalloz, Repertoire de Droit communautaire*, Parigi, 1992, p. 1 ss.

Jarvin, *Arbitrability of anti-trust disputes: The Mitsubishi v. Soler Case*, in *Jour internat. arb.*, 1985, p. 69 ss.

Jin, *The status of Lex Mercatoria in international commercial arbitration*, in *The American Review of international arbitration*, 7, 1996, p. 163 ss.

Kahn, *Forum shopping and the Brussels Convention*, in Kerameus (a cura di), *Questions spéciales de la convention de Bruxelles*, Atene, 1996, p. 120 ss.

Karydis, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2002, p. 1 ss.

Kaye, *The EEC and arbitration: the Unsettled Wake of The Atlantic Emperor*, in *Arb. int.*, 1993, p. 27 ss.

Kaye, *Law of the European Judgments Convention*, Chichester, 1999.

Kennett, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford, 2000.

Kerse, *E.C. Antitrust procedure*, Londra, 2004.

Kessedjian, *Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 699 ss.

KESSEDJIAN-MUIR WATT-HESS-PFEIFFER, *On West Tankers*, nel forum di "Conflict of Laws.net" (all'indirizzo internet *www.conflictoflaws.net/2009*).

KESSELER-HOPE, *The ECJ Reference in The Front Comor: Much Ado About Nothing?*, in *Arb. int.*, 2008, p. 331 ss.

KIFFER, *Comments on the Paris Court of Appeal Decision in* SNF v. International Chamber of Commerce, in *Journ. internat. arb*., 2009, p. 579 ss.

KIRRY, *Arbitrability: Current Trends in Europe*, in *Arb. int.*, 1996, p. 378 ss.

KLOIBER-RECHBERGER-OBERHAMMER-HALLER, *Das Neue Schiedsrecht*, Wien, 2006.

KNOEPFLER, *Droit de la concurrence et réserve de l'ordre public en arbitrage*, in *Concurrences*, 3, 2006, p. 16 ss.

KOMNINOS, *Note*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2000, p. 459 ss.

KOVAR, *Droit communautaire de la concurrence et arbitrage*, in *Mélanges Goldman*, Parigi, 1982, p. 120 ss.

KRUGER, *The antisuit injunction in the European judicial space: Turner v. Grovit*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2004, p. 1030 ss.

LALIVE, *Transnational (or Truly international) Public Policy and International Arbitration*, *in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in arbitration*, in *Icca Congress series n. 3*, 1987, p. 257 ss.

LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, in *Ann. it. del dir. d'aut.*, 2006, p. 95 ss.

LANDO, *The Lex mercatoria in international commercial arbitration*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1985, p. 749 ss.

LANDO, *The law applicable to the merits of the dispute*, in *Arb. int.*, 1986, p. 104 ss.

LANDOLT, *Modernised EC Competition law in international arbitration*, The Hague, 2006.

LANDOLT, *Note*, *Tribunal Fédéral*, *Ière Cour civile*, *arrêt du 8 mars 2006*, in *Asa Bull.*, 2006, p. 535 ss.

LANDOLT, *Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements*, in *Arb. int*., 2007, p. 63 ss.

LATTANZI, *Note in tema di arbitrabilità della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 655 ss.

LAUDISA, *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 591 ss.

LAUDISA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 857 ss.

Laudisa, *Arbitrabilità della controversia internazionale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 219 ss.

Lazareff, *Arbitrage et ordre public: priorité à l'exécution des sentences*, in *Cah. arb.*, 2, 2006, p. 4 ss.

Lenaerts-Pittie, *Conclusions générales*, in Aa.Vv., *L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, 1997, p. 209 ss.

Levoni, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino 1975.

Lew, *Applicable law in international commercial arbitration*, Dobbs ferry-New York, 1978.

Lew-Mistelis-Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003.

Liebscher, *L'arbitrage dans le procédures de contrôle des concentrations: des perspectives*, in *Cah. arb.*, 1, 2003, p. 24 ss.

Liebscher, *Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control*, *in Jour. internat. arb.*, 2004, p. 68 ss.

Liebscher, Commento in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2008, p. 545 ss.

Loewenfeld, *Lex mercatoria: an arbitrator's view*, in *Arb. int.*, 1990, p. 133 ss.

Lombardini, *Nota*, in *Dir. comm. internaz.*, 1993, p. 143 ss.

Loquin, *L'exécution des sentences arbitrales dans l'espace judiciaire européen*, in Aa.Vv., *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 176 ss.

Lübking, *The European Commission's View on Arbitrating Competition Law Issues*, *Europ. Business law Rev.*, 2008, p. 77 ss.

Luiso, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norme inderogabili*, *Riv. arb.*, 1994, p. 500 ss.

Luiso, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 1 ss.

Luiso, *Arbitrato obbligatorio e diritto comunitario: il caso Evans*, in Aa.Vv., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato. Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile n. 9*, Milano, 2006, p. 37 ss.

Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, 4ª ed., Milano, 2007.

Lupoi, *La ratifica italiana della convenzione di Lugano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 261 ss.

Lupoi, *Cenni comparatistici sulle* "antisuit injunctions" *nei paesi di* "common law", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1197 ss.

Lupoi, *Conflitti transnazionali e giurisdizioni*, Milano, 2002.

Lupoi, *La "nuova" litispendenza comunitaria: aspetti procedurali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1306 ss.

Lupoi, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 15 ss.

Lupoi, *Antisuit injunctions e arbitrato: l'esperienza inglese*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 441 ss.

Lupoi, *Reg. (Ce) n 44/2001*, in Carpi-Taruffo, *Commentario breve al c.p.c.*, Padova, 2009, p. 2974 ss.

Lupoi, *Arbitrato e regolamento Bruxelles I: ultimi sviluppi*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 475 ss.

Lupoi-Carpi, voce *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa (convenzione di Bruxelles*), in *Enc. dir.*, II, agg., Milano, 1998, p. 824 ss.

Marengo, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 797 ss.

Marengo, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 69 ss.

Marengo, *Arbitrato e coordinamento fra dottrina del* forum non conveniens, anti-suit injunctions *e regole comunitarie in materia di giurisdizione*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 459 ss.

Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999.

Markus-Giroud, *A Swiss Perspective on West Tankers and Its Aftermath. What about the Lugano Convention?*, in *Asa Bull.*, 2, 2010, p. 230 ss.

Mariconda, *Il Codice del Consumo*, in *Corr. merito*, 2006, p. 15 ss.

Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale: profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002.

Marinelli, *Litispendenza comunitaria, clausola di proroga esclusiva e durata irragionevole del processo proveniente*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 69 ss.

Marinucci, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 64 ss.

Marongiu Bonaiuti, *Emanazione di provvedimenti inibitori a sostegno della competenza arbitrale e reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 245 ss.

Marrella, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2001.

Martino, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, 2000.

Matray, *Arbitrage et ordre public transnational*, in Schultz-Van den Berg (a cura di), *The Art of Arbitration, Essays on international Arbitration, Liber Amicorum Sanders*, The Hague, 1982, p. 241 ss.

Mayer, *Les lois de police étrangères*, in *Jour. dr. internat.*, 1981, p. 344 ss.

Mayer, *La sentence contraire à l'ordre public ad fond*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 615 ss.

Mc Clean, *Jurisdiction and judicial discretion*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1969, p. 931 ss.

Mc Clellan, *Commercial arbitration and European community law*, in *Arb. int.*, 1989, p. 73 ss.

Meidanis-Giannakoulias, *Allainz s.p.a., Generali Assicurazioni s.p.a. v. West Tankers inc.*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009, p. 1709 ss.

Menchini (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuovi leggi civ. comm.*, 2007.

Mengozzi, *Il diritto comunitario e dell'unione europea*, Padova, 1997.

Mengozzi, *Casi e materiali di diritto comunitario*, Padova, 1998.

Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss.

Merlin, *Le* antisuit injunctions *e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 14 ss.

Meulemeester-Piers, *Merits revisited? Arbitral Award, Public Policy and Annulment – The Belgian Experience*, in *Asa Bull.*, 2007, p. 630 ss.

Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

Minervini, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. contratto*, diretto da Roppo, IV, 1, *Rimedi*, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 496 ss.

Minervini, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 41 ss.

Minervini-Rossi Carleo (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009.

Mistelis-Lew, *Pervasive problems in international arbitration*, The Hague, 2006.

Moitry, *Arbitrage international et droit de la concurrence*, in *Rev. arb.*, 1989, p. 11 ss.

Molineaux, *Applicable Law in arbitration. The coming convergence of civil and anglo-saxon law via Unidroit and lex mercatoria*, in *Journal World Investments*, 2000,1, p. 147 ss.

Monaco, *Convenzione di Bruxelles ed arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 117 ss.

Monaco, *Compétence arbitrale et compétence selon la convention communautaire de 1968*, in *Mélanges Lalive*, 1993, p. 587 ss.

Montanari, Nota in *Int'l Lis*, 2004, p. 75 ss.

Motto, *sub. art. 806 c.p.c.*, in Briguglio-Capponi, *Commentario alle riforme del processo civile*, Vol. III, tomo 2, Padova, 2009, p. 477 ss.

Motulski, *L'arbitrage et les conflits du travail*, in *Rev. arb.*, 1956, p. 78 ss.

MOURRE, *Le rapport de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Gazette du Palais*, 9-11 gennaio 2000, p. 30 ss.

MOURRE, *Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage*, in *Asa Bull.*, 2005, pp. 412-413.

MOURRE, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 2005, p. 357 ss.

MOURRE, *Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus (variations sur l'arbitrage, l'ordre public et le droit communautaire)*, in *Mélange François Knoepfler*, Ginevra, 2005, p. 283 ss.

MOURRE, *Should arbitration stay excluded from the scope of application of Regulation 44/2001*, in *Asa Bull.*, 2006, p. 802 ss.

MOURRE, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 2007, p. 583 ss.

MOURRE, *Dissenting Opinion on a Dangerous Project*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 219 ss.

MOURRE, *Note*, in *Jour. dr. internat.*, 2008, p. 1107 ss.

MOURRE, *Note*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 574 ss.

MOURRE-RADICATI DI BROZOLO, *Towards finality of arbitral awards: two steps forward and one step back*, in *Jour. internat. arb.*, 2006, p. 171 ss.

MOURRE-RADICATI DI BROZOLO, *Chassés croisés franco-belges: à propos de l'affaire Cytec*, in *Rev. arb.*, 2007, p. 303 ss.

MOURRE-VAGENHEIM, *À propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le règlement n. 44/2001, notamment après l'arrêt West Tankers de la CJCE*, in *Cah. arb.*, 2, 2009, p. 20 ss.

MUIR WATT, *Note*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2003, p. 632 ss.

MUSTILL, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, in *Arb. int.*, 1997, p. 86 ss.

NAZZINI, *International arbitration and public enforcement of competition law*, in *Europ. Competition Law Review*, 2004, p. 153 ss.

NAZZINI, *A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as* Amici Curiae *and the Status of Their decision in Arbitral Proceedings*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 89 ss.

NAZZINI, *Arbitrato e concorrenza tra giustizia privata ed esigenze pubblicistiche di tutela*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 553 ss.

NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1217 ss.

Nisser-Blanke, *Icc Draft Best Practice Note on the European Commission acting as Amicus Curiae in International Arbitration Proceeding*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 193 ss.

Nori, *La nuova disciplina dell'arbitrato nell'ordinamento comunitario*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3073 ss.

North-Fawcett, *Chesire and North*, *Chesire and North's Private International Law*, 1992.

Noussia, *Antisuit Injuctions and Arbitration proceedings: What Does the Future Hold?*, in *Jour. internat. arb.*, 2009, p. 311 ss.

Odorisio, *L'arbitrato obbligatorio*, in Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, p. 35 ss.

Onniboni, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme processuali del diritto comunitario con le norme processuali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale "parziale"*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 34 ss.

Opettit, *Théorie de l'arbitrage*, Parigi, 1998.

Orestano, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa e dir. privato*, 2000, p. 1184 ss.

Ortscheidt, *Le contrôle superficiel de la violation par l'arbitre de l'ordre public international: une flagrante autonomie de l'arbitrage*, in *La semaine juridique, ed. gén.*, 18 giugno 2008, Act. 430.

Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992.

Pagni-Armone-Porreca, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, p. 619 ss.

Palmieri, *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii e innovazioni*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 77 ss.

Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss.

Pardolesi, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, c. 137 ss.

Pastorelli, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 875 ss.

Patti, *Contratti del consumatore*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, p. 340 ss.

Patti, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 282 ss.

Paulsson, *La lex mercatoria dans l'arbitrage dans l'arbitrage CCI*, in *Rev. arb.*, 1990, p. 55 ss.

Pavillon, *Comment*, in *Europ. Review of Private Law*, 2007, p. 737 ss.

Petrochilos, *Arbitration and interim measures: in the twilight of the Brussels Convention*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2000, p. 99 ss.

Pettinato C., *Provvedimenti provvisori ed arbitrato nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313 ss.

Pettinato D., *Procedimento giudiziario britannico collegato ad arbitrato estero, tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 801 ss.

Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

Picardi, *Extrastatualità della giurisdizione*, al convegno "Il diritto della globalizzazione e il ruolo della giurisdizione", tenuto a Roma il 6 marzo 2006, in *www.csm.it*, dattiloscritto.

Picardi, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 559 ss.

Pillitteri, *Clausola compromissoria ed accettazione tacita della giurisdizione*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 97 ss.

Platte, *An arbitrator's Enforceable Awards*, in *Jour. internat. arb.*, 2003, p. 307 ss.

Pocar, *Il protocollo sull'interpretazione uniforme della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1978, p. 281 ss.

Pocar, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3° ed., Milano, 1995.

Pocar, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, 10° ed., Milano, 2006.

Poillot Peruzzetto, *Ordre public et droit communautaire*, in *Jour. dr. internat.*, 1993, p. 177 ss.

Poillot-Peruzzetto, *L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1 juin 1999*, in *Jour. dr. internat.*, 2000, p. 299 ss.

Porcelli, *Rinvio pregiudiziale e giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1407 ss.

Poudret, *Conflits entre juridictions étatiques en matière d'arbitrage international ou les lacunes des Conventions de Bruxelles et de Lugano*, in *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburstag*, Heidelberg, 2000, p. 761 ss.

Poudret, *Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse. Comment départager le juge et l'arbitre ?*, in *Asa Bull.*, 2007, p. 230 ss.

Poudret-Besson, *Droit comparé de l'arbitrage*, Bruxelles, 2002.

Poudret-Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Londra, 2007.

Poudret-Reymond-Wurzburger, *L'application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois (dix ans de jurisprudence)*, in *Journal des tribunaux*, 1981, III, p. 71 ss.

Prechal, *Community Law in National Courts: the Lessons from van Schijndel*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1998, p. 681 ss.

Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 142 ss.

Prujiner, *Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales internationales*, in *Competition and Arbitration Law*, *Icc Bulletin*, 1993, p. 283 ss.

Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000.

Punzi, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 235 ss.

Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968.

Querzola, *Tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 805 ss.

Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Parigi, 1999.

Racine, *La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2005, 2, p. 227 ss.

Radicati di Brozolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 673 ss.

Radicati di Brozolo, *A paradigm of the Relations between Arbitration an Mandatory Rules – a Fresh Look at the second look*, in *Int. Arb. Law Review*, 2003, p. 23 ss.

Radicati di Brozolo, *Modalisation, juridiction, arbitrage, vers des règles d'application semi-nécessaire*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2003, p. 1 ss.

Radicati di Brozolo, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 9 ss.

Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, in *Recueil des Cours*, 2005, p. 279 ss.

RADICATI DI BROZOLO, *L'illicéité "qui crève les yeux": critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thales de la Cour d'appel de Paris)*, in *Rev. arb.*, 2005, p. 751 ss.

RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 633 ss.

RADICATI DI BROZOLO, *L'insoutenable légèreté de l'ordre public: encore à propos du droit de la concurrence, Note à Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006*, in *Rev. arb.*, 2006, p. 763 ss.

RADICATI DI BROZOLO, *Arbitration in Ec merger Control: Old Wine in a New Bottle*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 7 ss.

RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003.

RAITI, *Le pronunce* Olimpiclub *ed* Asturcom Telecomunicaciones*: verso un ridimensionamento della paventata "crisi del giudicato civile nazionale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in Riv. dir. proc*, 3, 2010, p. 677 ss.

RASIA, *La battaglia all'arbitrato amministrato: a proposito di una recente giurisprudenza francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 733 ss.

RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di "lis alibi pendens" nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1071 ss.

RASIA, *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle corti supreme degli stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1025 ss.

RASIA, *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale: nuovo confronto tra gabbie ideologiche, funzionalità degli scambi, esigenze di tutela effettiva*, in *Int'l Lis*, 1, 2006, p. 21 ss.

RASIA, *La sorte del lodo contrario al diritto comunitario:una prima applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia nella sent.* Eco Swiss-Benetton, in *Int'l Lis*, 2, 2006, p. 87 ss.

RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da pare del giudice supremo: il caso* Traghetti del Mediterraneo contro Italia, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 661 ss.

RASIA, *L'ordine pubblico comunitario e i poteri del giudice d'impugnazione del lodo nella recente esperienza belga*, in *Int'l Lis*, 1, 2008, p. 15 ss.

REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 227 ss.

Ricci E.F., *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un* grand arrêt *della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, p. 351 ss.

Ricci E.F., *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato Ce*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 61 ss.

Ricci E.F., *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 710 ss.

Ricci E.F., *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1086-1087.

Rizzo, *Giudicato interno e ordine pubblico comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 667 ss.

Robert, *Domaine ouvert à l'arbitrage dans le cadre du droit communautaire*, in *Rev. arb.*, 1966, p. 32 ss.

Robert, *Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'ârret Mitsubishi contre Soler*, in *Rev. arb.*, 1986, p. 173 ss.

Rosi, *L'arbitrabilità di controversie in materia di concorrenza*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 77 ss.

Rossi Carleo, *Il Codice del consumo: prime impressioni tra critiche e consensi*, in *Contratto e impr. Europa*, 2006, p. 33 ss.

Rossi-Di Federico, *Case C-129/00, Commission v. Repubblica Italiana, judgment of 9 December 2003, Full Court*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2005 p. 829 ss.

Rubino-Sammartano, *International arbitration law and practice*, The Hague, 2001.

Rubino-Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009.

Ruffini, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 440 ss.

Ruffini, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, p. 263 ss.

Ruffini, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 711 ss.

Runeland, *Svea Court of Appeal's Dismissal of Challenge of Award in Latvijas Gaze Arbitration; Useful Pronouncement on European Competition Law as Swedish Order Public*, in *Sans Frontières*, 2006, 3, p. 7 ss.

Sachs-Hilbig, *La portée du contrôle exercée par les tribunaux étatiques allemands sur le sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence*, in *Cah. arb.*, 2, 2008, p. 3 ss.

Salerno, *La convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000.

SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3ª ed., Padova, 2006.

SALOMONE, *La Corte di giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 701 ss.

SALOMONE, *Il regolamento Ce n. 861 del 2007 sul procedimento per le controversie di modesta entità e le ADR in ambito comunitario,* in BIAVATI-LUPOI (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, p. 135 ss.

SALVANESCHI, *Sull'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto antitrust* in *Corr. giur.*, 2003, p. 1626 ss.

SANDERS, *Quo vadis arbitration?* The Hague, 1999.

SARAVALLE, *Arbitrato internazionale e leggi antitrust: il caso Mitsubishi*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1986, p. 597 ss.

SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, nel sito web *www.judicium.it*.

SASSANI –LUISO-AULETTA-CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 59 ss.

SATTA, *Teoria e pratica del processo*, Roma, 1940.

SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 146 ss.

SCHEPISI, *Sull'applicabilità d'ufficio delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, p. 811 ss.

SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003.

SCHIAVONE, *Nota*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 650 ss.

SCHLOSSER, *The 1968 Brussel Convention and arbitration*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1989, p. 545 ss.

SCHLOSSER, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1994, *sub* § 1044.

SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 291 ss.

SCHLOSSER, *Anti-suit injunctions a sostegno dell'arbitrato internazionale*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 96 ss.

SCHLOSSER, *Anti-suit injunctions zur Unterstutzung von internationalen Schiedsverfahren*, in *Recht der internat. Wirtschaft*, 2006, p. 486 ss.

SCHLOSSER, *Articles 81 and 82 EC-Treaty and Arbitration: a german perspective*, in *Cah. arb.*, 1, 2009, p. 22 ss.

SCHMITTHOFF, *Arbitration and EEC Law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1987, p. 146 ss.

SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 6ª ed., Monaco, 2000.

SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7ª ed., Monaco, 2005.

SCONDITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 417 ss.

SCONDITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it*., 2007, IV, c. 533 ss.

SELVAGGI, *Arbitrato e accertamenti incidentali di validità e interpretazione di norme e provvedimenti C.E.E.*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 318 ss.

SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Parigi, 2001.

SERAGLINI, *Note*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 773 ss.

SERAGLINI, *L'affaire Thalés et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation)*, in *Cah. arb.*, 2, 2005, p. 5 ss.

SERAGLINI, *Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités*, in *Cah. arb.*, 1, 2009, p. 5 ss.

SHELKOPLYAS, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Gronigen, 2003.

SIMON, *Note*, in *Journal dr. internat.*, 1995, p. 427 ss.

SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 277 ss.

SLOT, *The enforcement of EC Competition Law in Arbitral Proceedings*, in *Legal Issues of European Integration*, 1996, I, p. 105 ss.

STONE, *Civil Jurisdiction and judgements in Europe*, Londra, 1998.

STORM, *Note*, in *Cah. de droit européen*, 1967, p. 311 ss.

STÜRNER-KAWANO (a cura di), *Current topics of international litigation*, Tübingen, 2009.

STUYCK, Nota in *Comm. Mark. Law Rev*., 2010, p. 879 ss

TAMPIERI, *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi stranieri*, in *Riv. arb*., 2005, p. 637 ss.

TAMPIERI, *Osservazioni*, in *Cah. arb.*, 2, 2006, pp. 57-58

TAMPIERI, *Osservazioni*, in *Cah. arb.*, 1, 2007, p. 57.

TARZIA, *Sub. art. 827*, in TARZIA-LUZZATO-RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, p. 156.

Telchini, *Matières exclues de l'application de la Convention C.E.E. concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1969, p. 168 ss.

Tesauro, *Diritto comunitario*, 6ª ed., Padova, 2010.

Thery, *Arbitrage forcé et justice étatique*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 340 ss.

Thomas, *The Arbitration Exclusion in the Bruxelles Convention 1968: An English Perspective*, in *Jour. internat. arb.*, 3, 1990, p. 43 ss.

Tizzano, *Arbitrato privato e competenza pregiudiziale della Corte comunitaria*, in *Rass. arbitrato*, 1983, p. 153 ss.

Toffoletti, *Modernizzazione del diritto antitrust comunitario e tutela dei singoli*, in Aa.Vv., *Antitrust e globalizzazione*, Atti del convegno, Milano, 2004, p. 127 ss.

Tombari, *Brevi note di cessione d'azienda e deperibilità ad arbitri della controversia relativa alla violazione del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c.*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 237 ss.

Tosato-Bellodi, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004.

Train, *Les recommandations de l'Association de droit international sul l'établissement de la teneur du droit applicable dans l'arbitrage commercial international*, in *Cah. arb.*, 2, 2009, p. 5 ss.

Train, *Le contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public et aux lois de police après l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2008*, in *Gaz. Pal.*, 20-21 febbraio, 2009, p. 34 ss.

Treccani, *In tema di arbitrato e diritto della concorrenza: lodo antitrust, ordine pubblico e motivi di revisione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 71 ss.

Trisorio Liuzzi, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 727 ss.

Trocker, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1192 ss.

Trocker, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 845 ss.

Troiano, *L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva Cee del 5 aprile 1993: la nozione di clausola "non oggetto di negoziato individuale"*, in Bianca-Alpa (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, p. 597 ss.

Troiano, *Art. 1469-bis, 1° comma. Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in Alpa-Patti (a cura di), in *Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli*, Milano, 2003, p. 31 ss.

Tufano, *Nota*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 210 ss.

Vaccà, *La giustizia non togata*, Milano, 1998, p. 197 ss.

Vaccà, *La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?*, in *Contratti*, 2008, 8-9, p. 857 ss.

Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2887 ss.

Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004.

Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, 1981.

van Gerven, *L'arbitrage dans le droit européen*, in *Rev. de droit intern. et de droit comparé*, 1995, p. 67 ss.

Van Haersolte-Van Hof, *The arbitration exception in the Brussels Convention: further comments*, in *Jour. internat. arb.*, 2001, p. 27 ss.

Van Houtte, *Consommateur et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1978, p. 197 ss.

van Houtte, *May Court judgments that disregard arbitration clauses and awards be enforced under the Brussels and Lugano Conventions?*, in *Arb. int.*, 1997, p. 85 ss.

Van Houtte, *Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*, in *Arb. int.*, 2005, p. 510 ss.

Van Houtte, *Arbitration and arts. 81 e 82 EC Treaty. A state of affairs*, in *Asa Bull.*, 2005, p. 431 ss.

Van Houtte, *The application by arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with European Commission*, in *Europ. Business Law Rev.*, 2008, p. 63 ss.

Van Huffel, *La mise en oeuvre du droit communautaire par les organes extrajudiciaires de règlement des litiges: limites et perspectives*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2005 p. 25 ss.

Van Waeyenberge, *Le juge communautaire face au "Common Law". Réflexions autour de l'arrêt "Allianz"*, in *Rev. droit de l'Union Européenne*, 2, 2009, p. 293 ss.

Vaques, *Nota*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 45 ss.

Venturello(-Lombardi), *Brevi note sulla più recente giurisprudenze comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso* Réu-

nion européenne *e il caso* Van Uden, in *Contr. e impr. Europa*, 1999, p. 476 ss.

VERBIST, *L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la Cci*, in *Icc Bulletin*, *suppl. special*, novembre 1994, p. 34 ss.

VIGORITI, *La direttiva europea sulla* mediation*. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.

VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008.

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

VITTORIA, *La competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE n. 44/2001*, Milano, 2005.

VON HOFFMANN, *Grundsätzliches zur Anwendung der "lex mercatoria" durch internationale Schiedsgerichte*, in *Festschrift für Kegel*, Stuttgart, 1987, p. 217 ss.

VON MEHREN, *The Eco Swiss Case and International Arbitration*, in *Arb. int.*, 2003, p. 465 ss.

VON QUITZOW, *The Benetton Judgment and its Practical Implications on Arbitration*, in *Stockholm Arb. Rep.*, 2000, p. 33 ss.

WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania-Svizzera-Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 670 ss.

WILKINSON, *The new Lex Mercatoria. Reality or Academic fantasy?*, in *Jour. internat. arb.*, 2, 1995, p. 103 ss.

WILLEMS, *Les mesures provisoires et l'arbitrage après l'arrêt Van Uden de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Gazette du Palais*, *spécial arbitrage*, 11 gennaio 2000, p. 37 ss.

WILSKE-MACKAY, *The Myth of the "manifest Disregard of the Law" Doctrine: Is the Challenge to the Finality of Arbitral Awards Confined to U.S. Domestic Arbitrations or Should International Arbitration Practitioners be concerned?*, in *Asa Bull.*, 2006, p. 216 ss

WINKLER, *West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 729 ss.

YOSHIDA, *Lessons from* The Atlantic Emperor: *Some Influence from the* Van Uden *Case*, in *Arb. int.*, 1999, p. 359 ss.

ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Milano, 1964.

ZOBEL, *Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht. Im Spannungsverhältnis zwischen Integration und Exklusion*, Tübingen, 2005.

Zuccaro, *Nota*, in *Giur. it.*, 2001, p. 743 ss.

Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato e appalti pubblici: uno sguardo ad alcune esperienze d'oltre frontiera*, in Carpi-Lupoi (a cura di), *Essays on transnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001, p. 265 ss.

Zucconi Galli Fonseca, *Sub. art. 806 c.p.c.* e *Sub. art. 827 c.p.c.* in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna, 2007, p. 23 ss. e p. 666 ss.

Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 806*, in Menchini (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuovi leggi civ. comm.*, 2007, p. 1156 ss.

Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 653 ss.

Zuffi, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, p. 382 ss.

SOMMARIO

PREMESSA 5

Capitolo I

IL FENOMENO ARBITRALE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO: UNA PRIMA INTRODUZIONE

1. Premessa: l'evoluzione dei rapporti tra arbitrato e ordinamento europeo..... 9
2. Riconoscimenti normativi europei nei confronti dell'arbitrato..... 11
3. L'atteggiamento verso le *A.d.r.*..... 21
4. Un "mélange d'amour et de haine" ma anche tanta indifferenza: il mutevole e disomogeneo rapporto tra arbitrato e ordinamento europeo..... 25
5. *Segue*: l'utilizzo dell'arbitrato da parte dell'Unione e il *favor arbitratus*: la sentenza *Benetton*, il reg. Ce n. 139 del 2004 sulle concentrazioni, gli artt. 272-273 tr. Fue..... 27
6. *Segue*: l'ostilità verso lo strumento arbitrale: il diniego del rinvio pregiudiziale, la dir. Ce n. 93/13 sulle clausole abusive, le sentenze *Mostaza Claro* e *Asturcom* 28
7. *Segue*: l'indifferenza verso l'arbitrato: il reg. Bruxelles I, le sentenze *Marc Rich, Van Uden* e *West Tankers*..... 32
8. Considerazioni conclusive..... 34

Capitolo II

GLI ARBITRI E IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA *EX* ART. 267 TR. FUE

1. L'art. 267 tr. Fue e la sua funzione. Il concetto di "giurisdizione di uno Stato membro"..... 39
2. Il problema "arbitrato" e l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia..... 45
3. L'arbitrato convenzionale e la sentenza *Nordsee* del 1982: il rifiuto della legittimazione al rinvio alla Corte di giustizia..... 50
4. La giurisprudenza successiva e la sentenza *Denuit* del 2005: il persistere del responso negativo..... 54
5. Le osservazioni critiche della dottrina: problemi empirici e confronto tra tesi funzionalistica e istituzionalistica dell'arbitrato. Arbitrati *ad hoc* ed arbitrati amministrati..... 57
6. Spunti di riforma e problemi *de iure condendo*: l'individuazione degli arbitrati geograficamente abilitati al rinvio..... 69
7. *Segue*: rinvio facoltativo od obbligatorio..... 74
8. *Segue*: legittimazione arbitrale al rinvio pregiudiziale e responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto europeo..... 76
9. La via dell'ausilio del giudice statale al rinvio pregiudiziale..... 78
10. Cenni sul controllo dei lodi in sede d'impugnazione e di riconoscimento/esecuzione da parte del giudice statale *(rinvio)*..... 84
11. Considerazioni conclusive..... 87

Capitolo III

GLI ARBITRI E L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO

1. Premessa 91

Sezione I

MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DA PARTE DEGLI ARBITRI

1. L'arbitro avanti al diritto applicabile: aspetti peculiari rispetto al giudice. Vigenza del principio "iura novit curia" in arbitrato?..... 93

2. L'applicazione da parte dell'arbitro del diritto europeo: efficacia e natura delle norme dell'Unione. I casi di competenza esclusiva di altri organi……..... 98
3. L'arbitrato e l'ordine pubblico……..... 103
4. Le regole europee e l'ordine pubblico: individuazione di un complesso (limitato) di norme di ordine pubblico europeo……..... 111
5. La nozione di ordine pubblico ed i suoi riflessi in punto di arbitrabilità. L'arbitro e la decisione sull'arbitrabilità della lite…..... 116
6. Sintesi e transizione: arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza e delle controversie a tutela dei consumatori……..... 123

Sezione II

ARBITRATO E DIRITTO EUROPEO ANTITRUST

1. L'arbitrabilità delle controversie antitrust: il cuore del problema…..... 124
2. Il caso americano *Mitsubishi*……..... 126
3. Le aperture giurisprudenziali dei principali Stati membri……..... 129
4. L'arbitrabilità delle controversie antitrust in ambito europeo: la sentenza *Benetton* del 1999 e l'annullabilità di un lodo in caso di violazione del diritto europeo della concorrenza…….....……. 136
5. L'applicazione da parte degli arbitri del diritto europeo della concorrenza: l'analisi della giurisprudenza arbitrale……..... 141
6. Il reg. Ce n. 1 del 2003, il *private enforcement* e un nuovo spazio per gli arbitri……..... 144
7. *Segue*: il dovere degli arbitri di cooperazione con la Commissione europea……..... 148
8. Il controllo delle concentrazioni *ex* reg. Ce n. 139/04 e l'obbligo di ricorrere allo strumento arbitrale: un vero arbitrato?……..... 151
9. Sintesi……..... 155

Sezione II

ARBITRATO E DIRITTO EUROPEO DEI CONSUMATORI

1. Il diritto dei consumatori e l'arbitrato: la validità delle convenzioni arbitrali di fronte ai legislatori nazionali……..... 157
2. Il diritto dei consumatori come norma di ordine pubblico e l'annullabilità del lodo: la sentenza *Mostaza Claro* del 2006 e la sua applicabilità... 168
3. Il caso *Asturcom* del 2009 e l'*exequatur* del lodo su liti consumeristiche 175
4. La questione della compromettibilità delle controversie in materia di tutela dei consumatori……..... 178
5. Sintesi ……..... 181

Sezione IV

NORME DI ORDINE PUBBLICO EUROPEO E DIRITTO PROCESSUALE DEGLI STATI MEMBRI IN CAMPO ARBITRALE

1. Premessa……..... 183
2. Il dovere degli arbitri di applicare le norme europee di ordine pubblico……..... 184
3. *Segue*: applicazione anche *ex officio* o rischio di *ultra petita?*……..... 189
4. I poteri del giudice nel controllo del lodo in sede d'impugnazione ed *exequatur* in caso di violazione dell'ordine pubblico europeo: dal caso *Benetton* ai casi *Mostaza Claro* e *Asturcom*……..... 195
5. Considerazioni conclusive e transizione……..... 205

Capitolo IV

IL CONTROLLO DELLE NORME DI ORDINE PUBBLICO EUROPEO DA PARTE DEL GIUDICE DELL'IMPUGNAZIONE E DEL RICONOSCIMENTO/ESECUZIONE DEL LODO

1. Il controllo giudiziario del lodo *ex post*: dalla teoria statunitense del "second look" ai problemi interpretativi lasciati aperti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Benetton*……..... 209
2. La natura e l'intensità del controllo del lodo: l'oscillazione tra la tesi "massimalista" e quella "minimalista"..... 214
3. L'intensità di controllo in sede di annullamento e in sede di riconoscimento/esecuzione del lodo……..... 217
4. L'analisi della giurisprudenza degli Stati membri sul controllo dei lodi arbitrali: la sentenza *Thalés* del 2004 e il controllo giudiziale in caso di mancata eccezione nel corso dell'arbitrato……..... 222
5. *Segue*: divergenza di soluzioni nell'emblematica vicenda *SNF c. Cytec*……..... 228
6. *Segue*: le soluzioni della giurisprudenza italiana, svizzera, inglese, olandese, svedese, tedesca, spagnola e il prevalere della tesi minimalista……..... 238
7. Il vaglio giudiziale in caso d'ignoranza nell'applicazione e in caso di erronea applicazione del diritto antitrust da parte degli arbitri: una diversità di soluzioni?……..... 244
8. La scelta della tesi minimalista e la sua razionalità con l'ordinamento europeo ……..... 247
9. Considerazioni conclusive e prospettive dopo il trattato di Lisbona 250

Capitolo V

ARBITRATO E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA ALL'INTERNO DELL'UNIONE E NELLO SPAZIO EUROPEO

1. Premessa e quadro normativo della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione: dalla convenzione di Bruxelles e di Lugano al reg. Bruxelles I e alla nuova convenzione di Lugano……..... 253
2. L'art. 293 tr. Ce e l'esclusione dell'arbitrato dal regolamento n. 44 del 2001: *ratio* ed effetti……..... 260
3. La portata di tale esclusione: le relazioni di accompagnamento alla convezione di Bruxelles……..... 262
4. *Segue*: la giurisprudenza della Corte: la sentenza *Marc Rich* del 1991 e le "ancillary measures to arbitration"……..... 267
5. *Segue*: la sentenza *Van Uden* del 1998 e i "parallel proceedings to support arbitration"……..... 273
6. Strumenti diretti a prevenire la violazione di una convenzione arbitrale: le *antisuit injunctions* e la loro applicazione nello spazio giudiziario europeo……..... 278
7. *Segue*: L'evoluzione della giurisprudenza inglese e la sentenza *West Tankers* del 2009……..... 285
8. Problemi aperti sull'esclusione della nozione di arbitrato……..... 296
9. Le proposte di modifica del reg. Ce n. 44 del 2001 relativamente all'esclusione dell'arbitrato: "the Heidelberg Report" del settembre 2007 e il Libro Verde dell'aprile 2009……..... 306
10. Considerazioni conclusive e prospettive "de iure condendo"……..... 310

CONCLUSIONI

Verso un arbitrato europeo?……..... 315

Bibliografia ……..... 325

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.

Finito di stampare nel mese di novembre 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)