

Giovanni Zarra

**L'ESECUZIONE DEI LODI
ARBITRALI ANNULLATI PRESSO LO
STATO DELLA SEDE E LA
CONVENZIONE DI NEW YORK:
VERSO UN'UNIFORMITÀ DI
VEDUTE?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

II) STRANIERA

Sentenze annotate

I

REGNO UNITO - HIGH COURT OF JUSTICE, QUEEN'S BENCH DIVISION, COMMERCIAL COURT, sentenza 19 febbraio 2015, Mr. Justice Walker; *Mali-corp Limited v. Government of the Arab Republic of Egypt, Egyptian Holding Company for Aviation, Egyptian Airports Company*.

Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.

L'art. 103(2)(f) dell'English Arbitration Act, il cui testo riprende quello dell'art. V, comma 1, lettera (e) della Convenzione di New York, conferisce al giudice dell'esecuzione discrezionalità nell'eseguire o meno un lodo annullato nello Stato dove l'arbitrato ha avuto sede. La sentenza straniera di annullamento del lodo arbitrale deve essere recepita in Inghilterra, a meno che quest'ultima "offends basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy".

II

STATI UNITI - UNITED STATES DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT COURT OF NEW YORK, sentenza 27 agosto 2013, Alvin K. Hellerstein U.S.D.J.; *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C. V. v. Pemex-Exploración y Producción*.

Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali.

Il verbo "may", di cui all'art. V(1)(e) della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere e l'art. 5 della Convenzione inter-americana sull'arbitrato commerciale internazionale attribuiscono al giudice dell'esecuzione discrezionalità nel dare esecuzione ad un lodo arbitrale annullato nello stato della sede. Tale discrezionalità si sostanzia nella

possibilità di non dare esecuzione alla sentenza straniera di annullamento del lodo (e di dare prevalenza a quest'ultimo) nei casi in cui tale sentenza sia contraria alle nozioni basilari di giustizia ed ordine pubblico dello Stato in cui l'esecuzione è richiesta.

I

1. This case concerns an arbitration (“the Cairo arbitration”) brought by Malicorp Ltd (“Malicorp”, a company registered in England & Wales). Malicorp had made a bid in response to an Egyptian government invitation to tender for the design and construction of a new airport at Ras Sudr on the Red Sea coast, along with the operation of the airport for a period of 41 years. That bid had been successful, and in consequence Malicorp eventually entered into a written contract with “the Government of the Arab Republic of Egypt, represented by the Civil Aviation Authority”. I shall refer to the Government of the Arab Republic of Egypt as “the Republic”. The written contract was signed on 4 November 2000. I shall refer to it as “the concession contract”.

2. Article 21.3 of the concession contract contained provisions for the resolution of disputes. It provided that initially an amicable procedure was to be followed. As regards disputes which could not be settled amicably it provided for arbitration under the auspices of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (“the Cairo Centre”). I shall refer to article 21.3 as “the arbitration clause”.

3. In April 2004 Malicorp invoked the arbitration clause by submitting a request for arbitration to the Cairo Centre, and appointing as its arbitrator Dr Abdel Hamid El Ahdab. In due course the respondents to the arbitration appointed Dr Hatem Ali Labib Gabr as their arbitrator. Dr El Ahdab and Dr Gabr nominated Professor Bernardo M Cremades as president of the arbitral tribunal.

4. A purported arbitration award in favour of Malicorp was rendered in Cairo on 7 March 2006. It had been signed in Madrid on that day by Dr El Ahdab and Professor Cremades. It attached a letter from Dr Gabr dated 27 February 2006 explaining his reasons for concluding that a 2006 Administrative Court decision, described further below, required him to suspend his participation as an arbitrator.

5. For convenience only, and without any implication as to their true status, I refer below to the purported award as “the Cairo award”, to the two arbitrators who signed it as “the truncated tribunal”, and to the three appointed arbitrators as “the full tribunal”. The Cairo award found that the Republic was obliged to pay Malicorp a sum in United States dollars (“\$”) of \$10m for loss of profits and \$4,773,497 for costs and expenses, together with interest thereon at the rate of 4% p.a. from 28 April 2004 to the date of payment.

6. In the present proceedings Malicorp as claimant seeks to enforce the Cairo award against the Republic, which was the first respondent in the arbitration and is the first defendant in the present proceedings. Malicorp’s claim in the arbitration had also been made against the second and third defendants in the present enforcement proceedings (“the Holding Company” and “the Airports

Company” respectively). They were the successors to the Civil Aviation Authority, and in that capacity were the second and third respondents in the arbitration. However, the truncated tribunal found that they were not parties to the concession contract, and it dismissed the claims by Malicorp against them. For convenience references below to “Egypt” are, unless the context otherwise requires, references to the three defendants.

7. Separately from, or linked to, the arbitration, there have been proceedings which include:

(1) a decision (“the 2006 Administrative Court decision”) on 19 February 2006 of the Judicial Administrative court of the Egyptian Council of State, setting aside the arbitration clause and suspending the Cairo arbitration;

(2) a decision (“the Paris 2008 decision”) of the Paris Court of Appeal on 19 June 2008, upheld by the Cour de Cassation on 23 June 2010, refusing to enforce the Cairo award in France;

(3) a decision (“the ICSID 2011 decision”) of an arbitral tribunal of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“the ICSID Centre”) sent to the parties on 7 February 2011, rejecting a claim by Malicorp for expropriation and holding that Egypt’s actions could not be considered a form of expropriation under international law; and

(4) a decision (“the 2012 Cairo Court of Appeal decision”) of the Cairo Court of Appeal on 5 December 2012, currently under appeal to the Egyptian Court of Cassation, setting aside the Cairo award.

8. The present application by Malicorp for permission to enforce the Cairo award in England & Wales pursuant to section 101(2) Arbitration Act 1996 (“the 1996 Act”) was made without notice in accordance with CPR 62.18. It came before Flaux J for consideration on the papers. By order dated 29 February 2012 (“the enforcement order”) he granted permission, reserving to the defendants a right to apply to set the enforcement order aside.

9. The present judgment deals with Egypt’s application to set aside the grant of permission to enforce. (*Omissis*)

10-13. (*Omissis*)

14. It is common ground that the Cairo award is a New York Convention award, with the result that enforcement may only be refused if the case falls within s 103(2) to 103(4) of the 1996 Act. Egypt asserts that there are four independent grounds for holding that the case does indeed fall within those provisions. After reflecting on the oral and written submissions I consider that:

(1) on each of the first two of Egypt’s grounds, Egypt is right to say that the case falls within s 103(2), and that in so far as I have any discretion in the matter, I should exercise it so as not to enforce the Cairo award;

(2) as to the first of Egypt’s grounds, Egypt’s set aside application succeeds because the Cairo award has been set aside by the 2012 Cairo Court of Appeal decision (see section D below); (*omissis*)

15. Thus the result is that the enforcement order must be set aside. My detailed reasons are set out in sections D and E below. In sections B and C below

I summarise the background to the Cairo award and what was said in the Cairo award. In section F below I discuss the position in relation to other grounds advanced by Egypt in support of the application.

16-18. (*Omissis*)

19. Section X was headed “Award”. It set out findings which included: [X.]3. The Concession Contract is an administrative contract in Egyptian domestic law. It is also an international contract involving a State party, and is subject to the principles applicable to such contracts; [X.]4. The Concession Contract was void for mistake. The Arbitral Tribunal also recognises that Arab Republic of Egypt had the power to cancel the Concession Contract, and did so on August 12, 2001; [X.]5. In lieu of reinstatement to its original position prior to the Concession Contract, the Arab Republic of Egypt shall pay to the Claimant the amount of FOURTEEN MILLION SEVEN HUNDRED AND SEVENTY-THREE THOUSAND AND FOUR HUNDRED AND NINETY SEVEN United States Dollars (\$US14,773,497) by way of damages;

20. As noted above, a challenge to the 2012 Cairo Court of Appeal decision is pending before the Egyptian Court of Cassation. It is elementary, and Malicorp has identified no ground for disputing, that under relevant principles of private international law this court must nevertheless treat the 2012 Cairo Court of Appeal decision judgment as final.

21. Egypt’s primary assertion is that I should proceed on the basis that the 2012 Cairo Court of Appeal decision has the effect without more that there is no award. Reliance is placed in this regard on alleged principles expounded in van den Berg, “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, (2010) *Journal of International Arbitration* vol 27(2), However, I do not need to decide whether the alleged principles are right. For present purposes I proceed on two assumptions. They are:

(1) that the word “may” in s 103(2) of the 1996 Act confers a discretion on this court to enforce an award even though the award has been set aside by a decision (“the set aside decision”) of a court constituting a competent authority within s 103(2)(f); and

(2) it would not be right to exercise that discretion if, applying general principles of English private international law, the set aside decision was one which this court would give effect to.

22. This approach, which I would describe as “the preferred approach”, is supported by the discussion in *Dicey, Morris & Collins*, 15th edition, at Rules 50-5 and paragraph 16-148. It was adopted by Simon J in *Yukos Capital S.a.r.L v OJS Oil Company Rosneft* [2014] EWHC 2188 (Comm) at paragraph 20. On this basis I should give effect to the 2012 Cairo Court of Appeal decision unless it offends “basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy”.

23. Malicorp has not explicitly contended that the preferred approach is wrong. There are passages in the September and October submissions opposing a course under which this court would be “deferring to the supervisory court”. If

those passages are intended to advocate an approach which differs from the preferred approach, then it seems to me that, for the reasons identified in *Dicey, Morris & Collins*, they go too far.

24. Thus the only question becomes whether the set aside decision was one which this court would give effect to. In this regard Malicorp objects that the decision should not be given effect to because (1) it was tainted by bias, (2) it was contrary to natural justice and the Egyptian Court deliberately misapplied relevant Egyptian law and (3) the grounds on which it set aside the Cairo award were wrong and misconceived.

25. Malicorp's objection (3) can be dealt with shortly. As observed by Egypt, an assertion that a foreign judgment is "wrong" is not a sufficient basis to refuse to recognise it. When considering whether to recognise a foreign judgment this court acknowledges that the determination of foreign law is a matter for the foreign court. Thus evidence relied on by Malicorp that the 2012 Cairo Court of Appeal decision is wrong does not address the relevant issues. As Egypt points out, there is no suggestion in that evidence that the 2012 Cairo Court of Appeal decision is perverse. Allegations that there was a failure "to take account of" Malicorp's submissions merely because those submissions were not repeated in the judgment, or that the judgment gave reasons which were "insufficient and contradictory" do not assist Malicorp in this regard.

26. As to objections (1) and (2), the detailed matters relied on are in my view insufficient to make good these complaints. The central assertion made by Malicorp is that the judges responsible for the 2012 Cairo Court of Appeal decision were guilty of pro-government bias. Such a claim cannot be accepted by this court without positive and cogent evidence: see *Altimo Holdings and Investment Ltd v Kyrgyz Mobil Tel Ltd* [2011] UKPC 7, para 97 and *Yukos Capital S.a.r.L v OJS Oil Company Rosneft (No 2)* [2012] EWCA Civ 855 para 73. A report of Professor Stilt is relied on by Malicorp as providing the necessary evidence. While I do not criticise Professor Stilt, I have no doubt that the evidence she has been able to assemble does not approach the high level of cogency that is required. It does not go beyond generalised, anecdotal material. In so far as Malicorp places reliance on a newspaper report concerning the team working on behalf of the government, the report does not on its face say that the relevant judges were part of the team, and there is no apparent basis to think that this was implied by the report. Reference is made by Malicorp to a letter from the President of the Cairo Court of Appeal to the Public Prosecutor concerning suspension of the Cairo arbitration while criminal proceedings were on foot, but in so far as complaint is made about this letter nothing in the letter is identified to support any such complaint.

27. I add a particular comment in so far as Malicorp relies upon a claim that the Cairo Court of Appeal judges who handed down judgment were not on strike during a constitutional dispute between then President Morsi and some of the judiciary. In my view this claim, even if true, could not possibly warrant the serious allegation made.

28. The preferred approach which I have described above applies, in the present context, well established principles as to the recognition of foreign judgments. It does not seem to me that they leave room, as a matter of discretion, to give effect to the Cairo award once it is established, as here, that a set aside decision of the supervisory court meets the tests for recognition. If, however, there were such a further discretion I would not exercise it in favour of Malicorp. In so far as Malicorp relies on comments in the ICSID 2011 decision which are said to be supportive of Malicorp's case on the merits, I observe that the ICSID 2011 decision was concerned only with jurisdiction and whether there had been expropriation. In so far as Malicorp suggests that the present case should be adjourned to await the outcome of its appeal to the Court of Cassation, I do not consider that there is good reason to depart from the normal approach under which the 2012 Cairo Court of Appeal decision is, unless and until overturned by the Court of Cassation, treated as a final decision.

29-43. (*Omissis*)

44. For the reasons given above I grant Egypt's application to set aside the order for enforcement of the Cairo award.

II

1. INTRODUCTION

Generally, arbitration awards issued in one nation can be enforced by judgments and executions granted by the courts of another nation. However arbitration awards also can be nullified, and if nullified by the courts of the nation in which, or according to the law of which, the arbitration was conducted, a conflict is created for the courts of other nations. Which is to be given primacy, the award or the nullifying judgment?

This is the issue of the case. After a vigorously contested arbitration, a panel of arbitrators in Mexico City issued an award (the "Award") in favor of petitioner, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C. V. ("COMMISA"). The Award, with interest, is now worth almost four hundred million U.S. dollars. COMMISA obtained judgment in this court confirming the Award. Respondent, PEMEX-Exploración y Producción (PEP), an instrumentality of Mexico, continued to resist, appealing from the judgment to the Second Circuit of Appeals, and filing litigation proceedings in the Mexican Courts to nullify the Award.

PEP was successful in the Mexican courts. On September 21, 2011, the Eleventh Collegiate Court on Civil Matters of the Federal District (the "Eleventh Collegiate Court", generally equivalent in hierarchy and authority to the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit) issued a 486-page decision that held that the Award was invalid. It reversed the Mexican district court, and remanded the case to it to issue a judgment in favor of PEP. On October 25, 2011, the district court issued such a judgment with its own 46-page opinion.

The Eleventh Collegiate Court held that arbitrators are not competent to hear and decide cases brought against the sovereign, or an instrumentality of the sovereign, and that the proper recourse of an aggrieved commercial party is in the Mexican district court for administrative matters. Hence, it nullified the Award.

The court based its decision in part on a statute that was not in existence at the time the parties entered their contract, and the decision left COMMISA without the apparent ability to obtain a hearing on the merits of its case.

In response to that decision and its finality, the Second Circuit Court of Appeals remanded the case to me to address the effect that the decree of nullification should have on the Award and on my judgment confirming the Award. Following remand, I received further briefing from the parties, heard arguments on the complex issues that were presented, and conducted a three-day trial of the parties' experts on Mexican law. The decision reflects my finding and my conclusions.

I hold, for the reasons discussed below, that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice in that it applied a law that was not in existence at the time the parties' contract was formed and left COMMISA without an apparent ability to litigate its claims. I therefore decline to defer to the Eleventh Collegiate Court's ruling, and I again confirm the Award and grant judgment thereon.

II. FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND

(Omissis)

b. COMMISA's Judicial Challenge to PEP's Administrative Rescission

In October 1997, PEP and COMMISA entered into a contract (the "October 1997 Contract") for COMMISA to build and install two offshore natural gas platforms in the Bay of Campeche, in the southerly part of the Gulf of Mexico. Among other provisions, the October 1997 contract includes: (i) a clause providing that the contract is governed by Mexican law; (ii) a clause providing for any dispute to be settled through arbitration conducted in Mexico City in accordance with the Conciliation and Arbitration Regulations of the International Chamber of Commerce ("ICC"); (iii) a clause allowing PEP to rescind the contract (i.e. issue an administrative rescission if COMMISA failed to comply with certain obligations under the contract; and (iv) a clause requiring COMMISA to obtain a performance bond guaranteeing its contractual obligations.

In May 2003 PEP and COMMISA entered into a related contract (the "May 2003 Contract" and together with the October 1997 Contract, the "Contracts"). Like the October 1997 Contract, the May 2003 Contract is governed by Mexican law and provides for both arbitration and administrative rescission by PEP.

(Omissis)

On March, 29, 2004, after each party charged the other with breaching contractual obligations, PEP notified COMMISA that it intended to administratively rescind the Contracts. However, before doing so, PEP and COMMISA engaged in conciliation efforts, attempting to resolve their disputes amicably. On December 1, 2004, conciliation having failed, COMMISA filed a demand for arbitration with the ICC. Two weeks later, on December 16, 2004, PEP gave COMMISA notice that it was proceeding by administrative rescission.

COMMISA responded by filing a petition for an indirect amparo (*omissis*). COMMISA alleged that PEP's administrative rescission was untimely and that the statutes on which it was based were unconstitutional and inapplicable to the parties' dispute.

On June 23, 2006, the Mexican Supreme Court held that the administrative rescission statutes were constitutional. The court ruled that state agencies had a “special privilege” to promote the public good, and that administrative rescissions fell within this privilege. Administrative rescission did not violate the Mexican Constitution’s guarantee of right to access to the courts because “there is no obstacle or restriction whatever against a private party... [filing] within the relevant time periods... an administrative dispute proceeding, thereby triggering intervention by the relevant court, if [the aggrieved party]... has been adversely affected by the cancellation of the administrative contract for public works to which it was a party”.

(Omissis)

Thus, under Mexican law, a state instrumentality like PEP could respond to a contract dispute by issuing an administrative rescission of the contract. The private party could then litigate the contract issues in the appropriate Mexican district court. However, the Mexican courts did not rule on the issue of arbitrability. *(Omissis)* That issue was left for future resolution by the arbitrators and the Mexican courts.

c. The Initiation of Arbitration and the Challenge to its Jurisdiction

While the amparo proceedings unfolded, the ICC Tribunal was formed (*omissis*). PEP promptly attacked the arbitrators’ jurisdiction, arguing that: (i) the arbitration clause was not worded broadly enough to cover the specific dispute at issue, (ii) that COMMISA had not properly exhausted alternative remedies prior to seeking arbitration, and (iii) that COMMISA had waived its right to arbitration by pursuing remedies in the courts. Notably, PEP did not argue at the time that arbitration was an improper forum for deciding disputes related to administrative rescissions. *(Omissis)* the ICC Tribunal issued an unanimous award (the “Preliminary Award”) holding that PEP’s arguments lacked merit and that the arbitration panel had jurisdiction over all the issues in dispute.

Following the Preliminary Award, PEP moved for reconsideration, arguing again that the arbitration panel lacked jurisdiction. PEP contended in a March 28, 2007 filing that the recent decisions of the Mexican Supreme Court and the Sixth Collegiate Court deprived the panel of jurisdiction. PEP argued, since the administrative rescission had been held proper by the Mexican courts, the doctrine of res judicata barred the panel from hearing the parties’ dispute. The panel denied PEP’s motion, ruling, in a May 18, 2007 order, that it retained jurisdiction to hear the merits of the dispute, subject to a final resolution of the issue in the final award.

On October 8, 2007, PEP again filed a motion with the arbitration panel, arguing once more that res judicata barred the action and that COMMISA had waived its right to arbitration by filing amparo proceedings in Mexican courts. PEP now added an additional argument: that the administrative rescission was an “act of authority” and could not be arbitrated “since these matters are not subject to arbitration”. The panel disagreed and, on November 12, 2007, issued an order reaffirming its earlier decision that it could hear the merits, subject to a ruling on the issue of jurisdiction in its final award.

PEP, noting its objection, continued to participate in the arbitration proceedings. PEP did not seek to appeal the Preliminary Award or the subsequent rulings

of the arbitration panel, even though PEP had the right to do so under Article 1432 of Mexico's Commercial Code.

d. Changes in Mexican Law Relating to Public Authorities

As the arbitration between COMMISA and PEP proceeded, Mexican law changed in material ways. Under a statute that took effect December 7, 2007, litigation relating to issues of compliance with the requirements of public contracts was to be litigated in a special administrative court that was established in order to hear tax and financial matters. (*Omissis*)

Cases complaining of administrative rescissions now would be litigated in the Federal Tax and Administrative Justice Court (the "Tax Administrative Court"), a department of the Executive. In the District Courts for Administrative Matters, where matters of administrative rescissions had been litigated, the 10-year statute of limitations applicable to breach of contract actions applied. In the Tax and Administrative Court, in contrast, a 45-day statute of limitations governed. Moreover, the Supreme Court of Mexico held, in a decision that was issued in March 2010, that Article 14(VII) mandated the Tax and Administrative Court was the exclusive forum to hear disputes concerning administrative rescissions.

A second statutory change addressed the arbitrability of administrative rescissions. Section 98 of the Law of Public Works and Related Services ("Section 98"), effective May 28, 2009, provided that although government contractual disputes generally could be arbitrated, "the administrative rescission, early termination of the contracts and such cases as the Regulation of this Law may determine may not be subject to arbitration proceedings". The law thus required that all cases that challenged administrative rescissions that occurred after May 28, 2009 could not be arbitrated. The law, however, did not address whether it applied to administrative rescissions that were issued prior to its enactment.

e. The Arbitration Decision in Favor of COMMISA

Meanwhile the arbitration proceedings progressed. (*Omissis*). On December 16, 2009, the ICC Tribunal, by a vote of two to one, issued its Award. The majority first reaffirmed that it had jurisdiction over the case. The majority held that res judicata was not a bar to the claim, since the courts in COMMISA's amparo action addressed "completely different claims and causes of action" than those presented in arbitration. In the amparo action, COMMISA argued that the government had violated its constitutional rights, but in the arbitration, COMMISA sought contractual damages. The panel also found that Section 98 did not apply to the case because Section 14 of the PEMEX Law expressly authorized PEP to enter into arbitrations. On the merit, the majority found for COMMISA on most counts, although it granted some of PEP's counterclaims. (*Omissis*).

f. Confirmation Proceedings in the U.S. District Court

With its arbitration award in hand, COMMISA filed its petition to confirm the Award in this Court on January 11, 2010. On April 5, 2010, PEP moved to dismiss the petition or, alternatively, for a stay pending resolution of its efforts to nullify the Award in Mexico. (*Omissis*). I granted COMMISA's petition to confirm the Award, and judgment was entered on November 2, 2010. (*Omissis*).

g. PEP's Litigation in Mexican Courts to Nullify the Award

Concurrently with the litigation initiated by COMMISA in the Southern District of New York, PEP filed suit in the Mexican Courts, seeking to nullify the Award against it. Initially, on March 24, 2010, it filed suit in the Third Judicial District Court on Civil and Labor Matters for the State of Nuevo Leon, the State where COMMISA was incorporated. PRP alleged, pursuant to Article 1457 of the Mexican Commercial Code, that the dispute between it and COMMISA was not arbitrable, and that the Award conflicted with Mexican public policy, two of the grounds for nullification provided by Article 1457. The Mexican District Court dismissed the action on March 30, 2010, holding that PEP had to proceed in the district where the arbitration took place, Mexico City.

PEP re-filed its suit on April 7, 2010, in the Fifth District Court on Civil Matters for the Federal District ("Fifth District Court") in Mexico City. That action was also dismissed on June 25, 2010, partially on substantive grounds. (*Omissis*).

PEP then filed a petition for an indirect amparo in the Tenth District Court on Civil Matters in the Federal District ("Tenth District Court") to challenge the decision of the Fifth District Court. Again, PEP failed. On October 27, 2010, the Tenth District Court dismissed PEP's action. (*Omissis*).

PEP appealed to the Eleventh Collegiate Court for the Federal District. This time it succeeded. On August 25, 2011, a three judge panel of the Eleventh Collegiate Court reversed, and ordered amparo relief in favor of PEP. In its 486-page opinion, issued September 21, 2011, held that public policy was implicated because administrative rescissions are "issued to safeguard financial resources" of the state. Arbitrators, the Eleventh Collegiate Court held, were designed to settle private disputes, and it would be "absurd" if "a private party in its capacity as [a] subject [could] hear, try, and rule [on] acts of authority".

The court based its decision on two sources of law. First, the Eleventh Collegiate Court found that its public policy conclusion was "strengthened by" Section 98, the 2009 statute that forbade arbitrators from hearing administrative rescissions. (*Omissis*).

The second source of law relied on by the Eleventh Collegiate Court was a 1994 decision of the Mexican Supreme Court. That decision, which did not discuss arbitration, had described administrative rescissions as "acts of authority". Since "acts of authority" should not be arbitrated, the Eleventh Collegiate Court held, the arbitrators that heard the COMMISA/PEP dispute were without jurisdiction. (*Omissis*).

The Eleventh Collegiate Court held also that PEP had not waived its argument that the arbitrators lacked jurisdiction. The Eleventh Collegiate Court held that only private rights can be waived, and since PEP was acting as a public authority, it could not waive the rights of the public. (*Omissis*).

The Eleventh Collegiate Court emphasized that administrative rescissions by the public party did not deprive the private contracting party of basic rights to have its claim adjudicated in a neutral forum. At several different points, the Eleventh Collegiate Court commented that COMMISA should have brought its breach of contract claims to the District Courts for Administrative Matters. (*Omissis*).

h. Post-Nullification Litigation in Mexico

In addition to its efforts to have the Award in favor of COMMISA nullified, PEP filed and pursued two lawsuits in the Mexican courts that were consistent with the rationale of its administrative rescission: that it was COMMISA that breached the contract, not PEP. (*Omissis*).

COMMISA also pursued relief in the Mexican Courts. COMMISA filed a damage claim against PEP in the Tax and Administrative Court on November 6, 2012,. But the Court held that the action was barred by the 45-day statute of limitations (which ran from the date of the administrative rescission, December 16, 2004), and that the 10-year statute of limitations, applicable to the breach of contract actions in the district courts, did not apply. The court held also that COMISA's action was barred by *res judicata*, based on the February 23, 2007 decision of the Sixth Collegiate Court finding that PEP had properly issued the administrative rescission.

(*Omissis*).

i. The Second Circuit's Remand and Ensuing Proceedings in the U.S. District Court

Meanwhile, the case was remanded to me for further proceedings. On PEP's motion, the U.S. Court of Appeals vacated the judgment I had issued and ordered me "to address in the first instance whether enforcement of the award should be denied because it 'has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made'." (quoting New York Convention Art. V(i)(e)). PEP promptly moved to dismiss COMMISA's petition to confirm the Award in COMMISA's favor (*omissis*).

III. THE PANAMA CONVENTION AND ENFORCEMENT OF ARBITRATION AWARDS

COMMISA's petition to confirm the Award in its favor invokes the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (the "Panama Convention"). (*Omissis*). The Panama Convention and the Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention") are largely similar, and so precedents under one are generally applicable to the other. (*Omissis*). Article 4 of the Panama Convention provides that an arbitration decision reached in a foreign country can be recognized in U.S. Courts "in the same manner as that of decisions handed down by national or foreign ordinary courts, in accordance with the procedural laws of the country where it is to be executed and the provision of international treaties".

The Panama Convention is enforceable pursuant to the Federal Arbitration Act. (*Omissis*). Under article 5 of the Panama Convention, "the recognition and execution of the decision may be refused at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove the existence of certain carefully specified defences". (*Omissis*).

One of the specified grounds of Article 5 of the Panama Convention is relevant to this case. Article 5(e) provides: "The recognition and execution of the decision may be refused, at the request of the party against which it is made, only if such party is able to prove to the competent authority of the State in which recognition and execution are requested... that the decision... has been annulled or

suspended by a competent authority of the State in which, or according to the law of which, the decision has been made”.

Thus, under Article 5 of the Panama Convention, I may set aside the Award if PEP can show that a competent authority annulled the award. Clearly, the Eleventh Collegiate Court is a “competent authority”. The question I have to decide is the meaning of “may set aside”. In other words, what is my discretion acting as a U.S. District Judge to confirm an award that a foreign country has held to be invalid?

A number of decisions address this issue of discretion. In *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999) (*omissis*) Baker Marine sought enforcement of two awards in the Nigerian courts, and Danos and Chevron appealed to those courts to vacate the awards. In two separate decisions, the Nigerian Federal High Court set aside the awards, finding that “the arbitrators had improperly awarded punitive damages, gone beyond the scope of the submissions, incorrectly admitted parole evidence, and made inconsistent awards, among other things”. Notwithstanding its loss in the Nigerian courts, Baker Marine sought to enforce the award in the U.S. courts, filing a petition to confirm in the Northern District of New York. Baker Marine simply sought to confirm the award and did not argue “that the Nigerian courts acted contrary to Nigerian Law”.

The District Court dismissed the petition to confirm, pursuant to the New York Convention. The Second Circuit affirmed. While Baker Marine argued that Article 5’s use of the term “may” meant that courts were allowed to confirm arbitration awards even if they had been vacated, the Second Circuit found the argument unconvincing given the facts of the case, writing “it is sufficient answer that Baker Marine has shown no adequate reasons for refusing to recognize the judgment of the Nigerian court”. (*Omissis*) see also *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 938 (D.C. Cir. 2007) (“Baker Marine is consistent with the view that, when a competent foreign court has nullified a foreign arbitration award, United States courts should not go behind that decision absent extraordinary circumstances not present in this case”); *Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279, 288 (S.D.N.Y. 1999) (“Spier’s reference to the permissive ‘may’ in Article V(1) of the [New York] Convention does not assist him since, as in Baker Marine, Spier has shown no adequate reason for refusing to recognize the judgments of the Italian Courts”). (*Omissis*).

In *TermoRio*, the D.C. Circuit similarly declined to enforce an arbitration award that had been annulled. (*Omissis*).

In upholding the annulment of the arbitration award, the D.C. Circuit concluded that “pursuant to the [New York Convention Article V(1)(e)], a Secondary Contracting State normally may not enforce an arbitration award that has been lawfully set aside by a ‘competent authority’ in the Primary Contracting State”. The D.C. Circuit found that because the relevant Colombian court was a competent authority and that “there is nothing in the record here indicating that the proceedings before the [Colombian court] were tainted or that the judgment of that court is other than authentic”, the arbitration award should be set aside. The D.C. Circuit observed that “for us to [confirm the award] would seriously undermine a principal precept of the New York Convention: an arbitration award does not exist to be enforced in other Contracting States if it has been lawfully ‘set

aside' be a competent authority in the State in which the award was made. This principle controls the disposition of this case".

However, there may be circumstances, the D.C. Circuit ruled, where an arbitration award should be confirmed despite a judgment of nullification in the primary state. The D.C. Circuit observed that there is a "narrow public policy gloss on Article V (1)(e) of the Convention and that a foreign judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the United States". In *TermoRio*, in the absence of evidence that the nullification proceedings or nullification judgment "violated any basic notions of justice to which we subscribe", the public policy gloss could not save a nullified award.

In contrast to the decisions in *Baker Marine* and *TermoRio*, the district court in *Chromalloy Aeroservices, A Division of Chromalloy Gas Turbine Corp. v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996), confirmed an arbitral award that had been rejected by a competent authority in the primary state. (*Omissis*). The U.S. District Court declined to defer to the Egyptian court's decision, holding that since the parties' contract provided that the arbitrators' resolution "shall be final and binding and cannot be made subject to any appeal", Egypt had violated the terms of the contract when it appealed. The court held also that "a decision by this Court to recognize the decision of the Egyptian court would violate [the] clear U.S. public policy" in favor of enforcement of binding arbitration clauses.

The broad holding of *Chromalloy* has been criticized. (*Omissis*). However, *Chromalloy* remains alive, for both *Baker Marine* and *TermoRio* recognized that a district court should hesitate to defer to a judgment of nullification that conflicts with fundamental notions of fairness.

IV. DISCUSSION AND ANALYSIS

Parties engaged in cross-border transactions often agree to arbitrate their disputes to promote both fairness, and the mutual perception of fairness, and to avoid foreign judicial systems and perceived favoritism to local parties, particularly if the local party is a government-owned, or politically powerful, entity. International law favors arbitration, and generally facilitates the enforceability of arbitrators' awards. (*Omissis*).

(*Omissis*). The statutory phrase, "may", gives me discretion but, it appears from the two important court of appeals cases on the subject, a narrow discretion. (*Omissis*).

I find that under the standard announced in *TermoRio*, the decision vacating the Award violated "basic notions of justice", and that deference is not required.

(*Omissis*).

Thus, retroactive application of laws and the unfairness associated with such application is at the center of the dispute before me: "Elementary considerations of fairness dictate that individuals should not have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted. For that reason the principle that the legal effect of conduct should ordinarily be assessed under the law that existed when the conduct took place has timeless and universal appeal". *Landgraf v. USI Film Products* 511 U.S. 244, 265-66 (1994). (*Omissis*).

Further, this retroactive application of Section 98 was undertaken to favor a state enterprise over a private party. (*Omissis*). This rationale flouts a basic principle of justice: where a sovereign has waived its immunity and has agreed to contract with a private party, a court hearing a dispute regarding that contract should treat the private party and the sovereign as equals. (*Omissis*).

(*Omissis*). But this unfairness was exacerbated by the fact that the Eleventh Collegiate Court's decision left COMMISA without a remedy to litigate the merits of the dispute that the arbitrators had resolved in COMMISA's favor.

(*Omissis*).

For these reasons, this is a very different case from Baker Marine and from TermoRio. (*Omissis*).

V. CONCLUSION

For the reasons stated in this opinion, I grant COMMISA's renewed motion to confirm the Award, and I deny PEP's motion to dismiss COMMISA's petition. (*Omissis*).

L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?

1. Le due sentenze in epigrafe hanno ancora una volta posto all'attenzione degli interpreti la controversa questione della possibilità, per una corte nazionale, di dare esecuzione ad un lodo arbitrale internazionale che sia stato annullato nello Stato della sede ⁽¹⁾. Tale problematica è regolata dal disposto dell'articolo V, comma 1, lettera (e) della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, secondo il quale, in deroga alla previsione dell'art. III (che prevede l'obbligo per gli Stati firmatari di dare esecuzione ai lodi arbitrali internazionali), "Recognition and enforcement of the award *may* be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...) e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent

⁽¹⁾ Il dibattito sulla questione è stato dettagliatamente ricostruito in questa *Rivista*. V., tra gli altri, VINCENT, *L'autonomia del lodo internazionale rispetto all'ordinamento della sede dell'arbitrato secondo la Cassazione francese*, in questa *Rivista*, 1995, 292 e ss.; GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*, in questa *Rivista*, 1997, 796 e ss.; BRIGUGLIO, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in questa *Rivista*, 1998, 453 e ss.; GIARDINA, *Ancora sull'exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine*, in questa *Rivista*, 1998, p. 743 e ss.; CRESPI REGHIZZI, *Una recente pronuncia della Corte d'appello di Parigi in tema di exequatur di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine*, in questa *Rivista*, 2006, 374 e ss.; ATTERITANO, *Il lodo annullato nello Stato sede dell'arbitrato non può essere eseguito o riconosciuto all'estero, perché è un lodo che non esiste*, in questa *Rivista*, 2008, 100 e ss.; VALLAR, *Il riconoscimento dei lodi annullati nel Paese d'origine: l'approccio dei Paesi Bassi*, in questa *Rivista*, 2012, 101 e ss.; D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento di un lodo annullato nello Stato d'origine: il punto di vista tedesco*, in questa *Rivista*, 2013, 981 e ss.

authority of the country in which, or under the law of which, that award was made” (corsivo aggiunto). In entrambe le controversie di cui si discute si è, quindi, posto il problema di comprendere il significato da attribuire al verbo “*may*” e dunque di comprendere l’eventuale margine di discrezionalità del giudice interno chiamato a dare esecuzione ad un lodo annullato nello Stato della sede.

Nella sentenza *Malicorp* la parte istante ha richiesto al giudice inglese di dare esecuzione ad un lodo arbitrale emesso a seguito di un procedimento presso il Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, poi annullato dalla Corte d’appello del Cairo, adducendo, in primo luogo, che la sentenza di annullamento fosse stata frutto di un pregiudizio in favore delle parti soccombenti in sede arbitrale, due società partecipate dallo Stato egiziano ed addette alla gestione del servizio aeroportuale. Inoltre la *Malicorp* ha affermato che la sentenza della Corte d’appello del Cairo era contraria all’ordine pubblico internazionale, che i giudici avevano volontariamente applicato in modo scorretto il diritto egiziano e, infine, che i motivi di annullamento del lodo erano errati e frutto di una distorta percezione della realtà fattuale e giuridica. Di fronte a tali argomenti il giudice inglese ha innanzitutto precisato che l’art. 103(2)(f) dell’English Arbitration Act, il cui testo riprende quello dell’art. V, comma 1, lettera (e) della Convenzione di New York, effettivamente conferisce al giudice dell’esecuzione discrezionalità nell’eseguire o meno un lodo annullato nello Stato dove l’arbitrato ha avuto sede. Tale discrezionalità deve essere esercitata, secondo Mr. Justice Walker, quando la sentenza che annulla il lodo “offends basic principles of honesty, natural justice and domestic concepts of public policy” (2). Tendenzialmente, quindi, la sentenza straniera di annullamento del lodo arbitrale deve essere recepita in Inghilterra, a meno che quest’ultima sia contraria ai valori menzionati dalla High Court nella decisione in esame. Si parla, a tal riguardo, di “preferred approach” e si tratta dunque di un criterio che guarda alla questione dell’esecuzione del lodo annullato come ad una problematica internazionalprivatistica da risolvere tenendo conto dei criteri di diritto interno sulla riconoscibilità ed eseguibilità delle sentenze straniere. Il lodo arbitrale scaturente da un procedimento avente sede in uno Stato e che è stato poi annullato in tale Stato potrà essere eseguito in Inghilterra se la sentenza di annullamento del lodo stesso non soddisfa i criteri dei provvedimenti giudiziari stranieri per il riconoscimento sanciti dal diritto inglese. Nel caso di specie, secondo Mr. Justice Walker, la *Malicorp* non ha fornito prova delle proprie argomentazioni e pertanto, assente qualsiasi ragione per non dare esecuzione alla sentenza di annullamento emessa dalla Corte d’appello del Cairo, il lodo arbitrale non ha potuto essere eseguito in Inghilterra.

(2) V. paragrafo 22 della sentenza.

Anche nella sentenza *COMMISA* la parte istante ha richiesto che un lodo annullato da una corte messicana potesse trovare esecuzione negli Stati Uniti d'America, questa volta con esiti opposti rispetto a quelli avutisi nella decisione della High Court inglese nel caso *Malicorp*. Nel caso di specie, la controversia ha tratto origine dalla rescissione di un contratto avente ad oggetto l'istallazione e la gestione di impianti *offshore* per l'estrazione di gas, concluso tra una società privata — la *COMMISA* — ed una società partecipata statale — la *PEP*. In seguito alla rescissione del contratto da parte di quest'ultima (definita, nell'ambito della sentenza, "rescissione amministrativa"), la *COMMISA* ha intrapreso, in ottemperanza ai termini del contratto, un procedimento dinanzi ad un tribunale arbitrale avente sede a Città del Messico ed istituito secondo le regole della Camera di commercio internazionale (CCI), ottenendo l'emissione di un lodo arbitrale a sé favorevole. La parte istante ha, quindi, richiesto ed ottenuto l'esecuzione del lodo presso la Southern District Court of New York in base al disposto della Convenzione interamericana sull'arbitrato commerciale internazionale (cd. Convenzione di Panama), il cui testo è (anch'esso) basato sulla Convenzione di New York. Nel frattempo, ed in seguito a numerosi tentativi, la parte soccombente in sede arbitrale è tuttavia riuscita ad ottenere l'annullamento del lodo presso la Eleventh Collegiate Court for the Federal District in Messico. Tale pronuncia di annullamento è stata basata su un precedente del 1994 della Corte suprema messicana, stando al quale gli atti di rescissione di carattere amministrativo costituiscono "acts of authority" e non sono pertanto arbitrabili. Le motivazioni della sentenza di annullamento, stando alle argomentazioni del giudice messicano, sono state poi rafforzate dalla contestuale entrata in vigore di una legge interna che, da un lato, ha reso non arbitrabile la materia su cui verteva la controversia in esame, e, dall'altro, ha ridotto i termini di decadenza per le azioni derivanti da rescissioni di carattere amministrativo da 10 anni a soli 45 giorni. L'effetto congiunto della non arbitrabilità della controversia e della drastica riduzione dei termini di decadenza per le azioni relative a rescissioni amministrative ha, di fatto, privato la *COMMISA* sia del rimedio giurisdizionale previsto dal contratto, che della tutela presso le corti interne (essendo il termine di decadenza già decorso al tempo della sentenza di annullamento).

In seguito alla sentenza di annullamento, la *PEP* ha ottenuto dalla Corte d'appello negli Stati Uniti l'annullamento della sentenza di esecuzione del lodo CCI e la contestuale rimessione della questione al giudice di primo grado che aveva emesso tale provvedimento, affinché costui si pronunciasse sull'opportunità o meno di dare esecuzione al lodo annullato alla luce dell'articolo 5(e) della Convenzione di Panama, il cui testo è sostanzialmente identico a quello dell'art. V della Convenzione di New York. A tal riguardo, infatti, si noti come lo stesso giudice Hellerstein

abbia affermato che “the Panama Convention and the New York Convention are largely similar, and so precedents under one are generally applicable to the other”; ciò giustifica un’analisi congiunta dei due trattati, basata essenzialmente sulla prassi e la dottrina relative al più diffuso tra i due, la Convenzione di New York. Dopo aver ricostruito l’intera giurisprudenza statunitense in tema di esecuzione del lodo annullato, il giudice ha affermato di avere una, seppur limitata, discrezionalità in merito. Il lodo arbitrale annullato nello Stato della sede può dunque ricevere esecuzione allorquando la sentenza di annullamento sia “unenforceable as against public policy to the extent that it is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the United States”. Anche in questo caso, quindi, sembra che la questione dell’esecuzione del lodo annullato debba essere risolta tenendo in debita considerazione i criteri sulla riconoscibilità ed eseguibilità delle sentenze straniere nel diritto interno.

Ciò posto, il giudice Hellerstein ha ritenuto di non riconoscere la sentenza messicana di annullamento e di dare invece esecuzione al lodo annullato, giacché la prima — favorendo una società partecipata statale — ha, di fatto, dato applicazione retroattiva ad una legge interna, privando la COMMISA di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale. Ciò è contrario all’ordine pubblico degli Stati Uniti e, pertanto, richiede di dare prevalenza alla decisione del collegio arbitrale rispetto a quella dei giudici messicani.

Le due decisioni in commento sono di particolare interesse per gli studiosi dell’arbitrato internazionale giacché, sebbene emesse in due differenti ordinamenti, esse sembrano aver applicato criteri analoghi nell’affrontare il problema dell’esecuzione del lodo annullato presso lo Stato della sede dell’arbitrato. Alla luce delle due sentenze in esame (e degli altri precedenti che si menzioneranno nel corso del lavoro), è dunque legittimo chiedersi, da un lato, se la prassi interna ai vari Stati sta lentamente andando verso un’uniformità nella trattazione del problema alla luce di quello che Mr. Justice Walker ha definito “the preferred approach”⁽³⁾, ma che altri studiosi hanno anche chiamato “the judicial route”⁽⁴⁾ o “Westphalian approach”⁽⁵⁾, e, dall’altro, quale sia il fondamento giuridico di un simile approccio. Rispetto alla problematica di cui

⁽³⁾ ZIVKOVIC, *Enforcement of an Award Set Aside: the So-Called “Preferred Approach” and its Application under English Law*, in www.kluwerarbitrationblog.com, 2015.

⁽⁴⁾ SILBERMAN, SCHERER, *Forum Shopping and Post-Award Judgments*, in *PKU Transnational Law Review*, 2015, 128; SILBERMAN, *The New York Convention After Fifty Years: Some Reflections on the Role of National Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2009, 135.

⁽⁵⁾ GAILLARD, *Three Philosophies of International Arbitration*, in Rovine (a cura di), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Leiden, 2010, 305 e ss.; GAILLARD, *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, in van den Berg (a cura di), *Arbitration - The Next Fifty Years, ICCA Congress Series volume 16*, 2012, 66 e ss.

si discute, in effetti, è ad oggi dato riscontrare una certa disomogeneità nella giurisprudenza dei diversi Stati ed una forte difformità di vedute tra gli studiosi. Non sempre, tuttavia, negli scritti sul tema è stato attribuito il dovuto rilievo a quella che è la problematica di maggior rilievo che sottende la questione di cui si discute: la tensione intercorrente tra l'*international comity* ⁽⁶⁾, che dovrebbe condurre uno Stato a dare esecuzione ai provvedimenti giudiziari emessi in altri Stati, ed il *favor arbitrati* ⁽⁷⁾, ossia l'approccio di favore che le corti interne di molti Stati hanno assunto rispetto all'arbitrato, supportando il ricorso a tale mezzo di risoluzione delle controversie e — soprattutto — semplificando l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali.

I due provvedimenti in epigrafe possono dunque costituire l'occasione per una più matura analisi della materia, da compiere, in primo luogo, alla luce delle disposizioni della Convenzione di New York ⁽⁸⁾ e della prassi ad esse relativa, nonché, secondariamente, nell'ottica di una prospettiva assiologica, basata sui principi appena posti in evidenza. La

⁽⁶⁾ V. PAUL, *Comity in International Law*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1991, 1 e ss.; CHILDRESS, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, in *University of California, Davis*, 2010, 12 e ss.; WATSON, *Joseph Story and the Comity of Errors*, Athens, 1992, 1 e ss.; ZARRA, *Il ricorso alle anti-suit injunction per risolvere i conflitti di giurisdizione ed il ruolo dell'international comity*, in *Rivista di diritto. int. privato e processuale*, 2014, 561 e ss.; TAN, *Anti-Suit Injunctions and the Vexing Problem of Comity*, in *Virginia Journal Int. Law*, 2005, p. 302; HARTLEY, *Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1987, 487 e ss.; ZAMBRANO, *A Comity of Errors: The Rise, Fall and Return of International Comity in Transnational Discovery*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2564797, 2015, 1 e ss. Il concetto è stato sviluppato per la prima volta da U.S. Supreme Court, 3 giugno 1895, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S., pp. 113 ss. Con riguardo alla traduzione in italiano di quest'ultimo concetto, si è parlato di « cortesia », « rispetto reciproco » e di *comitas gentium*. Nel presente articolo si è preferito in ogni caso mantenere l'appellativo inglese, dato il suo uso corrente anche nella letteratura in altre lingue.

⁽⁷⁾ V., tra i tanti, LEW, MISTELIS, KROLL, *International and Comparative Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, 1 e ss.; SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) 1215/2012 ("Bruxelles I-bis")*, in *Rivista di diritto int.*, 2013, p. 1146 ss.; BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato internazionale: favor, ostilità o indifferenza*, 2007, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/01/05benedettelli.pdf>, 1 e ss.; ATTERITANO, *L'enforcement delle sentenze arbitrali nel commercio internazionale*, Milano, 2009, 141 e ss.; ATTERITANO, *Art. 808-quater*, in Briguglio, Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009, 568; COMASTRI, *Favor arbitrati e art. 808-quater c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2012, 81 e ss.; BUTTAZZI, *Favor arbitrati e autonomia delle parti nella giurisprudenza statunitense in tema di arbitrabilità*, in questa *Rivista*, 2001, 275 e ss.; ZARRA, *Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali*, in questa *Rivista*, 2015, 138 e ss.; FRIEDMAN, *The Preclusive Effect of Arbitral Determinations in Subsequent Federal Securities Litigation*, in *Fordham Law Review*, 1987, 658 e ss. (che ricostruisce la giurisprudenza statunitense sul tema); ROSSI, *Sulla presunta inderogabilità della Convenzione di New York quanto ai presupposti del riconoscimento del lodo arbitrale: il lodo depositato in originale deve essere autenticato?*, in giustiziavivile.com, 2015, 6-7.

⁽⁸⁾ Come riconosciuto dal giudice Hellerstein nella decisione nel caso *COMMISA*, infatti, vista l'uniformità delle varie previsioni normative in tema di esecuzione dei lodi arbitrali, per motivi di sistematicità è opportuno basare qualsiasi analisi della materia su tale trattato internazionale, che, essendo ad oggi stato ratificato da 156 Stati ed essendo stato il punto di riferimento per qualsiasi altra normativa in materia, costituisce il punto di riferimento indiscusso per la disciplina dell'arbitrato commerciale internazionale.

trattazione richiede, innanzitutto, che sia concettualmente chiarito, nel *secondo paragrafo*, in cosa consiste l'annullamento presso lo Stato della sede. Ciò impone altresì un'analisi teorica del ruolo delle corti della sede nell'arbitrato commerciale internazionale, basata sia su un'analisi delle disposizioni della Convenzione di New York che sulla ricostruzione dell'acceso dibattito dottrinale avutosi in materia. Tale analisi sarà svolta nel *terzo paragrafo*, in cui, rispetto ad ognuno di questi approcci, esamineremo anche le posizioni espresse in dottrina ed in giurisprudenza in merito alla possibilità di dare esecuzione ad un lodo annullato dalle corti della sede, cercando soprattutto di offrire una sistematizzazione delle moltissime opinioni che si registrano in materia. Nel *quarto paragrafo*, poi, analizzeremo la disciplina del lodo annullato secondo la Convenzione di New York alla luce dei criteri per l'interpretazione dei trattati sanciti dagli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, per poi valutare, nel *quinto paragrafo*, se gli approcci manifestatisi in tema di esecuzione del lodo annullato possano trovare una giustificazione normativa. Alla luce di tale lavoro esegetico arriveremo infine ad affermare la necessità che il problema in esame sia risolto di volta in volta dal giudice interno alla luce dei criteri individuati dalle disposizioni di diritto interno sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni straniere e alla luce delle modalità con cui il diritto interno intende bilanciare l'*international comity* ed il *favor arbitrati*. Si dimostrerà, quindi, che l'approccio adottato dai giudici interni nelle sentenze *Malicorp* e *COM-MISA* sembra rispecchiare il dato convenzionale ed inserirsi in un emergente *trend* giurisprudenziale basato sull'applicazione del criterio indicato. Tuttavia — a nostro giudizio — l'approccio applicato nelle due decisioni in epigrafe sembra ancora essere eccessivamente restrittivo, a discapito del *favor arbitrati*, nella parte in cui limita la discrezionalità che l'art. V, comma 1, lettera (e) della New York Convention attribuisce ai giudici interni di dare esecuzione al lodo annullato ai soli casi in cui la sentenza straniera di annullamento sia contraria all'ordine pubblico dello stato del foro.

2. Affinché la questione posta dalle sentenze in epigrafe possa essere esaminata correttamente sono necessarie alcune premesse sul piano teorico, in particolar modo per quanto riguarda i concetti di annullamento del lodo arbitrale e di sede dell'arbitrato internazionale.

Il controllo esercitato dagli Stati sui lodi arbitrali resi nel proprio territorio non è regolato da alcuna convenzione internazionale⁽⁹⁾, ma la possibilità che il lodo sia soggetto ad un controllo nello stato da cui esso proviene è implicitamente riconosciuta dal menzionato art. V, comma 1,

⁽⁹⁾ V. CRAIG, *Uses and Abuses of Appeal from Awards*, in *Arbitration International*, 1988, 174 e ss.

lettera (e) della Convenzione di New York, il quale — tuttavia — nulla dispone in merito alle modalità ed ai presupposti di tale eventuale azione di annullamento.

Storicamente gli Stati hanno (quasi) sempre sentito l'esigenza di garantire la legittimità dei lodi arbitrali emessi nel proprio territorio. Questa necessità è stata spiegata affermando che “there is virtually no body, tribunal, authority or individual (...) whose acts or decisions give rise to binding legal consequences for others (...). Such islands of immunity as remain are constantly shrinking. (...) No one having the power to make legally binding decisions in the country should be altogether outside and immune from this system”⁽¹⁰⁾. La necessità di un controllo dei lodi da parte dei giudici nazionali è stata anche affermata sulla base della pretesa degli Stati di garantire al proprio interno la prevedibilità delle decisioni ed il fondamento delle sentenze arbitrali su “legal or rational basis”⁽¹¹⁾. Tale ultima necessità è stata comunque tradizionalmente limitata ad un'azione di nullità del lodo non connessa a motivi di merito, essendo — nella maggioranza degli Stati — precluso un appello contro la decisione degli arbitri⁽¹²⁾.

Ad ogni modo, va considerato che il margine di operatività di cui gode una corte interna a cui è richiesto di annullare un lodo arbitrale internazionale è ben più ampio di quello delle corti dello Stato dove è chiesta l'esecuzione della decisione degli arbitri: mentre queste ultime sono tenute a dare esecuzione al lodo salvi i casi previsti dall'art. V della Convenzione di New York, le prime godranno di discrezionalità assoluta nel valutare se il lodo rispetti tutti i requisiti ritenuti necessari affinché esso continui ad esistere nell'ambito del diritto interno dello Stato del foro⁽¹³⁾. Di fatto, gli Stati sono stati dunque liberi di risolvere — attraverso un equo bilanciamento⁽¹⁴⁾ — la tensione tra la pretesa finalità del lodo arbitrale (ossia l'attitudine dello stesso a risolvere una volta per tutte una certa controversia), da un lato, e la necessaria garanzia che al proprio interno non sopravvivano decisioni arbitrali che non abbiano un valido fondamento giuridico e che non scaturiscano da procedimenti in cui

⁽¹⁰⁾ KERR, *Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1985, 1.

⁽¹¹⁾ MANN, *Private Arbitration and Public Policy*, in *Civil Justice Quarterly*, 1985, 257.

⁽¹²⁾ La possibilità di un appello nel merito è prevista — in limitatissimi casi — dall'art. 69 dell'English Arbitration Act del 1996. Sul punto v. ESPOSITO, *The Development of Commercial Law Through Case Law: Is Section 69 of the English Arbitration Act 1996 Stifling Progress?*, in *Arbitration*, 2008, 429 e ss.; DE PRADA RODRIGUEZ, MUNOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, Granada, 2014, 232 e ss. Per un'analisi di carattere storico delle ragioni per cui si è addivenuti a tale norma, v. MUSTILL, BOYD, *Commercial Arbitration*, London, 1989, 431 e ss. e 583 e ss.

⁽¹³⁾ V. CRAIG, *op. cit.*, 183.

⁽¹⁴⁾ V. REISMAN, RICHARDSON, *The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*, in van den Berg (a cura di) *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series volume 16, 2012, 24.

sia stato rispettato il cd. equo processo, dall'altro lato ⁽¹⁵⁾. A tal riguardo, sembra opportuno menzionare quanto affermato dalla Corte d'appello degli Stati Uniti per il Second Circuit nella sentenza *Alghanim*: “la Convenzione (di New York, ndr) prevede differenti modalità di revisione di un lodo arbitrale (1) nello Stato in cui, o in virtù della cui legge, il lodo è stato emesso, e (2) negli altri Stati dove possono essere richiesti il riconoscimento e l'esecuzione. La Convenzione prevede che lo Stato in cui, o in virtù della cui legge, il lodo è stato emesso sarà libero di annullare o modificare il lodo in ottemperanza ai dettami della propria legge interna ed essa contiene numerosi riferimenti, impliciti ed espliciti, a questa possibilità. Ad ogni modo, la Convenzione è egualmente chiara nello stabilire che, quando un'azione di esecuzione è intrapresa in uno Stato straniero, esso può rifiutare tale esecuzione solo sulla base di quanto stabilito dall'art. V della Convenzione stessa” ⁽¹⁶⁾.

La possibilità di una revisione del lodo in sede giudiziale è stata anche da molti connessa ad un'aspettativa delle parti dell'arbitrato: se da un lato esse hanno espresso in via contrattuale la propria preferenza per un lodo che sia conclusivo della propria controversia, dall'altro lato le stesse “want to be assured of the possibility of judicial review of the regularity of the arbitral process once the latter has been completed” ⁽¹⁷⁾. Le parti insoddisfatte del lodo internazionale potranno quindi, invece di opporsi all'esecuzione dello stesso in uno Stato estero, chiederne l'annullamento nello stato della sede ⁽¹⁸⁾. L'esigenza di mantenere la possibilità di una simile azione nell'ambito dell'arbitrato internazionale è del resto evidenziata dalla previsione della stessa nell'ambito dell'art. 34 della Legge Modello UNCITRAL.

3. La funzione di controllo su un lodo arbitrale internazionale è generalmente attribuita allo Stato dove l'arbitrato stesso si considera giuridicamente svolto, ossia lo Stato della sede. A ben vedere, considerando che il luogo in cui le riunioni del collegio arbitrale fisicamente

⁽¹⁵⁾ V. PARK, *Duty and Discretion in International Arbitration*, in *American Journal of Int. Law*, 1999, 808-809.

⁽¹⁶⁾ Court of Appeals for the Second Circuit, 10 settembre 1997, *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys “R” Us & TRU (HK) Ltd.*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, 1066. Per una disamina di carattere generale dei rimedi successivi all'emissione del lodo v. KAZUTAKE, *Confirmation, Annulment, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, in *The Seinan Law Review*, 2005, 1 e ss.

⁽¹⁷⁾ LEURENT, *Reflections on the International Effectiveness of Arbitration Awards*, in *Arbitration International*, 1996, 273. V. anche SCHMITTHOFF, *Finality of arbitral awards and judicial review*, in Lew (a cura di), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1987, 230 e ss.

⁽¹⁸⁾ CRAIG, *op. cit.* 177; VAN DEN BERG, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?*, in *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2014, 3 e ss.

avvengono non ha rilievo a fini giuridici ⁽¹⁹⁾, la sede dell'arbitrato non è altro che una *fiction iuris* volta a far sì che l'arbitrato si svolga “in the framework of a national order and never in a vacuum” ⁽²⁰⁾.

Il diritto e le corti dello Stato della sede dell'arbitrato, generalmente, svolgono un importante ruolo di supporto e di controllo rispetto alla procedura arbitrale, in particolare con riguardo ad aspetti fondamentali come l'esecuzione dell'accordo arbitrale, l'arbitrabilità della controversia, l'ordine pubblico, la nomina degli arbitri e le eventuali azioni di annullamento del lodo ⁽²¹⁾. Numerose sono le fonti di diritto interno che fanno riferimento alle funzioni del diritto e delle corti dello Stato sede dell'arbitrato internazionale; sufficiente è in questa sede menzionare, a titolo di esempio, l'art. 1, comma 2, della Legge Modello UNCITRAL, l'art. 2 dell'English Arbitration Act 1996, l'art. 176, comma 2 della legge svizzera sul diritto internazionale privato e l'art. 816 del codice di procedura civile italiano ⁽²²⁾.

La Convenzione di New York è ricca di riferimenti alla sede dell'arbitrato ⁽²³⁾, anche se essa sembra solo presupporne la nozione, senza definirla né stabilirne il ruolo in modo definitivo. Il primo riferimento va, senza dubbio, all'articolo I, comma 1, della Convenzione, che menziona “sentenze arbitrali emesse, sul territorio di uno Stato diverso da quello dove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione”. Riferimenti alla legge dello Stato dove il lodo è stato emesso si ritrovano anche nell'art. V, comma 1, lettere (a), (d) ed (e). In tali casi, la legge dello Stato in cui la sentenza è stata emessa può costituire un fattore che il giudice dell'esecuzione può tenere in considerazione nel rifiutare l'esecuzione del lodo.

⁽¹⁹⁾ Si vedano, a titolo di esempio, l'articolo 16, comma 3, delle Regole di arbitrato della LCIA o la decisione della Singapore Court of Appeal, 6 marzo 2002, *PT Garuda Indonesia v. Birgen Air*, [2002] SGCA 12, in BORN, *International Arbitration: Cases and Materials*, The Hague, 2011, 537 e ss. Si veda, a tal riguardo, anche l'ultimo comma dell'art. 816 del codice di procedura civile italiano.

⁽²⁰⁾ MISTELIS, *Arbitral Seats - Choice and Competition*, in Kroll, Mistelis (a cura di), *International Arbitration and International commercial Law: Sinergy, Convergence and Evolution*, The Hague, 2011, 370.

⁽²¹⁾ In un fondamentale sforzo chiarificatore MISTELIS, *Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to “Lex Arbitri”*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2006, 164 e ss, ha spiegato la differenza tra “internal lex arbitri” ed “external lex arbitri”. La prima è l'insieme di leggi e regole che governano la procedura interna al singolo arbitrato, mentre la seconda è l'insieme di leggi e regole che stabiliscono le modalità di interfaccia tra il procedimento arbitrale e le corti nazionali. È con riguardo a quest'ultima che la sede assume particolare rilievo.

⁽²²⁾ V. BORN, *op. cit.*, 536 e ss.

⁽²³⁾ V. BARRY, *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, 302 e ss.; RADICATI DI BROZOLO, *The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's “Architecture of International Commercial Arbitration”*, in van den Berg (a cura di) *Arbitration - The Next Fifty Years, ICCA Congress Series volume 16*, 2012, 77 e ss.

Nonostante dal punto di vista normativo (ed, in particolar modo, convenzionale) sembri evidente che l'arbitrato internazionale è sempre connesso ad una sede — a prescindere dal ruolo che tale sede possa avere — in dottrina ed in giurisprudenza vi sono stati numerosi tentativi volti a negare qualsivoglia ruolo alla sede dell'arbitrato⁽²⁴⁾. Tali considerazioni non rivestono una mera rilevanza pratica, ma costituiscono — come si vedrà — il punto di partenza logico per l'analisi del problema dell'esecuzione del lodo annullato. Di seguito, dunque, una breve ricostruzione di tale dibattito e delle tre principali teorie affermatesi sul tema⁽²⁵⁾, nonché delle relative ricadute sulla problematica oggetto del presente studio.

La prima teoria affermatasi in ordine temporale, che rispecchia la più tradizionale concezione positivista per la quale l'esercizio della funzione giudiziaria non può prescindere dal controllo (*rectius* dalla garanzia di un possibile controllo) degli organi statali, è la concezione "territoriale" dell'arbitrato internazionale⁽²⁶⁾. Secondo questa concezione "ogni arbitrato è un arbitrato nazionale, nel senso che esso è soggetto ad uno specifico sistema di diritto interno"⁽²⁷⁾. L'arbitrato (*rectius*, la procedura arbitrale ed il conseguente lodo) non può dunque esistere se non all'interno della cornice di un diritto nazionale; quest'ultimo, secondo questa concezione, si troverebbe in "stand-by" durante il procedimento arbitrale, ma pronto ad intervenire ogni qual volta si renda necessario⁽²⁸⁾. Que-

⁽²⁴⁾ Come è stato notato in dottrina, le varie posizioni espresse sono espressione del diverso modo in cui si è atteggiata la tensione tra "tradizione" e "neutralità" di un ordinamento statale rispetto all'arbitrato. V. DE LY, *The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning*, in *Northwestern Journal of Int. Law & Business*, 1991, 52.

⁽²⁵⁾ V. per una ricostruzione di carattere esaustivo e generale, GAILLARD, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, 2010, 13 e ss. V. altresì PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2010*, 2010, 1 e ss.; GAILLARD, *Three Philosophies*, cit., 305 e ss.; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 66 e ss.; DUNMORE, *The Seat: Its Influence on Proceedings and Enforcement*, in Zeiler, Welsler, et. al. (a cura di), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, 365 e ss.

⁽²⁶⁾ V., tra tanti, MANN, *The UNCITRAL Model Law - Lex Facit Arbitrum*, in *Arbitration International*, 1986, 241 e ss.; GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration International*, 2001, 19 e ss.; PARK, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1983, 21 e ss.; MANN, *England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1984, 193 e ss.; MICHAELS, *Dreaming Denationalizes Law - Scholarship on Autonomous International Arbitration as Utopian Literature*, in http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5861&context=faculty_scholarship, 2013, 1 e ss.

⁽²⁷⁾ MANN, *op. cit.*, 244.

⁽²⁸⁾ MISTELIS, *Arbitral Seats*, cit., 370. La concezione territorialista era — prima dell'English Arbitration Act 1996, che, pur mantenendola, ne ha attenuato la portata — ritenuta essenziale nel diritto inglese. Si vedano, a tal riguardo, Court of appeal, *Halfdan Greig & Co. A/S v. Sterling Coal & Nav. Corp.*, [1973] 1 Q.B. 843 (C.A.) (meglio conosciuto come caso "Lysland"); House of Lords, 1 gennaio 1970, *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v. James Miller & Partners Ltd*, [1970] 1 All ER 796; Queen's Bench Division (Commercial Court), 22 December 1992, *Union of India v. McDonnell Douglas Corporation*, [1993] 2 Lloyd's L. Rep. 48. Ancora oggi, comunque, l'English Arbitration Act 1996, all'art. 4, sancisce l'inderogabilità di alcune proprie norme, che si applicano a prescindere da una differente scelta delle parti in tema

st'approccio può trovare fondamento, come già visto, oltre che in numerose norme di diritto interno, anche nella Convenzione di New York, nella parte in cui essa presuppone l'esistenza di una sede per l'arbitrato internazionale.

Coloro i quali aderiscono alla concezione territorialista dell'arbitrato internazionale affermano che un lodo annullato nello Stato d'origine non possa più trovare esecuzione altrove. Le motivazioni addotte dagli studiosi che raggiungono questo risultato non sono tuttavia uniformi. L'approccio più restrittivo, traendo spunto da quanto affermato in un articolo del 1959 ⁽²⁹⁾ dal padre fondatore della Convenzione di New York, Pieter Sanders, afferma che il lodo annullato nello Stato d'origine cessa di esistere con effetti *erga omnes* e, pertanto, l'esecuzione dello stesso (ed il *favor* connesso a tale esecuzione) non può neppure essere presa in considerazione da un giudice straniero, giacché *ex nihilo nil fit* ⁽³⁰⁾. Tali studiosi citano, tra l'altro, a supporto della propria tesi la sentenza della Court of Appeals for the District of Columbia nel caso *Termorio* ⁽³¹⁾, in cui il giudice ha affermato che la valutazione sulla validità del lodo spetta ai tribunali dello Stato della sede. Un approccio più moderato, pur non riconoscendo la possibilità di esecuzione di un lodo annullato, si basa sulla necessità di rispettare le decisioni dello Stato della sede. La *comity*, che — come anticipato — dovrebbe condurre uno Stato a dare esecuzione ai provvedimenti giudiziali emessi in altri Stati, secondo questi studiosi imporrebbe alle corti dello Stato in cui si cerca l'esecuzione di non assumere decisioni contrarie allo Stato della sede, a totale discapito del

di legge procedurale applicabile. Sul punto v. CARBONNEAU, *Judicial Approbation in Building the Civilization of Arbitration*, in *Penn. State Law Review*, 2009, 1348 e ss.; PARK, PAULSSON, *The Binding Force of International Arbitral Awards*, in *Virginia Journal of International Law*, 1983, 253 e ss.; PERLOFF, *The Ties that Bind: The Limits of Autonomy and Uniformity in International Commercial Arbitration*, in *U. Pa. Journal of Int. Business Law*, 1992, 326 e ss.

⁽²⁹⁾ SANDERS, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Netherlands Int. Law Review*, 1959, 55.

⁽³⁰⁾ V. VAN DEN BERG, *Should the Setting Aside, cit.*, 4 e ss.; VAN DEN BERG, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2010, 182 e ss.; RAU, *Understanding (and Misunderstanding) "Primary Jurisdiction"*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2010, 47 e ss.; SCHWARTZ, *A Comment on Chromalloy: Hilmarton à l'américaine*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1997, 125 e ss.; ATTERITANO, *Il lodo annullato, cit.*, 100 e ss.; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 985 e ss.

⁽³¹⁾ Sentenza 25 maggio 2007, *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electrasanta S.P. et al.*, in questa *Rivista*, 2008, 93 e ss. Similmente viene citata la decisione del Bundesgerichtshof, IX^o ZB, Beschluss 23 aprile 2013, III ZB 59/12, in questa *Rivista*, 2013, 977 e ss. Si vedano, per un simile approccio, la giurisprudenza russa (es. Vysshii Arbitrazhnyi Sud RF, 27 agosto 2012, *Ciments Français v. Sibirskiy Cement*, *Vesnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF [Vestn. VAS]* 2012 No. 12458/11) e quella cilena (Corte Suprema de Justicia, 8 settembre 2011, *EDF Internacional S.A. c. Endesa Internacional S.A. and YPF S.A.*, *Rol de la causa*: 4390-2010, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, 915 e ss.). Si vedano, per una descrizione di tali decisioni, SILBERMAN, SCHERER, *op. cit.*, 118 e ss. Anche l'Italia, alla luce dell'art. 840 del codice di procedura civile, si colloca tra quei paesi in cui l'esecuzione di un lodo arbitrale annullato nel paese d'origine è assolutamente preclusa.

favor arbitrati ⁽³²⁾. Una terza corrente di pensiero, infine, ravvisa nella Convenzione di New York una distinzione tra corti con giurisdizione cd. primaria (ossia quelle dello Stato della sede) e corti con giurisdizione cd. secondaria (tutte le altre). Le decisioni dei giudici con giurisdizione primaria, allo scopo di garantire la certezza del diritto, sarebbero vincolanti per quelle con giurisdizione secondaria ⁽³³⁾ in virtù di un presunto rapporto gerarchico posto in essere dalla stessa Convenzione di New York.

La seconda concezione ha posto in essere una “delocalizzazione” (da molti definita anche “plurilocalizzazione”) ⁽³⁴⁾ dell’arbitrato. Pur non disconoscendo il ruolo della sede, quest’approccio afferma, da un lato, che un procedimento arbitrale possa essere interamente ⁽³⁵⁾ governato da una legge procedurale diversa da quella della sede, e, dall’altro lato, che un lodo arbitrale possa trovare legittimazione anche in ordinamenti diversi da quello della sede, ed in particolare in tutti gli Stati dove è chiesta l’esecuzione del lodo stesso ⁽³⁶⁾. Con riguardo a questa teoria, è importante notare che essa non prevede che l’arbitrato ed il lodo siano indipendenti da qualsiasi diritto, ma semplicemente che essi, pur avendo una sede, possano essere presi in considerazione e valutati diversamente nei vari ordinamenti: “legal orders are national, and they are different; they may assign different outcomes to the same event” ⁽³⁷⁾. Anche tale concezione trova un fondamento nella New York Convention: quest’ultima, come anticipato, non stabilisce il ruolo delle corti e della legge della sede dell’arbitrato ed anzi, come si vedrà, sembra addirittura legittimare una divergenza di opinioni tra diversi Stati in merito all’esistenza, alla validità ed all’efficacia del medesimo lodo arbitrale.

Anche nell’ambito di questo secondo approccio si registrano varie sottocategorie. Punto comune al pensiero di questi studiosi è l’applicazione, alle sentenze di annullamento, dei tradizionali criteri di esecuzione delle decisioni straniere, per valutare se tali sentenze siano o meno

⁽³²⁾ V. SLATER, *On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy*, in *Arbitration International*, 2009, 271 e ss. Un simile approccio, anche se senza esplicitamente menzionare la *comity*, sembra essere stato assunto da GIARDINA, *The International Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Nullifies in the Country of Origin*, in *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 200, 278.

⁽³³⁾ V. REISMAN, RICHARDSON, *op. cit.*, 25 e ss.; REISMAN, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair*, Durham, 1992, 1 e ss.

⁽³⁴⁾ PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 8.

⁽³⁵⁾ Si veda l’art. 182 della legge svizzera sul diritto internazionale privato, che prevede la totale libertà delle parti nella scelta del diritto processuale applicabile, e la si confronti con il già menzionato art. 4 dell’English Arbitration Act, che prevede l’inderogabilità di numerose proprie norme.

⁽³⁶⁾ V. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1983, 57; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 68.; PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 8.

⁽³⁷⁾ PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 8.

meritevoli di riconoscimento all'estero⁽³⁸⁾. Si parla, a tal riguardo, come anticipato, di “preferred approach”, “judicial route”⁽³⁹⁾ o “Westphalian approach”⁽⁴⁰⁾. Diversità di opinioni si registra, tuttavia, nella scelta dei criteri da applicare per rifiutare l'esecuzione di una sentenza di annullamento straniera e, dunque, con riguardo alle modalità con cui deve essere operato il bilanciamento tra *international comity* e *favor arbitrati*. Un primo gruppo di studiosi, partendo proprio dal principio dell'*international comity*, afferma che tendenzialmente le decisioni di annullamento dovrebbero essere riconosciute ed eseguite all'estero, salvo che esse siano contrarie all'ordine pubblico dello Stato in cui il riconoscimento è richiesto⁽⁴¹⁾. Tale approccio ha trovato riscontro in varie decisioni emesse da corti nazionali⁽⁴²⁾. A questi si aggiungono coloro i quali, operando *di fatto* un più equo bilanciamento tra i valori in gioco, affermano che i giudici a cui è chiesta l'esecuzione sono liberi di concederla — anche se il lodo sia stato precedentemente annullato — in tutti i casi in cui l'annullamento non sia stato dovuto ad uno dei motivi compresi nell'articolo V, comma 1, lettere (a), (b), (c) e (d) della Convenzione di New York. Tali motivi di annullamento, riconosciuti in quasi tutti gli ordinamenti, sarebbero infatti da considerarsi quali standard cd. internazionali, mentre tutti gli altri motivi di annullamento — di portata meramente locale — non richiede-

⁽³⁸⁾ PETROCHILOS, *Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin Under the New York Convention*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1999, 856 e ss.; VALLAR, *op. cit.*, 97 e ss.; MISTELIS, *Delocalization and Its Relevance in Post-award Review*, in *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 144/2013*, 2013, 177 e ss..

⁽³⁹⁾ V. SILBERMAN, SCHERER, *op. cit.*, 115 e ss.; SILBERMAN, *op. cit.*, 26 e ss.

⁽⁴⁰⁾ V. nota 5.

⁽⁴¹⁾ PARK, *Duty and Discretion*, cit. 805 e ss.; THADIKKARAN, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2014, 575 e ss.; SAMPLINER, *Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1997, 141 e ss.; KOCH, *The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2009, 267 e ss.; HANSON, *Setting Aside Public Policy: The Pemex Decision and the Case for Enforcing International Arbitral Awards Set Aside as Contrary to Public Policy*, in *Georgetown Journal of Int. Law*, 2014, 825 e ss. Un simile approccio sembra essere stato assunto da BRIGUGLIO, *op. cit.*, 473 e ss., che — pur tendenzialmente negando la denazionalizzazione del lodo, fa riferimento ad alcune situazioni in cui si registra una “denazionalizzazione parziale” del lodo, in cui il lodo stesso potrebbe trovare esecuzione nonostante l'annullamento nello stato della sede.

⁽⁴²⁾ Gerechtshof Amsterdam, 28 aprile 2009, *Yukos Capital s.a.r.l. v. OAO Rosneft*, in questa *Rivista*, 2012, 97 e ss.; Southern District of New York, 6 febbraio 2014, *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. Ltd., Hongsa Lignite (LAO PDR) Co. Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, reperibile all'indirizzo http://www.newyorkconvention1958.org/doc_num.php?explnum_id=2558; High Court of Justice, Queen's Bench Division, 3 luglio 2014, *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Oil Company Rosneft*, [2014] EWHC 2188; English Court of Appeal, 21 ottobre 2008, *Ipco (Nigeria) Ltd. v. Nigerian National Petroleum Corp.*, [2008] EWCA (Civ) 1157. Quest'approccio sembra anche confermato da Court of Appeals for the Second Circuit, 12 agosto 1999, *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999). A tal riguardo v. FREYER, *United States Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards - The Aftermath of the Chromalloy Case*, in *Journal of Int. Arbitration*, 2000, 1 e ss.

rebbero un'automatica deferenza da parte dei giudici stranieri⁽⁴³⁾. Rispetto a questi ultimi può dunque prevalere la *strong policy* che favorisce l'esecuzione dei lodi arbitrali internazionali. Infine c'è stato chi ha proposto un approccio secondo il quale, posta una presunzione in favore del rifiuto dell'esecuzione del lodo annullato, le parti possono comunque manifestare una volontà contraria a tale presunzione (escludendo nel contratto la possibilità di un annullamento presso lo Stato della sede), essendo proprio la volontà delle parti sovrana nell'arbitrato internazionale⁽⁴⁴⁾.

Il terzo approccio, sviluppato in particolar modo dalla dottrina francese⁽⁴⁵⁾, vede invece il procedimento ed il lodo arbitrale come a-nazionali. Essi non trovano legittimazione in nessun ordinamento statale, ma nel sistema transnazionale di diritto dell'arbitrato⁽⁴⁶⁾. Si parla dunque di *floating arbitration*. Secondo questa concezione, che dà rilievo al solo *favor arbitrati*, la sede dell'arbitrato è del tutto irrilevante e le uniche corti nazionali che possono esercitare una funzione in relazione all'arbitrato sono quelle dello Stato in cui è chiesta l'esecuzione. Quest'ultimo approccio, a nostro giudizio⁽⁴⁷⁾, non trova fondamento diretto nella Convenzione di New York, data la totale assenza in esso di un riferimento alla sede dell'arbitrato. Ciononostante esso ha trovato applicazione grazie alla

⁽⁴³⁾ PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, in *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, 14 e ss.; DUNMORE, *Enforcement of Awards Set Aside in their Jurisdiction of Origin*, in Klausseger, Klein, et al. (a cura di), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2014, 285 e ss.

⁽⁴⁴⁾ DRAHOZAL, *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2000, 451 e ss.

⁽⁴⁵⁾ V. GOLDMAN, *Les Conflits de Lois dans l'Arbitrage International de Droit Prive*, in *Recueil des Cours*, vol. 109, 1963, 380; FRAGISTAS, *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit prive*, in *Revue critique droit int. priv.*, 1960, 14; FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, 1965, 401 e ss.; LALIVE, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, in *Revue de l'arbitrage*, 1976, 155. V. anche DEZALAY, GARTH, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1996, 31 e ss.

⁽⁴⁶⁾ PAULSSON, *Arbitration in Three Dimensions*, cit., 13 e ss. A tal riguardo si noti che GAILLARD, *Three Philosophies*, cit., 307, parla di una legittimazione da parte di *tutti* gli Stati del sistema giuridico transnazionale dell'arbitrato, che trova poi una sua autonoma vita sulla base di tale legittimazione. In tema di arbitrato a-nazionale si vedano SMIT, *A-National Arbitration*, in *Tulane Law Review*, 1989, 629 e ss.; LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 179 e ss.; PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1981, 358 e ss.; BRIGUGLIO, *op. cit.*, 453 e ss.; ATTERITANO, *L'enforcement*, cit., 61 e ss.; AHMED, *The influence of the delocalisation and seat theories upon judicial attitudes towards international commercial arbitration*, in *Arbitration*, 2011, 407 e ss.; MISTELIS, *Delocalization*, cit., 165 e ss.; DE BENITO, HUERTA DE SOLO HUARTE, *El arbitraje internacional como orden juridico espontaneo*, in *Spain Arbitration Review*, 2015, 113 e ss.; PIATKOWSKA, *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization")*, in *Acta Erasmiana*, 2013, 21 e ss.; JANICJEVIC, *Delocalization in International Commercial Arbitration*, in *Facta Universitatis*, 2005, 63 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Per un'opinione contraria v. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, 77 e ss., il quale ravvede nell'articolo I della Convenzione di New York una norma che autorizza una forma di arbitrato non connesso ad alcuna sede.

disposizione dell'art. VII della Convenzione di New York, che stabilisce la prevalenza sulle disposizioni del Trattato delle norme di diritto interno più favorevoli all'arbitrato rispetto a quelle convenzionali⁽⁴⁸⁾. In sede di esecuzione, potranno dunque trovare applicazione norme come l'art. 1514 del codice di procedura civile francese⁽⁴⁹⁾, che — sposando la concezione del *floating arbitration* — stabilisce che il lodo arbitrale internazionale vada sempre eseguito, salvi i soli casi in cui esso è contrario all'ordine pubblico internazionale⁽⁵⁰⁾.

Coloro i quali aderiscono alla teoria dell'arbitrato a-nazionale sono unanimi nell'affermare che l'annullamento nello stato della sede sia del tutto irrilevante ai fini dell'esecuzione⁽⁵¹⁾ e taluni di essi hanno perfino affermato che il procedimento di annullamento presso lo Stato della sede potrebbe essere del tutto abolito⁽⁵²⁾. L'esecuzione del lodo potrà infatti essere rifiutata solo se il lodo è considerato contrario all'ordine pubblico internazionale secondo i giudici dello Stato in cui l'esecuzione è richiesta⁽⁵³⁾.

Ad oggi, nessuna delle menzionate concezioni è stata unanimemente accettata ed ognuna di esse è stata aspramente criticata dai sostenitori

⁽⁴⁸⁾ V. CARLEVARIS, *The Coordination Among the Sources on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*, in *Quaderni dell'arbitrato dell'ISSA*, 2012, 90 e ss.; LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 697 e ss. e 718 e ss.; OTTO, *Article VII*, in Kronke, Nacimiento et al. (a cura di), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, 443 e ss.; ROSSI, *op. cit.*, p. 2 e ss.

⁽⁴⁹⁾ V. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte Seconda*, in *Diritto del Commercio Int.*, 2012, 95 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Sul concetto di ordine pubblico internazionale v., *ex multis*, LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in Sanders (a cura di), *ICCA Congress Series No. 3*, 1986, 257 e ss.; LEW, MISTELIS, KROLL, *op. cit.*, 720 e ss.; FRY, *Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy*, in *Chinese Journal of Int. Law*, 2009, 81 e ss.; OTTO, ELWAN, *Article V(2)*, in Kronke, Nacimiento et al., *op. cit.*, 345 e ss.

⁽⁵¹⁾ LEW, *op. cit.*, 179 e ss.; GAILLARD, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, in *ICSID Review, FILJ*, 1999, 16 e ss.; LASTENOUSE, *Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1999, 25 e ss.; RADICATI DI BROZOLO, *The Enforcement of Annulled Awards: Further Reflection in Light of Thai-Lao Lignite*, in *The American Review of Int. Arbitration*, 2014, 47 e ss. ed, in particolare, 60.

⁽⁵²⁾ RADICATI DI BROZOLO, *The Present*, cit., 96 e ss.

⁽⁵³⁾ Si veda, su tutte, Cour de Cassation, 29 giugno 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, in *Arbitration International*, 2008, 295 e ss. in cui la Cassazione francese ha precisato che il lodo arbitrale è una decisione internazionale di giustizia, da valutare solo nel luogo in cui è chiesta l'esecuzione e che non risente di eventuali annullamenti in altri Stati. V. altresì Cour de Cassation, 23 marzo 1994, *Société Hilmarton c. Società Omium de Traitement et de Valorisation*, in questa *Rivista*, 1995, 291 e ss.; Cour d'Appel de Paris, 29 settembre 2005, *Direction Générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubai c. Société International Bechtel Co LLC*, in questa *Rivista*, 2006, 371 e ss.; Cour de Cassation, 3 ottobre 1984, *Norsolor S.A. c. Pabalk Ticaret Sirketi S.A.*, in *Journal of Int. Arbitration*, 1985, 67 e ss. Per una critica al concetto di arbitrato commerciale internazionale come forma di giustizia transnazionale e sovranazionale ci limitiamo a richiamare, oltre a tutti i già menzionati sostenitori dell'approccio territorialista, LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, in *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 1968, 30-32.

delle altre. Nella restante parte del lavoro proveremo quindi a comprendere se la Convenzione di New York sposi, almeno implicitamente, una di queste teorie, in modo tale da poter poi stabilire se le sentenze in epigrafe rispettano o meno il dato convenzionale.

4. La ricerca di un criterio appropriato — tra i vari approcci sopra descritti — non può che partire da un'accurata analisi del dato normativo della Convenzione di New York.

Tale analisi non si presenta tuttavia agevole, giacché se da un lato la versione inglese dell'art. V, comma 1, lettera (e) della Convenzione afferma che l'esecuzione del lodo annullato “*may be refused*” (simili diciture si ritrovano anche in altre tre versioni ufficiali della Convenzione, ossia lo spagnolo, il russo ed il mandarino) ⁽⁵⁴⁾, la versione francese del trattato afferma che l'esecuzione “*ne seront refusées... que si*” (sarà rifiutata... a meno che). Se da quattro delle versioni autentiche del testo, quindi, sembra che i giudici dell'esecuzione godano di discrezionalità nell'esecuzione, la versione francese sembra precludere questa possibilità. È dunque necessario svolgere un supplemento di indagine allo scopo di comprendere quale sia, tra le due, l'interpretazione da far prevalere.

Ciò impone l'applicazione al caso in esame dei criteri per l'interpretazione enunciati dagli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che — secondo la maggioranza degli studiosi — rappresentano il diritto internazionale consuetudinario ⁽⁵⁵⁾.

In particolare, posta la discrepanza linguistica tra la versione inglese e quella francese del trattato (entrambe autentiche), l'analisi dovrà esser compiuta alla luce dell'art. 33, comma 3 e 4, della Convenzione di Vienna, che disciplina l'interpretazione dei trattati redatti in più lingue ⁽⁵⁶⁾. Partendo da una presunzione di eguaglianza di significato tra i vari testi del

⁽⁵⁴⁾ PAULSSON, *May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics*, in *Arbitration International*, 1999, 227 e ss.

⁽⁵⁵⁾ V., *ex multis*, VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, 439-440, 448, 461; DORR, *Article 33*, in Dorr, Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Dordrecht, 2012, 588; SBOLCI, *Supplementary Means of Interpretation*, in Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 146 e ss.; VILLIGER, *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission*, in Cannizzaro (a cura di), *op. cit.*, 106 e ss. Non affermano con eguale convinzione lo status di diritto consuetudinario di tali norme SOREL, BORÉ EVENO, *Art. 31*, in Corten, Klein (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Oxford, 2011, 807 e ss.; PAPAUX, SAMSON, *Art. 33*, in Corten, Klein (a cura di), *op. cit.*, 869 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Sul concetto di trattati redatti in più lingue v. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2008, 380 e ss.; GERMER, *Interpretation of Plurilingual Treaties: A Study of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1970, 400 e ss.; HARDY, *The Interpretation of Plurilingual Treaties by International Courts and Tribunals*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1961, 72 e ss.; KUNER, *The Interpretation of Multilingual Treaties: Comparison of Texts Versus the Presumption of Similar Meaning*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1991, 953 e s.

medesimo trattato (art. 33, comma 3), la norma afferma che — in caso di differenza di significato ineliminabile — l'interprete dovrà applicare un significato che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, concili nel migliore dei modi i testi in questione (art. 33, comma 4).

Si tratta dunque, a ben vedere, di scegliere, tra i vari linguaggi, quello che — alla luce dello scopo e dell'oggetto del trattato⁽⁵⁷⁾ — meglio si adatti ad esprimere il senso dello stesso trattato riconciliando le differenze esistenti tra le varie lingue⁽⁵⁸⁾. Per questo motivo, parte della dottrina ha affermato che l'interpretazione dei trattati redatti in più lingue e la risoluzione di eventuali contrasti esistenti tra le varie versioni autentiche vadano effettuate in chiave teleologica⁽⁵⁹⁾.

Se dunque quanto sopra è vero, ne discende che la Convenzione di New York, essendo stata redatta allo scopo di facilitare il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali internazionali su scala globale⁽⁶⁰⁾, deve essere interpretata alla luce del *favor arbitrati*. Ciò è confermato anche dalla stessa “Guida dell'ICCA all'interpretazione della Convenzione di New York del 1958”⁽⁶¹⁾, in cui si afferma che “i redattori della Convenzione hanno voluto che i motivi di diniego del riconoscimento dell'esecuzione dei lodi vengano interpretati restrittivamente, e che il rifiuto venga ammesso solo in casi gravi”. A supporto di tale visione è possibile citare la decisione della Corte d'appello del terzo circuito degli Stati Uniti nel

⁽⁵⁷⁾ Sui concetti di “oggetto” e “scopo” di un trattato v. GARDINER, *op. cit.*, 189 e ss.; BUFFARD, ZEMANEK, *The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma?*, in *Austrian Review of Int. & European Law*, 1998, 311 e ss.; JONAS, SAUNDERS, *The Object and the Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010, 565 e ss.

⁽⁵⁸⁾ V. PAPAUX, SAMSON, *op. cit.*, 882-883; SHELTON, *Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties*, in *Hastings Int. & Comparative Law Review*, 1996-1997, 630-631. Si veda anche il cd. arbitrato *Young Loan*, Tribunale arbitrale per l'Accordo sugli averi esterni germanici, 16 maggio 1980, *Belgio e altri c. Repubblica federale tedesca*, in *ILR*, 1980, p. 548, in cui si è affermato che “the repeated reference by Article 33(4) of the VCT to the ‘object and purpose’ of the treaty means in effect nothing else than any person having to interpret a plurilingual international treaty has the opportunity of resolving any divergence in the texts which persists, after the principles of Articles 31 and 32 of the VCT have been applied, by opting, for a final interpretation, for the one or the other text which in his opinion most closely approaches the ‘object and purpose’ of the treaty”.

⁽⁵⁹⁾ V. SHELTON, *op. cit.*, 631. L'A. fa in particolare modo leva sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 aprile 1979, *Sunday Times n. 1 c. Regno Unito*, ric. N. 6538/74, par. 48, in cui è stato affermato che “confronted with versions of a law making treaty which are equally authentic but not exactly the same, the Court must interpret them in a way that reconciles the mas far as possible and is most appropriate in order to realize the aim and achieve the object of the treaty”. V. anche GARDINER, *op. cit.*, 383. BJORGE, *The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation, and the Intention of the Parties*, in Bianchi, Peat, Windsor (a cura di), *Interpretation in International Law*, Oxford, 2015, 190 e ss. ha invece parlato di “objectivized intention of the parties”. Sulla necessità di tenere conto della natura delle obbligazioni assunte dalle parti del trattato v. invece ARATO, *Accounting Difference in Treaty Interpretation Over Time*, in Bianchi, Peat, Windsor, *op. cit.*, 205 e ss.

⁽⁶⁰⁾ V. ATTERITANO, *L'enforcement*, cit., 275; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 71.

⁽⁶¹⁾ International Council for Commercial Arbitration, Guida all'interpretazione della Convenzione di New York del 1958 (traduzione a cura di Potestà e Biasiolo), L'Aja, 2013, 86-87.

caso *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corp.*, in cui è stato affermato che “in conformità all’approccio favorevole all’esecuzione dei lodi arbitrari stranieri, i giudici hanno limitato le eccezioni all’esecuzione ai motivi formulati all’art. V della Convenzione, e hanno generalmente interpretato in modo restrittivo tali obiezioni” (62).

Conseguenza diretta di quanto sopra è allora che, posto che quattro delle cinque versioni ufficiali della Convenzione offrono discrezionalità al giudice nell’esecuzione del lodo annullato e che questa discrezionalità sembra supportata sia dai criteri di interpretazione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che dalla stessa prassi applicativa relativa alla Convenzione di New York, le versioni inglese, spagnola russa e cinese di quest’ultimo trattato debbano prevalere su quella francese (63).

Sebbene questa tesi possa essere criticata dal punto di vista del risultato sostanziale a cui essa conduce, giacché foriera di incertezza e di decisioni confliggenti seppur aventi il medesimo oggetto (64), sembra che quest’approccio sia *in re ipsa* nella stessa Convenzione di New York e che pertanto non si possa prescindere dallo stesso (65). I redattori della Convenzione sembrano, infatti, aver preferito dare preminenza al *favor arbitrati* rispetto all’armonia internazionale delle decisioni.

5. Alla luce di quanto sopra, sembra ora possibile prendere una posizione rispetto ai numerosi approcci teorici descritti nel terzo paragrafo e, quindi, rispetto alle sentenze che si commentano.

Partendo dall’analisi delle varie tesi afferenti all’approccio territorialista, sembra evidente — posta la discrezionalità nell’eseguibilità del lodo annullato che la Convenzione di New York attribuisce ai giudici dell’esecuzione — la non condivisibilità dell’opinione di coloro i quali ritengono inesistente il lodo arbitrale annullato. Quanto appena detto è stato anche recentemente confermato dalla High Court inglese nel già menzionato

(62) United States Court of Appeals for the Third Circuit, 26 giugno 2003, in *Yearbook Commercial Arbitration XXIX*, 2004, 1003 e ss.

(63) Tale tesi è supportata anche dai lavori preparatori alla Convenzione di New York. V. DARWAZEH, *Art. V(1)(e)*, in Kronke, Nacimiento (a cura di), *op. cit.*, 308 e ss. V. anche PAULSSON, *May or Must*, cit., 227. Non a caso, anche un fermo sostenitore dell’inesistenza del lodo arbitrale annullato ha più volte confermato che la Convenzione di Vienna sembra supportare un’interpretazione estensiva dell’art. V, comma 1, lett. (e), della Convenzione di New York. V. ATTERITANO, *L’enforcement*, cit., 275; ATTERITANO, *Il lodo annullato*, cit., 101. Per un’isolata opinione contraria circa i lavori preparatori v. SAMPLINER, *op. cit.*, 146.

(64) V. GIARDINA, *Armonia interna*, cit., 796 e ss.; SAMPLINER, *op. cit.*, 157; THADIKKARAN, *op. cit.*, 597.

(65) Non a caso questa tesi ha trovato riscontro anche nei paesi più legati alla concezione territoriale dell’arbitrato internazionale. V., oltre ai precedenti citati nella precedente nota 42, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, 21 settembre 2000, *Apis AS v. Fantazia KeresKedelmi KFT*, [2001] 1 All E.R. (Comm) 348; Court of Appeal, 12 marzo 1993, *Soleh Boneh International Ltd v. Government of the Republic of Uganda and National Housing Corporation*, [1993] 2 Lloyd’s Rep 208.

caso *Yukos* ⁽⁶⁶⁾, in cui il giudice ha esplicitamente affermato che “there is no *ex nihilo nil fit* principle which precludes the enforcement of the Awards”. Del resto, anche nello stesso caso *Termorio*, citato da questa parte della dottrina a supporto della propria tesi, è stato affermato che ci possono essere circostanze straordinarie in cui l’esecuzione del lodo annullato può avere luogo ⁽⁶⁷⁾, di fatto escludendo in principio la possibilità dell’inesistenza del lodo annullato. Questa tesi, del resto, appare criticabile poiché essa annulla del tutto il valore del *favor arbitrati* di fronte alla necessità — fondamentalmente di carattere teorico — di dare preminenza alle decisioni delle corti della sede.

Allo stesso modo, per rispondere a coloro i quali affermano che l’esecuzione del lodo annullato è sempre preclusa dal valore della *comity*, se è vero che quest’ultima impone il rispetto per le decisioni straniere, è altresì vero che questa debba di volta essere bilanciata sia con il principio del *favor arbitrati*, che con il principio del rispetto della volontà delle parti, le quali comunque generalmente esprimono la propria volontà di ottenere un lodo arbitrale che sia “final and binding” ⁽⁶⁸⁾. La *comity* è sicuramente un valore da tenere in considerazione, ma in ogni caso non in modo assoluto e dogmatico ⁽⁶⁹⁾.

Non sembra poi trovare alcun fondamento giuridico la posizione di quelli che operano, nell’ambito della Convenzione di New York, una distinzione tra giurisdizioni di tipo primario e secondario. Nell’assenza di una categorizzazione di questo genere nel testo convenzionale, non può la dottrina arbitrariamente operare, sulla base della Convenzione stessa, un’allocazione di competenza tra i vari giudici nazionali. La Convenzione di New York è un trattato che favorisce l’esecuzione dei lodi arbitrali stranieri ed uniforma le normative nazionali in materia, ma da nessuna parte prevede qualsivoglia forma di allocazione di giurisdizione al proprio interno ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ V. *Yukos Capital S.a.r.l. v. OJSC Oil Company Rosneft*, cit, par. 22 e 81. Tale approccio è sostenuto anche da PETROCHLOS, *op. cit.*, 885.

⁽⁶⁷⁾ V. a tal riguardo THADIKKARAN, *op. cit.*, 589.

⁽⁶⁸⁾ Interessante, in questa prospettiva, la posizione di DRAHOZAL, *op. cit.*, 469, il quale ha affermato che “the availability of review by an enforcement court can reduce the risk of aberrational decisions by a court in the arbitral situs. In these circumstances, the presence of enforcement courts provides a degree of supervision not only of the arbitral award but also of the actions of courts at the arbitral situs”.

⁽⁶⁹⁾ V. in questo senso THADIKKARAN, *op. cit.*, 590 e ss.; SAMPLINER, *op. cit.*, 157.

⁽⁷⁰⁾ V. in questo senso RADICATI DI BROZOLO, *The Present*, cit., 80; GAILLARD, *International Arbitration*, cit., 71. Del resto, nel principale precedente giurisprudenziale in cui è stata utilizzata questa distinzione, lo scopo del giudice era quello di negare valore ad una decisione di annullamento emessa in uno Stato diverso da quello della sede (e non a creare una gerarchia tra corti della sede e corti dell’esecuzione). A tal scopo il giudice ha affermato che solo le corti con “primary jurisdiction”, ossia quelle della sede, possono procedere all’annullamento e non altre. Si veda a tal riguardo la decisione della Court of Appeal for the Fifth Circuit, 23 marzo 2004, *Karaha Bodas Company, L.L.C., v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi*

Allo stesso modo, come già affermato, non sembra a nostro giudizio avere fondamento nella Convenzione di New York l'idea di un arbitrato a-nazionale, giacché è la stessa Convenzione a far espresso riferimento al concetto di sede, di fatto implicitamente riconoscendone l'esistenza. Quest'ultimo approccio sembra inoltre criticabile dal punto di vista assiologico, in quanto ignora del tutto la necessità di prendere almeno in considerazione la sentenza di annullamento emessa in un altro Stato.

Condivisibili appaiono, invece, le posizioni di coloro i quali sposano il cd. "Westphalian approach", giacché sembra evidente — da un'attenta analisi del dettato convenzionale — che i redattori della Convenzione di New York hanno inteso rimanere *neutrali* ⁽⁷¹⁾ rispetto alla problematica dell'esecuzione del lodo annullato, di fatto rimettendo la valutazione caso per caso al giudice dell'esecuzione.

Alla luce delle esposte considerazioni non si può che esprimere giudizio pienamente positivo sull'operato dei giudici nei casi *Malicorp* e *COMMISA* che si commentano, giacché essi perfettamente si inseriscono nel solco del dettato della Convenzione di New York. Le due decisioni, tra l'altro, sembrano anche inserirsi nell'ambito di un *trend* giurisprudenziale ⁽⁷²⁾ che sembra accomunare i giudici dei vari Stati nel non precludere aprioristicamente la possibilità di dare esecuzione del lodo annullato, ma di valutare in concreto la rispondenza della decisione di annullamento rispetto ai criteri di diritto interno per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere ⁽⁷³⁾.

Resta a questo punto da comprendere quali sono i parametri in base ai quali i giudici potranno utilizzare la discrezionalità che la Convenzione gli attribuisce. La questione è di non facile soluzione in quanto, richiedendo un bilanciamento tra *international comity* e *favor arbitrati*, necessariamente coinvolge considerazioni di carattere assiologico e pertanto necessariamente implica un certo grado di soggettività nell'interprete, giacché in ogni cultura giuridica si tenderà a dare preminenza a questo o quel valore sulla base dell'esperienza ivi maturata.

Sia la sentenza *Malicorp* che quella *COMMISA* sembrano, al ri-

Negara, 364 F.3d 274. Per un commento v. GIAMBATIANI, *Recent Development: Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts*, in *American University Int. Law Review*, 2005, 1101 e ss.

⁽⁷¹⁾ Ha per primo parlato di neutralità BRIGUGLIO, *op. cit.*, 468; medesima prospettiva è stata presa in considerazione anche da RADICATI DI BROZOLO, *The Present*, cit., 84.

⁽⁷²⁾ V. le precedenti note 42 e 65.

⁽⁷³⁾ Si vedano, con riguardo a tali parametri, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 2013, 285 e ss.; SMIT, *International Res Judicata and Collateral Estoppel in the United States*, in *UCLA Law Review*, 1964, 44 e ss. Va posto inoltre in evidenza che al *trend* evidenziato nel testo sembra corrisponderne un altro per il quale l'interferenza delle corti della sede con lo svolgimento dell'arbitrato e le vicende del lodo è sempre più ridotto. Quest'idea è stata propugnata, a nostro giudizio correttamente, da MISTELIS, *Reality Test*, cit., 178.

guardo, aver sposato l'approccio di coloro i quali vorrebbero consentire l'esecuzione del lodo annullato solo quando la sentenza di annullamento sia manifestamente contraria all'ordine pubblico dell'ordinamento dove l'esecuzione del lodo è richiesta ⁽⁷⁴⁾. Nel bilanciamento tra *comity* e *favor arbitrati*, quindi, stando alle due decisioni che si commentano, la prima dovrebbe prevalere salvo casi eccezionali.

A nostro giudizio tale prospettiva è invece eccessivamente limitante, poiché sussistono numerose situazioni in cui il lodo è annullato sulla base di cd. "local particularities" ⁽⁷⁵⁾. Si pensi ai casi in cui un lodo arbitrale può essere rimesso in discussione in quanto non sottoscritto da tutti gli arbitri ⁽⁷⁶⁾, o ai casi, come *Termorio*, in cui il lodo è stato annullato solo perché emesso sulla base delle regole di una certa istituzione. In tutte queste situazioni, dare esecuzione alla sentenza nazionale di annullamento e precludere la circolazione del lodo sembra essere contrario alle esigenze del commercio internazionale contemporaneo. Appare dunque condivisibile la tesi del Paulsson ⁽⁷⁷⁾, secondo cui l'esecuzione del lodo arbitrale annullato deve essere garantita in tutti i casi in cui l'annullamento non è stato posto in essere sulla base degli standard di annullamento cd. internazionali, ossia quelli previsti dall'art. V, comma 1, lett. (a), (b), (c) e (d) della Convenzione di New York. In tutti gli altri casi si dovrebbe invece parlare di standard di annullamento cd. locali, rispetto ai quali non è preclusa l'esecuzione del lodo in altri Stati ⁽⁷⁸⁾. Quest'approccio sembra operare un equo bilanciamento tra *international comity* e *favor arbitrati*, garantendo che le particolarità culturali di un singolo ordinamento non ledano le esigenze del commercio internazionale ed, in particolar modo, la circolazione dei lodi arbitrali internazionali, che sono oramai la forma di decisione più diffusa per quanto concerne le controversie in materia. Se da un lato, infatti, debita considerazione deve essere attribuita alle sentenze straniere, non si può — dall'altro lato — consentire che queste decisioni costituiscano un ingiustificato freno alle esigenze del mercato internazionale, che va al di là differenze culturali che si riscontrano nei singoli ordinamenti. I giudici interni godono, del resto, di discrezionalità nel non dare esecuzione ad una sentenza straniera di annullamento basata su un

⁽⁷⁴⁾ V. la precedente nota 41.

⁽⁷⁵⁾ V. PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards*, cit., 14.

⁽⁷⁶⁾ Si vedano a tal riguardo l'art. 24, comma 1, della legge sull'arbitrato del Brasile, e l'art. 53 della legge sull'arbitrato della Cina.

⁽⁷⁷⁾ PAULSSON, *Enforcing Arbitral Awards*, cit., 14 e ss. Tale teoria è sposata anche dal DUNMORE, *Enforcement*, cit., 313.

⁽⁷⁸⁾ Questa è del resto la posizione adottata dall'art. 9 della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, conclusa a Ginevra il 21 aprile 1961, che limita la possibilità di rifiutare l'esecuzione di un lodo arbitrale annullato ai soli motivi di annullamento previsti dalla Convenzione stessa. Su tale Convenzione v. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 1971, 47 e ss.

cd. standard di carattere locale ⁽⁷⁹⁾. Come anticipato, tuttavia, in assenza di un dato normativo all'interno della Convenzione di New York su cui fondare questa posizione, ed in presenza di un giudizio di valori che comporta necessariamente un certo grado di soggettività dell'interprete, essa non può essere definita corretta in termini assoluti.

In conclusione, alla luce delle esposte considerazioni, le sentenze in epigrafe sembrano confermare un *trend* giurisprudenziale che riconosce discrezionalità al giudice interno nel dare esecuzione ad un lodo annullato nello Stato della sede dell'arbitrato, valutando la decisione di annullamento alla luce degli ordinari criteri per il riconoscimento delle sentenze straniere. Tali sentenze non sono invece condivisibili, a giudizio di chi scrive, nella parte in cui restringono eccessivamente ed a priori i casi in cui l'esecuzione del lodo annullato può aver luogo, sbilanciando eccessivamente a favore dell'*international comity* il giudizio che contrappone tale valore al ben noto principio del *favor arbitrati* ed alle esigenze del commercio internazionale.

GIOVANNI ZARRA

⁽⁷⁹⁾ A tal riguardo giova rammentare che la materia dell'arbitrato è esclusa dal campo di applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012 e dunque le norme nazionali in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere troveranno piena applicazione.