

IL PROCEDIMENTO DAVANTI ALL'ARBITRO

ANTONIO BRIGUGLIO

1. *Il procedimento arbitrale fra Regolamento e diritti nazionali*

Una disposizione del Regolamento 1998 — rimasta inalterata nonostante qualche significativa proposta di modifica — va considerata in guisa di premessa ad ogni discorso sulla procedura arbitrale CCI e sulle innovazioni che l'hanno interessata.

L'art. 15.1 afferma (e così affermava in passato l'art. 11) che il procedimento arbitrale — da intendersi evidentemente come l'intero svolgersi dell'arbitrato compresa la fase di emanazione del lodo — è disciplinato dal Regolamento e nel silenzio di questo dalle disposizioni che le parti, o in mancanza gli arbitri, stabiliranno *con o senza riferimento a legge processuale nazionale*.

La CCI è, tradizionalmente, portatrice di una aspirazione all'arbitrato totalmente a-nazionale, svincolato da qualsiasi radice in questo o quell'ordinamento nazionale. Questa aspirazione ha conosciuto momento di particolare enfasi nel corso dei lavori preparatori della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e la esecuzione delle sentenze arbitrali, e segnatamente nella *Draft Convention* presentata dalla CCI nel 1953. La Convenzione di New York non ha accolto la impostazione della *Draft Convention*. Ne è stata in qualche modo influenzata, abbandonando così le pastoie della reciprocità, e soprattutto aprendo al suo interno alcune valvole di parziale denazionalizzazione, cioè di parziale affrancazione della effettività del lodo, all'estero, dalle condizioni di regolarità ed efficacia per esso previste nell'ordinamento di origine. Essa è rimasta tuttavia neutra riguardo al problema essenziale, presupponendo, ma non fondando la efficacia originaria dei lodi di cui si occupa, e lasciando inalterata la domanda: vi sono davvero lodi da arbitrato privato originariamente efficaci senza « appartenere » in nessun senso ad alcun ordinamento nazionale?

La risposta, ad oggi, non può che essere negativa poiché la *sanc-tion legale* di quella originaria efficacia a-nazionale andrebbe ricer-

cata nell'ordinamento internazionale generale (e dove altrimenti?). E sarebbe davvero ben strano che tale ordinamento attribuisse potere fondante e di per sé produttivo di effetti all'autonomia di quei privati ai quali non riconosce ancora piena soggettività giuridica; (prova di ciò è che lodi privati a-nazionali in un senso pregnante, e cioè efficaci *ab origine*, contemporaneamente ed allo stesso grado, in diversi ordinamenti nazionali sono oggi solo quelli così prefigurati dal diritto internazionale pattizio: esempio principale i lodi *IC-SID* secondo la Convenzione di Washington del 1965).

Insomma: nessuna volontà privata e perciò nessun regolamento arbitrale privato possono attualmente fondare da soli o postulare l'efficacia di un lodo arbitrale *stricto sensu* a-nazionale.

Di tale realtà il testo dell'art. 15.1 del nuovo Regolamento tiene conto, più e meglio di una diversa equivoca formulazione che si era affacciata nell'*iter* della novellazione. Quel testo si limita a stabilire che la integrazione della disciplina regolamentare dell'arbitrato, ad opera delle parti o degli arbitri, potrà essere condotta anche senza alcun specifico ed espresso riferimento ad un sistema processuale, e perciò ad una disciplina arbitrale nazionale.

Le parti, e soprattutto gli arbitri CCI — questi in adempimento dell'espresso mandato a rendere una decisione il più possibile effettiva (art. 35 Reg.) — devono però rimanere consapevoli che l'arbitrato ed il lodo hanno una nazionalità originaria, che in base ad essa saranno determinate la originaria efficacia del lodo, la sua impugnabilità innanzi alle corti statuali, e conseguentemente ed in parziale misura anche le *chances* della sua «esportazione» in altri paesi. In relazione a tali profili dovrà badarsi a ciò che è derogabile ed a ciò che è inderogabile secondo la legge processuale nazionale regolante — nel limitato senso appena chiarito — l'arbitrato.

Naturalmente si potrà profittare — e l'arbitrato CCI, è perfettamente attrezzato a profittare — delle valvole di parziale denazionalizzazione offerte dalla Convenzione di New York (basti solo ricordare l'art. V, 1° comma lett. *d* con la tendenziale prevalenza della volontà compromissoria sulle norme di legge del paese di provenienza, ai fini della verifica di regolarità del procedimento arbitrale presupposta alla recezione del lodo all'estero), nonché dalla Convenzione di Ginevra del 1961 (si considerino l'art. IX e la perdurante idoneità del lodo all'*exequatur* estero nonostante l'annullamento nell'ordinamento di provenienza che non sia avvenuto per particolari e circoscritti motivi). Così come si potrà profittare delle aperture

nella stessa direzione offerte dalle legislazioni nazionali le quali, in numero sempre maggiore, ridimensionano i motivi di impugnazione spendibili avverso il lodo internazionale pur radicato nel rispettivo ordinamento.

Ma l'attenzione deve restare vigile. In definitiva: l'arbitrato CCI non è costretto a vestire i panni folklorici di questo o quel paese; veste abito su misura, quello del Regolamento, con le modifiche e gli accomodi che le parti, o gli arbitri nello spirito del Regolamento medesimo (art. 35), gli confezionano. Però quell'abito deve essere consono al buon costume dell'ordinamento nazionale in cui il lodo è destinato ad acquistare la sua originaria efficacia.

Va detto, per altro, che proprio quanto alla procedura innanzi agli arbitri strettamente intesa, e cioè alla fase compresa fra la rimessione del *dossier* al tribunale arbitrale e la chiusura della trattazione, i rischi di conflitto tra Regolamento (e sue eventuali integrazioni ad opera degli arbitri) e leggi nazionali sono ridotti, poiché queste ultime lasciano quasi tutte ampio margine alla autonomia privata, solo consacrando, ma raramente specificando in dettagliate norme cogenti, il rigoroso rispetto del contraddittorio; sul che naturalmente il Regolamento CCI converge in pieno: oggi con una apposita proclamazione di principio scritta nell'art. 15.2.

2. *L'istruttoria*

Riordinate ed arricchite, le regole relative all'accertamento dei fatti ed all'istruzione probatoria accentuano le linee di tendenza già emergenti dalla previgente disciplina: antiformalismo e ricerca della verità materiale; potenziamento della iniziativa officiosa.

2.1. Gli arbitri devono procedere, *nel più breve tempo possibile all'accertamento dei fatti con ogni mezzo che essi ritengano idoneo* (art. 20.1), se del caso attraverso l'audizione delle parti in contraddittorio (art. 20.2).

Gli arbitri possono disporre l'audizione — alla presenza delle parti o, purché debitamente citate, anche nella loro ingiustificata assenza — di testimoni, di esperti designati dalle parti, o « di ogni altra persona ».

Gli arbitri possono nominare uno o più esperti definendone il mandato. Ed il nuovo Regolamento (art. 20.4) precisa che devono

farlo previa consultazione delle parti (provvida cautela contro iniziative arbitrali cervelotiche, poco utili o troppo costose). Ove poi il previgente art. 14.2 si limitava a stabilire che le risultanze delle indagini peritali fossero acquisite, a discrezione degli arbitri permane, mediante *report* o mediante audizione, il nuovo art. 20.4 precisa felicemente che, su richiesta di una delle parti, deve sempre concedersi a queste la opportunità di interrogare il perito nel corso di apposita udienza. Sembra chiaro che anche in capo agli arbitri permane la possibilità di richiedere al consulente, oltre che una relazione scritta, la presenza in udienza per chiarimenti (nel contesto del nuovo art. 20.4 l'espressione «*receive their reports*» può essere tranquillamente riferita all'una ed all'altra modalità).

Infine — ed è disposizione radicalmente nuova — l'art. 20.5 prevede che in ogni momento del procedimento il tribunale arbitrale possa sollecitare qualsiasi delle parti «*to provide additional evidence*».

2.2. Questo complesso di regole induce ulteriore risultato indiretto, se si vuole, una terza linea di tendenza: affrancare finché possibile gli arbitri dalle norme nazionali che disciplinano acquisizione ed efficacia dei mezzi di prova. Con il vantaggio non effimero di liberarli — finché possibile — da complicate ed eterne questioni di qualificazione in termini sostanziali o processuali di quelle norme, e di interferenza fra la legge applicabile al merito dell'arbitrato e l'ordinamento nazionale nel quale esso può considerarsi incardinato; questioni si badi non sempre risolte dalla Convenzione di Roma del 1980, la quale, oltretutto, non sempre sarà applicabile nell'ambito di un arbitrato CCI.

Certo, ci si trova entro ad uno scenario assai complesso e delicato che forse nessun regolamento di arbitrato amministrato riuscirebbe a sdrammatizzare totalmente. Deve rimanere perciò particolarmente intensa l'attenzione prospettica degli arbitri agli sviluppi futuri della vicenda loro sottoposta, ed agli eventuali limiti di ordine pubblico sostanziale e processuale nei vari ordinamenti nazionali.

Così, semplicemente spigolando:

a) Gli arbitri CCI non incontreranno, in linea di massima, difficoltà di fronte a mezzi di prova considerati atipici rispetto a questo o quel sistema nazionale: l'autorizzazione regolamentare ad accertare i fatti con ogni mezzo appropriato (art. 20.1) ha portata non semplicemente esornativa.

b
bertà
nale -
(cross
stimo
c)
tare i
testim
a testi
salva
zione)
d)
sia pe
se raff
mente
qualsi
della j
da riv
e)
In
certan
introd
tribun
eviden
risse s
pletare
vece a
qualsi
torio,
Ne
vin ha
bitrale
law, o
tatore,
vede c
stigativ
senso
mora
mente,
esterni

b) Per la stessa ragione, gli arbitri CCI godranno di notevole libertà — rispetto alle canonizzazioni di questo o quel diritto nazionale — quanto alle modalità di assunzione delle prove costituenti (*cross-examination*, confronti fra i testimoni, sopralluoghi con i testimoni ecc.).

c) La residuale, ma esplicita menzione della possibilità di accertare i fatti sentendo «ogni altra persona», oltre che gli esperti ed i testimoni in senso proprio, consente di superare eventuali incapacità a testimoniare previste per particolari soggetti dai sistemi nazionali, salva naturalmente la valutazione arbitrale (e se del caso la motivazione) circa la attendibilità.

d) La norma del regolamento relativa ai testimoni (art. 20.3) — sia per il suo tenore letterale («...*may decide to hear witnesses*»), sia se raffrontata a quella relativa ai periti designati dagli arbitri (ovviamente per iniziativa officiosa) — esclude quasi ogni dubbio, ed a qualsiasi latitudine, circa la possibilità di disposizione *ex officio* della prova testimoniale e di articolazione anche officiosa dei quesiti da rivolgere ai testi.

e) Possono gli arbitri disporre anche altre prove d'ufficio?

In senso affermativo depongono sia la regola generale dell'«accertamento dei fatti con ogni mezzo idoneo» (art. 20.1), sia la neointrodotta regola (art. 20.5), secondo cui, in qualsiasi momento, il tribunale arbitrale può sollecitare una parte «*to provide additional evidence*». La quale regola sarebbe del tutto tautologica se si riferisse solo alla possibilità di segnalare ad una parte l'esigenza di completare l'assolvimento del suo onere probatorio sostanziale. Essa invece andrebbe intesa nel senso che agli arbitri è dato richiedere a qualsiasi parte, ed a prescindere dalla ripartizione dell'onere probatorio, la produzione di un mezzo di prova.

Nella presentazione parigina del nuovo Regolamento, S. Jarvin ha enfatizzato il carattere «inquisitorio» della procedura arbitrale CCI, contrapponendola al processo *adversary* di *common law*, ove il giudice è per vero, sotto molti aspetti, semplice spettatore, ed avvicinandola invece al *civil law approach*, che egli vede caratterizzato da un ruolo ben maggiormente attivo ed investigativo del giudicante. Senonché il principio dispositivo «in senso processuale», esteso cioè alla acquisizione della prova, dimora nelle corti civili continentali, ed in quelle italiane specialmente, molto più di quanto non sembri ad alcuni osservatori esterni.

Rimane il fatto, però, che un processo arbitrale che consenta, salvi opportuni (impliciti o espliciti) temperamenti, la disponibilità officiosa dei mezzi di prova non è per nulla uno scandalo intollerabile. Se tutto si svolge fisiologicamente, è solo un processo arbitrale in cui la ricerca della verità materiale, ad opera degli arbitri, ha per lo meno pari dignità rispetto alla abilità degli avvocati delle parti. Ed in fondo la scelta consapevole e libera dell'arbitrato può ben comprendere anche questo obiettivo.

Certo: *est modus in rebus*. Il principio dispositivo «in senso processuale» è anche e soprattutto garanzia di contraddittorio effettivo e di imparzialità. Ed il contraddittorio e la imparzialità sono messi a repentaglio quando l'iniziativa probatoria officiosa scantonni nella ricerca di fatti assolutamente non allegati dalle parti e si volga in violazione del divieto di scienza privata e dei fondamenti elementari di ogni processo; sono altresì messi a repentaglio quando l'iniziativa officiosa dell'arbitro comporti un radicale squilibrio nella parità delle armi fra le parti.

Fin quando si resti nell'ambito delle prove costituenti e rimesse al libero apprezzamento degli arbitri non dovrebbero mai sorgere troppi problemi. Viceversa, non credo che un arbitro CCI potrebbe a cuor leggero, da un lato, attribuire ad una prova, ai fini del decidere, valore di prova legale e perciò efficacia predeterminata secondo le norme di un sistema nazionale coinvolto quale legge applicabile al merito o quale ordinamento di «appartenenza» dell'arbitrato, le quali norme, tuttavia, ancorino rigorosamente alla iniziativa di parte l'utilizzazione del mezzo; d'altro lato, superare tale rigido ancoraggio al principio dispositivo, facendo leva sull'art. 20 del Regolamento.

3. *L'udienza*

L'udienza è avviata a divenire, almeno formalmente, da regola eccezione. Al di là di ciò che ancora accadrà, ed è bene che accada in molti casi (procedimento arbitrale con almeno una udienza), è questo un segno di semplificazione ed accelerazione.

Nel previgente Regolamento (art. 14.3) era detto che l'arbitro poteva decidere sulla base dei soli documenti, e senza udienza, unicamente in caso di accordo fra le parti, o di richiesta di una di esse che l'arbitro considerasse giustificata. Quest'ultima facoltà valuta-

tiva
fiss.
15.1

tral
qua

mar
dell'
poss
part

delle
tri;
artt.

plici
ipote
udien
rente
stiva
dien;
parti
base
che g

I
tende
perce
quisi

arbit
o, più
che p
carat
tutità
chiest
la pr
una c
trale

tiva era confermata dal fatto che l'udienza poteva comunque essere fissata le quante volte l'arbitro lo ritenesse necessario (artt. 14.1 e 15.1).

Nel nuovo Regolamento si dice (art. 20.6) che il tribunale arbitrale «può decidere sulla base dei soli documenti, a meno che una qualsiasi delle parti non richieda l'udienza».

3.1. La facoltà per gli arbitri di fissare l'udienza, anche in mancanza di richiesta di parte, permane. Gli arbitri infatti, a norma dell'art. 20.6, «possono» decidere sulla base dei soli documenti, ma possono altresì ritenere necessaria o utile l'audizione orale delle parti. Lo conferma il tenore espresso dall'art. 20.2.

Per converso, la richiesta di audizione orale proveniente da una delle parti non può, in linea di massima, essere disattesa dagli arbitri; né lo poteva nella vigenza del precedente Regolamento: v. gli artt. 14.1 e 15.1.

Il nuovo Regolamento, per probabili ragioni d'ordine e di semplicità espositiva, sembra accentuare la contrapposizione fra le due ipotesi della *decisione sui soli documenti* e della *decisione mediante udienza*, contemplandole entrambe al 6° comma dell'art. 20 ed apparentemente immaginando fra loro una alternativa secca ed esauritiva: a rigore, in effetti, una decisione arbitrale successiva all'udienza — foss'anche destinata quest'ultima alla sola audizione delle parti, senza alcuna assunzione probatoria — non è emanata sulla base dei soli documenti, poiché ha alle spalle ciò che è accaduto e che gli arbitri hanno avuto modo di ascoltare all'udienza.

È chiaro, invece, che se per decisione «sui soli documenti» si intende — in una accezione forse più concreta ed immediatamente percepibile — non necessità di ulteriore istruzione o di ulteriore acquisizione di materiale probatorio, la scelta pertiene senz'altro agli arbitri: non vi è sollecitazione di udienza per l'assunzione di prove o, più in generale, non vi è istanza istruttoria proveniente dalla parte che possa far perdere tempo ad arbitri i quali si siano convinti del carattere puramente documentale della controversia e della sua maturità per la decisione, e confermino perciò la irrilevanza delle richieste istruttorie di parte. Perfino in questo caso tuttavia — ecco la pregnanza che va attribuita all'art. 20.6 del Regolamento — una qualsiasi delle parti può richiedere, o lo stesso tribunale arbitrale di sua iniziativa disporre, l'audizione orale delle parti, il con-

tatto personale cioè fra parti ed arbitri, la illustrazione dei documenti nella dialettica dell'udienza, la occasione di discutere *de visu*.

Non sono *a priori* escludibili situazioni limite, in cui gli arbitri — facendo leva sulle disposizioni generali *ex artt.* 20.1 (criterio della maggior celerità possibile) e 35 Reg. (criterio della massima effettività possibile del lodo) — disattendano come puramente dilatoria perfino la richiesta di audizione orale inoltrata da una delle parti. Ma si tratterà davvero di casi limite, e di risoluzione da adottarsi con estrema prudenza e da giustificare adeguatamente, onde evitare, in sede di impugnazione o di *exequatur*, censure relative alla violazione del contraddittorio.

3.2. Quanto alle modalità di svolgimento dell'udienza, il nuovo art. 21 (corrispondente al precedente art. 15) persegue, attraverso modifiche di ridottissima portata, un obiettivo di semplificazione (anche lessicale) pur nel rigoroso rispetto del contraddittorio.

La comunicazione della data e del luogo dell'udienza, come determinati dagli arbitri, è indirizzata da costoro alle sole parti e non più necessariamente alla Segreteria della Corte.

Oggi come ieri l'udienza può svolgersi ed è considerata validamente svolta anche in assenza di una delle parti, purché questa sia stata regolarmente convocata con ragionevole anticipo e non abbia prospettato idonea giustificazione. La discrezionalità rimessa agli arbitri, in ordine a siffatte valutazioni (regolarità della convocazione, anticipo ragionevole, giustificazione idonea) è ovviamente discrezionalità guidata, in primo luogo dal rispetto del diritto di difesa. Occorrerà inoltre che gli arbitri pongano mente alla giurisprudenza formatasi sull'art. V, 1° comma lett. *b* della Convenzione di New York, ed agli *standards* minimi che tale giurisprudenza evidenzia in ordine alla garanzia del contraddittorio.

Oggi come ieri all'udienza sono abilitate a presenziare le parti o i loro rappresentanti, con la eventuale assistenza di avvocati e consulenti, oltre che, naturalmente, gli esperti ed i testimoni coinvolti.

Ogni altro soggetto è escluso salvo consenso degli arbitri e delle parti. Proprio riguardo alle esigenze di riservatezza del procedimento arbitrale (tema ridivenuto di notevole attualità a seguito di una vicenda svoltasi in Australia — *v. High Court of Australia*, 7 aprile 1995, *Esso v. Minister for Energy* — e sulla quale si è scritto a diverse latitudini) va ricordata la introduzione, nel nuovo Regolamento, di una apposita disposizione (art. 20.7) secondo cui l'arbitro

« può assumere misure idonee a proteggere i segreti commerciali e le informazioni confidenziali ».

4. *La lingua dell'arbitrato*

Marginali modifiche concernono anche la disposizione sulla lingua del procedimento arbitrale; disposizione che è stata fra l'altro opportunamente resa autonoma, all'art. 16, nel quadro di una più razionale e maneggevole distribuzione dell'articolato.

In essa si seguita a dire che gli arbitri determinano la lingua o le lingue dell'arbitrato avendo riguardo a tutte le circostanze rilevanti. Ma si premette che essi vi provvedono solo in assenza di accordo specifico fra le parti. È una esplicitazione di ciò che era implicito.

L'accordo delle parti sulla lingua dell'arbitrato vincola gli arbitri se concluso e reso noto prima della loro accettazione. Anche se successiva, la concorde indicazione delle parti è destinata a prevalere, *a fortiori* oggi alla luce del nuovo art. 16. Ma ove essa ricada a sorpresa su idioma diverso da quello o da quelli che gli arbitri avrebbero ragionevolmente dovuto attendersi al momento dell'accettazione, potrà esservi — non è detto che vi sia — motivo di giustificato rifiuto dell'incarico arbitrale.

Quando la lingua vada determinata dagli arbitri «tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti», fra queste sarà semplicemente «inclusa», ma non più «in particolare» come secondo la prevalente formulazione, la lingua di redazione del contratto.

Essa resta il più evidente fra gli indici significativi, ed è perciò l'unico esemplificato. Non è tuttavia il più importante, dovendo gli arbitri tenere in conto anche e soprattutto le esigenze di equilibrio e di parità delle armi fra le parti, nonché, specie nei piccoli arbitrati, la economia quanto ai costi di traduzione.

5. *La chiusura della trattazione*

L'art. 22, integralmente nuovo, contiene disposizioni le quali, pur connotate da una benemerita dose di elasticità, rispondono ad istanza di ragionevole prevedibilità e di ordine.

5.1. Il tribunale arbitrale, espletata la necessaria istruttoria, ed assicuratosi che le parti abbiano avuto sufficienti opportunità difensive, *dichiara formalmente chiuso il procedimento* e si accinge alla emanazione del lodo, comunicando alla Segreteria la data approssimativa in cui il « progetto di decisione » sarà sottoposto alla Corte di arbitrato (art. 22.2), ed ogni successiva postergazione di tale data. La informazione gioverà alla programmazione dei lavori della Corte, favorendo il sollecito espletamento della fase di controllo formale del lodo da parte di quest'ultima.

È altresì auspicabile il sedimentarsi di una prassi (il testo dell'art. 22 tace) secondo cui della prognosi circa l'epoca di presentazione del « progetto di lodo » vengano informate le parti (salvi casi particolari in cui gli arbitri ritengano opportuno il contrario: il *filibustering* è sempre in agguato). È inutile dire quanto possa risultare utile essere edotti circa gli effettivi tempi di decisione, anche al di là di quel che può evincersi dal termine formalmente imposto agli arbitri.

5.2. Dopo la dichiarazione di chiusura del procedimento non saranno ammissibili ulteriori deduzioni, argomentazioni o richieste istruttorie. Ma l'art. 22.1 affida alla prudente discrezionalità degli arbitri la autorizzazione derogatoria o addirittura la sollecitazione dei *nova*.

In proposito, ad esempio, un criterio generale emergente o per lo meno latente in ogni ordinamento indurrà all'ammissione tardiva della prova incolpevolmente non utilizzata in precedenza; tanto più — e qui giocano anche il principio di economia e quello della massima effettività possibile del lodo — quando quest'ultimo potrebbe essere sottoposto ad impugnazione di tipo revocatorio fondata sulla scoperta di prova nuova.

Ancora: gli arbitri avvedutisi, per la prima volta in « camera di consiglio », di un profilo di qualificazione giuridica, o di altra questione di diritto o addirittura di una questione sulla legge applicabile rimasti fino a quel momento in ombra, potrebbero riaprire, nel modo più semplice e rapido, il contraddittorio in proposito, a misura che essi siano sensibili — o siano chiamati ad esserlo dalla giurisprudenza delle corti nazionali abilitate al controllo del lodo in sede impugnatoria — alla estensione del contraddittorio anche alle *quaestiones iuris*, all'idea cioè secondo cui *iura novit curia* non significa libertà assoluta della « terza via ».

«chi
sioni
di sc
dell'
oppe
prea
gnar
siva

6.

men
dal p

oper
dal l
inser
vata

il fos
stabi
di pa
del c
e pro
dian

zioni
caute
nosti
centi
delle
prial
di ex
del l

I
tistic
inter

5.3. Per come la disposizione regolamentare è concepita, la « chiusura del procedimento » non è una « precisazione delle conclusioni », al di là della quale vi sia ancora spazio per uno o più scambi di scritti difensivi. Essa, cioè, dovrebbe aver luogo *dopo* e non prima dell'ultima tornata di memorie. Sarà dunque, in linea di massima, opportuno, specialmente negli arbitrati più complessi, che gli arbitri preavvertano le parti circa la chiusura del procedimento, assegnando termini per memorie espressamente consacrate alla conclusiva illustrazione delle rispettive difese.

6. *Le misure cautelari: tutela cautelare innanzi agli arbitri*

6.1. Un generico potere degli arbitri CCI di emanare provvedimenti cautelari era plausibilmente deducibile, in via implicita, già dal previgente Regolamento ed in particolare dal suo art. 8.5.

Va altresì segnalato che la CCI ha messo a disposizione degli operatori le *Rules della Pre-arbitral Referee Procedure*, in vigore dal 1° gennaio 1990 e destinate, sulla base di apposita clausola da inserirsi in contratto, ad assicurare una sorta di tutela cautelare privata in fase pre-arbitrale o anche pre-giurisdizionale.

Oggi l'art. 23.1 del Regolamento di arbitrato salta apertamente il fosso e prevede che, se i compromittenti non hanno diversamente stabilito, gli arbitri, una volta ricevuto il *dossier*, possono, su istanza di parte, disporre *misure interinali o conservative*, condizionandole se del caso alla prestazione di idonea garanzia ad opera del richiedente, e provvedendo, secondo ciò che ritengano più appropriato, mediante ordinanza motivata o mediante lodo.

È fin troppo noto quanto diversi siano gli approcci delle legislazioni nazionali al problema della attribuzione agli arbitri di potestà cautelari: da quello tradizionalmente restrittivo ancora serbato dal nostro legislatore, a quello neutrale, fino ad aperture più o meno recenti, alcune delle quali notevoli al punto da postulare l'assistenza delle corti statuali alla esecuzione di misure arbitrali interinali propriamente dette, e cioè al di fuori ed al di là dei normali meccanismi di *exequatur* previsti per i lodi (v. l'art. 183 della l. svizzera sul d.i.p. del 1987).

È noto altresì quanto sia difficile — nella prospettiva comparatistica sovente implicata da un arbitrato internazionale, vocato ad interagire con diversi ordinamenti nazionali — perfino intendersi

su cosa esattamente siano le misure cautelari, e più in concreto su quali esattamente siano i provvedimenti cautelari che taluni ordinamenti (il nostro in primo luogo) interdicono agli arbitri.

In questo quadro, il nuovo art. 23.1 è una scelta coraggiosa e propulsiva. Per ciò stesso l'art. 23.1 non va enfatizzato oltre misura. Esso non deve creare illusioni, ma semplicemente... esserci, affinché ciò che è oggi praticabile sia praticato quando è il caso, ed in attesa che alcune attuali illusioni si avverino.

Non mi pare, del resto, si tratti di una disposizione velleitaria o diseducativa, se non per l'arbitro non avveduto; qualche più serio problema di eccesso di aspettative vi è, forse, per gli utenti dell'arbitrato non tecnici e non adeguatamente assistiti.

L'arbitro avveduto saprà, o per lo meno si interrogherà e rifletterà congruamente su cosa è possibile, utile, opportuno imprendere, in relazione ai profili di validità ed eventuale impugnazione, effettività o coattiva eseguibilità della misura interinale che gli si chieda, e si confronterà con le fonti normative nazionali e con le regole di ordine pubblico caso per caso coinvolte.

6.2. Senza pretesa di completezza mi limito a sottoporre alcuni spunti ed alcune linee di interferenza tra poteri degli arbitri CCI e normative nazionali.

a) Non è detto che le misure cautelari «condannatorie», quelle cioè che richiedono l'ottemperanza di una delle parti, siano del tutto inutili pur quando confinate su piano di effetti puramente privatistici, non assistiti dalla coazione esecutiva statale. Rese da arbitri chiamati, poi, a pronunciare nel merito, esse possono, in grado sufficientemente apprezzabile, indurre alla spontanea ottemperanza; e la imposizione di garanzia alla parte richiedente, prevista appositamente dall'art. 23.1 Reg., è un elemento di equilibrio che favorisce, almeno in situazioni fisiologiche, tale spontaneo adempimento.

b) Non è detto che la cautela interinale di un diritto azionato in arbitrato possa essere assicurata solo attraverso misure di tipo condannatorio. Sono ipotizzabili, sebbene in casi limitati, misure *lato sensu* cautelari di tipo «dichiarativo» o «autorizzativo» (autorizzazione a depositare in custodia una certa merce, o a sospendere un pagamento), le quali, da un lato, sono bastevolmente ed anzi pressoché integralmente effettive anche se relegate sul versante privatistico, senza alcuna necessità di intervento coercitivo dei poteri statuali, d'altro lato, e con un minimo di spregiudicatezza, sono idonee

a
st
of
co
a
ler
l'a
esc
pe
di
seq
doz
vat
me
Ecc
mer
bilit
e pe
ed è
Con
ranz
bitra
zion
«
same
circa
lare «
varra
ment
ment
7. S
Il
previg
istanz

a sfuggire perfino ad un espresso divieto quale quello sancito dal nostro art. 818 c.p.c.

c) Neppure è detto che la fantasia dei contraenti non riesca, ove opportuno (ma occorrerà allora verosimilmente una integrazione compromissoria della semplice *relatio* all'art. 23.1 del Reg. CCI), a restituire agli arbitri una potestà cautelare praticamente equivalente ad altra tipica che l'ordinamento nazionale, interferente con l'arbitrato per il profilo del controllo impugnatorio, riservi solo ed esclusivamente al giudice statale. Rimanendo nei nostri lidi, si pensi ad arbitri chiamati a pronunciarsi su un contratto accessorio di sequestro convenzionale facente funzione, nel caso concreto, di sequestro giudiziario.

d) L'alternativa prevista espressamente dall'art. 23.1 circa l'adozione della misura interinale mediante semplice ordinanza motivata ovvero mediante lodo (evidentemente parziale) è adeguatamente elastica ed adeguatamente sollecita la riflessione degli arbitri. Ecco alcune variabili.

Il lodo parziale potrà servire a volte a camuffare un provvedimento intrinsecamente cautelare e perciò ad aggirare un divieto stabilito da legge nazionale; ma altre volte il gioco sarà troppo scoperto e periglioso. Il lodo parziale è dotato di maggior grado di effettività, ed è oltretutto idoneo a circolare ed essere eseguito in forza della Convenzione di New York, ma è al contempo, secondo la maggioranza degli ordinamenti, immediatamente impugnabile, sicché l'arbitrato è esposto ad intromissione, in corso d'opera, della giurisdizione statale.

e) *L'incipit* dell'art. 23.1 Reg. — «se le parti non hanno diversamente convenuto» — richiama l'attenzione dei compromittenti circa la facoltà indiscutibile di escludere o limitare la potestà cautelare del tribunale arbitrale; esclusione o limitazione pattizia che prevarranno anche rispetto a disposizioni di diritto nazionale espressamente attributive di poteri cautelari agli arbitri, le quali ben difficilmente risulteranno inderogabili.

7. Segue: *arbitrato e tutela cautelare innanzi alla giurisdizione statale*

Il 2° comma dell'art. 23 corrisponde al 5° comma dell'art. 8 del previgente Regolamento. Il suo contenuto, in sintesi, è il seguente: la istanza cautelare, rivolta all'autorità giudiziaria ordinaria a prote-

zione di diritti dedotti in arbitrato, non contraddice la vincolatività dell'accordo compromissorio, né incide sui poteri degli arbitri; riguardo alla richiesta ed alla concessione della misura cautelare occorre tuttavia informare senza indugio la Segreteria della Corte, la quale a propria volta notizierà gli arbitri.

7.1. La nuova versione evidenzia due specificazioni, forse già implicite nella precedente e però senz'altro utili.

a) La portata della disposizione è espressamente estesa anche alla richiesta indirizzata al giudice statale allo scopo di dare esecuzione ad un provvedimento cautelare arbitrale.

b) La iniziativa cautelare innanzi alla giurisdizione ordinaria non solo *non comporta violazione* dell'accordo compromissorio, ma *neppure rinuncia* al medesimo da parte di chi quella iniziativa ha assunto: ognuno vede quanto la specificazione sia utile, vuoi per contrastare eventuali eccezioni (di sopravvenuta inefficacia del patto di arbitrato) innanzi agli arbitri, vuoi per contrastare eventuali azioni «di merito» proposte innanzi al giudice statale dalla controparte che invochi — in forza dell'art. II, 3° comma Conv. New York, ovvero in forza di parallela disposizione normativa interna — la «inoperatività» dell'accordo compromissorio.

7.2. L'art. 23.2 contiene, poi, una importante novità: la compatibilità fra iniziativa cautelare innanzi al giudice ordinario e patto compromissorio — sempre affermabile, in base al Regolamento, in ipotesi di istanza cautelare formulata *ante causam* e cioè prima della trasmissione del *dossier* all'arbitro — era invece, dopo questo momento, riconosciuta dal previgente art. 8.5 solo «in circostanze eccezionali»; oggi quella compatibilità è riconosciuta, anche in corso di arbitrato, «in circostanze appropriate».

Quali siano tali *circostanze appropriate* non è agevole dire: sicuramente quelle in cui la identica o assimilabile misura cautelare non potrebbe, per ragioni di legge nazionale o di specifica volontà compromissoria, essere concessa, o essere concessa con un qualche grado di effettività, dagli arbitri (ma si tratterebbe allora delle stesse «circostanze eccezionali» già contemplate dall'art. 8.5 del Reg. del 1988); sicuramente *non* quelle in cui la identica o assimilabile istanza cautelare sia stata già proposta e rigettata dagli arbitri (occorre evitare uno smodato *forum shopping*). Nella congerie di casi che si colloca fra queste due situazioni limite vanno riscontrate, con tenden-

zia
sta
pre
ser
di
tan
agl

dic
scir
fa l
dell
zior

nar
rap
pro

ferir
non

lare
potr
pron
CCI
al ca
stanz
naria
conf
la mi
ciò in
sere
F
name
event
dame
arbitr
zione

ziale ampiezza, le « appropriate » (pur se non eccezionali) « circostanze » in forza delle quali, a norma dell'art. 23.2 Reg., è dato, a procedimento arbitrale in corso, adire il giudice cautelare statale senza contraddire l'accordo compromissorio. Si tratterà, insomma, di casi in cui la istanza cautelare prospetti esplicitamente o implicitamente la ragionevole opportunità del suo essere indirizzata non agli arbitri ma al giudice.

7.3. La materia dei rapporti fra tutela cautelare innanzi al giudice ordinario ed arbitrato internazionale è intricata e ricca di fascino, oltretutto in considerazione del riferimento espresso che vi fa la Convenzione di Ginevra del 1961 (art. VI, 4° comma), nonché della giurisprudenza formatasi in relazione all'art. II della Convenzione di New York.

In ordine all'art. 23.2 del Regolamento occorre per altro ragionare ponendo mente anzitutto a ciò che questa disposizione può rappresentare: parte integrante, *per relationem* di un accordo compromissorio.

a) L'art. 23.2 Reg. non è ovviamente in grado, di per sé, di conferire alcuna competenza cautelare ad un giudice statale che già non la detenga in base alla propria legge nazionale.

Per contro: data *in astratto* una determinata competenza cautelare in capo al giudice statale, secondo il suo diritto, quel giudice potrà in concreto declinarla proprio sulla base di un accordo compromissorio integrato *per relationem* dell'art. 23 del Regolamento CCI. Si tratterà, per il giudice, di interpretare l'art. 23 in relazione al caso concreto e di verificare se sussistano « appropriate circostanze » per richiedere una misura cautelare alla giurisdizione ordinaria piuttosto che agli arbitri; salvi i casi in cui il giudice statale confermi *tout court* la propria competenza cautelare, considerando la misura richiestagli assolutamente non irrogabile da arbitri, e perciò *in parte qua* invalida o priva di effetto la pattuizione posta in essere mediante *relatio* all'art. 23 Reg. CCI.

Resterà poi questione secondaria stabilire caso per caso, e ordinamento per ordinamento, come esattamente vada qualificata una eventuale pronuncia declinatoria del giudice statale, e se il suo fondamento vada ricondotto ad una vera e propria compromissione in arbitri della tutela cautelare ovvero ad una rinuncia pattizia all'azione cautelare innanzi alla giurisdizione ordinaria.

Analoghe incombenze di interpretazione ed applicazione dell'art. 23.2 del Regolamento, siccome parte integrante di accordo negoziale, si porranno per il giudice ordinario innanzi al quale sia spiegata eccezione di patto compromissorio avverso azione di merito proposta da chi controeccepisca che quel patto è stato « rinunciato » dall'altra parte per aver questa adito il giudice statutale della cautela.

In entrambi i casi, ove sia per avventura applicabile, dal giudice statutale, la Convenzione di Ginevra del 1961, il richiamo compromissorio all'art. 23.2 Reg. varrà come specificazione e deroga pattizia all'art. VI, 4° comma della Convenzione, secondo il quale la salvezza della tutela cautelare ordinaria, in presenza di patto di arbitrato, è assicurata indistintamente, ove invece l'art. 23.2 Reg. richiede, per tale salvezza, la sussistenza di « appropriate circostanze ».

b) Proprio questo riferimento alle « appropriate circostanze », nel complesso dell'art. 23, indica senza ombra di dubbio che la tendenza perseguita e quella ad un *concorso di funzioni cautelari* « ordinarie » ed arbitrali: vi saranno cioè tutta una serie di situazioni in cui le parti potranno concretamente scegliere se impetrare la cautela dagli arbitri o dal giudice statutale (analoga situazione di concorso fra giudice statutale ed organo privato, sebbene connotata da risvolti vieppiù complessi, potrà aversi nei casi di adozione della « *ICC Pre-Arbitral Referee Procedure* »).

Mi permetto, tuttavia, di auspicare che una ragionevole limitazione del *forum shopping* valga in tutte le direzioni e che cioè, lievemente forzando l'art. 23, anche gli arbitri CCI rifiutino la misura cautelare allorché una identica o assimilabile sia stata richiesta e rifiutata in sede di giurisdizione statutale, per ragioni che non siano di mera incompetenza o comunque di mero rito.