



ASSOCIAZIONE  
ITALIANA  
PER L'ARBITRATO

Publicazione trimestrale  
Anno XXI - N. 4/2011  
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)  
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina



GIUFFRÈ EDITORE

## Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero (\*)

ANTONIO BRIGUGLIO (\*\*)

« In definitiva, le coordinate sovranità, territorio e giurisdizione, sulle quali la cultura politica e giuridica aveva costruito il principio della giurisdizione quale emanazione della sovranità, risultano oggi sconvolte... »  
(N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 28).

1. Il quadro generale della alternativa compatibilità/incompatibilità fra giurisdizione statale ed arbitrato estero. — 2. Le funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo nel quadro generale. — 3. La tendenziale incompatibilità rispetto all'arbitrato estero delle attribuzioni giudiziarie funzionali all'arbitrato (con la ovvia eccezione della delibazione di lodo estero e la possibile eccezione dell'ausilio istruttorio). — 4. Problematiche consequenziali: errore o divergenza (fra giurisdizione italiana e straniera) sulla qualificazione della nazionalità dell'arbitrato; conseguenze riguardo a: a) costituzione e conferma dell'organo arbitrale; b) omologazione; c) impugnazione del lodo; d) liquidazione del compenso agli arbitri. — 5. (*Segue*): ancora sui rapporti tra funzioni giudiziali incidenti sulla costituzione dell'organo arbitrale e determinazione della sede (e della nazionalità) dell'arbitrato: *in dubio pro* arbitrato interno (accettando il rischio dell'« errore » qualificatorio). — 6. Il recente balzo in avanti del legislatore francese: se vi è rischio di *déni de justice* l'ausilio giudiziario vale anche per l'arbitrato estero.

1. Il rapporto fra la giurisdizione statale e l'arbitrato estero (1) si gioca nella alternativa fra compatibilità ed incompatibilità e

(\*) Questo saggio è affettuosamente dedicato a Nicola Picardi e destinato agli Scritti in suo onore.

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

(1) L'arbitrato cioè che, indipendentemente dal suo carattere internazionale o meno e dalla rilevanza che un tale carattere abbia nell'ordinamento cui appartiene la giurisdizione statale della quale occorre verificare compatibilità o incompatibilità d'esercizio, sia straniero

nella varietà di ragioni a seconda dei casi (e conseguente diversità di regimi ed effetti) dell'uno e dell'altro polo dell'alternativa. A seconda delle situazioni, inoltre, l'alternativa compatibilità/incompatibilità è tendenzialmente conforme ovvero apprezzabilmente diversa rispetto a quella che può predicarsi fra giurisdizione statale ed arbitrato interno, e può perciò risultare del tutto indifferente ovvero in varia misura rilevante la qualificazione dell'arbitrato come interno o estero al fine di stabilire se e come la giurisdizione statale sia chiamata a pronunciarsi.

1.1. Coesistente alla scelta arbitrale, come scelta di autonomia privata sostitutiva della giustizia statale (di qualsiasi Stato), e perciò universalmente predicabile tanto per l'arbitrato interno quanto per l'arbitrato estero in base ai principi comuni delle legislazioni nazionali e/o a quanto desumibile dalle convenzioni internazionali, è che l'alternativa predetta postuli anzitutto due macroaree speculari: di *incompatibilità per identità di oggetto* della cognizione e di *compatibilità per indifferenza*.

Incompatibile è l'esercizio della giurisdizione statale su lite deferita agli arbitri da convenzione compromissoria per arbitrato estero come interno; varie essendo poi, e dipendenti da contingenti peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali, le modalità concettuali — difetto di giurisdizione in senso tecnico o altro — e operative — declinatoria o semplice sospensione del giudizio di merito — della incompatibilità e cioè del ritrarsi della *potestas iudicandi* del giudice statale, e tali diverse modalità e la inerente diversità di regime potendo dipendere, a seconda dell'approccio dei vari legislatori nazionali, dal carattere interno o estero dell'arbitrato (2).

Specularmente: compatibile è l'esercizio della giurisdizione statale su lite diversa da quella deferita dall'accordo compromissorio agli arbitri (spettando poi a ciascun ordinamento nazionale di regolare i rapporti di pregiudizialità o connessione fra lite arbitrale pendente e lite « ordinaria » ed in particolare di regolare — eventual-

rispetto a quell'ordinamento e secondo le sue regole qualificatorie (normative o giurisprudenziali).

(2) Si consideri la perdurante, e pur parziale, divaricazione di regime processuale, nel nostro sistema, fra eccezione fondata su accordo per arbitrato interno ed eccezione fondata su accordo per arbitrato estero (per una istanza unificatrice v. soprattutto Bove, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 403 ss., spec. 417 ss.).

mente n  
trovansi  
l'incider  
mentre, s  
zionale s  
l'arbitrato  
All'  
regola —  
porto con  
tuale: dell  
sponsione  
risdizional  
nostro c.p.  
trato) e de  
ordine alla  
estranea al  
sta o quella  
delimitative  
tare del tutt  
vello della l  
dare rilievo  
lunque disc  
una legislat  
del nostro c  
chiamato a p  
fitto, solo pe  
spetto a quell

1.2. Qu  
patibilità/inco  
lità o la incon  
bitrato estero s  
diversi e derog  
Vi è anzi

(3) V. PIETRA, *arbitrato della CCI*,

(4) Si pensi  
di esecuzione dell'ob

(5) In arg. v.

mente ma non necessariamente differenziando a seconda che la controversia arbitrale pregiudicante o connessa sia interna o estera — l'incidenza della situazione sull'esercizio della giurisdizione statale; mentre, se pregiudicante è la « lite ordinaria », all'ordinamento nazionale spetta ovviamente solo di regolare la incidenza di questa sull'arbitrato interno).

All'area di siffatta *compatibilità per indifferenza* appartiene di regola — va detto a scampo di equivoci — anche la materia del rapporto contrattuale parti-arbitri e della inerente responsabilità contrattuale: delle parti verso gli arbitri in primo luogo quanto alla corresponsione del compenso (salvo quanto si dirà per le funzioni giurisdizionali specificatamente escogitate, come quelle *ex art.* 814 del nostro c.p.c., quale forma di apposito ausilio semplificatorio all'arbitrato) e degli arbitri verso le parti, con i possibili predetti riflessi in ordine alla connessione. Anche questa materia è per definizione estranea all'oggetto dell'accordo compromissorio ed affidata a questa o quella giurisdizione nazionale sulla base delle rispettive regole delimitative generali <sup>(3)</sup>, alla stregua delle quali <sup>(4)</sup> può anche risultare del tutto indifferente la nazionalità dell'arbitrato; mentre è al livello della legge sostanziale applicabile <sup>(5)</sup> che occorre a mio avviso dare rilievo a quella nazionalità e tener fermo, ad esempio, che qualunque disciplina apposita di responsabilità dettata nell'ambito di una legislazione arbitrale statale — come quella dell'art. 813-ter del nostro c.p.c. — si applica, quale che sia il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi e compatibilmente con le sue regole di conflitto, solo per arbitri e parti di un arbitrato nazionale e non estero rispetto a quella legislazione.

1.2. Questa prima alternativa e queste due macroaree di compatibilità/incompatibilità non esauriscono il discorso. La compatibilità o la incompatibilità fra esercizio di giurisdizione statale ed arbitrato estero si colorano, in aree più ristrette, di ragioni e significati diversi e derogatori.

Vi è anzitutto un'area di *compatibilità* segnata dalla *sovrappo-*

---

<sup>(3)</sup> V. PIETRANGELI, in AA.VV. (a cura di BRIGUGLIO - SALVANESCHI), *Regolamento di arbitrato della CCI*, Milano, 2005, 563.

<sup>(4)</sup> Si pensi al criterio del foro del convenuto o a quello del luogo di insorgenza o di esecuzione dell'obbligazione.

<sup>(5)</sup> In arg. v. ancora PIETRANGELI, *op. cit.*, 566 ss.

sizione (invece che dalla *indifferenza*) fra cognizione arbitrale e cognizione del giudice dello Stato, ed è quella che riguarda direttamente l'accordo compromissorio, dedotto in via di eccezione o se possibile in via di azione innanzi alla giurisdizione statale. Ed è questa per l'appunto l'unica ipotesi in cui, per ragioni logiche elementari — e scontata la contingente, e discrezionale per ogni legislatore, maggiore o minor salvaguardia della *Kompetenz-Kompetenz* arbitrale — un ordinamento statale non può non ammettere una naturale e non patologica sovrapposizione di *cognitio* giudiziale e arbitrale sullo stesso oggetto pur rientrante nell'accordo compromissorio.

Perché da un lato la indagine sulla validità ed efficacia dell'accordo compromissorio rientra nell'oggetto di esso, dato che altrimenti gli arbitri non sarebbero mai in grado di verificare la loro *potestas iudicandi*; d'altro lato quella particolare porzione dell'oggetto dell'accordo compromissorio rientra altresì, nonostante gli effetti negativi di questo, nella cognizione del giudice, dato che altrimenti a costui sarebbe impossibile perfino riconoscerlo come tale e prestarvi ossequio, essendo manifestamente assurdo, per evitare tale conclusione, ritenere che il giudice debba riconoscere e prestare ossequio all'accordo compromissorio sol che affermato da una parte.

Lo stesso strumento convenzionale internazionale normativamente principe e culturalmente espressivo della *communis opinio* (si tratta come è ovvio della Convenzione di New York del 1958) si arrende a questa realtà dettando condizioni per il riconoscimento e dunque anche condizioni per il non riconoscimento dell'accordo compromissorio per arbitrato estero; dettando perciò (art. II) regole « di merito » comuni per questo *esercizio di giurisdizione statale compatibile e non indifferente*.

Il quale è, dunque, sul piano logico indistintamente postulabile vuoi che l'accordo compromissorio preveda un arbitrato interno vuoi che esso preveda un arbitrato estero, mentre sul piano applicativo la distinzione può rilevare a misura che le regole statuali « di merito », di riconoscimento o non riconoscimento dell'accordo compromissorio per arbitrato interno, siano diverse da quelle comuni della Convenzione di New York, ovvero a misura che regole interne dettino modalità processuali differenziate per quell'esercizio a seconda che si sia di fronte ad accordo per arbitrato estero o per arbitrato interno <sup>(6)</sup>.

---

(6) V. *supra* la nota 2.

1.3. Vi è poi altra area in cui la ragione della compatibilità dell'esercizio di giurisdizione statale è data pur sempre dalla estraneità della *cognitio* riservata al giudice rispetto a quella riferibile alla convenzione di arbitrato. Senonché l'esercizio della giurisdizione, compatibile con l'arbitrato vuoi interno che estero, non è indifferente rispetto alla controversia concreta che è o sarà deferita agli arbitri, perché è invece comunque funzionale (sia pure in modo diverso da quello che è stato o può essere richiesto agli arbitri: da qui appunto la compatibilità) alla tutela dei diritti delle parti di quella controversia.

È questa l'area della tutela cautelare (compresa a mio avviso l'istruzione preventiva) riservata di regola al giudice dello Stato, sempre che l'accordo compromissorio non possa ricomprenderla in astratto e non la ricomprenda in concreto affidandola agli arbitri e con esclusione del giudice dello Stato (7).

La Convenzione di New York è assolutamente neutra sul punto. E l'esercizio della giurisdizione cautelare statale — essendo funzionale non al procedimento arbitrale, bensì alle situazioni giuridiche sostanziali dedotte o deducibili in arbitrato — trascende l'alternativa arbitrato interno/arbitrato estero. A misura che quell'esercizio non sia impedito dal particolarissimo ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e sia consentito, in relazione alle situazioni soggettive tutelate e/o alla localizzazione territoriale della tutela cautelare, dalle regole interne o sovranazionali delimitative della *iurisdictio* (in materia cautelare), il deferimento del corrispondente « merito » ad arbitrato interno o estero risulta irrilevante (8). Che poi le modalità processuali del medesimo esercizio di giurisdizione cautelare statale siano in qualche misura diverse, a seconda che il giudizio sul merito della controversia sia riservato (o sia pendente innanzi) ad arbitri nazionali o ad arbitri esteri, può occasionalmente dipendere da contingenti scelte di singoli legislatori nazionali (9).

(7) Rinvio a riguardo, anche per compiuti riferimenti, a BRIGUGLIO, *Potestas iudicandi in materia cautelare ed arbitrato estero*, in questa *Rivista*, 2010, 17 ss.

(8) Ma vedi gli equivoci della nostra giurisprudenza a proposito della istruzione preventiva (riferimenti in CARLEVARIS, *Istruzione preventiva e rinuncia all'accordo compromissorio*, in questa *Rivista*, 2009, 713 ss.).

(9) In arg. rinvio ancora a BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 38 ss., ove per altro una ricostruzione in termini di tendenziale uniformità di regime con riferimento al nostro sistema ed in particolare alla determinazione della competenza cautelare interna.

2. Le cose cambiano in un'altra area di possibile interferenza fra giurisdizione statale ed arbitrato, anch'essa connotata: dalla estraneità della *cognitio* del giudice rispetto all'ambito oggettivo dell'accordo compromissorio; dalla funzionalità — interferenza appunto piuttosto che semplice indifferenza — di quella *cognitio* rispetto alla vicenda arbitrale; funzionalità che è in questo caso rivolta, però, non direttamente alla tutela delle situazioni soggettive dedotte o deducibili in arbitrato, bensì alla tutela dell'arbitrato.

È l'area infatti delle cosiddette funzioni di ausilio/controllo della giurisdizione statale rispetto all'arbitrato. Ove è chiaro che: a) perfino quando a prevalere è decisamente la funzione ausiliaria si presuppone un controllo (ad es. controllo *prima facie* sull'esistenza e validità dell'accordo compromissorio presupposto alla nomina o sostituzione giudiziale dell'arbitro ovvero alla convocazione autoritativa di un teste <sup>(10)</sup> o alla richiesta di informazioni sulla legge straniera attraverso il giudice statale <sup>(11)</sup>); controllo omologatorio sul lodo presupposto al provvedimento giudiziale di attribuzione di efficacia); b) in altri casi ausilio e controllo si bilanciano perfettamente perché la rimozione dell'*impasse* ad opera del giudice statale comporta altresì ed intrinsecamente un controllo diretto sull'operato degli arbitri prima o durante l'arbitrato (così in caso di riconsuazione, o revoca dell'arbitro, o autorizzazione giudiziale alle sue dimissioni <sup>(12)</sup>, nonché in caso di proroga giudiziale del termine di emanazione del lodo, e così pure in un caso, quello corrispondente al nostro art. 814 c.p.c., ove la giurisdizione statale non è chiamata a rimuovere una *impasse* impeditiva della marcia del procedimento arbitrale, bensì ad aiutare indirettamente l'arbitrato facilitando, con rimedio speciale, la soluzione di una divergenza relativa al rapporto parti-arbitro); c) e per converso perfino quando la funzione giurisdizionale si esplica in mero controllo — controllo impugnatorio — essa comporta un implicito profilo ausiliario alla effettività dell'arbitrato e del suo prodotto, perché dall'esperimento con esito confermativo del controllo o dal suo mancato tempestivo esperimento scaturiti-

<sup>(10)</sup> V. oggi finalmente il nostro art. 816-ter, comma 3, e — fra altri — l'art. 1041, comma 2 del codice di rito olandese, o l'art. 18, comma 2 della legge portoghese n. 31 del 29 agosto 1986, estensibile anche all'ordine di esibizione documentale nei confronti di una parte o di un terzo e così pure, esplicito riguardo ad entrambe le ipotesi, l'art. 15 della legge sull'arbitrato svedese.

<sup>(11)</sup> Cfr. ad es. l'art. 1044 del codice di rito civile olandese.

<sup>(12)</sup> V. per il sistema francese l'art. 1457 nonché *infra* il par. 6.

sce  
gib  
del  
l'a:  
pra  
cor  
equ  
ces

arb  
san

sco  
dun  
pae  
ciò,  
rio  
zior  
con  
mer  
stat  
mat  
zato  
attri  
tore  
tual  
anal  
funz

analog  
tura p  
risdizi  
bitato  
cora r  
sta Ri  
sulta  
Rivista

zione

sce ulteriore attribuzione di efficacia per lo meno in termini di intangibilità del lodo. In altre parole, il controllo impugnatorio del giudice dello Stato, siccome soggetto a termine di decadenza, finisce con l'assicurare al lodo, attraverso il rigetto della impugnazione o la sopravvenuta inimpugnabilità, una stabilità di effetti vincolanti, che ne completa e riafferma, sul piano logico-sistematico, la sostanziale equiparazione alla sentenza passata in giudicato perfino senza la necessità di alcuna equiparazione normativa e formale (13).

In questa variegata area la distinzione fra arbitrato interno ed arbitrato estero assume il suo maggior rilievo ai fini che qui interessano.

2.1. La Convenzione di New York è nata con il principale scopo di garantire ed uniformare la circolazione dei lodi esteri e dunque il loro riconoscimento e/o la loro esecuzione all'estero (in paese altro da quello di provenienza). La Convenzione postula perciò, nell'ordinamento di ciascuno stato aderente, un regime deliberatorio apposito e parzialmente uniforme (uniforme quanto alle condizioni di riconoscimento, quelle fissate dalla stessa Convenzione, e con qualche indiretta incidenza uniformatrice anche sul procedimento deliberatorio) ed un corrispondente esercizio di giurisdizione statale perfettamente compatibile con l'arbitrato estero perché su materia diversa da quella oggetto della *cognitio* arbitrale, e finalizzato, previo controllo non esteso al merito del giudizio arbitrale, alla attribuzione di efficacia al lodo. Dipende poi da ogni singolo legislatore nazionale: che sia dato o meno un esercizio di giurisdizione statale omologatoria/deliberatoria concettualmente o funzionalmente analogo anche rispetto al lodo interno (14); che questo esercizio sia funzionale alla attribuzione di efficacia *tout court* al lodo come ac-

(13) È questa l'opinione (prescindente dal se al lodo arbitrale rituale possa applicarsi analogamente o estensivamente l'art. 2909 c.c., quanto perfettamente compatibile con la *natura privata* della *investitura* arbitrale, e cioè l'essere gli arbitri tutt'altro che investiti di giurisdizione statale foss'anche delegata, ciò di cui nessuno — credo — ha mai seriamente dubitato) che ho espresso — anche quando la formale equiparazione *ex art. 824-bis c.p.c.* ancora non esisteva — in *La pregiudizialità nell'ambito rituale e la efficacia del lodo*, in questa *Rivista*, 2000, 639 ss., spec. 641-645, ed in *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in questa *Rivista*, 668-670.

(14) Vi sono sistemi in cui il lodo arbitrale interno non necessita invece di omologazione neppure per valere come titolo esecutivo.

cade per il lodo estero<sup>(15)</sup>, o solo alla attribuzione della particolare efficacia esecutiva e di quelle concatenate (v. il nostro attuale art. 825 c.p.c.); che questo esercizio si espliciti — come il più delle volte ma non necessariamente accade — su binario, rispetto a quello previsto per il lodo estero, diverso quanto a procedura e/o condizioni dovendosi qui il discorso coordinare da un lato con la « clausola del diritto più favorevole »<sup>(16)</sup> di cui all'art. VII, c. 1° della Convenzione, d'altro lato con l'art. III della medesima<sup>(17)</sup> e con il divieto di trattamento « processuale » del lodo estero più sfavorevole rispetto a quello riservato al lodo interno<sup>(18)</sup>.

Quando perciò si affermi che l'esercizio della giurisdizione statale italiana ex art. 825 c.p.c. è compatibile solo con l'arbitrato e con il lodo interno ed incompatibile invece con l'arbitrato ed il lodo estero si dice cosa esatta ed ovvia, ma solo perché così ha contingentemente voluto il legislatore italiano stabilendo per il lodo interno un percorso omologatorio processualmente diverso<sup>(19)</sup> ed a condizioni diverse da quello stabilito dagli artt. 839-840 per il lodo estero ed alle condizioni necessariamente recepite dal regime uniforme della Convenzione; e l'affermazione — altrettanto ovviamente — non esclude che i due binari di esercizio della giurisdizione statale, alternativamente compatibili solo con il lodo interno o solo con il lodo estero, siano, sul piano concettuale e su quello funzionale appunto, paralleli ed affini (entrambi i prodotti cui si riferisce la omologazio-

<sup>(15)</sup> E come accadeva per il nostro lodo interno prima della novella del 1983.

<sup>(16)</sup> V. in proposito, se vuoi, BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, 107 ss.

<sup>(17)</sup> V. in proposito, se vuoi, BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., 182 ss.

<sup>(18)</sup> Si pensi a come proprio l'art. III della Convenzione orientò *sub Julio* una parte della nostra dottrina (senza però successo giurisprudenziale) a considerare inoperante (perché contrario alla Convenzione) il sistema delibatorio ex art. 800 c.p.c. (allora dedicato al lodo estero) ed a ritenere in suo luogo estensibile anche al lodo estero il procedimento omologatorio ex art. 825 previsto per il lodo interno (ferme le condizioni formali e sostanziali di riconoscimento dettate dalla Convenzione); riferimenti in BRIGUGLIO [FAZZALARI - MARENGO], *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 269 ss.. Si pensi ancora — e sempre sul piano di una possibile e tutt'altro che concettualmente assurda identità procedimentale — a come, per il viatico della « clausola del diritto più favorevole », potrebbe ritenersi utilizzabile per il lodo estero, da parte della nostra giurisdizione statale, il meccanismo della delibazione o riconoscimento in via incidentale (v., se vuoi, BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., 113), ed ancora come a tale meccanismo corrisponda, sul piano della pura dinamica processuale (e prescindendo dalle condizioni di riconoscimento), quella omologazione incidentale (o riconoscimento *prima facie* del lodo come tale e perciò fondato su una idonea volontà negoziale) che ogni nostro giudice statale deve a mio avviso compiere allorché un lodo interno, pur non omologato in via principale, sia fatto valere in giudizio per i suoi effetti di accertamento.

<sup>(19)</sup> V. invece quanto si è rammentato alla nota precedente.

ne/deli  
della li

2.  
efficaci  
smi del  
tribuire  
control  
esclude  
estero e  
l'art. V,  
giudice  
potesta:

L'  
gnazion  
terno, e  
tare ass  
uno str  
non è p  
assunto  
scun leg  
controlli  
mento a  
Se  
ad un le  
vanti al

<sup>(20)</sup>  
convenzion  
possano da  
giudice dell  
siderato naz  
trale con na  
cit., 214 e 2

<sup>(21)</sup>  
dettata appa  
siva o analc  
anzi auspice  
« l'eccezion  
sere proposi  
anche in cas  
tamente con

ne/delibazione sono estranei ed alternativi rispetto alla definizione della lite principale per mano di giudice statale).

2.2. Viceversa per ciò stesso che essa stabilisce condizioni di efficacia del lodo estero, incide almeno indirettamente sui meccanismi delibatori, ed impone agli ordinamenti degli Stati aderenti di attribuire, a quelle condizioni e non ad altre (e scontati solo i relativi controlli) efficacia al lodo estero, la Convenzione di New York esclude in radice che quegli ordinamenti possano sottoporre il lodo estero a (ulteriore) controllo impugnatorio ed anzi postula (ad es. all'art. V, c. 1° lett. e) ed all'art. VI) che per ogni lodo si abbia un solo giudice statale, quello del paese d'origine dell'arbitrato, munito di *potestas iudicandi* impugnatoria (20).

L'esercizio della giurisdizione statale in funzione della impugnazione del lodo è dunque compatibile solo ove l'arbitrato sia interno, ed incompatibile ove l'arbitrato sia estero. Che questo elemento assunto sia imposto dalla Convenzione di New York e cioè da uno strumento di diritto uniforme pressoché universalmente valido non è privo di significato. Se la Convenzione non vi fosse, lo stesso assunto sarebbe empiricamente ricavabile dal fatto che di regola ciascun legislatore nazionale predispone la funzione giurisdizionale di controllo del lodo con determinato o per lo meno implicito riferimento al solo lodo interno, ma non sarebbe imposto (21).

Se la Convenzione non vi fosse, insomma, nulla impedirebbe ad un legislatore nazionale di concepire un sistema impugnatorio davanti al proprio giudice statale estensibile, a certe condizioni, anche

(20) Altro discorso essendo che — attesa l'assenza di criteri dirimenti di origine convenzionale e l'implicito rinvio della Convenzione ai singoli ordinamenti nazionali — possano darsi ipotesi di sovrapposizione tra più ordinamenti nazionali diversi da quello del giudice dello stato richiesto, ed alla stregua dei quali il lodo (estero per quel giudice) va considerato nazionale (il c.d. lodo a nazionalità plurima: v. a riguardo E.F. Ricci, *Il lodo arbitrale con nazionalità plurima*, in questa *Rivista*, 1999, 643 ss. e BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., 214 e 249 ss.).

(21) Come in generale non è imposto che ogni e qualsiasi disposizione nazionale dettata apparentemente in materia di arbitrato interno non possa trovare applicazione estensiva o analogica in materia di arbitrato estero. Non trovo ad esempio affatto scandaloso ed anzi auspicabile che il nostro art. 819-ter, comma 1, c.p.c. nella parte in cui prevede che « l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta », si consideri applicabile anche in caso di convenzione per arbitrato estero (essendo oltretutto tale applicazione perfettamente compatibile con l'art. II della Convenzione di New York che è neutro sul punto).

al lodo estero, o ad una giurisprudenza nazionale di interpretare estensivamente in tal senso la disciplina impugnatoria apparentemente dettata solo per il lodo interno. Non si incorrerebbe — si badi — in una assoluta contraddizione in termini, perché non si tratterebbe affatto della pretesa di un ordinamento di regolare integralmente un fenomeno pur seguitando a definirlo e considerarlo come estero. Si tratterebbe invece della scelta di consentire — a certe condizioni di sussistenza della competenza giurisdizionale (si consideri ad esempio il criterio principe del foro del convenuto, o quello della cognizione incidentale ove il lodo sia fatto valere in nuovo giudizio) — al giudice statale l'esercizio di un controllo propriamente impugnatorio su atto privato, quale è sempre qualunque lodo interno o estero quanto alla sua origine nella privata autonomia, pur regolato per il resto da legge straniera, né più e né meno di come è perfettamente concepibile che il giudice del paese A, se giurisdizionalmente competente, eserciti il controllo impugnatorio su di un contratto anche se regolato dalla legge sostanziale del paese B <sup>(22)</sup>. E la decisione resa in siffatta sede impugnatoria — come nel caso della impugnazione in via d'azione o di eccezione del contratto « straniero » — non sarebbe affatto *inutiliter data* per assenza di spazio operativo. Essa varrebbe, vuoi se nel senso annullatorio vuoi se nel senso confermativo, anzitutto nel paese A (come anzitutto e solo nel paese in cui è resa vale ogni decisione positiva o negativa sull'omologazione/riconoscimento di un lodo estero o interno da parte del giudice dello Stato); e la sua valenza altrove, ed in particolare nel paese di provenienza del lodo, previa la eventuale soluzione di conflitti pratici con altra decisione di segno opposto in quel paese o con la semplice conseguita inimpugnabilità del lodo in quel paese, sarebbero affidate (con verosimili esiti di prevalenza di queste ultime, ma

(22) Che ciò non possa accadere neppure in astratto proprio in virtù della Convenzione di New York, nonostante la scaturigine privata dell'arbitrato, e che sia d'altra parte la stessa Convenzione di New York a postulare per il lodo straniero un meccanismo di ricezione in altri ordinamenti di tipo omologatorio/delibatorio, e per il tramite del giudice statale, come accade per le sentenze giudiziali straniere, fa della Convenzione un fortissimo supporto all'idea che, nonostante la scaturigine privata dell'arbitrato, il suo prodotto, il lodo, è assimilato sul piano normativo, effettuale e pratico alla sentenza e non al contratto; ciò non escludendo la essenziale importanza che il fondamento dell'arbitrato nella autonomia privata gioca per la connotazione particolarissima del sistema delibatorio della Convenzione rispetto ai tratti comuni di ogni sistema delibatorio delle sentenze giudiziali (v. sul punto BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in questa *Rivista*, 1998, 453 ss., spec. 471 ss.).

se  
rr  
zi  
  
è  
di  
co  
gi  
  
pr  
in  
tra  
l'a  
  
ar  
es  
m  
qu  
to:  
qu  
l'c  
81  
co  
m:  
de  
tin  
zia

giu-  
c.p.  
risp  
lode  
giu-  
che  
zial  
este  
zion  
dire  
fun-  
gua

senza che lo spazio operativo nel paese A ne fosse intaccato) ai normali meccanismi che presiedono alla recezione delle decisioni giudiziali straniere (23).

2.3. L'indulgenza al ragionamento ipotetico appena concluso è dovuta a ciò che esso consente di evidenziare ora il diverso grado di incompatibilità rispetto all'arbitrato estero che tradizionalmente connota le altre funzioni più propriamente ausiliarie assegnate alla giurisdizione statale funzionalmente all'arbitrato interno.

Tale incompatibilità va al di là del lato estrinseco-formale rappresentato dal fatto che la disciplina di queste funzioni è di regola, in ogni legislazione nazionale, parte integrante della disciplina arbitrale, sicché la sua applicazione presuppone la identificazione dell'arbitrato come interno.

A ciò, e ad ostacolare una qualche applicazione estensiva o analogica della disciplina dell'ausilio anche in funzione dell'arbitrato estero, si aggiunge che — eccezion fatta forse per eventuali procedimenti speciali di determinazione del compenso agli arbitri (come quello previsto dal nostro art. 814) e soprattutto per l'ausilio istruttorio che opera, come si dirà, su piano sostanzialmente diverso — quelle funzioni ausiliarie gravitano tutte intorno alla costituzione dell'organo arbitrale (così quelle previste dei nostri artt. 809, 810, 811, 813-bis, 815, 820 c.p.c.) in fase formativa (nomina/sostituzione) o confermativa (ricusazione, revoca *et similia*) o per lo meno confermativa della sua perdurante *potestas decidendi* (proroga giudiziale del termine di emanazione del lodo), con accentuazione in questi ultimi due casi del profilo dal controllo. Perciò una pronuncia giudiziale in tali ambiti rivolta ad arbitrato governato da legge straniera e

(23) Sta poi a sé il discorso sulla correzione giudiziale del lodo: anch'essa funzione giudiziale ausiliaria (ed al contempo di controllo) disciplinata dall'art. 826, comma 3 e 4, c.p.c. con evidente ed esclusivo riferimento all'arbitrato interno. Ma occorre chiedersi — per rispondere affermativamente — se la nostra disciplina del riconoscimento ed esecuzione del lodo estero non possa essere completata con l'attribuzione di un potere correttivo del lodo al giudice italiano dell'*exequatur* grazie ad un'applicazione analogica dall'art. 826, comma 4, che veda come *trait d'union* non già l'arbitrato e il lodo bensì lo stesso procedimento giudiziale deliberativo contemplato sebbene in forme diverse, sia per il lodo interno che per il lodo estero (v. *supra* 2.1.). Il ricorso alla analogia insomma non consiste qui nel dire che « le funzioni ausiliarie previste per l'arbitrato interno valgono anche per l'arbitrato estero », bensì nel dire « se la funzione omologatoria prevista per il lodo interno ricomprende e giustifica la funzione correttiva degli errori materiali della pronuncia arbitrale, lo stesso deve accadere riguardo alla funzione omologatoria prevista, pur diversamente, per il lodo estero ».

incardinato in ordinamento straniero sarebbe evidentemente, almeno in prima approssimazione e di fatto, *inutiliter data*, nel senso che parrebbe difficile far emergere per essa — dal conflitto con le decisioni rese nell'altro ordinamento, o anche solo con le norme di esso — un qualche spazio operativo in relazione a quell'arbitrato.

2.4. Stando così le cose per la stragrande maggioranza degli ordinamenti nazionali e sicuramente per il nostro, il discorso sui rapporti di intuitiva e tendenziale incompatibilità tra funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero si esaurisce nel chiedersi: *a)* come si risolvano, ai fini dell'esercizio o meno di quelle funzioni, le situazioni dubbie in ordine alla qualificazione dell'arbitrato; *b)* quali siano le conseguenze dell'« erroneo » esercizio di quelle funzioni in relazione ad un arbitrato estero.

Su ciò si indagherà appunto qui di seguito quanto all'ordinamento italiano.

Da questo quadro possono per altro fuoriuscire le iniziative isolate ed avveniristiche quale quella del legislatore francese cui sarà dedicato il paragrafo conclusivo con una prima analisi delle inerenti problematiche.

Ma già dall'esame del nostro sistema si constaterà come essendo elastica ed ispirata al favore per l'arbitrato e per il diritto della parte all'arbitrato <sup>(24)</sup> la risposta alla questione *sub a)*, il rischio dell'errore di cui *sub b)* è, in qualche misura, accettato e calcolato. E la proiezione all'estero del provvedimento « erroneo » non può essere a cuor leggero condannata come del tutto inoperante, bensì occorre indagare caso per caso alla ricerca di un suo possibile effetto utile, ancor qui sulla base di ragioni di tutela della autonomia privata <sup>(25)</sup>.

(24) Sul diritto delle parti all'arbitrato in prospettiva internazionalistica si vedano ora le efficaci pagine introduttive di ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale*, Milano, 2009, 1 ss.

(25) Il che non toglie che proprio la tendenziale seria difficoltà di quella proiezione all'estero rimanga elemento sistematico fondamentale (accanto ed al di là dei dati formali) nel senso della radicale incompatibilità di cui si è detto *sub 2.3*; e costituisca altresì elemento di notevole perplessità di fronte alla recente scelta del legislatore francese (v. *infra* par. 6), il quale non si limita ad accettare il rischio di un « errore », ma crea in capo al proprio giudice una *potestas* ausiliaria ultrattiva intenzionalmente estesa, a certe condizioni, anche nell'arbitrato estero.

li  
a  
ul  
cc  
li  
es  
re  
es  
  
gi  
da  
de  
de  
ri  
82  
fu  
li  
es  
vu  
ne  
st  
sd  
m  
  
so  
es  
sp  
cc  
tra  
zi  
  
SC  
  
—  
  
(sa  
arr.  
de

3. Le attribuzioni giudiziarie disciplinate nel Titolo VIII del libro quarto del nostro codice di rito sono dunque — salvo quelle appositamente regolate dal Capo VII e perciò dagli artt. 839-840 — ultronee rispetto all'arbitrato estero. Si tratta di incompatibilità non corrispondente ad un difetto di giurisdizione del giudice statale italiano, bensì al limitato oggetto di quelle funzioni che rende il loro esercizio inammissibile allorché l'arbitrato, rispetto al quale esse sarebbero in astratto compatibili e funzionali, sia qualificato come estero.

Questa conclusione è dovuta in primo luogo al silenzio del legislatore, al fatto cioè che, in assenza di qualsiasi indice normativo da cui possa desumersi una loro vocazione ultratrattiva di là dai confini dell'arbitrato interno, occorre arrendersi alla collocazione sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 810, commi 2 e 3 (nonché di riflesso 809, ult. comma), 811, 813-*bis*, 814, 815, 816-*ter*, comma 3, 820 comma 3, lett. *b*), 825, 826, comma 3 e 4<sup>(26)</sup>, 827-831 c.p.c.: le funzioni giudiziarie ivi disciplinate attengono all'arbitrato rituale italiano, puramente domestico o internazionale<sup>(27)</sup>. La loro parziale estensione o applicazione analogica all'arbitrato irrituale<sup>(28)</sup> è dovuta a una *eadem ratio* che non può prescindere dal radicamento nell'ordinamento italiano. E correlativamente — altro elemento sistematico decisivo per quella conclusione — l'esercizio della giurisdizione italiana funzionale all'arbitrato ed al lodo estero è espressamente disciplinato dagli artt. 839-840 c.p.c.

Si è visto come a questi argomenti formali e « topografici » si sovrappongano — a rafforzare l'incompatibilità rispetto all'arbitrato estero (e ad escludere l'applicazione estensiva o analogica delle disposizioni dettate per quello interno) — con varia intensità, ed a seconda dei casi e del diverso bilanciamento, funzione per funzione, tra ausilio e controllo, ulteriori ragioni discendenti dalla Convenzione di New York ovvero sistematiche e pratiche.

Va però detto subito come queste ulteriori ragioni si affievoliscano fino a scomparire in relazione ad una particolare attribuzione

<sup>(26)</sup> V. per altro, riguardo alla correzione, quanto si è detto alla nota 23.

<sup>(27)</sup> Oggi da considerarsi ovviamente quale nozione empirica e non più normativa (salvo il limitatissimo riscontro *ex art.* 830, comma 2).

<sup>(28)</sup> In proposito e per opportuni riferimenti al dibattito ulteriormente rinfocolato ed arricchito da ulteriori dati normativi dopo la novella del 2006, v. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 262 ss.

giudiziaria, in ordine alla quale diminuisce sensibilmente il profilo del controllo ed emerge come assorbente quello dell'ausilio e per di più da tale ausilio non dipende la regolarità, bensì solo la concreta funzionalità del procedimento arbitrale. Si tratta dell'ausilio istruttorio in corso di arbitrato, oggi disciplinato quanto alla sola convocazione del teste riottoso dell'art. 816-ter, comma 3, ed in realtà, nel quadro generale che ci si è sforzati di delineare, collocabile, piuttosto che accanto alle altre funzioni ausiliarie, accanto all'istruzione preventiva, nell'ambito perciò di una funzione *lato sensu* cautelare della quale si è vista (*retro*, 1.3) la piena compatibilità con l'arbitrato estero<sup>(29)</sup>.

Sicché ad impedire nel nostro sistema l'applicazione del nuovo art. 816-ter, comma 3 (ordine giudiziale di comparizione del teste) resta semmai, e tutt'altro che insormontabile, la predetta ragione formale, rafforzata solo dalla attribuzione di competenza al presidente del tribunale della *sede dell'arbitrato*, e perciò dal tendenziale, ma a mio avviso non imprescindibile<sup>(30)</sup>, carattere nazionale e non estero dell'arbitrato con sede in Italia.

È immaginabile che non appena tramonti, come spero, l'assurda idea della inapplicabilità dell'istruzione preventiva in caso di arbitrato estero la nostra giurisprudenza sarà altresì disponibile a considerare in tal caso applicabile anche l'art. 816-ter, comma 3.

Sul piano operativo, poi, le conseguenze dell'errore o del dubbio sulla qualificazione dell'arbitrato sono, nel caso dell'applicazione (ove tuttora la si ritenga ultronea) dell'art. 816-ter, comma 3, in larga misura diverse da quelle che si stanno per esaminare, quanto alle altre funzioni giudiziali, nei paragrafi seguenti, e — salvi profili marginalissimi o di intuitiva soluzione — così sintetizzabili.

Se il presidente del tribunale equivoca rispetto alla individua-

(29) Si consideri altresì l'art. 12 della legge svedese sul riconoscimento dei lodi arbitrali stranieri che, alla sola condizione della arbitrabilità della controversia secondo il diritto svedese, estende anche in favore di arbitrato estero (svolgentesi all'estero) il meccanismo di ausilio giudiziario alla assunzione di prova testimoniale ed alla richiesta di esibizione documentale previsti dall'art. 15 della nuova legge sull'arbitrato per l'arbitrato interno.

(30) Potendo ben darsi il caso di arbitrato con sede formale in Italia, ma assoggettato dalle parti a legge processuale straniera (dal punto di vista della quale l'arbitrato possa dirsi interno anche quando con sede all'estero ed in ragione perciò di quel solo criterio di assoggettamento volontario); e dovendosi in tal caso, a mio avviso, ritenere che le regole qualificatorie del nostro ordinamento, sistematicamente intese, non consentono di considerare l'arbitrato come italiano (v. se vuoi BRIGUGLIO [FAZZALARI-MARENGO], *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 273 ss.).

zioi  
e oi

trati  
fica

con  
gua  
cile  
dell  
tata  
il te  
utile

giur  
dere  
guel  
post

le iq  
del  
bitra  
nost  
zion  
nazi

2 e  
in ci  
mun  
proi  
bitra

FINI, A  
nel cc  
magr  
Intorn

zione della sede e perciò del carattere interno o estero dell'arbitrato e ordina la comparizione del teste:

— quanto al rapporto fra ordine giudiziale e terzo testimone si tratterà pur sempre di provvedimento di volontaria giurisdizione efficace ma rivedibile;

— in relazione all'arbitrato, che si riveli in realtà estero o sia considerato tale dagli arbitri e/o da giurisdizione straniera alla stregua delle regole qualificatorie di ordinamento straniero, è ben difficile immaginare che in base all'ordinamento (estero) di appartenenza dell'arbitrato la deposizione del teste sia invalida sol perché sollecitata da un provvedimento giudiziale ultroneo; il provvedimento — se il teste depone — avrà dunque sempre sortito *de facto* il suo effetto utile.

4. La varietà di situazioni in cui si esplica l'esercizio della giurisdizione statale funzionale all'arbitrato fa sì che occorra prendere partitamente in considerazione, a seconda dei casi, le conseguenze pratiche dell'errore sulla qualificazione dell'arbitrato presupposta all'esercizio o al mancato esercizio di quelle funzioni.

Le osservazioni che seguono valgono, ove del caso, anche per le ipotesi in cui piuttosto che di errore sulla qualificazione da parte del giudice italiano si tratti di qualificazione di appartenenza dell'arbitrato all'ordinamento italiano, pur corretta secondo i parametri del nostro ordinamento, e però conflittuale rispetto ad analoga qualificazione d'appartenenza da parte del giudice straniero (arbitrato con nazionalità plurima).

4.1. a) Vi sono anzitutto casi — quelli degli artt. 810, commi 2 e 3 (809 ult. comma), 811, 813-*bis*, 815, 820, comma 3 c.p.c. — in cui la pronuncia giudiziale, da un lato, non è impugnabile né comunque idonea al giudicato sostanziale<sup>(31)</sup>, d'altro lato è destinata a proiettare i suoi effetti in via diretta unicamente sul procedimento arbitrale e, soltanto ove riesca a farlo, altresì in via contemporanea ma

<sup>(31)</sup> Cfr. per riferimenti anche ad opinioni diverse ed occasionali deviazioni, in RUFFINI, AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO, Milano, 2010, nel commento agli artt. 810, 811, 813-*bis*, 815. Riguardo a quest'ultimo si consideri però la magmatica evoluzione (ancora suscettibile di sviluppi) analizzata da ultimo da PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in questa *Rivista*, 2010, 671 ss.

indiretta sulla realtà sostanziale del rapporto parti-arbitri (ad es. la nomina giudiziale dell'arbitro costituisce un particolare rapporto sostanziale fra quell'arbitro e le parti; la revoca dell'arbitro « che emette o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni » si riverbera sulla responsabilità di quell'arbitro nei riguardi delle parti mandatarie).

Perciò, per un verso, l'errore di fatto o di diritto nella qualificazione dell'arbitrato come estero, che abbia dato luogo al diniego della misura ausiliaria (rifiuto di nomina, o di provvedere sulla sostituzione, o sulla ricusazione) non sarà rimediabile all'interno dell'ordinamento italiano, se non — ove possibile — attraverso la mera riproposizione dell'istanza, eventualmente supportata da nuovi elementi confermativi del carattere interno piuttosto che estero dall'arbitrato (ad es.: nel frattempo è stata fissata dalle parti o dagli arbitri, nel territorio della Repubblica, la sede prima incerta).

Per altro verso l'errore contrario — vale a dire l'emanazione di un provvedimento di nomina, sostituzione o ricusazione o revoca *ex art. 813-bis*, o di provvedimento che comunque pronunci, rigettandola nel merito, su istanza di ricusazione o revoca, in base a una erronea qualificazione dell'arbitrato come interno — resterà non rimediabile direttamente e per via impugnatoria sul piano dell'ordinamento nazionale. E tuttavia quella qualificazione non condizionerà, né vincolerà, ovviamente, nessun altro giudice italiano che debba affaccendarsi con il medesimo profilo qualificatorio.

Quel provvedimento inoltre — e salvo quanto si avrà occasione di dire al paragrafo seguente — ben difficilmente potrà spiegare efficacia propria nell'ordinamento straniero in cui l'arbitrato è effettivamente radicato ed incidere su quel procedimento arbitrale estero; né, dunque, si avranno ripercussioni effettive sul rapporto sostanziale parti-arbitri.

Non vi sarà verosimilmente bisogno di trarre in causa, come ostativa al riconoscimento della pronuncia italiana, l'incompetenza giurisdizionale del giudice italiano, o scomodare l'ordine pubblico, siccome protettivo dell'arbitrato — interno dal punto di vista dell'ordinamento straniero — rispetto a indebite ingerenze di altre giurisdizioni statuali.

Piuttosto vi è che, perfino ove formalmente riconosciuto senza ostacoli, il provvedimento del giudice italiano sarebbe inidoneo a vincolare giudice e arbitri nell'ordinamento straniero, neppure con il grado modesto del suo vincolo originario ben diverso dal giudicato

so  
trin  
sec  
ed  
per  
pro  
ove  
nar

den  
ital  
for  
zio  
giu  
Nel  
ver  
situ  
per  
Co  
e n  
zio  
cat

tiva  
zion  
italia  
come  
volte  
della  
zion  
prest  
mon  
dizio  
dese  
di q  
conv  
funzi  
da p  
sol p  
sto d  
cular

sulla

sostanziale, perché sarebbe autolimitato dalla sua portata riferita intrinsecamente ad un arbitrato di diritto italiano esistente in ipotesi e secondo il giudice italiano; non tale dunque da impedire che giudici ed arbitri stranieri considerino l'arbitrato come non italiano e perciò per definizione irrilevante quel provvedimento. Si tratterebbe di un provvedimento con oggetto inesistente nell'ordinamento di arrivo, ove l'arbitrato di diritto italiano non può avere per definizione originaria cittadinanza (32).

Insomma, la nomina di un arbitro ad opera del nostro presidente del Tribunale, sul presupposto che si tratti di arbitrato rituale italiano, avrebbe tendenzialmente all'estero, anche ove per avventura formalmente riconosciuta, la stessa sorte, di sostanziale evaporazione, della nomina di curatore dell'eredità giacente pronunciata dal giudice italiano sul presupposto che l'eredità si sia aperta in Italia. Nell'ordinamento straniero il provvedimento, se riconosciuto, rileverà semmai per quello che esso è e vuol essere: provvedimento su situazione radicata nell'ordinamento italiano. Rileverà ad esempio per confermare, ai sensi e per gli effetti dell'art. II, comma 3 della Convenzione di New York, che l'accordo compromissorio è effettivo e non caduco essendosi almeno virtualmente pervenuti alla costituzione del collegio (33) (ovvero, nell'esempio parallelo poc'anzi evocato, per riconoscere come efficaci determinate attività del curatore).

(32) Lo stesso è a dirsi — salvo sempre quanto si rileverà in altra e limitata prospettiva *sub 5* — riguardo a provvedimento « ausiliario » reso dal giudice statale straniero funzionalmente ad arbitrato che quegli abbia considerato interno e che invece sia da ritenersi italiano secondo il nostro ordinamento. Diversa è invece l'ipotesi implicata da normativa come quella svedese, richiamata *supra* alla nota 29 e relativa a quella ipotesi, che si è più volte detto essere particolarissima, rappresentata dall'ausilio giudiziario della assunzione della prova: il provvedimento ausiliario, relativo alla convocazione dei testimoni o all'esibizione documentale, può essere concesso (a certe condizioni) dal giudice svedese ancorché sul presupposto che l'arbitrato sia, dal suo punto di vista, estero e ad esempio italiano. Il testimone (localizzato in Svezia) sarà convocato o l'ordine di esibizione sarà emanato, ed il giudizio arbitrale italiano si gioverà dell'ausilio giudiziario richiesto e concesso dal giudice svedese secondo la legge processuale di questi, senza che si ponga alcun problema di efficacia di quel provvedimento nell'ordinamento italiano (similmente a quanto accade allorché una convenzione o una legge interna contempli l'« ausilio » in materia di assunzione della prova funzionale a giudizio estero), e senza che si ponga neppure — in sede di controllo del lodo da parte del giudice italiano — alcun problema di validità della prova assunta dagli arbitri sol perché il viatico di quella assunzione è un provvedimento giudiziale (estero) non previsto dalla legge processuale italiana in relazione al nostro arbitrato (v., per la situazione speculare, *retro* al par. 3 nel testo, in fine).

(33) Aspetto, questo, significativo innanzi al giudice statale che debba pronunciare sulla eccezione di compromesso.

Ma non impedirà certo di ritenere che quella situazione (arbitrato o apertura della successione) sia in realtà radicata nel medesimo ordinamento straniero, ed in tal caso il provvedimento italiano sarà per ovvie ragioni inidoneo ad incidere, e la sua concreta efficacia si dissolverà.

A meno che il suo effetto utile non possa essere riguadagnato per altra via, quella della autonomia privata e della efficacia ad essa riconducibile, piuttosto che al *dictum* giurisdizionale siccome tale; se ne dirà al paragrafo seguente dovendosi temperare il rischio calcolato di nomina ultronea che proprio il nostro legislatore oggi accetta, ed impone di accettare al presidente del Tribunale, con l'art. 810, comma 3.

4.2. b) Può darsi poi il caso della omologazione ex art. 825 c.p.c. concessa a lodo estero sull'erroneo presupposto che esso sia interno, e quello della omologazione negata a lodo interno sull'erroneo presupposto che esso sia straniero.

Nella prima ipotesi, il decreto di omologazione, oggi reclamabile (art. 825, comma 3) ed ovviamente anche sotto il profilo in discorso, non vincolerà, quand'anche confermato e formalmente riconosciuto all'estero<sup>(34)</sup>, il giudice straniero che ritenga l'arbitrato radicato in realtà nel proprio ordinamento ed il lodo ivi impugnabile.

Ma neppure impedirà l'opposizione all'esecuzione in Italia (o l'azione autonoma di accertamento circa la nullità radicale della omologazione), così come l'opposizione non è impedita dalla erronea qualificazione di un *dictum* diverso dal lodo rituale che sia stata presupposta ad (erronea) omologazione<sup>(35)</sup>, né impedirà che il giu-

<sup>(34)</sup> Sul problema della circolazione all'estero del provvedimento *lato sensu* omologatorio, ovvero del « merger » di *common law*, v. con essenziali riferimenti, BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, cit., 87 ss.

<sup>(35)</sup> In proposito e per riferimenti cfr. BRIGUGLIO, *Inammissibilità della impugnazione ex art. 828 ss. c.p.c. avverso il lodo libero erroneamente omologato: un discutibile luogo comune giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 1991, 564 ss., nonché *Erronea omologazione del lodo ed impugnazione per nullità: una inversione di tendenza giurisprudenziale*, ivi 1997, 558 ss.; (cfr. altresì, a titolo di esempio, la vicenda culminata nelle due sentenze della Corte App. Roma 2 aprile 1991, n. 1092 e del Trib. Roma 19 febbraio 1992, n. 2439, in questa *Rivista*, 1993, 455, con commento di DE PALMA, *Note in tema di impugnazione e di esecuzione del lodo arbitrale erroneamente qualificato dagli arbitri come rituale*, ed ivi ulteriori indicazioni).

dice  
inam

bile e  
impu  
via di  
nuovi  
metta  
teners  
segue

ficato  
lodo  
meno  
sima

(  
a propos  
Corte d'  
scritti ci  
1998, n  
impugna  
47 ss., c  
come rit.  
vedi ora,  
l'arbitra  
impugna  
terno, e j  
accoglie  
colta per  
omologa  
determin  
non omo  
tanza ex  
(ho tenta  
mente on  
merito id  
liano, la  
omologat  
secondo l  
que dichi  
tre ragion  
(37  
cato di in  
opinione  
confermi  
innanzi al

dice italiano, qualificati diversamente l'arbitrato e il lodo, dichiarati inammissibile l'impugnazione proposta ex artt. 828 ss. <sup>(36)</sup>.

Nell'altra ipotesi il decreto che nega l'omologazione è reclamabile e la successiva ordinanza in camera di consiglio è probabilmente impugnabile per cassazione <sup>(37)</sup>. All'interessato, comunque, oltre alla via della riproposizione della istanza ex art. 825, in base a elementi nuovi o non considerati, resterà alternativamente (vuoi che si ammetta quel ricorso per cassazione vuoi che non lo si ammetta) da attenersi alla qualificazione del lodo come estero ed imboccare la conseguente via disciplinata dagli artt. 839-840 c.p.c.

È quasi superfluo sottolineare come la rarità di un errore qualificatorio del giudice della homologazione in ordine alla nazionalità del lodo confina i due casi di cui sopra nel regno dell'improbabile (almeno fisiologicamente la sede dell'arbitrato — elemento in larghissima anche se non totale misura dirimente — sarà stata già stabilita

<sup>(36)</sup> Ancor qui funge da battistrada l'avviso giurisprudenziale largamente prevalente, a proposito della sorte della impugnazione ex artt. 827 ss. c.p.c. proposta avverso lodo che la Corte d'appello qualifichi invece come irrituale, che ho cercato di porre in discussione negli scritti cit. nella nota precedente, e che è stato tuttavia confermato anche da Cass. 28 maggio 1998, n. 5280, in questa *Rivista*, 1999, 445 ss. con nota di LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale*, e da App. Finanze 7 ottobre 2000, *ivi*, 2001, 47 ss., con nota di CECHELLA, *La impugnazione del lodo irrituale qualificato erroneamente come rituale e munito di esecutorietà*, ove ulteriori spunti sulle questioni coinvolte. Sul tema vedi ora, con ulteriori riferimenti, ОСЧИРНИ, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, cit., 149 ss. Quell'indirizzo e quell'esito (declaratoria di inammissibilità della impugnazione) sarebbero, nel caso di lodo erroneamente omologato ed impugnato come interno, e poi qualificato dalla Corte d'appello come estero, analogamente da modificare, se si accogliessero le ragioni critiche esposte negli scritti cennati: l'impugnazione andrebbe accolta per quel tanto che essa si riferisce al lodo erroneamente trasformato in lodo rituale omologato, mentre l'accordo compromissorio (se del caso integrato dagli arbitri mediante determinazione della sede autorizzata dalle parti) lo voleva estero e perciò per definizione non omologabile; andrebbe accolta, dunque, quella impugnazione in ragione della esorbitanza ex art. 829, comma 1 n. 4 primo inciso, rilevabile anche d'ufficio dalla Corte d'appello (ho tentato di giustificare questi assunti, in relazione alla ipotesi del lodo irrituale erroneamente omologato, in *Inammissibilità della impugnazione*, cit., 571 ss.), e con pronuncia di merito idonea al giudicato sostanziale (definitivamente consacrante, nell'ordinamento italiano, la qualificazione del lodo), e però caducatoria del solo lodo siccome (erroneamente) omologato ex art. 825, e non certo del lodo in quanto tale che rimarrebbe definitivamente, secondo l'ordinamento italiano, estero, e perciò semmai impugnabile altrove. Sarebbero dunque dichiarate inammissibili dalla stessa Corte d'appello, o se si vuole assorbite, tutte le altre ragioni di doglianze proposte ex art. 829 diverse dalla cennata « esorbitanza ».

<sup>(37)</sup> Così la dottrina prevalente dopo la novella del 2006, che ha soppresso il predicato di inimpugnabilità (cfr. per riferimenti RUFFINI, *op. cit.*, sub art. 825, 1977, e però con opinione contraria), spesso senza distinzione rispetto alla ipotesi opposta dalla ordinanza che confermi la concessione dell'*exequatur*, la quale a me pare invece a tutt'oggi non ricorribile innanzi alla Suprema Corte.

e indicata nel lodo), e così, *a fortiori*, i rischi di qualificazione ondivaga nelle fasi successive (opposizione all'esecuzione, impugnazione del lodo, giudizio di riconoscimento *ex artt.* 839-840) siccome non vincolate da un giudicato sostanziale sulla qualificazione <sup>(38)</sup>.

4.3. c) Discorso analogo riguarderà l'ipotesi dell'annullamento o della conferma, in sede di impugnazione *ex artt.* 828 ss. c.p.c., del lodo qualificato dalla nostra giurisdizione come interno. È da escludere ovviamente che l'annullamento comporti di per sé ed in forza dell'art. V, comma 1 lett. e della Convenzione di New York l'inefficacia del lodo in ordinamento che a propria volta lo consideri interno; secondo tale ordinamento non si tratterà per definizione di annullamento del lodo nel paese di origine, e prima ancora mancherà il presupposto applicativo della Convenzione di New York nel suo complesso e della procedura interna prevista da quell'ordinamento relativamente al lodo estero.

Ma è altresì ben difficile — sebbene il problema dovrebbe essere puntualmente analizzato e risolto volta per volta e a seconda dei sistemi esteri implicati — che un ordinamento che consideri nazionale il lodo possa dare formale riconoscimento alla sentenza italiana che lo abbia confermato o annullato in sede impugnatoria, e che comunque una tale sentenza possa spiegare, in quell'ordinamento, valenza definitivamente confermativa o caducatoria degli effetti del lodo.

Quanto alla ipotesi opposta, la declaratoria di inammissibilità della impugnazione per avere il giudice italiano qualificato il lodo come straniero, oltre a non rivestire alcun rilievo, se non fattuale e « persuasivo », all'estero ove si tratti di individuare la nazionalità di quel lodo, non dovrebbe impedire *de iure*, anche se passata in giudicato formale, che ad una nuova ed indipendente qualificazione proceda la Corte d'appello successivamente richiesta di *exequatur ex artt.* 839-840 c.p.c., e se del caso con esiti diversi, e dunque con il rifiuto di *exequatur* perché il lodo è a suo avviso nazionale e non estero. Ciò almeno stando alla configurazione tradizionale della declaratoria di inammissibilità della impugnazione come sentenza di

<sup>(38)</sup> Si vedano gli scritti e le sentenze citate nelle note 35 e 36. Tali problemi sarebbero in larga parte evitati qualora si accogliesse, anche per il caso del lodo estero erroneamente omologato ed impugnato come interno, la via solutoria sintetizzata nella nota 36.

rito  
cato  
rebbe  
sta (

via,  
tio d  
effica  
miss  
irritu  
futur  
senso  
dei c  
apori  
dizia  
rator  
pend  
della  
dical  
rietà  
succ  
si rif  
fare t  
irritu

(la c  
ria di  
effica  
gruer  
quati  
come

gomen

cia del

rito ed alla altrettanto tradizionale esclusione degli effetti del giudicato sostanziale per le sentenze di rito, e in tal caso dunque, e si direbbe *a fortiori*, per la qualificazione incidentalmente presupposta (39).

Un occasionale indirizzo della Suprema Corte prospetta tuttavia, sia pure senza troppa convinzione ed a metà fra l'*obiter* e la *ratio decidendi*, una estensione della categoria delle sentenze di rito ad efficacia panprocessuale fino a ricomprendervi anche quella di inammissibilità della impugnazione *ex art. 828 c.p.c.* proposta contro lodo irrituale erroneamente omologato, donde il carattere vincolante *pro futuro* della presupposta qualificazione resa dalla Corte d'appello nel senso del carattere rituale del lodo (40). È un indirizzo fondato in fin dei conti solo (41) sulla opportunità, dettata dal buon senso, di evitare aporie anche pratiche (lodo omologato, e perciò titolo esecutivo giudiziale, non più impugnabile *ex art. 828 c.p.c.* a seguito della declaratoria di inammissibilità che lo dice « irrituale »; successiva e indipendente affermazione della sua « ritualità » che comporti il rigetto della opposizione alla esecuzione con la quale si sia contestata la radicale inefficacia della omologazione e della attribuzione di esecutorietà (42), ovvero comporti la declaratoria di inammissibilità della successiva impugnativa negoziale); aporie per altro evitabili sol che si rifiuti — come invece la Suprema Corte non è apparsa disposta a fare (43) — il dogma della totale inimpugnabilità *ex art. 828* del lodo irrituale erroneamente omologato.

Adottare l'indirizzo cennato anche per il caso che qui ci occupa (la qualificazione del lodo come estero, presupposta alla declaratoria di inammissibilità della impugnazione, sarebbe dunque coperta da efficacia panprocessuale) avrebbe dalle sue che le aporie e le incongruenze pratiche da scansare (il lodo dopo l'ulteriore rifiuto di *exequatur ex artt. 839-840* perché qualificato come interno, resterebbe come tale potenzialmente efficace ed ancora omologabile, e però or-

(39) Cfr. BRIGUGLIO, *Inammissibilità della impugnazione*, cit., 577 s. e nota 9.

(40) Cfr. la cit. Cass. 28 maggio 1998, n. 5280, e vedi a riguardo le convincenti argomentazioni critiche di LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione*, cit..

(41) Come è agevolmente riscontrabile dalla lettura della motivazione della pronuncia della S.C. in discorso.

(42) Vedi ancora le sentenze cit. *supra* alla nota 35.

(43) Vedi la stessa Cass. n. 5280/1998 e *supra* la nota 36.

mai non più impugnabile) <sup>(44)</sup> sarebbero altrimenti davvero inevitabili <sup>(45)</sup>.

4.4. *d)* Infine occorre considerare il procedimento speciale di liquidazione degli onorari e spese degli arbitri previsto dall'art. 814 c.p.c.

Il provvedimento che lo conclude incide, non sul procedimento arbitrale, bensì direttamente sul rapporto negoziale parti-arbitri, ed è perciò notoriamente idoneo al giudicato sostanziale e ricorribile per cassazione *ex art. 111 Cost.* <sup>(46)</sup>.

La Suprema Corte potrà sindacare, in caso di declaratoria di inammissibilità della istanza *ex art. 814*, la presupposta, erronea in diritto o viziata nella motivazione, qualificazione dell'arbitrato come estero, e nell'inverso caso di pronuncia sul merito della istanza la presupposta qualificazione dell'arbitrato come interno; non potrà ovviamente sindacare le valutazioni fattuali che integrano tali qualificazioni <sup>(47)</sup>.

La declaratoria di inammissibilità del ricorso *ex art. 814*, sulla base del ritenuto carattere estero dell'arbitrato, pur passata in giudicato, non impedirà all'arbitro, considerato estero, di agire in Italia nelle forme ordinarie per la tutela del proprio diritto al corrispettivo contrattuale nei riguardi delle parti <sup>(48)</sup>.

Questa alternativa al procedimento speciale e semplificato *ex art. 814* — a mio avviso aperta in termini opzionali, ed in via non solo riconvenzionale (arbitro citato dalla parte in responsabilità) ma anche principale perfino all'arbitro interno — non può comunque essere negata all'arbitro estero, in termini sostitutivi e una volta che gli sia stata preclusa la strada del procedimento speciale. Sarebbe

---

<sup>(44)</sup> Nessun rischio di *impasse* pratico, invece, nell'ipotesi speculare: formatosi il giudicato sostanziale in esito al procedimento *ex artt. 839-840*, la presupposta qualificazione del lodo come estero (vuoi se riconosciuto, vuoi se non riconosciuto) impedirà la sua impugnazione come interno innanzi al giudice italiano.

<sup>(45)</sup> A meno che si segua anche per il caso che ci occupa soluzione analoga a quella che ho suggerito appunto per l'ipotesi di lodo irrituale erroneamente omologato e impugnato *ex artt. 828 ss.*; soluzione che è qui relegata in nota (v. *supra* nota 36) perché già esaminata e disattesa dalla Cass. più volte citata e dalla successiva giurisprudenza.

<sup>(46)</sup> Cfr., fra le molte, Cass. 5 agosto 1988, n. 4847 e Cass. 5 marzo 1991, n. 2318, in questa *Rivista*, 1992, 91 ss.

<sup>(47)</sup> Per vero circoscritte essenzialmente alla determinazione della sede dell'arbitrato.

<sup>(48)</sup> V. in termini generali quanto si è osservato *retro* al paragrafo 1.1.

davvero incongruo che l'arbitro ritenuto estero non potesse tutelare in Italia, contro la parte ivi localizzata o sussistendo altro idoneo titolo di giurisdizione italiana, i propri diritti contrattuali pur disciplinati in tutto o parzialmente da legge sostanziale straniera <sup>(49)</sup>.

La pronuncia nel merito *ex art. 814* che neghi o accordi gli onorari all'arbitro sul presupposto del carattere italiano dell'arbitrato è pronuncia idonea al giudicato e senz'altro riconoscibile, anche ai fini del *ne bis in idem*, ed eseguibile all'estero.

La erroneità della qualificazione presupposta circa la nazionalità del lodo sarà verosimilmente inopponibile quale ragione ostativa all'*exequatur*. E poiché la decisione italiana incide ed esaurisce i suoi effetti sul solo negozio parti-arbitro e non sull'arbitrato, neppure nel paese estero ove si assume che in realtà quest'ultimo fosse radicato (ed erronea la contrastante qualificazione del giudice italiano) potrà avvenire ciò che si è visto per il diverso caso descritto *sub a)*: che alla pronuncia del giudice italiano, pur formalmente riconosciuta, sia precluso qualsiasi spazio operativo nell'ordinamento straniero che qualifichi come nazionale l'arbitrato.

5. È adesso necessario tornare sulle funzioni giudiziali relative alla costituzione dell'organo arbitrale ed in particolare a quelle di nomina dell'arbitro, perché, come chiaramente si evince dall'*art. 810*, comma 2 c.p.c., il loro esercizio può non infrequentemente avvenire in un momento in cui l'indice più forte e sicuro (non però l'unico) del carattere nazionale o estero dell'arbitrato dal punto di vista dell'ordinamento italiano, vale a dire la determinazione della sede dell'arbitrato, non è ancora riscontrabile.

Lo stesso può accadere, sebbene più difficilmente, in ordine alla sostituzione ed alla riconsunzione o revoca dell'arbitro, allorché il presidente del Tribunale sia officiato — in forza del rinvio all'*art. 810*, comma 2 contenuto implicitamente nell'*art. 811* ed esplicitamente nell'*art. 815*, comma 3 — nella fase immediatamente successiva alla

<sup>(49)</sup> Per ragionamento analogo in caso di pronuncia di inammissibilità della istanza *ex art. 814* sul presupposto del carattere irrituale dell'arbitrato (vigente allora l'orientamento che negava l'applicabilità del procedimento speciale all'arbitrato libero), v. già BRIGUGLIO [FAZZALARI - MARENGO], *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 87. Oggi il problema è superato dalla ritenuta applicabilità dell'*art. 814* anche in caso di arbitrato irrituale (v. per tutte Cass. 3 settembre 2004, n. 17808).

originaria nomina e comunque precedente la determinazione della sede.

È perfino ipotizzabile che la particolare istanza di revoca e sostituzione per decadenza dall'incarico, prevista dall'art. 813-*bis*, sia proposta prima della specificazione della sede, e perché no proprio quale reazione all'inerzia dell'arbitro riguardo a tale adempimento ed alla fissazione della « prima riunione » (anche se dopo la novella, del 2006, ed a norma del nuovo art. 816, la « prima riunione » non è più necessariamente l'ultimo spazio utile per la determinazione della sede, ed a tale fine esistono, in caso d'inerzia delle parti o degli arbitri, i criteri residuali contemplati dall'art. 816, comma 2). Oggi l'art. 813-*bis* rinvia anche in proposito all'art. 810 ed alla competenza territoriale ivi prevista<sup>(50)</sup>.

Anche prima dell'ultima novella doveva a mio avviso ritenersi ciò che oggi è esplicitato dal legislatore dal nuovo art. 810, comma 3: che cioè l'ammissibilità della istanza di nomina (di sostituzione, di decadenza, di ricasazione) presupponeva la verifica della nazionalità dell'arbitrato, non potendosi leggere il criterio residuale di competenza *ex art.* 810, comma 2 in capo al presidente del Tribunale di Roma come autorizzazione all'esercizio della giurisdizione ausiliaria anche in funzione di arbitrato estero.

<sup>(50)</sup> Prima del 2006 la disposizione corrispondente e cioè l'ultimo comma dell'art. 813, quanto alla competenza territoriale del presidente del tribunale non rinvia né esplicitamente né implicitamente all'art. 810, bensì fissava *tout court* il solo criterio della sede dell'arbitrato. Ma era abbastanza scontato che nella remota ipotesi evocata nel testo (tenuta per altro presente dal legislatore dell'art. 813) potesse e dovesse farsi applicazione analogica proprio dell'art. 810, comma 2 nella parte in cui prevede che, ove la sede non sia ancora determinata, è competente il presidente del Tribunale del luogo di stipula del compromesso o del contratto cui la clausola compromissoria si riferisca e, se questo è all'estero, il presidente del Tribunale di Roma. Diversamente E.F. RICCI in AA.VV., a cura di TARZIA, LUZZATTO e dello stesso RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, Padova, 1935, 88 s., per il quale quando non si potesse applicare il criterio di competenza territoriale espressamente menzionato dall'art. 813, ult. comma, perché la sede non era stata fissata, l'istanza *ex art.* 813, ult. comma doveva ritenersi inammissibile perché riferita ad arbitrato non italiano. Il che conduceva tuttavia ad impasse logico evidente proprio nella ipotesi cui si fa cenno nel testo: come faccio a revocare dall'incarico arbitro che non determina la sede dell'arbitrato in Italia (o non specifica in quale luogo del Bel Paese debba aver sede l'arbitrato) pur potendolo e dovendolo sicuramente fare perché l'accordo compromissorio, silente riguardo alla sede, si riferisce inequivocabilmente ad arbitrato rituale italiano? E come si fa a dire che in tal caso l'arbitrato non è italiano? E quale mai funzione ausiliaria, in luogo di quella del giudice italiano, potrà attivare all'estero (salva la teorica opportunità ora aperta dal legislatore francese e di cui si dirà all'ultimo paragrafo) visto quell'inequivoco riferimento compromissorio al nostro arbitrato rituale?

all  
da  
sic  
  
19  
il r  
cor  
sid  
ten  
pre  
ran  
di  
sull  
con  
anc  
bas  
sec  
  
con  
del  
part  
paes  
pula  
qual  
l'ac  
sé, e  
dell'  
franc  
men  
dina  
anzi  
neut  
  
mato  
appli  
stata  
cui s  
lia; e  
in Ita

Così avrebbe potuto forse darsi solo qualora la localizzazione all'estero della stipula del patto di arbitrato o del contratto implicato dalla clausola compromissoria fosse stato un elemento di per sé considerabile ai fini del riscontro del carattere estero dell'arbitrato.

Si sarebbe allora ricostruito il sistema sortito dalla novella del 1994 (che aveva appunto già inciso sull'art. 810, comma 2 inserendo il riferimento alla convenzione di arbitrato stipulata all'estero ed alla competenza per la nomina dell'arbitro affidata in questo caso al presidente romano) nel seguente senso: il legislatore avrebbe avuto intenzionalmente di mira l'attribuzione di una competenza residuale al presidente del Tribunale di Roma per ipotesi in cui l'arbitrato è sicuramente o molto probabilmente estero. Perché mai, però, la funzione di nomina non poteva allora essere esercitata dal giudice italiano, sulla base del criterio di competenza imperniato sul luogo di stipula contrattuale, allorché questo luogo era in Italia, ma la sede non era ancora determinata compiutamente pur essendosi certi, perfino sulla base della puntuale indicazione delle parti (« l'arbitrato sarà regolato secondo la legge... »), che l'arbitrato era radicato all'estero?

Il vero è invece che la localizzazione della stipula dell'accordo compromissorio all'estero non è mai stata né è indice di estraneità del previsto arbitrato rispetto all'ordinamento italiano. Anzi: una parte svizzera ed una spagnola che stipulino il contratto in uno di tali paesi o in paese terzo possono ben scegliere, al momento della stipula o successivamente, di radicare l'eventuale arbitrato in Italia quale paese neutrale rispetto a entrambe. Così come la stipula dell'accordo compromissorio o del contratto in Italia è elemento di per sé, e anche nella esperienza concreta, neutro rispetto alla nazionalità dell'arbitrato. La parte italiana che stipula in Italia con una parte francese può non avere sufficiente forza contrattuale e/o di convincimento per ottenere la localizzazione dell'eventuale arbitrato nell'ordinamento italiano, ed entrambe scegliere dunque prima o poi — e anzi nella maggioranza dei casi — di localizzarlo in paese straniero neutrale.

Restava così allora e resta ancora oggi definitivamente confermato che la nomina giudiziale *ex art. 810, comma 2* non può trovare applicazione in caso di arbitrato estero, anche ove la sede non sia stata ancora determinata, e anche ove il compromesso o il contratto cui si riferisce la clausola compromissoria siano stati stipulati in Italia; e perfino nella ipotesi remota in cui le parti abbiano determinato in Italia la mera sede dell'arbitrato escludendo però espressamente di

volerlo radicare nell'ordinamento italiano<sup>(51)</sup>, poiché è altresì certo che anche il primo inciso dell'art. 810, comma 2 (« la parte [...] può chiedere [...] che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato ») è norma sulla competenza territoriale da cui non può desumersi alcuna valenza ultrattiva in ordine alla ammissibilità della nomina giudiziale anche per quella ipotesi remota in cui l'arbitrato, pur con sede in Italia, vada qualificato come estero. Insomma: nessun elemento è desumibile dal testo e dalla *ratio* dell'art. 810, comma 2 tale da far supporre che il legislatore nel dettarlo, nell'emendarlo poi con la legge n. 25/1994 e nel confermarlo infine con la novella del 2006, non abbia dato per scontato che esso si applichi solo all'arbitrato interno<sup>(52)</sup>.

5.1. Assodato ciò, il problema era ed è tuttora quello di capire *a)* come si pervenga al riscontro della ammissibilità o meno della nomina giudiziale *ex art.* 810, comma 2, in relazione alla nazionalità dell'arbitrato, in particolare quando ancora la sede non sia determinata; e poi quello di capire *b)* cosa accada allorché quel riscontro, nel senso della ammissibilità della nomina giudiziale *ex art.* 810, comma 2, venga smentito dalla successiva fissazione all'estero della sede dell'arbitrato.

Il nuovo comma 3 dell'art. 810, introdotto dall'ultima novella del 2006, specifica pragmaticamente la soluzione della questione *sub a)*; accentua statisticamente — ma come dirò nella sostanza innocuamente ed anzi più che giustificatamente — l'eventualità che la problematica *sub b)* si ponga.

« Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione di arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero ».

<sup>(51)</sup> V. retro nota 30.

<sup>(52)</sup> Per esempi di giurisprudenza straniera che rigorosamente ancora l'ausilio giudiziario statale (in particolare in tema di nomina dell'arbitro) al carattere interno dell'arbitrato, o addirittura, nel caso svizzero, alla sicurezza di tale carattere interno (ritenuta mancante in assenza di specificazione di una sede interna dell'arbitrato, pur essendo compromissoriamente richiamato il diritto arbitrale svizzero), v. *Appellate Division del Bangladesh* 8 maggio 1997, in questa *Rivista*, 1999, 749 ss., con nota della PIETRANGELI, *La competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria nella nomina dell'arbitrato e l'Arbitration Act indiano del 1940*, e *Kassationsgericht Zürich* 25 maggio 1998, in questa *Rivista*, 1999, 97 ss., con nota di GIARDINA, *Incompetenza dei giudici svizzeri ad integrare il collegio arbitrale quando la sede dell'arbitrato in Svizzera non è determinata*.

di no  
media  
Ma a  
gola  
anche  
trato  
avrà  
come.  
l'acce

succe  
sede e  
Tribu  
mancl  
e sia i  
nata e  
italian  
comun  
ridica

I  
tutto l  
lontà  
per al  
— ch  
corre  
localiz  
stessa  
della s

(  
liano, R  
(  
1994, ci  
consider  
più restr  
sizione c  
tazioni a  
esercitab  
deva attc

Si conferma dunque inequivocamente che la funzione ausiliaria di nomina dell'arbitro (come pure quelle che ad essa si riconducono mediante il rinvio all'art. 810) è incompatibile con l'arbitrato estero. Ma al contempo ed altrettanto inequivocamente si esprime una regola facilitatoria, alla quale in via interpretativa poteva pervenirsi anche in passato<sup>(53)</sup>: *in dubio*, ai fini che qui interessano, *pro arbitro* interno. La inammissibilità dell'istanza di nomina giudiziale si avrà solo quando l'arbitrato appare manifestamente estero; così come, secondo la stessa disposizione, nel dubbio sull'*esistenza* dell'accordo compromissorio la nomina giudiziale è ammissibile.

5.2. Quando né con l'accordo compromissorio né con atto successivo le parti abbiano ancora compiutamente determinato la sede ed una di esse si rivolga in virtù dell'art. 810 al presidente del Tribunale, questi ammetterà senz'altro l'istanza allorché ciò che manchi sia la indicazione compiuta della località-sede dell'arbitrato e sia invece già esplicita la sua localizzazione in Italia, salva la cenata espressa indicazione delle parti circa il carattere comunque non italiano dell'arbitrato. Dichiarerà l'istanza inammissibile allorché sia comunque esplicita la intenzione di radicare geograficamente o giuridicamente all'estero l'arbitrato.

Nella zona mediana fra queste due opposte conclusioni vi è tutto lo spazio della ricostruzione, anche in via presuntiva, della volontà comune delle parti. E sicuramente non può più dirsi — come per altro non era a mio avviso predicabile neppure prima del 2006 — che affinché « si possa ricorrere al presidente del Tribunale occorre che le parti, le quali non si sono ancora pronunciate sulla esatta localizzazione della sede dell'arbitrato, abbiano già deciso che la stessa sarà in Italia restando dunque da chiarire [...] solo l'ubicazione della sede [...] che potrebbe essere Roma come Milano »<sup>(54)</sup>.

<sup>(53)</sup> V. — se vuoi — BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano*, Roma, 2004, 182 ss.

<sup>(54)</sup> Così GHIRGA, in AA.VV., a cura di TARZIA, LUZZATTO ed RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, cit., 45, ed ivi altre interessanti ed in parte condivisibili riflessioni sulle questioni qui considerate. V. anche, dal punto di vista di altro ordinamento nazionale, la posizione (ancor più restrittiva) della giurisprudenza svizzera cit. *supra* alla nota 52. Più elastica pareva la posizione di Edoardo RICCI, nel medesimo volume cit., 88 ss., il quale dedicava varie argomentazioni all'assunto secondo cui le funzioni giudiziarie ausiliarie previste dal nostro c.p.c. sono esercitabili solo in relazione ad arbitrato italiano e perciò localizzato in Italia, e tuttavia prendeva atto della « presenza di fori [giudiziali] sostitutivi » (rispetto a quello della sede dell'ar-

Il criterio residuale « *in dubio pro arbitrato estero* », che in altra occasione ed a tutt'altri fini (applicazione o meno del regime di riconoscimento dell'accordo compromissorio previsto dall'art. II della Convenzione di New York) <sup>(55)</sup> ho detto <sup>(56)</sup> giustificarsi in base ad esigenze di rispetto ad oltranza della Convenzione, è qui contraddetto dalla esplicita regola contraria <sup>(57)</sup>.

Quanto ai criteri di scioglimento del dubbio, e a mero titolo esemplificativo, il riferimento esplicito nel patto compromissorio all'« arbitrato rituale » e/o agli artt. 806 ss. c.p.c., anche in assenza di qualsiasi prescrizione nel senso che l'arbitrato debba aver sede in Italia, sarà altrettanto esplicito indice di radicamento dell'arbitrato nel nostro paese e nel nostro ordinamento, indice che del resto si imporrà anche agli arbitri acciocché essi fissino la sede in Italia ai sensi dell'art. 816, comma 1. La nazionalità italiana di entrambe le parti sarà elemento indiziario da solo sufficiente, in assenza di altri espliciti in senso contrario, per affermare il carattere interno dell'arbitrato, perché è largamente inverosimile che due parti italiane scelgano arbitrato estero. La nazionalità estera di una delle parti non sarà invece elemento indiziario decisivo nel senso opposto, e perfino la nazionalità estera di entrambe le parti se accompagnata da altri elementi indiziari (esecuzione contrattuale destinata a svolgersi preva-

---

bitrato) « per l'ipotesi in cui la sede dell'arbitrato non sia stata ancora fissata » e concludeva nel senso che « l'art. 810 c.p.c. [e così l'art. 809, ult. comma, 811, 815] debba trovare applicazione solo se si può assumere che gli arbitri dovrebbero fissare la sede in Italia in occasione della loro prima riunione ». Il che, se non erro, doveva valere per tutti i casi in cui, a termini di ermeneutica negoziale, potesse ragionevolmente presumersi che l'accordo compromissorio prevedesse un arbitrato radicato anche se non ancora espressamente localizzato in Italia (e cioè imponesse agli arbitri tale localizzazione ex art. 816, e. 1°, c.p.c.), e non solo per i casi in cui la localizzazione in Italia, in via generica, vi fosse e mancasse solo la specifica indicazione della località sede dell'arbitrato.

<sup>(55)</sup> Di fronte cioè ad eccezione fondata su accorso compromissorio prevedente arbitrato di nazionalità assolutamente incerta.

<sup>(56)</sup> BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano*, cit., 29-30.

<sup>(57)</sup> Regola — si badi — senz'altro utile e non surrogabile da quella, anch'essa di nuovo conio, scritta nell'art. 816, comma 2 (« se le parti non hanno determinato la sede dell'arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma »). Quest'ultima è disposizione utile a sortire da diversa *impasse*: quella della localizzazione (in caso di inerzia di parti ed arbitri) in questa o quella sede « cittadina » di un arbitrato italiano. Ma essa appunto presuppone (e non vale a determinare) la già riscontrata nazionalità italiana dell'arbitrato; ché altrimenti si perverrebbe all'assurdo secondo cui ogni arbitrato nell'universo mondo, in relazione al quale le parti o gli arbitri non abbiano determinato la sede, va collocato in Italia ed « appartiene » all'ordinamento italiano.

lente  
sione  
al pr  
bilità  
perdi  
istan

toval  
risco  
prom  
ester  
zione

avrà  
parte  
ha st  
ficier  
(parti  
nessu  
previ  
Ma r  
possi  
art. 8  
un sc  
per la  
l'arbi

l'altra  
esplic  
può c  
siano

senza  
comm  
ment  
ment

(  
Lineam  
cura di)

lentamente in Italia, precedente scelta dell'arbitrato italiano in occasione di altro rapporto contrattuale fra le stesse parti) consentirebbe al presidente del Tribunale di concludere per la ragionevole presumibilità del radicamento dell'arbitrato in Italia, o per lo meno per la perdurante sussistenza del dubbio e perciò per la ammissibilità della istanza non essendo « manifesto » il carattere estero dell'arbitrato.

Vi è poi un iniziale — scavalcabilissimo ma non del tutto sottovalutabile — gradino presuntivo ed indiziario in questo senso, non riscontrabile invece allorché ci si limiti ad eccepire l'accordo compromissorio che può ben essere per arbitrato interno o per arbitrato estero senza che il significato e la funzione essenziale della eccezione cambino.

Una parte — quella interessata a far andare avanti l'arbitrato — avrà chiesto l'intervento ausiliario del giudice italiano. Almeno una parte dunque considera, sulla base dell'accordo compromissorio che ha stipulato, l'arbitrato come italiano. Questo ovviamente non è sufficiente in caso di elementi espliciti o indiziari in senso opposto (parti entrambe straniere, contratto e clausola in lingua straniera, nessun collegamento con il territorio italiano, ovvero clausola con previsioni comunque incompatibili con gli artt. 806 ss. c.p.c. ecc.). Ma non si può non auspicare che di fronte al controinteressato, e possibilmente interessato alla dilazione, che si opponga al ricorso ex art. 810, sbandierando il carattere estero dell'arbitrato senza fornire un solo appiglio in proposito, il presidente del Tribunale concluda per la nomina, rilevando che « non vi sono elementi per ritenere che l'arbitrato non possa essere un arbitrato di diritto italiano ».

Proprio in questa logica va detto anzi che la comparizione dell'altra parte — alla quale il nuovo testo dell'art. 810 non fa più esplicito riferimento ma che certamente il presidente del Tribunale può disporre<sup>(58)</sup> — appare accortezza assai opportuna allorché vi siano incertezze sulla nazionalità dell'arbitrato.

Il presidente del Tribunale potrebbe — è vero — provvedere senza indugio già sulla base del dubbio ed in forza dell'art. 810, comma 3. Ma convocando l'altra parte aprirà la via o allo scioglimento definitivo del dubbio, per lo meno attraverso il comportamento concludente, ovvero alla emanazione di un provvedimento di

<sup>(58)</sup> Cfr. LUISSO - SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 270, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 78, BERGAMINI, in BRIGUGLIO - CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III/2, Padova, 2009, 596.

nomina che, perfino in caso di successiva determinazione all'estero della sede dell'arbitrato, possa in ipotesi — come fra breve si dirà — mantenere il suo effetto utile anche fuori dai confini.

5.3. Il provvedimento del presidente del Tribunale funzionale alla costituzione dell'organo arbitrale, reso sulla base di elementi qualificatori prescindenti dalla non ancora avvenuta formale determinazione della sede, o alla luce del criterio residuale ormai normativamente consacrato (*in dubio pro arbitro interno*), potrà restare <sup>(59)</sup> privo di effetti nell'ordinamento italiano sol che la sede dell'arbitrato sia poi stabilita all'estero. Del possibile <sup>(60)</sup> svanire dei suoi effetti all'estero, *quale provvedimento giudiziale*, va ripetuto ciò che si è detto in generale *supra*, al par. 4.1.

Altro discorso — e dipendente volta a volta dalle situazioni concrete e dall'ordinamento estero implicato — è se il lodo estero comunque reso da un arbitro, o con la partecipazione di un arbitro a suo tempo nominato dal presidente del Tribunale italiano sia un lodo valido.

Ed è discorso che se affrontato per l'ipotesi inversa e dal punto di vista del nostro ordinamento, offre, al di là di ogni risposta rigorosa in prima approssimazione, una via di salvataggio non peregrina, e meditabile all'occorrenza anche dal punto di vista di ordinamento diverso, perché fondata su principi ragionevoli di *favor* per l'arbitrato, di autoreponsabilità, e di rispetto per la sostanziale volontà delle parti.

Cosa accade dunque allorché un lodo rituale sicuramente italiano, perché reso in arbitrato con sede (prima o poi fissata) in Italia sia stato pronunciato da arbitro o con la partecipazione di arbitro nominato a suo tempo da giudice straniero in forza di meccanismo equipollente a quello previsto dal nostro art. 810?

<sup>(59)</sup> Ma non è detto che resti, perché occorre considerare i casi in cui, piuttosto che semplice passaggio dalla iniziale totale incertezza sulla nazionalità dell'arbitrato alla certezza sul suo carattere estero conseguentemente alla sopravvenuta fissazione della sede fuori dal territorio italiano, vi sia qualcuna delle discrasie fra volontà delle parti e determinazioni arbitrali circa la nazionalità-localizzazione dell'arbitrato che non impediscono la sua qualificazione come interno dal punto di vista del nostro ordinamento (v. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale*, cit., 30 ss.).

<sup>(60)</sup> Possibile, ma ancor qui non imprescindibile, ciò dipendendo dalla legge straniera e dalla sua qualificazione dell'arbitrato in esito a quanto accaduto.

bi  
bi  
qu  
tu  
  
si  
la  
st  
qu  
is  
  
pr  
m  
qu  
pa  
m  
ur  
so  
de  
  
ca  
ita  
ne  
of  
  
de  
fic  
tal  
  
—  
  
dos  
ver  
cos  
adc  
dia  
nor  
dos  
pre  
ficc  
arti  
bitr

In prima approssimazione e di regola il lodo risulterà invalidabile, ben inteso purché il vizio di costituzione sia stato dedotto in arbitrato *ex art. 829, comma 1, n. 2*; e l'organo arbitrale, a fronte di quella eccezione, dovrebbe dunque dichiararsi irregolarmente costituito.

Ma si supponga che l'arbitro, in specie se arbitro unico o presidente, sia stato nominato dal giudice straniero in momento in cui la sede non era ancora determinata, ed in procedimento che, avviato su istanza di una parte, consenta però la interlocuzione dell'altra; che quest'ultima non si sia opposta alla nomina; o che addirittura la istanza sia stata rivolta congiuntamente da entrambe.

Credo sia tutt'altro che assurdo considerare allora, non già il provvedimento giudiziale straniero efficace siccome tale nell'ordinamento italiano, ma questa nomina non di meno valida alla stregua di quella effettuata da qualsivoglia terzo concordemente officiato dalle parti, nessuna delle quali potrebbe dunque « pentirsi » successivamente in corso di arbitrato o di giudizio impugnatorio sbandierando un vizio di costituzione, men che meno ove questo sia semmai tale solo a posteriori ed a seguito della sopravvenuta determinazione della sede <sup>(61)</sup>.

In definitiva: la nomina giudiziale estera dell'arbitro sarà sindacabile nell'arbitrato italiano e nel giudizio di impugnazione del lodo italiano tendenzialmente solo ove e una delle parti abbia dissentito nel corso del procedimento di nomina o non abbia avuto in quello opportunità d'interloquire.

Si consideri poi come la soluzione appena prospettata — prudentemente estensibile forse perfino all'ipotesi in cui l'errore qualificatorio sulla nazionalità dell'arbitrato sia originario e non si riveli tale *a posteriori* ed in virtù della determinazione successiva alla sede

---

<sup>(61)</sup> Questa via di salvataggio della nomina consente oltretutto di aggirare il paradosso logico che si avrebbe nel caso in cui la successiva determinazione della sede fosse avvenuta ad opera degli arbitri sia pure quali mandatarî impliciti delle parti: la invalidità della costituzione dell'organo arbitrale discenderebbe in definitiva da una scelta di sede a sua volta adottata da un organo invalidamente costituito. Quando il vizio di costituzione non sia rimediabile per la via che si va indicando nel testo (e cioè in caso di contrasto tra le parti sulla nomina), la impugnazione e l'annullamento del lodo travolgeranno per forza di cose il paradosso, il quale resterà relegato sul piano della logica astratta. In concreto, e ove il caso si presenti, è ovvio che l'arbitro sarà in grado accortamente di tagliare in radice paradossi e difficoltà: l'arbitro unico nominato dal giudice francese (v. il paragrafo conclusivo del presente articolo), ad es., si guarderà bene di regola, se a lui compete la fissazione della sede dell'arbitrato, di fissarla altrove che in Francia.

— vada sicuramente adottata ove l'organo arbitrale sia stato, ad esempio, costituito sulla base della legge del paese A, avendo a suo tempo le parti concordemente ed inequivocamente inteso radicare l'arbitrato in quel paese in esso financo espressamente stabilendo la sede, e poi le stesse parti abbiano altrettanto concordemente mutato d'avviso, novando la volontà compromissoria e radicando il procedimento arbitrale in Italia e nell'ordinamento italiano; ovvero ove l'organo arbitrale sia stato nominato dal giudice straniero sulla base della ritenuta totale incertezza « compromissoria » sulla nazionalità dell'arbitrato, incertezza che secondo l'ordinamento di quel giudice lo autorizzi comunque alla nomina, e successivamente la volontà compromissoria sia stata integrata dalle parti d'accordo con determinazione della sede in Italia.

In entrambi questi casi con la novazione/integrazione dell'accordo compromissorio, che trasporta o radica nell'ordinamento italiano proprio quell'arbitrato, le parti convalidano implicitamente anche la precedente fase di costituzione, di quello stesso arbitrato, già esauritasi con la cooperazione di giudice straniero.

5.4. Tornando al nuovo art. 810, comma 3 e per concludere riguardo al nostro sistema, da quella disposizione emerge un approccio a mio avviso estremamente ragionevole così sintetizzabile: la funzione giudiziale ausiliaria di nomina dell'arbitro, e nei congrui casi quella di sostituzione *ex art. 811* e perfino quella di revoca *ex art. 813-bis* o di riconsunzione *ex art. 815* allorché l'istanza sia proposta subito dopo la nomina di un arbitro ed a qualificazione dell'arbitrato dunque ancora incerta, va senz'altro esercitata pur in caso di dubbio sul carattere interno o estero dell'arbitrato; e ciò perché i costi ridotti, in termini di possibili complicazioni e conflitti (maggiori ovviamente ove vi sia di mezzo la rimozione *ex art. 813-bis* o la riconsunzione) o di inoperatività pratica<sup>(62)</sup> del provvedimento giudiziale, sono evidentemente bilanciati dal beneficio di evitare il rischio che l'incertezza sulla qualificazione dell'arbitrato determini l'*impasse* e perciò il diniego di ausilio, o se si vuole — perché è « giustizia » anche codesta — il diniego di giustizia.

<sup>(62)</sup> Di fatto perfino superabili, in caso di nomina o sostituzione, ove l'ordinamento straniero in cui a posteriori si riveli radicato l'arbitrato sia disposto ad atteggiamento di favore parallelo a quello che, *sub* 5.3, si è ricostruito, per il caso inverso, con riferimento al nostro ordinamento.

tore f  
all'ar  
duato  
le fun  
costit  
tuzion  
spettiv  
appen.  
razion  
analog  
discor  
oggi l  
art. 14  
accord  
L  
che —  
frances  
interna  
dalla si  
d'appu  
C  
le juge  
le prési  
1°  
2°  
de proc  
3°  
tions ét  
procédu  
4°  
stice ».  
I f  
esprimo  
ternazio:

6. Proprio lo spettro del *déni de justice* spinge ora il legislatore francese dell'ultima riforma<sup>(63)</sup> ad un notevole balzo in avanti.

Va premesso che il *code de procédure civile* d'oltralpe, quanto all'arbitrato interno, affida al c.d. « *juge d'appui* », di regola individuato nel *président* del *Tribunal de grande instance* (v. l'art. 1459), le funzioni ausiliarie e le corrispondenti fasi di controllo relative alla costituzione dell'organo arbitrale in caso di difficoltà (nomina, sostituzione, ricusazione, astensione/dimissione, revoca dell'arbitro: v. rispettivamente gli artt. 1451 ss., 1454, 1456, 1457 e 1458; gli articoli appena menzionati, concernenti l'arbitrato interno, seguono la numerazione introdotta dalla ultima novella, ma il quadro complessivo è analogo a quello previgente, con varianti che non rilevano ai fini del discorso che qui ci riguarda). Al « *juge d'appui* » è affidata anche (v. oggi l'art. 1463 anch'esso sostanzialmente conforme al precedente art. 1456) la proroga del termine di emanazione del lodo in difetto di accordo.

La novità rimarchevole si annida nel nuovo art. 1505 *n. c.p.c.*, che — in materia di arbitrato internazionale, nel tradizionale senso francese di « *arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* » — estende determinatamente, e cioè prescindendo dalla situazione di mero dubbio qualificatorio, le funzioni del « *juge d'appui* » francese anche all'arbitrato estero.

Così recita l'art. 1505: « *En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque:*

1° *L'arbitrage se déroule en France ou;*

2° *Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou;*

3° *Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou;*

4° *L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice* ».

I primi due riferimenti (n. 1° e n. 2°) non sono nuovi<sup>(64)</sup> ed esprimono un punto di vista del tutto tradizionale. Se l'arbitrato internazionale ha sede in Francia è ovvio che si tratterà di un arbitrato

<sup>(63)</sup> Quella introdotta con *Décret* n. 2011/48 del 13 gennaio 2011 (vedilo in questa *Rivista*, 2010, 533 ss.).

<sup>(64)</sup> Risulta infatti in essi ripreso il tenore del previgente art. 1493 *c.p.c.*

interno (anche se non puramente domestico) e che le funzioni ausiliarie saranno tutte efficacemente svolte dalla giurisdizione francese (65). In linea teorica andranno solo considerate le eventuali complicazioni in ipotesi di plurinazionalità dell'arbitrato, e cioè di qualificazione dell'arbitrato internazionale pur localizzato in Francia come appartenente ad altro ordinamento secondo le regole qualificatorie di questo (66); il discorso in astratto non riguarda certo solo l'arbitrato internazionale cui si riferisce l'art. 1505, n. 1° del *n. c.p.c.* francese, ma qui l'ipotesi è in qualche modo resa più realistica a causa del riferimento letterale allo *svolgimento* — « *se déroule* » — dell'arbitrato, piuttosto che alla sede formale che potrebbe essere anche altrove.

Anche se le parti hanno convenuto di assoggettare l'arbitrato alla legge processuale francese (n. 2° dell'art. 1505) l'arbitrato internazionale sarà di diritto francese e sarà dunque del tutto normale l'esercizio rispetto ad esso della giurisdizione « *d'appui* » del *président del Tribunal de grand instance*. Dalla regola in esame si ricava per altro che l'ordinamento francese è uno fra quelli, a differenza del nostro, pienamente disposto a considerare francese un arbitrato con sede all'estero ed in ragione della sola scelta pattizia della « *loi de procédure* »; ed è evidente che in questo quadro, ed in relazione all'art. 1505 n. 2° del *n. c.p.c.* francese, aumenta la possibilità statistica della « plurinazionalità » e perciò delle complicazioni relative alla sovrapposizione di altra giurisdizione nazionale alla « *jurisdiction d'appui* » francese ed alla eventualmente problematica operatività del pronunciamento di quest'ultima all'estero ed in relazione al concreto svolgimento dell'arbitrato.

I nn. 3° e 4° del nuovo art. 1505 rappresentano la (parziale) novità ed aprono invece scenari in diversa misura incerti.

Integralmente nuovo, ma in qualche misura meno problematico è quello aperto dal n. 3°, il quale scenario è in buona sostanza il seguente ed oltretutto alquanto irrealistico: in relazione ad arbitrato internazionale — estero dal punto di vista dell'ordinamento francese

(65) L'esigenza della previsione apposita ex art. 1505, n. 1° è perciò dovuta soltanto alla perdurante scelta sistematica del legislatore francese di separare la disciplina dell'arbitrato interno puramente domestico da quella dell'arbitrato internazionale. Che poi in caso di arbitrato internazionale con sede in Francia le funzioni ausiliarie siano, salvo patto contrario, concentrate in capo al presidente del Tribunale parigino anche quando la sede non è Parigi, è particolarità sulla quale non è qui rilevante indagare.

(66) V. *retro* nota 20.

perc  
franc  
« *jur*  
*féren*  
« *d'a*  
liarie  
relazi  
essen

grand  
privat  
detto  
verreb  
gener  
prima  
spetto  
della l  
gine cl  
anch'e  
trollo  
mente  
quillan  
sovran  
blemati  
di attiv  
In  
mento  
proroga  
di emar  
proroga  
1505, n.  
caso in  
abbia es

(67)

(68)

le parti abbi

(69)

(70)

820 c.p.c.: c  
a ciò delega

perché neppure assoggettato dai compromittenti alla *loi de procédure* francese <sup>(67)</sup> — le parti hanno nondimeno concordato di affidare alle « *juridictions étatiques* » francesi tutte o alcune delle questioni (*différends*) relative alla procedura arbitrale. In tal caso il giudice « *d'appui* » francese è appunto abilitato a svolgere le funzioni ausiliarie <sup>(68)</sup>, né più e né meno che si trattasse di arbitrato interno) in relazione ad un arbitrato sicuramente — e che egli sa con certezza essere — estero.

La base volontaristica dello scenario, ed il *favor* che la stragrande maggioranza degli ordinamenti riserva ormai alla autonomia privata nell'arbitrato, rende lo scenario medesimo — anche se come detto irrealistico (a chi, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, verrebbe in mente di pattuire, e perché mai, una complicazione del genere?) — meno sconvolgente di quanto esso non appaia alla sua prima enunciazione. All'estero ed anzitutto per gli arbitri esteri (rispetto all'ordinamento francese) chiamati a verificare la regolarità della loro costituzione, e poi per il giudice dell'ordinamento di origine che di ciò debba occuparsi in prima o in seconda battuta (e cioè anch'egli investito di richiesta « ausiliaria » ovvero in sede di controllo del lodo), la nomina o la sostituzione cui abbia suppletivamente provveduto il « *juge d'appui* » francese potranno essere tranquillamente considerate non già *sub specie* di attività di giurisdizione sovrana, e senza bisogno dunque che ci si pongano le inerenti problematiche riguardo a riconoscimento ed efficacia, bensì alla stregua di attività di *appointing authority* convenzionalmente prescelta <sup>(69)</sup>.

In modo analogo potrà ragionarsi — a misura, che l'ordinamento estero in cui l'arbitrato si radichi sia liberale in materia di proroga pattizia, o pattiziamente demandata ad un terzo, del termine di emanazione del lodo <sup>(70)</sup> — allorché il giudice francese dovesse prorogare tale termine in forza del combinato disposto degli artt. 1505, n. 3° e 1463 *n. c.p.c.*. Maggiori problemi — è chiaro — nel caso in cui il giudice francese a ciò incaricato dalle parti d'accordo abbia espletato funzioni di rimozione (ricusazione o revoca) o di

<sup>(67)</sup> Altrimenti si rientrerebbe nell'ambito descritto dal n. 2° dello stesso art. 1505.

<sup>(68)</sup> Tutte o alcune fra esse — dovrebbe ritenersi a prima lettura — a seconda che le parti abbiano o meno ridotto o specificato l'attribuzione.

<sup>(69)</sup> V. già *retro* 5.3.

<sup>(70)</sup> Si consideri ad esempio quanto ragionevolmente emerge dal nostro attuale art. 820 *c.p.c.*: che cioè la proroga del termine possa avvenire anche per determinazione di terzo a ciò delegato dalle parti d'accordo.

conferma, innanzi ad istanza di rimozione, dell'arbitro estero. Possono però darsi pur sempre ordinamenti nazionali disposti alla delega pattizia in favore di terzo (organismo di amministrazione dell'arbitrato, ma allora perché non in favore di giudice straniero) delle funzioni giudiziarie in ordine alla riconsunzione o alla revoca dell'arbitro interno. Rispetto a questi ordinamenti lo scenario aperto dall'art. 1505, n. 3° del *n. c.p.c.* potrebbe trovare conveniente quanto raro incastro anche nei casi per il momento in discorso.

Con il n. 4, infine, è ripresa (71), consacrata e generalizzata soluzione anticipata della *Cour de cassation* nel 2005 (72).

In quella occasione la Cassazione aveva convalidato la nomina di un arbitro nell'inerzia della parte, alla quale nomina la *Cour d'appel* aveva provveduto ribaltando la declaratoria di incompetenza resa invece dal *président* del *Tribunal de grande instance* (73).

Il caso era quello di una controversia tra una impresa iraniana ed un Ministero israeliano, che l'accordo compromissorio deferiva ad arbitrato sicuramente non francese. Di fronte all'inerzia della parte israeliana quanto alla nomina del proprio arbitro, la parte iraniana si era rivolta al giudice francese.

La *Cour de cassation* in via schiettamente pretoria osserva: che il *déni de justice* è configurabile non solo rispetto alla pretesa di merito ed al corrispondente (vantato) diritto sostanziale, ma anche al — diremmo noi — diritto processuale ad una decisione arbitrale (con esclusione di qualsiasi giurisdizione statale) sul merito (74); che tale diritto all'arbitrato ed il correlato *déni de justice* rilevano « *de l'ordre public international consacré per les principes de l'arbitrage international et l'art. 6.1 de la Convention européen des droits de l'homme* »; che nella specie la parte iraniana era « *en l'état de la ju-*

(71) Così espressamente il *Rapport* di accompagnamento al *Décret* n. 48 del 2011 (v. *Journal Off. de la République Française*, 14.1.2011).

(72) *Cour de cassation*, 1° febbraio 2005, *Ministre de finance de l'Etat d'Israël c/ Société NIOC*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2005, 680 ss., con nota di M. WATT.

(73) Nella vigenza del vecchio art. 1493 *n. c.p.c.*, che corrispondeva appunto ai soli primi due nn. dell'attuale art. 1505, e che autorizzava il « *juge d'appui* » francese ad intervenire nella costituzione del tribunale arbitrale solo nelle ipotesi (nessuna delle quali ricorrenti nel caso di specie) di arbitrato localizzato in Francia o di arbitrato assoggettato per volontà delle parti alla legge processuale francese.

(74) Ed infatti la Cassazione respinge l'argomentazione del Ministero israeliano resistente, secondo cui non poteva discorrersi di « *déni de justice* » perché, a tacer d'altro, la parte iraniana, anche nella impossibilità di dar corso all'arbitrato, avrebbe potuto far valere i propri diritti sostanziali innanzi ad una giurisdizione statale.

r.  
b  
a.  
ca  
de  
cc  
si;  
rig  
  
olt  
le  
me  
per  
siv  
ast  
naz  
rati  
Cas  
  
zior  
ciar  
ciò  
  
rispru  
cosa i  
nazior  
calizz  
terzo r  
quelle  
sione c  
  
« appo  
sarebbe  
success  
  
denziali  
fanno p  
generak  
(  
Francia  
gine (e l  
vuoi Br

*risprudence de la Cour Suprême de l'Etat d'Israël, dans l'impossibilité de saisir les tribunaux israéliens ou iraniens pour nommer un arbitre* » (75) al posto della parte israeliana inerte, e perciò di dar corso all'arbitrato; che per giustificare definitivamente l'intervento del « *juge d'appui* » francese vi era un « *lien* » (« *même si tenu* ») con la Francia in ciò che la convenzione di arbitrato deferiva la designazione del terzo arbitro al presidente della C.C.I. sedente in Parigi (76).

Nel riprendere *l'input* della *Cassation* il legislatore francese, oltre ad aggiungervi la forza della formale ed espressa *saction légale* (77), lo radicalizza: in primo luogo perché lo estende potenzialmente ad ogni funzione del « *juge d'appui* » (non solo alla nomina e perciò verosimilmente alla sostituzione, ma anche alle ben più invasive e problematiche funzioni concernenti la autorizzazione alla astensione, la ricsuzione, la revoca, la proroga del termine di emanazione del lodo); ed in secondo luogo perché prescinde da qualsiasi *rattachement* (foss'anche « *tenue* » come quello allora ritenuto dalla Cassazione) con il territorio francese.

È presto per dire se il nuovo art. 1505, n. 4° resterà disposizione cartacea, e simbolica di una certa propensione francese a marciare sui piani scivolosi dell'*arbitrage international* senza curarsi di ciò che si lascia indietro o davanti o comunque fuori dai confini (78),

(75) Costatazione alquanto sibillina, anzitutto perché il riferimento alla sola « giurisprudenza israeliana » non sarebbe di per sé *tranchant*, dovendosi forse aggiungere qualcosa in ordine alla impossibilità di chiedere la nomina al giudice iraniano e/o al fatto che la nazionalità dell'arbitrato era sicuramente israeliana o che l'arbitrato era verosimilmente localizzabile in paese terzo, ed allora porsi anche il quesito se la giurisdizione di tale paese terzo non avrebbe potuto essere d'ausilio. Più in generale quella laconica constatazione è di quelle che rispondono all'ineffabile (e da noi tanto invidiato) stile degli « *attendu* »: espressione di *clarté*, ma alle volte, e ad un tempo, di inevitabile indecifrabilità sostanziale.

(76) Si trattava per l'appunto del riferimento al presidente della C.C.I. come « *appointing authority* », e non della previsione di un arbitrato C.C.I. (nell'ambito del quale sarebbe stata forse preconizzabile la scelta di un presidente francese e/o la determinazione successiva della sede dell'arbitrato in Francia).

(77) La soluzione della *Cour de cassation* aveva — come tutte le rondini giurisprudenziali particolarmente legate ad una controversia concreta, e che non necessariamente fanno primavera — un margine di accettabilità intrinsecamente maggiore che non la norma generale ed astratta.

(78) In altro ambito si consideri la nota giurisprudenza conservativa della efficacia in Francia del lodo (internazionale) estero pur quando esso sia stato caducato nel paese di origine (e pur fuori dalle circoscritte ipotesi di cui alla Convenzione di Ginevra del 1961): v. se vuoi BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, cit., 477 ss..

ovvero se quella disposizione avrà uno spazio operativo pur ridotto (79) ma effettivo, e quanto complesso o controverso.

Sul piano simbolico il passo è dirompente: il *déni de justice*, che il giudice « *d'appui* » francese è chiamato ad evitare, non corrisponde (come accade per il presidente del Tribunale italiano in forza dell'art. 810, comma 3) al dubbio che l'arbitrato possa essere interno, o per lo meno non corrisponde solo ad un tale dubbio (80), bensì, nella certezza che l'arbitrato sia estero, al rischio tangibile che non vi sia all'estero ausilio giudiziario sufficiente.

Fermo ciò — e sul piano pratico — occorrerà soprattutto vedere se la giurisprudenza francese:

— finirà col limitare l'intromissione del « *juge d'appui* », in vicenda arbitrale sicuramente (o molto probabilmente) estera, alla sola nomina (o sostituzione) dell'arbitro, e perciò con effetto utile all'estero del provvedimento di fatto facilitato alla stregua delle riflessioni che si sono svolte *sub* 5.3. e che, in ragione della generalizzata prevalenza dell'autonomia privata, potrebbero valere anche dal punto di vista di ordinamenti diversi da quello italiano; ovvero estenderà quella intromissione alle funzioni più invasive (ricusazione, revoca, autorizzazione all'astensione, proroga del termine) con effetto utile all'estero ben più difficoltoso;

— limiterà il riscontro del possibile *déni de justice* ai casi in cui il ricorso all'ausilio giudiziario all'estero si prospetti di fatto impossibile o particolarmente difficoltoso (guerre civili *et similia*); ovvero lo estenderà perfino ai casi in cui quell'ausilio sia stato richiesto ed — ad avviso del giudice francese ingiustamente — negato all'estero; ove è evidente che il primo approccio è auspicabile, essendo il secondo fonte di conflitti e complicazioni ulteriori (oltre che, il più delle volte, di verosimile inoperatività del provvedimento francese), con incremento della problematicità proporzionale a misura che dalla nomina/sostituzione si passi alle funzioni ausiliarie più invasive.

In definitiva, questa vocazione espansiva ed ultraterritoriale della « *jurisdiction d'appui* » francese, che il legislatore d'oltralpe ora definitivamente consacra — di segno esattamente contrario alla ritro-

(79) È verosimile che anche per l'art. 1505 n. 4° i casi di applicazione (sebbene più frequenti di quelli che ci si può attendere per l'art. 1505, n. 3°) saranno tutt'altro che numerosi.

(80) Perché ovviamente nel più è compreso il meno ed è ovvio che l'art. 1505, n. 4° autorizzi sicuramente il giudice francese ad intervenire nella situazione corrispondente a quella evocata dall'art. 810, comma 3 del nostro c.p.c.

sia a ve  
cepime  
non cor  
mente s  
tanto in  
fra ordi

I s  
guardan  
di suppl  
chiamar  
gere, ma  
situazion  
bitto eurc  
e comu  
« Bruxel  
uniforme  
disciplin  
con cert  
tuali gius  
il control  
citarsi nc  
ad opera  
convenz  
cato giuri  
logato e r  
meno all'  
e la stess  
interrog

(81) I  
tenze arbitral

(82) C.  
statuale, di fr  
finire una disc

(83) I  
ZOLO, *L'arbitr*  
2011, 187 ss.

(84) È  
pur senza necc  
terno del terri  
quella attribuz

(85) II

sia a volte eccessiva con cui in altro ambito ausiliario, quello del recepimento del lodo estero, qualche giurisdizione nazionale si ritiene *non conveniens* <sup>(81)</sup> — lascia indubbiamente perplessi. Ma — puramente simbolica o davvero operativa che essa si riveli — è altrettanto indubbiamente sintomatica di una crisi di crescita dei rapporti fra ordinamenti statuali ed arbitrato internazionale <sup>(82)</sup>.

I salti in avanti unilaterali possono essere discutibili, ma se riguardano le funzioni giudiziali ausiliarie, e rispondono ad esigenze di supplenza e di *favor arbitrati* in caso di *impasse*, finiscono per richiamare l'attenzione sull'obiettivo futuro più difficile da raggiungere, ma anche più idoneo ad evitare insieme situazioni di stallo e situazioni di conflitto: una convenzione sull'arbitrato almeno in ambito europeo (con abbandono o superamento dei forzatamente timidi e comunque forzatamente settoriali tentativi di ampliamento di « Bruxelles » alla materia arbitrale) <sup>(83)</sup>; una convenzione di diritto uniforme dell'arbitrato, non necessariamente esaustiva quanto alla disciplina innanzi agli arbitri, e però per lo meno idonea a regolare con certezza la distribuzione delle competenze giurisdizionali statuali giustapposte o funzionali all'arbitrato, compresi a questo punto il controllo impugnatorio e l'ausilio/controllo omologatorio, da esercitarsi non solo il primo ma anche il secondo una ed una sola volta ad opera della sola giurisdizione statale titolata <sup>(84)</sup> sulla base della convenzione e perciò con libera (senza alcun previo ulteriore sindacato giurisdizionale neppure deliberatorio) circolazione del lodo omologato e non caducato su tutto il « territorio » della convenzione. Almeno all'interno di questo territorio svanirebbero insieme i conflitti e la stessa necessità che il giudice statale dell'ausilio/controllo si interroghi sull'appartenenza nazionale dell'arbitrato <sup>(85)</sup>.

<sup>(81)</sup> Il tema è stato attentamente indagato da ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali*, cit., 71 ss.

<sup>(82)</sup> Tramontata ormai l'idea che l'unico o fondamentale problema per un legislatore statale, di fronte al fenomeno dell'arbitrato nel commercio internazionale, sia quello di definire una disciplina differenziata e più liberale.

<sup>(83)</sup> In arg. v. con ampiezza di riferimenti le riflessioni da ultimo di RADICATI DI BROZIOLO, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, in questa *Rivista*, 2011, 187 ss.

<sup>(84)</sup> È poi evidente che nel definire il titolo di giurisdizione si farebbe riferimento — pur senza necessariamente passare per l'attribuzione all'arbitrato di una « nazionalità » all'interno del territorio della convenzione — anche ed in primo luogo al criterio principe per quella attribuzione, e cioè alla sede dell'arbitrato.

<sup>(85)</sup> Il salto in avanti del legislatore francese, la crisi di crescita dei rapporti fra giu-

The Author introduces the subject by putting into context the relationship between the jurisdiction of the courts and foreign arbitration.

The article then goes on to examine the role played by the courts in assisting and controlling arbitration proceedings. As a general rule and subject to some exceptions, this role is compatible only with domestic arbitration and not with foreign arbitration.

The court may have difficulty in characterizing an arbitration as domestic or foreign, following a request to render assistance to, or exercise control over, those proceedings. In particular, the Author considers the possible consequences and practical effects of a court measure made for the purposes of assisting or controlling an arbitration, when such measure was mistakenly issued in relation to a foreign arbitration.

To conclude, the Author pays attention to the flexible solution adopted in the most recent Italian reform of 2006. In case of doubt as to the characterization of an arbitration as domestic or foreign, the Italian court is in any event required to provide assistance in the appointment of an arbitrator and related questions. Finally, specific consideration is also given to the avant-garde solution adopted by the French legislator in the very recent reform of 2011, pursuant to which court assistance is provided by a French « judge d'appui », even in the case of an arbitration which is clearly foreign and even when there is the risk of a « déni de justice ».

---

risdizione statale ed arbitrato estero, e l'approdo auspicato di tale crisi possono ben rappresentare, ciascuno in diversa guisa, altrettanti tasselli di quella deterritorializzazione della giurisdizione che il Maestro cui sono dedicate queste pagine ha indagato mirabilmente (da ultimo — oltre alla sintesi nel *Manuale* dal quale è desunta la frase in epigrafe — v. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, spec. 179 ss.) dopo aver altrettanto mirabilmente dissodato le origini storiche del collegamento fra giurisdizione, sovranità e territorio.

Sent

TRIBU  
T  
C

Compe  
T  
ri  
P:

La  
di una  
153 Tra  
del Tratt  
opposte  
stenza d  
civile ita

CEN  
S.p.a. un  
giustizia  
versia so  
un asserit  
nanzi al

CON:  
l'energia i  
ropee, cor  
minata Ac  
zione di s  
2. I  
assicurasse  
comune di