

# IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

Anno XIII

2/2018



**Edizioni Scientifiche Italiane**

# Il giusto processo civile

*Rivista Trimestrale*

## Direttori:

GIAMPIERO BALENA, AUGUSTO CHIZZINI  
FRANCO CIPRIANI †  
SERGIO MENCHINI, GIROLAMO MONTELEONE, GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI

## Corrispondenti

*Argentina:* Adolfo Alvarado Velloso (Università di Rosario, Presidente dell'Istituto Panamericano di Diritto processuale); Federico G. Domínguez (Università di Lomas de Zamora, Presidente del Tribunale di Cassazione penale della Provincia di Buenos Aires)  
*Austria:* Ena-Marlis Bajons (Università di Vienna); Domenico Lisi (Avvocato in Innsbruck)  
*Germania:* Wolfgang Grunsky (Università di Bielefeld)  
*Inghilterra:* Carla Crifò (Università di Leicester)  
*Perù:* Eugenia Ariano Deho (Università San Marcos di Lima)  
*Portogallo:* Luís Correia de Mendonça (Centro de Estudos Judiciários di Lisbona)  
*Spagna:* Juan Montero Aroca (Università di Valencia)  
*U.S.A.:* Richard Dreyfuss (Avvocato in New York)

*Redazione:* 70121 Bari, v. Prospero Petroni 30, e-mail: [giustoprocessocivile@virgilio.it](mailto:giustoprocessocivile@virgilio.it)

## Comitato editoriale:

Francesco S. Damiani, Gianpaolo Impagnatiello, Giovanna Reali (coordinatori)  
Serena Cartuso, Claudia Morgana Cascione, Michele Comastri, Silvana Dalla Bontà, Fabrizio Giuseppe del Rosso, Angelo Danilo De Santis, Giovanna Ficarella, Alessandro Motto, Federico Russo, Silvana Trabace, Roberta Tarantino

Hanno collaborato a questo fascicolo: F. AULETTA, ord. dir. proc. civ. Univ. Napoli «Federico II»; G. BALENA, ord. dir. proc. civ. Univ. Bari «Aldo Moro»; M. BOVE, ord. dir. proc. civ. Univ. Perugia; F.G. DEL ROSSO, dott. ric. dir. proc. civ.; P. LAI, ric. dir. proc. civ. Univ. Sassari; V. MASTRANGELO, dott. ric. dir. proc. civ.; G. REALI, ass. dir. proc. civ. Univ. Bari «Aldo Moro»; G. TRISORIO LIUZZI, ord. dir. proc. civ. Univ. Bari «Aldo Moro»; F. UNGARETTI DELL'IMMAGINE, dott. ric. dir. proc. civ.; A. VIGLIONE, dott. ric. dir. proc. civ.; G. ZARRA, ric. dir. internaz. Univ. Napoli «Federico II»

## Regole di autodisciplina per la valutazione dei contributi

Gli articoli e le note a sentenza, prima della pubblicazione, sono sottoposti in forma anonima all'approvazione di due componenti del Comitato scientifico dei Revisori, scelti di volta in volta dalla Direzione in considerazione delle loro specifiche competenze. In caso di pareri discordi, la Direzione potrà sottoporre il contributo all'esame di un altro Revisore. Qualora l'approvazione di uno o più Revisori sia subordinata a modifiche o integrazioni del contributo, sarà la Direzione a verificare, prima della pubblicazione, che il contributo medesimo sia stato adeguato alle relative indicazioni.

## Comitato Scientifico dei Revisori

Ferruccio Auletta, Chiara Besso, Mauro Bove, Antonio Briguglio, Bruno Capponi, Antonio Carratta, Sergio Chiarloni, Claudio Consolo, Giorgio Costantino, Francesco De Santis, Elena Frascaroli, Francesco Paolo Luiso, Roberto Martino, Giuseppe Miccolis, Massimo Montanari, Giuseppe Olivieri, Ilaria Pagni, Andrea Proto Pisani, Nicola Rascio, Gian Franco Ricci, Fabio Santangeli, Bruno Sassani, Giuliano Scarselli, Valerio Tavormina, Ferruccio Tommaseo, Nicolò Trocker, Enzo Vullo.

Registrazione presso il Tribunale di Bari, n. 9 del 30 gennaio 2006.  
*Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78.*

## INDICE DEL FASCICOLO

2/2018 (aprile-giugno)

### DOTTRINA

GIAMPIERO BALENA, <i>Alla ricerca del processo ideale, tra regole e discrezionalità</i>	313
MAURO BOVE, <i>Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile</i>	363
FERRUCCIO AULETTA, <i>L'effettività nel processo</i>	405
GIOVANNA REALI, <i>Il nuovo giudice onorario di pace</i>	417

### DIALOGHI CON LA GIURISPRUDENZA

GIUSEPPE TRISORIO LIUZZI, <i>La Corte costituzionale e la compensazione delle spese</i> (nota a Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77)	457
FABRIZIO GIUSEPPE DEL ROSSO, <i>Impugnazione dei provvedimenti dell'Unità Dublin e riparto di giurisdizione</i> (nota a Cass. s.u. 30 marzo 2018, n. 8044)	473
FEDERICO UNGARETTI DELL'IMMAGINE, <i>Note in tema di tutela giurisdizionale contro articoli diffamatori pubblicati on line</i> (nota a Cass. s.u. 18 novembre 2016, n. 23469)	491

### OPINIONI, PROPOSTE E RASSEGNE

PIERGIUSEPPE LAI, <i>Tutela di condanna e controversie di lavoro. II) La correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata nelle decisioni del giudice del lavoro</i>	511
GIOVANNI ZARRA, <i>Arbitrato internazionale e ordine pubblico</i>	539
VITANTONIO MASTRANGELO, <i>La rappresentanza processuale dell'eredità non ancora accettata</i>	575

GIOVANNI ZARRA

## ARBITRATO INTERNAZIONALE E ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO. 1. La complessa relazione tra l'arbitrato internazionale e l'ordine pubblico. – 2. Brevi note sulla concezione di ordine pubblico rilevante nell'arbitrato internazionale. – 3. Ordine pubblico e arbitrabilità. – 4. Ordine pubblico e procedura arbitrale. – 5. Ordine pubblico e legge applicabile al merito della controversia. – 6. L'ordine pubblico nella fase successiva all'esecuzione del lodo (annullamento ed esecuzione). – 7. Conclusioni.

1. *La complessa relazione tra l'arbitrato internazionale e l'ordine pubblico.* – Individuare la relazione esistente tra l'arbitrato internazionale e l'ordine pubblico non è, apparentemente, opera agevole. Il motivo di questa difficoltà risiede nel fatto che, mentre il primo consiste in una forma di risoluzione delle controversie transnazionali che, traendo origine da una libera manifestazione di autonomia contrattuale, prescinde (almeno in parte) dall'appartenenza ad un singolo sistema giuridico<sup>1</sup>, il secondo – tradizionalmente definito come quell'insieme di principi che in un certo momento storico definiscono l'identità ordinamentale di uno Stato<sup>2</sup> – è il concetto che più di qualunque altro è strettamente ancorato ai valori giuridici fondamentali di un dato sistema giuridico.

Del resto, quando due soggetti privati di nazionalità diverse, nell'ambito di un'operazione di carattere commerciale, decidono di ricorrere all'arbitrato internazionale, essi lo fanno proprio perché intendono rifuggire alle tendenze protezionistiche dei giudici interni, preferendo –

<sup>1</sup> Si veda, a tal riguardo, EL TALHOUNY, *The respect by the arbitrator of rules of public policy in international commercial disputes*, in *International Journal of Arab Arbitration*, 2009, 27 ss.

<sup>2</sup> MOSCONI e CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 2017, 256 ss.

nel legittimo esercizio della propria autonomia contrattuale – che le eventuali controversie tra loro siano risolte in maniera più snella e (nella maggior parte dei casi) confidenziale, da soggetti di sicura esperienza nella materia di volta in volta rilevante, e attraverso l'applicazione di un sistema giuridico che spesso non è quello di appartenenza di nessuno dei contendenti, ma è scelto per il particolare sviluppo in relazione ad un dato ambito del diritto<sup>3</sup>. Le parti ed i loro consulenti, scegliendo l'arbitrato, sanno inoltre che esse potranno avvalersi del particolare regime di esecuzione dei lodi internazionali predisposto dalla Convenzione di New York del 1958 sul Riconoscimento e l'Esecuzione dei Lodi Arbitrali Internazionali, in vigore in 151 Paesi<sup>4</sup>, che sancisce all'art. III un obbligo di esecuzione di tali decisioni negli ordinamenti giuridici di tutte le Parti contraenti (fatte salve le limitate eccezioni di cui all'art. V).

Gli ordinamenti giuridici interni, spesso inizialmente restii a rinunciare alla sovranità statale sulla risoluzione delle controversie<sup>5</sup> (in particolare per quanto concerne alcune materie che essi ritenevano di fondamentale interesse pubblico, come ad es. il diritto della concorrenza)<sup>6</sup>, hanno dovuto prendere atto della maggiore funzionalità dell'arbitrato alla risoluzione del contenzioso commerciale internazionale<sup>7</sup> ed oggi sempre più essi guardano con favore ad esso, al punto da esprimere un giudizio di meritevolezza aprioristico (cd. *favor arbitrati*)<sup>8</sup> che si so-

<sup>3</sup> BLACKABY, PARTASIDES, REDFERN e HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2015, 8 ss.

<sup>4</sup> Si veda quanto riportato sul sito [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

<sup>5</sup> Questo vale addirittura per i Paesi che oggi sono ritenuti maggiormente *arbitration friendly*, come l'Inghilterra. V., sul punto, quanto affermato dal Lord Chief Justice of England and Wales, THOMAS OF CWMGIEDD, *Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration*, *The Bailii Lecture 2016*, reperibile all'indirizzo <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf>, 2016, 2 ss.

<sup>6</sup> V. il dibattito in PARK, *Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration*, in *Brooklin Journal of International Law*, 1986, 629 ss.

<sup>7</sup> T. ROSSI, *Arbitrabilità e controllo di conformità all'ordine pubblico*, Napoli, 2017, 18-19.

<sup>8</sup> Sul principio del *favor arbitrati* si vedano SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) 1215/2012 ("Bruxelles I-bis")*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 1146 ss.; BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato internazionale: favor, ostilità o indifferenza*, reperibile all'indirizzo <http://www.sidi-sil.org/wp-content/uploads/2010/01/05benedettelli.pdf>, 2007, 1 ss.

stanzia in una quasi totale equiparazione dell'arbitrato alla giustizia statale<sup>9</sup>.

Ciononostante, con riguardo ad alcune controversie concernenti materie ritenute particolarmente importanti per la salvaguardia dei principi fondamentali di un certo sistema giuridico, gli ordinamenti hanno tradizionalmente teso a comprimere la possibilità dei privati di far ricorso all'arbitrato (sancendo la c.d. inarbitrabilità di tali materie) e/o ad impedire che al proprio interno abbiano efficacia lodi che siano contrari all'ordine pubblico<sup>10</sup>.

D'altra parte gli arbitri, soprattutto secondo la concezione francese<sup>11</sup>, non sarebbero – in linea di principio – tenuti a dare applicazione ai principi di ordine pubblico di alcun sistema giuridico nazionale, giacché essi dovrebbero solamente rispettare quanto determinato dalle parti nella propria manifestazione di autonomia che ha condotto all'instaurazione dell'arbitrato<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Si vedano, sul punto, P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002; PAVIC, *Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy*, in *Victoria University Wellington Law Review*, 2012, 669-670; DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitrato e processo*, in questa *Rivista*, 2014, 545 ss.; RICCI, *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.; BRIGUGLIO, *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e l'efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, 639 ss.

<sup>10</sup> RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Parigi, 1999, 6 ss.

<sup>11</sup> Si tratta di quegli autori che vedono l'arbitrato internazionale come un sistema di giustizia transnazionale distaccato da qualsiasi ordinamento interno. Secondo questa teoria, le uniche leggi nazionali rilevanti rispetto ad un arbitrato internazionale sono quelle del luogo in cui il lodo avrà esecuzione. Si veda PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, 358 ss.; ID., *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, ivi, 1983, 57 ss.; GAILLARD, *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, in VAN DEN BERG, *Arbitration – The Next Fifty Years, ICCA Congress Series volume 16*, 2012, 66 ss.; LEW, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 179 ss. Per una critica recente alle teorie in tema di delocalizzazione dell'arbitrato si veda Lord MANCE, *Arbitration: a Law unto itself?*, ivi, 2016, 223 ss. Per un'ampia bibliografia in merito v. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, in *Riv. arb.*, 2015, 574 ss.

<sup>12</sup> Ciò vale fatto salvo quanto si dirà in seguito in merito all'ordine pubblico transnazionale che, secondo questi autori, è l'unico vero limite per l'operato degli arbitri commerciali internazionali. In merito alla rilevanza delle norme imperative nell'arbitrato si veda il dibattito riportato in BENIASSADI, *Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration?*, in *International Tax & Business Lawyer*, 1992, 65 ss.

Recentemente, però, si assiste sempre di più – da un lato – ad una riduzione del margine di operatività del concetto di ordine pubblico in relazione all'arbitrato internazionale (sia dal punto di vista dell'arbitrabilità che da quello dell'annullamento e dell'esecuzione dei lodi)<sup>13</sup> e – dall'altro lato – ad una maggiore sensibilizzazione degli arbitri, che sembrano operare non solo come agenti nell'interesse dei soggetti privati che li nominano, ma anche come esercenti il pubblico interesse ad un corretto esercizio della giustizia<sup>14</sup>. Ne deriva che, ove necessario, gli arbitri

<sup>13</sup> Come infatti si vedrà in seguito, si assiste ad una progressiva estensione delle materie arbitrabili ed ad una riduzione dei casi in cui si consente l'annullamento o il rifiuto dell'esecuzione del lodo per contrarietà all'ordine pubblico. Si veda, da questo punto di vista, RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006, 629 ss, e in particolare 634. Da notare, in ogni caso, che recentemente si stanno avendo alcuni rigurgiti nazionalistici provenienti in particolare da giudici di *common law*, i quali talvolta affermano che lo sviluppo del diritto attraverso la regola dello *stare decisis* richiede un ruolo centrale per i giudici nazionali ed una minore importanza per l'arbitrato, in quanto le decisioni provenienti da quest'ultimo mezzo di risoluzione delle controversie sono confidenziali e non utilizzabili come precedente. Si veda THOMAS OF CWMGIEDD, *Developing commercial law through the courts*, cit., 2016, 9 ss. Similmente, in Australia, si veda quanto affermato dal Chief Justice della High Court of Australia, FRENCH, *Arbitration and Public Policy, 2016 Goff Lecture*, in *Asia Pacific Law Review*, 2016, 3, e dal Chief Justice of New South Wales, BATHURST, *The importance of developing convergent commercial law systems, procedurally and substantively, 15th Conference of Chief Justices of Asia and the Pacific*, reperibile all'indirizzo [http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/Pre-2015%20Speeches/Bathurst/bathurst\\_2013.10.28.pdf](http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/Pre-2015%20Speeches/Bathurst/bathurst_2013.10.28.pdf), 2013, 11 ss. V. altresì KARAMANIAN, *Courts and Arbitration: Reconciling the Public with the Private*, *Arbitration Law Review*, 2017, 65 ss. Si deve, comunque, ritenere, che queste critiche siano esagerate. Da un lato, sempre più spesso si assiste alla pubblicazione dei lodi privi di riferimenti alle parti sia su riviste specializzate che sui database delle istituzioni arbitrali (ciò, in particolare modo, nell'ambito degli arbitrati in materia di investimenti). Dall'altro lato, come già detto, non si può ignorare che il giudizio di favore per l'arbitrato proviene dagli stessi ordinamenti nazionali, i quali per i motivi più svariati (che vanno dalla necessità di incentivare il commercio internazionale alla volontà di ridurre la mole di processi incombenti sulla giustizia statale) sempre più tendono a legittimare il ruolo dell'arbitrato come sistema alternativo, ma egualmente efficace, di risoluzione delle controversie. Infine, non va dimenticato che molto spesso i lodi arbitrali sono comunque oggetto di giudizio da parte delle corti nazionali (sia in termini di annullamento che di esecuzione) e questo, chiaramente, ne rende pubblici – almeno in parte – gli aspetti fondamentali relativi al *decisum*. Si veda, sul punto, BREKOULAKIS, *Collective Biases and International Arbitral Tribunals*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 131/2013*, reperibile all'indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2211399](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2211399), 2013, 1 ss.

<sup>14</sup> Si vedano, tra gli altri, PARK, *Private Adjudicators*, cit., 629 ss., RADICATI DI BRO-

prendono in considerazione ed applicano le norme di ordine pubblico dei sistemi giuridici che possono essere rilevanti per il procedimento arbitrale, ossia (solitamente) lo Stato della sede dell'arbitrato, quello il cui diritto è applicato al merito della controversia, quello (o quelli) di nazionalità delle parti, quello (o quelli) dove è possibile che l'esecuzione dell'obbligazione debba aver luogo o, infine, quello (o quelli) dove è verosimile che verrà chiesta l'esecuzione del lodo. Ciò può essere, in primo luogo, dovuto ad una presa d'atto dei soggetti che agiscono come arbitri del crescente ruolo che i legislatori nazionali gli attribuiscono nell'amministrazione della giustizia ed, in secondo luogo, una conseguenza dell'obbligo che i tribunali arbitrali hanno di adoperarsi affinché il lodo sia suscettibile di esecuzione<sup>15</sup>. È, d'altra parte, ovvio che un arbitro che, non tenendo in debita considerazione le norme di ordine pubblico dello Stato dove è verosimile che il lodo sia eseguito o di quello della sede dell'arbitrato, emettesse una decisione rispettivamente ineseguibile o passibile di annullamento, non solo non avrà espletato correttamente i propri doveri, ma rischierà altresì di rovinare la propria reputazione e pregiudicarsi la possibilità di nuove nomine.

La conseguenza di quanto appena detto è che, oggi, parlare della relazione tra arbitrato ed ordine pubblico non solo è corretto ma altresì estremamente opportuno. In particolare, è necessario porre in evidenza come gli arbitri debbano costantemente bilanciare gli interessi delle parti in causa e quelli degli Stati di volta in volta coinvolti<sup>16</sup>, così come i giudici interni – nello stabilire se e come interferire con un procedimento arbitrale – devono contemperare costantemente la *policy* di *favor* verso l'arbitrato e la necessità di salvaguardare gli interessi dello Stato<sup>17</sup>.

Ciò posto, dopo aver brevemente analizzato il concetto di ordine pubblico e tracciato la concezione dello stesso che rileva nell'ambito dell'arbitrato internazionale (secondo paragrafo), tratteremo, senza alcuna

ZOLO, *Controllo del lodo*, cit., 629 ss.; DRAETTA, *L'arbitrato internazionale come funzione pubblica*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, 795 ss.

<sup>15</sup> L'obbligo di emettere un lodo eseguibile assume rilevanza giuridica in quasi tutte le forme di arbitrato amministrato. Si veda, a tal riguardo ed a titolo di esempio, l'art. 42 del Regolamento di arbitrato del 2017 della Camera di Commercio Internazionale.

<sup>16</sup> Così KREINDLER, *Approaches to the Application of Transnational Public Policy by Arbitrators*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2003, 247.

<sup>17</sup> Sul punto v. BEATSON, *International arbitration, public policy consideration, and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts*, in *Arbitration International*, 2017, 175 ss.

pretesa di esaustività, dei vari momenti in cui – nel corso di un contenzioso rimesso ad arbitrato – possa venire in rilievo l'ordine pubblico, ossia la valutazione in merito all'arbitrabilità della controversia (terzo paragrafo), la procedura arbitrale (quarto paragrafo), l'individuazione della legge applicabile al merito della controversia (quinto paragrafo) e la fase successiva all'emissione del lodo, che involge sia eventuali azioni di annullamento presso lo Stato della sede dell'arbitrato, che i procedimenti di esecuzione del lodo stesso in Paesi terzi (sesto paragrafo). Il settimo paragrafo sarà dedicato ad alcune brevi conclusioni.

2. *Brevi note sulla concezione di ordine pubblico rilevante nell'arbitrato internazionale.* – La presente trattazione richiede, innanzitutto, che si esamini brevemente il concetto di ordine pubblico, allo scopo di comprendere come esso trovi applicazione nell'arbitrato internazionale. A tal riguardo si deve precisare che, di seguito, proveremo a tracciare una definizione di ordine pubblico in termini generali, la quale risponda quanto più possibile ai tratti comuni della nozione che emergono da un'analisi comparatistica dei diversi ordinamenti; tuttavia, nel corso degli arbitrati, sarà di volta in volta rilevante l'ordine pubblico di un diverso sistema giuridico e sarà quindi necessario verificare, in concreto, come il concetto *de quo* sia applicato nel sistema di diritto che di volta in volta opera<sup>18</sup>.

Se, come si è detto, è possibile identificare, per grosse linee, come principi di ordine pubblico quelli che – in un dato momento storico – caratterizzano l'identità di un certo ordinamento, è necessario prendere atto del fatto che la definizione di ordine pubblico e l'individuazione del contenuto dello stesso<sup>19</sup> è da secoli soggetta a vivaci dibattiti, al punto

<sup>18</sup> A tal riguardo va posto in evidenza che vari sistemi giuridici possono venire in rilievo nel corso di un arbitrato commerciale internazionale. In particolare, differenti leggi possono essere applicate alle questioni della determinazione della validità della clausola arbitrale, dell'arbitrabilità della controversia, del merito della stessa e della procedura. Con rispetto ad ogni sistema di diritto potenzialmente applicabile nel corso dell'arbitrato internazionale, possono venire in rilievo considerazioni di ordine pubblico che gli arbitri non possono trascurare.

<sup>19</sup> L'ordine pubblico è, in effetti, una nozione «caratterizzata da una certa vaghezza intenzionale, dipendente dal fatto che il suo contenuto rinvia ad altre valutazioni» (così BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in G. PERLINGIERI e D'AMBROSIO, *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, 429). Per questo motivo, l'ordine pubblico è definito dallo stesso a. come clausola generale, ossia «una vera e propria tecnica di norma-

che – nell'impossibilità di determinarne con certezza il contenuto – nel 1824 una Corte inglese lo ha definito come un «unruly horse» («cavallo pazzo»), sul quale «once you get astride it you never know where it will carry you» («una volta saliti non si sa dove si verrà condotti»)<sup>20</sup>.

Il primo punto da tenere in considerazione è che – se, nei casi puramente domestici, ogni Stato è libero di determinare i limiti all'autonomia contrattuale derivanti da regole e principi che esso ritiene espressione del proprio ordine pubblico<sup>21</sup> – nei casi che comportano un elemento di estraneità (nei quali rientrano le circostanze in cui un sistema giuridico interno si rapporta all'arbitrato internazionale)<sup>22</sup>, le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti vanno bilanciate con la volontà degli ordinamenti stessi di aprirsi a valori e situazioni giuridiche di natura straniera<sup>23</sup>, nel segno del rispetto per questi ultimi (c.d. «international comity»)<sup>24</sup> e nell'intento di facilitare gli scambi internazionali per ragioni prettamente economiche<sup>25</sup>. Ciò è stato perfettamente spiegato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Mitsubishi v. Soler*, in cui essa ha affermato che «concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the

zione, per effetto della quale il legislatore inserisce in una norma giuridica (e di qui la circostanza che si tratta soltanto di un frammento di norma e mai di una norma in sé compiuta) un criterio di valutazione elastico, che rinvia a una pluralità di altre valutazioni; più semplicemente, parole o espressioni di valore semantico intenzionalmente indeterminato (es. buona fede, ordine pubblico, utilità sociale, dignità umana, danno ingiusto) che introducono elementi di elasticità applicativa della norma».

<sup>20</sup> Court of Common Pleas 2 luglio 1824, *Richardson v. Mellish*, 130 E.R. 294.

<sup>21</sup> V., *ex multis*, FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992.

<sup>22</sup> Si veda, in termini generali, P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 183 ss.

<sup>23</sup> Sul punto, anche per la bibliografia ivi citata, sia consentito rinviare a ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, 729-730.

<sup>24</sup> Con questa espressione solitamente si intende «il rispetto che uno Stato riconosce nell'ambito del proprio territorio rispetto agli atti legislativi, esecutivi e giudiziari di un altro Stato, alla luce dei propri impegni internazionali e di valutazioni convenienza, nonché dei diritti dei propri cittadini e delle altre persone che si trovano sotto la protezione delle proprie leggi». V. U.S. Supreme Court 3 giugno 1895, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S., 164 (traduzione a cura dell'autore).

<sup>25</sup> BREKOULAKIS e DEVANEY, *Public-private arbitration and the public interest under English Law*, in *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 248/2016*, reperibile all'indirizzo [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2868024](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2868024), 5 ss.

international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context»<sup>26</sup>.

Ne discende che, nel riconoscere efficacia ad atti e provvedimenti stranieri, uno Stato può scegliere (e, solitamente, sceglie) di non dare applicazione a tutti quei principi e quelle regole a cui esso non intende rinunciare nelle situazioni interne, ma solo a quelli che esso considera «so sacrosanct as to require their maintenance at all costs and without exception»<sup>27</sup> («sacrosanti al punto da ritenerne essenziale l'applicazione a tutti i costi e senza eccezioni»). Ai casi che si caratterizzano, dunque, come transnazionali, si applica una concezione ristretta di ordine pubblico e, allo scopo di distinguere la diversa concezione del limite di cui si discute (estesa o ristretta) che si applica, rispettivamente, alle situazioni puramente interne e a quelle con elementi di estraneità, si fa rispettivamente riferimento agli appellativi di ordine pubblico «interno» ed «internazionale»<sup>28</sup>. Sebbene, riferendoci in entrambi i casi a concetti necessariamente propri del diritto interno<sup>29</sup>, la terminologia usata possa

<sup>26</sup> US Supreme Court 2 luglio 1985, *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985), 638.

<sup>27</sup> LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, 532. Con riguardo alla definizione di ordine pubblico internazionale si veda anche INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, New Delhi Conference*, reperibile all'indirizzo [https://www.academia.edu/18312524/ILA\\_FINAL\\_REPORT\\_ON\\_PUBLIC\\_POLICY\\_AS\\_A\\_BAR\\_TO\\_ENFORCEMENT\\_OF\\_INTERNATIONAL\\_ARBITRAL\\_AWARDS\\_NEW\\_DELHI\\_2002\\_](https://www.academia.edu/18312524/ILA_FINAL_REPORT_ON_PUBLIC_POLICY_AS_A_BAR_TO_ENFORCEMENT_OF_INTERNATIONAL_ARBITRAL_AWARDS_NEW_DELHI_2002_), 2002, p. 6, raccomandazione 1(d), secondo cui «[t]he international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as "lois de police" or "public policy rules"; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organisations».

<sup>28</sup> Si veda BARBA, *Ordine pubblico internazionale*, cit., 410 ss.; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 29; ZARRA, *L'ordine pubblico*, cit., 729.

<sup>29</sup> In questo senso si vedano BARBA, *op. ult. cit.*, 418 ss.; PUTORTÌ, *Successione ex contractu e «ordine pubblico del foro» ex art. 35 regolamento UE 650/2012*, in *Le corti fiorentine*, 2016, 12; ZARRA, *op. ult. cit.*, 731 ss. Risultano dunque non condivisibili le opinioni dottrinali che parlano di una globalizzazione del concetto di ordine pubblico negandone la natura squisitamente domestica. Il riferimento va, tra gli altri, a GRONDONA, *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giu-*

risultare fuorviante (giacché il concetto di ordine pubblico internazionale potrebbe rimandare a valutazioni estranee ai sistemi giuridici nazionali) sembra opportuno mantenerne l'utilizzo vista la vastissima diffusione della stessa su scala globale.

Per comprendere le modalità applicative della differenza tra ordine pubblico interno ed internazionale è possibile ricorrere alla distinzione che è stata fatta da attenta dottrina civilistica tra principi c.d. «tecnici» e principi c.d. «fondamentali»<sup>30</sup>. A tal riguardo si è osservato che, se i principi fondamentali in ogni caso «si risolv[ono] nella massima attuazione di un valore» che è alla base di un certo ordinamento giuridico, i principi tecnici «non hanno una carica valoriale indiscutibile» e, talvolta, addirittura non sono espressivi di alcun valore alla base dell'ordinamento. Esempi di principi tecnici possono essere – in Italia – il principio di libertà delle forme o quello di tipicità dei diritti reali, i quali, senza dubbio, non corrispondono a scelte assiologiche essenziali del nostro ordinamento. Ebbene, applicando questa distinzione a quella precedentemente fatta tra ordine pubblico interno e internazionale, ne risulta che, mentre il primo può comprendere anche principi tecnici ai quali l'ordinamento non intende rinunciare nei rapporti puramente interni, il secondo si compone solamente dei principi fondamentali espressivi di valori fondanti il sistema giuridico. Concludendo su questo punto, si può quindi affermare che – quando si fa riferimento all'ordine pubblico di un certo ordinamento in relazione all'arbitrato internazionale – si intende, nella maggior parte dei casi (e con le eccezioni che vedremo di seguito), il c.d. ordine pubblico internazionale così come sopra definito.

Il discorso è tuttavia complicato dalla presenza di un ulteriore concetto, quello di ordine pubblico «transnazionale» o «veramente internazionale» che – secondo parte della dottrina (per lo più quella di lingua

*rista e la politica del diritto*, in *giustiziacivile.com*, approfondimento del 30 maggio 2017, 8 ss.; NIVARRA, *Brevi considerazioni al margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017, 2, le cui argomentazioni sono basate su alcune – egualmente non condivisibili – pronunce della Cassazione, tra cui si segnalano Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, e 15 giugno 2017, n. 14878. La non correttezza di tale approccio è stata di recente ribadita da Cass. s.u. 5 luglio 2017, n. 16601, la quale ha sancito senza indugio la portata nazionale (seppur ovviamente influenzata dalle fonti di diritto sovranazionale) del limite dell'ordine pubblico.

<sup>30</sup> Si veda G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 20, nota 43.

francese)<sup>31</sup> – sarebbe l'unico a dover trovare applicazione nell'arbitrato internazionale, posto che, nell'ottica di tali autori, quest'ultimo è una forma di risoluzione delle controversie che non trova legittimazione in alcun ordinamento nazionale ma solo nell'autonomia delle parti. A ben vedere, comunque, lo stesso concetto di cui si parla non trova univoca definizione. Secondo alcuni esso consiste in quell'insieme di principi propri del commercio internazionale ripetutamente rispettati nell'ambito di transazioni tra operatori di diverse nazionalità e la cui applicazione è sentita come obbligatoria e necessaria<sup>32</sup>. Altri, invece, hanno collocato il concetto *de quo* nell'alveo delle fonti del diritto internazionale pubblico di carattere generale<sup>33</sup>. Da questa seconda prospettiva sarebbe possibile, innanzitutto, individuare l'ordine pubblico veramente internazionale nelle norme c.d. di *jus cogens*, ossia quelle costituenti (dal punto di vista sostanziale) il nocciolo duro del diritto internazionale pubblico (come, ad es., il principio di autodeterminazione dei popoli ed il divieto di violazioni gravi dei diritti umani)<sup>34</sup>. In secondo luogo, è possibile fare riferimento a quei principi di diritto che sono comuni alla stragrande maggioranza degli ordinamenti interni, i quali – proprio per la diffusa applicazione e per la convinzione della relativa obbligatorietà e necessità nei sistemi di diritto nazionale – vengono riconosciuti ed applicati anche nel diritto internazionale pubblico, particolarmente ove quest'ultimo si presenti incompleto o lacunoso (il valore normativo di questi principi si evince dall'art. 38, par. 1, lett. (c) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, il quale elenca le fonti del diritto internazionale che

<sup>31</sup> Si tratta, in particolar modo, di coloro i quali sostengono la tesi dell'arbitrato nazionale, su cui v. la precedente nota 11.

<sup>32</sup> V. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in SANDERS, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series Vol. 3, L'Aja, 1986, 258 ss.; KESSEDJAN, *Transnational Public Policy*, in VAN DEN BERG, *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series Vol. 13, Londra – L'Aja, 2007, 861-862.

<sup>33</sup> Si veda, anche per la bibliografia ivi contenuta, JUNNGAM, *Public policy in International Investment Law: The Confluence of Three Unruly Horses*, in *Texas International Law Journal*, 2016, 73 ss. Da notare che alcuni autori utilizzano il concetto di ordine pubblico transnazionale come indistintamente comprensivo sia degli usi del commercio internazionale che di fonti del diritto internazionale generale. HWANG e LIM, *Corruption in Arbitration – Law and Reality*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2012, 60 ss.

<sup>34</sup> Sul tema si veda ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, 7 ss.

la Corte stessa può applicare)<sup>35</sup>. Un esempio di questo genere potrebbe essere dato dal principio secondo cui *ex iniuria jus non oritur*, che trova applicazione in quasi tutti i sistemi giuridici e secondo il quale non è consentito chiedere tutela giurisdizionale in relazione ad atti che sono il risultato di un'attività illecita (come la corruzione)<sup>36</sup>.

Con riguardo a quanto appena detto, sono necessarie alcune precisazioni<sup>37</sup>. Per quanto concerne la prima visione dell'ordine pubblico transnazionale o realmente internazionale, si deve riconoscere che – salvo che essi siano positivizzati in una norma interna – i principi che di esso costituirebbero espressione non hanno alcun valore normativo e non sono espressione di nessun sistema di diritto. A tal riguardo, non si può che condividere l'opinione di chi afferma che «i principi di ordine pubblico che interferiscono con impegni contrattuali devono essere chiari ed identificabili e devono rappresentare la *policy* e l'approccio di un dato ordinamento giuridico»<sup>38</sup>. Non sembra quindi possibile riconoscere una propria autonomia applicativa al concetto di cui si discute nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale.

In merito all'assimilazione dell'ordine pubblico transnazionale o veramente internazionale alle norme di diritto internazionale generale, occorre tenere presente che queste norme entrano – attraverso diversi meccanismi di adattamento cui non è possibile tenere conto in questa sede<sup>39</sup> – a far parte degli ordinamenti interni e che, dunque, nel momento applicativo, ove i principi da esse espressi siano considerati essenziali e rap-

<sup>35</sup> Sul punto v. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2015, 48-54.

<sup>36</sup> Così SACERDOTI, *Corruption in Investment Transactions: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2009, 578. Per una simile ricostruzione v. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, 420-421.

<sup>37</sup> Per un'analisi delle critiche alla dottrina dell'ordine pubblico transnazionale v. CREMA, *Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi alla giurisdizione ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 123 ss.

<sup>38</sup> REDFERN, *Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy*, in VAN DEN BERG, *International Arbitration 2006*, cit., Londra – L'Aja, 2007, 872 (traduzione a cura dell'autore). Sulla stessa linea di pensiero REISMAN, *Law, International Public Policy (So-called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration*, in VAN DEN BERG, *op. ult. cit.*, Londra – L'Aja, 2007, 849 ss.

<sup>39</sup> Per quanto riguarda l'Italia, l'adattamento al diritto internazionale generale è garantito dall'art. 10, 1° comma, della Costituzione, il quale prevede che «[l']ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». Sul punto si veda CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 347 ss.

presentativi dell'identità costituzionale degli stessi, essi saranno applicati come parte dell'ordine pubblico (internazionale) quale concetto puramente domestico e non in forza della propria origine nell'ordinamento internazionale<sup>40</sup>.

In conclusione, giova ripetere che quando si parla di ordine pubblico in relazione ad un arbitrato internazionale si fa solitamente riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale come concetto squisitamente interno, il quale ricomprende i principi fondamentali dell'ordinamento di volta in volta rilevante, la cui applicazione è considerata essenziale al punto da far cedere la volontà di apertura del sistema a leggi ed atti stranieri nonché la comunemente avvertita necessità di favorire gli scambi internazionali.

3. *Ordine pubblico e arbitrabilità.* – Il primo ambito in cui il concetto di ordine pubblico viene in rilievo durante un arbitrato internazionale è quello dell'arbitrabilità della controversia. Con questa locuzione si fa riferimento alla questione «of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration and whether specific classes of disputes are exempt from arbitration proceedings»<sup>41</sup>. Si ritiene, dunque, che l'arbitrabilità sia una «specific condition pertaining to the jurisdictional aspect of arbitration agreements [...] Arbitrability is a condition precedent for the Tribunal to assume jurisdiction over a particular dispute»<sup>42</sup>. La possibilità che alcune materie non siano rimettibili alla giurisdizione degli arbitri è stata tradizionalmente connessa alla volontà degli Stati di preservare per il proprio apparato giudiziario alcune materie sensibili, come ad esempio il diritto penale, che è indubbiamente rimesso alla sola giurisdizione dei giudici interni. Si tratta delle materie che vengono solitamente definite «di ordine pubblico», rispetto alle quali le conseguenze sociali delle decisioni sono tali da non consentire – agli occhi del legislatore – una pronuncia da parte di un tribunale privato<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Esempio, da questo punto di vista, l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, 188 ss.

<sup>41</sup> MISTELIS, *Fundamental Observations and Applicable Law*, in MISTELIS, BREKOU-LAKIS, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, Londra – L'Aja, 2009, 4.

<sup>42</sup> BREKOU-LAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New areas of Concern*, in *Arbitrability*, cit., 39.

<sup>43</sup> Ciò innanzitutto per motivi spesso connessi alla percepita differenza esistente tra arbitrato e giurisdizione dal punto di vista delle garanzie procedurali. A tal riguardo,

In termini generali, sembra possibile affermare che, nella maggior parte dei sistemi giuridici, si assiste ad una progressiva riduzione dello spettro dell'inarbitrabilità e alla contestuale presa di coscienza della perfetta abilità (o, almeno, la non aprioristica incapacità) degli arbitri di giudicare su questioni di rilevante interesse pubblico<sup>44</sup>. Esempio significativo di questa tendenza è dato dai casi di corruzione. Nel 1963, nel celebre lodo CCI n. 1110, il giudice Lagergren, agendo come arbitro unico in una controversia nascente da un contratto per la stipula del quale si erano consumati degli atti corruttivi, non esitò a declinare la propria giurisdizione data l'inarbitrabilità dei casi nascenti da corruzione<sup>45</sup>. In seguito, tuttavia, si è fatta strada l'idea secondo la quale questo tipo di controversie possa essere soggetto alla giurisdizione arbitrale, ma che – per il già menzionato principio *ex iniuria jus non oritur* – gli arbitri debbano declinare la domanda nel merito<sup>46</sup>.

sembra opportuno replicare menzionando le parole di BREKOULAKIS, *op. ult. cit.*, 25, secondo il quale: «[i]t is true that arbitration proceedings have procedural characteristics different from national litigation. However, this does not make arbitration a compromised dispute resolution mechanism in terms of due process, which is unfit to deal with public policy disputes. Otherwise, if that was the case, all disputes – public policy and non public policy ones – should be excluded from arbitration altogether. Even pure commercial disputes require uncompromised procedural safeguards». In secondo luogo, spesso si dubita della capacità degli arbitri, come soggetti privati, di applicare le norme di ordine pubblico di un certo ordinamento. Tuttavia, a tal riguardo è necessario porre in evidenza che – posto che le norme che esprimono principi fondamentali non sono redatte in termini neutrali, ma utilizzano una terminologia da cui si evince chiaramente lo scopo che il legislatore ha avuto nel promanare la disposizione – non vi è motivo per dubitare che gli arbitri applichino scorrettamente (o in ogni caso meno correttamente dei giudici) le norme di ordine pubblico, posto che essi si limiteranno a dare efficacia alla legge così come essa è scritta.

<sup>44</sup> YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, in *Arbitrability*, cit., 47 ss. Similmente T. ROSSI, *Arbitrabilità*, cit., 45. Per un approccio più conservatore in tema di rapporto tra arbitrabilità e ordine pubblico v. BOCKSTIEGEL, *Public Policy and Arbitrability*, in SANDERS, *Comparative*, cit., 177 ss.; ID., *Public Policy as a Limit to Arbitration and Its Enforcement*, in *Dispute Resolution International*, 2008, 123 ss.

<sup>45</sup> Il testo del lodo è reperibile all'indirizzo [https://www.trans-lex.org/201110/\\_icaward-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq/](https://www.trans-lex.org/201110/_icaward-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq/). Un simile approccio è poi stato seguito dalla Corte Suprema del Pakistan 14 giugno 2000, *The Hub Power Company Ltd (HUBCO) v. Pakistan WAPDA and Federation of Pakistan*, in *Mealey's Arbitration Report*, 2000, 1.

<sup>46</sup> Si veda CRIVELLARO, *Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, 27 ss.

Un simile decorso si è avuto anche in materie come la concorrenza<sup>47</sup>, le transazioni sui titoli<sup>48</sup>, i contenziosi relativi al *copyright*<sup>49</sup>, quelli concernenti contratti derivanti da frodi<sup>50</sup> e le controversie accessorie in materia fallimentare (c.d. *non-core insolvency issues*, ossia tutte le controversie che non implicano necessariamente un coinvolgimento della totalità dei creditori, come ad es. i contenziosi relativi a contratti del fallito in corso di esecuzione)<sup>51</sup>. Attenta dottrina ha altresì dimostrato che non esistono limiti di ordine pubblico alla libera arbitrabilità della materia testamentaria, posto che l'unica questione rilevante consiste nell'accertare il corretto rispetto dei principi del giusto processo e la corretta applicazione delle norme di ordine pubblico da parte degli arbitri<sup>52</sup>. Oggi

<sup>47</sup> Oltre al già citato caso *Mitsubishi v. Soler*, che ha sancito l'arbitrabilità della concorrenza negli USA, va segnalata la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 1° giugno 1999, causa C-126/97, *EcoSwiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, reperibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-126/97>. Sul punto si veda CHESSA, MIGLIORINI, *Arbitrato e concorrenza: limiti e prospettive di una convivenza*, in *Bocconi Legal Papers*, 2014, 91 ss.

<sup>48</sup> Inizialmente, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva sancito in *Wilko v. Swan*, 7 dicembre 1953, 346 U.S. 427, l'inarbitrabilità di questo genere di controversie. L'approccio è stato poi parzialmente cambiato in *Scherk v. Alberto Culver*, 17 giugno 1974, 417 U.S. 506, in cui è stato sottolineato che le esigenze di ordine pubblico devono cedere nei casi con elementi di estraneità, in cui devono prevalere ragioni connesse all'*international comity*. Infine, nel caso *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 8 giugno 1987, 482 U.S. 220, la stessa Corte Suprema ha esteso l'arbitrabilità di tutte le controversie in materia di transazioni su titoli.

<sup>49</sup> Si veda Corte Suprema del Canada 21 marzo 2003, *Desputeaux v. Editions Chouette (1987) Inc.*, 1 SCR 178

<sup>50</sup> US Supreme Court 12 giugno 1967, *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin Mfg Co.*, 87 SCt 1810.

<sup>51</sup> BLACKABY ET AL., *International Arbitration*, cit., 117. V. Bankruptcy Court of Massachusetts 17 marzo 1987, *Societe Nationale Algerienne v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (D. Mass. 1987). Tale approccio è riscontrabile anche in Italia. Si veda ad esempio Trib. Lodi 13 febbraio 1991, *Adda Officine Elettromeccaniche e Meccaniche v. Alsthom Atlantique SA*, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1996, 580 ss. Il legislatore è poi intervenuto a più riprese e «sembra aver escluso la arbitrabilità soltanto relativamente all'accertamento del passivo, aprendo, invece, la via arbitrale alle liti recuperatorie (azioni revocatorie, di simulazione, di nullità), nelle quali si fanno valere i crediti del fallito stesso». Così, T. ROSSI, *Arbitrabilità*, cit., 157. Similmente, per la Francia, si veda Cour de Cassation 19 maggio 1987, in *Revue de l'Arbitrage*, 1988, 142 ss.

<sup>52</sup> G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità del testamento*, in SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO CIVILE, *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Atti del 10° Convegno Internazionale, Napoli, 2016, 444. Anche in questo caso, eventuali problemi di arbitrabilità po-

si parla, non a caso, di una presunzione in favore dell'arbitrabilità di qualsiasi materia, tale che qualsiasi caso dubbio deve essere interpretato in maniera tale da consentire il ricorso all'arbitrato<sup>53</sup>.

Uno dei motivi principali per i quali si è ammesso che gli arbitri possano esercitare la propria giurisdizione su questo genere di controversie sta nel fatto che – in ogni caso – la corte nazionale dove il lodo dovrà esplicitare la propria efficacia avrà la possibilità di esercitare un controllo in punto di diritto sullo stesso quando ne sarà chiesta l'esecuzione ai sensi della Convenzione di New York (c.d. *second look doctrine*)<sup>54</sup>. Sul punto è utile rammentare quanto affermato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Mitsubishi*<sup>55</sup>, in cui i giudici hanno fatto presente che il *favor* per l'arbitrato giustifica una rinuncia dello Stato ad una volontà aprioristica di giudicare su materie sensibili, anche alla luce del fatto che sarà sempre possibile, nel momento dell'esecuzione, negare l'efficacia ad un lodo contrario all'ordine pubblico (ai sensi dell'art. V(2)(b) della Convenzione di New York)<sup>56</sup>.

In conclusione, sembra possibile affermare che lo spettro delle materie in cui l'inarbitrabilità è determinata dall'ordine pubblico è, oggi, ridotto all'osso. In Italia, ad esempio, è stato efficacemente dimostrato che i limiti all'arbitrato dovuti a scelte sostanziali del legislatore restano per le sole materie in cui si richiede un intervento del pubblico ministero<sup>57</sup>.

trebbero essere connessi solo ad una mancata manifestazione (esplicita od implicita) di consenso all'arbitrato. Se, da un lato, si potrebbe ritenere che l'interesse per il testamento vada considerato quale interesse per il documento nel suo complesso (ivi inclusa la clausola arbitrale) e che chiunque sia interessato all'eredità presti automaticamente anche il consenso alla disposizione di arbitrato testamentaria, lo stesso G. PERLINGIERI, a 450, afferma che il limite dell'operatività della disposizione testamentaria di arbitrato si ha quando essa dovrebbe essere estesa a coloro che non sono destinatari di alcuna disposizione testamentaria.

<sup>53</sup> YOUSSEF, *The Death of Inarbitrability*, cit., 56 ss. Questo criterio è stato enucleato dalla US Supreme Court 23 febbraio 1983, *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24.

<sup>54</sup> La *second look doctrine* trova approvazione anche in Inghilterra, su cui v. Lord NEUBERGER, *Arbitration and the Rule of Law*, in *Chartered Institute of Arbitrators Centenary Celebration, Hong Kong*, reperibile all'indirizzo <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150320.pdf>, par. 11 ss.

<sup>55</sup> US Supreme Court 2 luglio 1985, *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985), cit., 638.

<sup>56</sup> Sul punto si veda BARON e LINIGER, *A Second Look at Arbitrability*, in *Arbitration International*, 2003, 27 ss.

<sup>57</sup> Si veda P. PERLINGIERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *Rasse-*

Problemi di arbitrabilità possono, tuttavia, sorgere a causa delle caratteristiche dell'arbitrato e dei limiti intrinseci di questo mezzo di soluzione delle controversie. L'arbitrato, infatti, trae fondamento dal consenso espresso dalle parti in causa. La decisione degli arbitri, tendenzialmente<sup>58</sup>, vincola i soli soggetti che hanno aderito alla clausola arbitrale. Conseguentemente, emergono problemi pratici con riguardo alla potenziale arbitrabilità di alcune controversie<sup>59</sup>. Si pensi, ad es., ad una procedura fallimentare: sebbene non ci sia alcun motivo di ordine pubblico che giustifichi apriori una preferenza per un procedimento nelle corti interne al posto che dinnanzi ad un giudice privato, sembra materialmente impossibile far sì che tutti i soggetti coinvolti nella procedura diano il proprio consenso alla rimessione della questione dinnanzi agli arbitri. Per questo motivo, è stato affermato che l'inarbitrabilità dovrebbe essere letta come l'«inability of arbitration to provide for an effective resolution of a specific dispute»<sup>60</sup>.

Ciò posto, è necessario tenere conto del fatto che gli approcci dei diritti nazionali possono differire con riguardo all'arbitrabilità di una controversia<sup>61</sup>. Questa è una diretta conseguenza delle diverse modalità con cui ogni sistema giuridico può decidere di bilanciare le contrapposte esigenze di mantenere alcune materie nel dominio riservato delle corti interne e di promuovere gli scambi ed il commercio internazionale attra-

*gna di diritto civile*, 2015, 594 ss.; secondo T. ROSSI, *Arbitrabilità*, cit., 184 si tratta di circostanze nelle quali l'interesse pubblico qualificato sotteso alla lite impone la partecipazione ed il controllo da parte dello Stato nella persona del p. m.

<sup>58</sup> Si veda RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 655 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004.

<sup>59</sup> Similmente, BREKOULAKIS, *On Arbitrability*, cit., 32.

<sup>60</sup> *Id.*, *op. ult. cit.*, 33.

<sup>61</sup> Esempio, da questo punto di vista, è la questione dell'arbitrabilità delle controversie rientranti nell'ambito di applicazione di un embargo. Nella nota controversia riguardante la fornitura di fregate da parte della Fincantieri al Governo dell'Iraq, la Corte Suprema Svizzera è arrivata ad affermare l'arbitrabilità della controversia nonostante le misure di embargo imposte dalle Nazioni Unite che proibivano il commercio con il Paese mediorientale. V. *Fincantieri Cantieri Navali Italiani SpA et OTO Melara Spa v M and Arbitration Tribunal*, 23 giugno 1992, reperibile all'indirizzo [http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice\\_display&id=910](http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=910). Decisioni di segno opposto sono state raggiunte dalle corti italiane. Si veda App. Genova 7 maggio 1994, *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A. c. Ministero della Difesa, e della fornitura di armamenti Iracheno*, in *Riv. arb.*, 1994, 505 ss.

verso un più efficace mezzo di risoluzione delle controversie<sup>62</sup>. Dunque è fondamentale determinare quale sia il diritto applicabile per determinare l'arbitrabilità di una controversia. Sicuramente tale diritto non necessariamente corrisponde alla legge applicabile alla clausola arbitrale; mentre quest'ultima è rimessa alla libera determinazione delle parti, la determinazione dell'arbitrabilità della controversia è determinata da ogni Stato in maniera autonoma. Di conseguenza, agli arbitri si richiede un approccio pragmatico<sup>63</sup>: essi dovranno, innanzitutto, tenere conto della legge dello Stato della sede dell'arbitrato. Ove ciò non accadesse, è evidente che, nel caso in cui il tribunale arbitrale assumesse giurisdizione su una materia inarbitrabile, il lodo potrebbe poi essere annullato. In secondo luogo, gli arbitri dovranno prendere in considerazione l'arbitrabilità della controversia secondo il sistema giuridico del luogo dove è verosimile che si chiederà l'esecuzione del lodo<sup>64</sup>; la Convenzione di New York, infatti, all'art. V(2)(a) prevede espressamente che l'esecuzione del *dictum* arbitrale possa essere rifiutata nei casi in cui la controversia non sia arbitrabile per il diritto del luogo dove tale esecuzione è richiesta. Infine, l'arbitro dovrà tenere conto di tutti quei sistemi di diritto che – in concreto – potrebbero essere rilevanti ai fini della determinazione della controversia e dell'efficacia del lodo.

<sup>62</sup> MISTELIS, *Fundamental Observations*, cit., 10. Similmente, si vedano BLACKABY, ET AL., *International Arbitration*, cit., 111.

<sup>63</sup> Questo è dovuto proprio alla particolare natura dei tribunali arbitrali internazionali, che non agiscono come organi di nessuno Stato. V. DI PIETRO, *General Remarks on Arbitrability Under the New York Convention*, in *Arbitrability*, cit., 92. Non a caso, la Corte Distrettuale per il Distretto Est di New York, sentenza del 29 marzo 1991, *Meadows Indemnity Co. Ltd. v. Bacala & Shoop Insurance Service Inc.*, 760 F. Supp. 1036, ha affermato che, per una corretta valutazione di arbitrabilità, l'analisi vada condotta su scala internazionale, facendo riferimento «to the laws of the countries party to the Convention». Per un ulteriore approccio, secondo il quale ai fini della determinazione sull'arbitrabilità si dovrebbe tenere conto della sola legge dello Stato dalle cui corti la controversia sarebbe stata conosciuta in assenza di una clausola arbitrale (essendo quest'ultimo l'unico Stato avente un reale interesse nell'applicazione del proprio diritto), v. BREKOULAKIS, *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori*, in *Arbitrability*, cit., 99 ss.

<sup>64</sup> Si vedano GAILLARD e SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Londra – L'Aja, 1999, 330 ss. Questi autori affermano che il diritto del luogo dell'esecuzione è l'unico sistema giuridico nazionale di cui gli arbitri devono tenere conto ai fini della determinazione di arbitrabilità, che deve altrimenti essere risolta sulla base di valutazioni connesse alla «genuinely international public policy».

4. *Ordine pubblico e procedura arbitrale.* – Passando all'analisi del rapporto tra procedura arbitrale e ordine pubblico, va da subito posto in evidenza che il rispetto del principio del giusto processo si impone oggi, indubbiamente, anche ai tribunali arbitrali internazionali quale requisito fondamentale di ordine pubblico attinente la sfera procedurale. Come noto, la procedura arbitrale è governata dalle eventuali regole istituzionali individuate dalle parti (ad es. il regolamento arbitrale della CCI) congiuntamente alla c.d. *lex loci arbitri*, ossia legge del luogo della sede che disciplina le procedure arbitrali (congiuntamente definite *lex arbitri*)<sup>65</sup>. Nonostante l'esistenza di numerose divergenze tra i sistemi giuridici nazionali nella disciplina degli arbitrati internazionali, la considerazione appena fatta circa l'applicabilità del principio del giusto processo all'arbitrato appare generalizzabile<sup>66</sup> e dunque ci soffermeremo in seguito solo su alcune disposizioni significative per l'ampia incidenza applicativa.

Come noto, l'art. 6 CEDU sancisce, tra l'altro, che qualsiasi processo debba svolgersi davanti ad un giudice terzo ed imparziale costituito per legge e nel rispetto del principio di parità delle armi tra le parti in causa; fatta salva una pronuncia iniziale dal contenuto più ambiguo<sup>67</sup>, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che i giudici nazionali di volta in volta competenti devono rifiutare di dare esecuzione (o, comunque, garantire validità ed efficacia) a lodi arbitrali emessi in violazione degli standard procedurali sanciti dall'art. 6 CEDU<sup>68</sup> con ciò sancendo implicitamente l'obbligo degli arbitri di rispettare tali principi durante il procedimento<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Sul punto v., diffusamente, MISTELIS, *Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to "Lex Arbitri"*, in *The American Review of International Arbitration*, 2006, 164 ss.

<sup>66</sup> KURKELA e TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford, 2010, 173 ss.; GARGIULO, *Principio del contraddittorio nell'arbitrato – libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 2016, 1184 ss.

<sup>67</sup> Commissione EDU 4 marzo 1987, ricorso n. 10881/84, *R. c. Svizzera*. In questa pronuncia, la Commissione sembrava affermare che sullo stato non ricadesse un obbligo del controllo dell'operato degli arbitri alla luce dell'art. 6 CEDU.

<sup>68</sup> Si vedano Corte EDU 23 febbraio 1999, ricorso n. 31737/96, *Osmo Suovaniemi e altri c. Finlandia*; Commissione EDU 27 novembre 1996, ricorso n. 28101/95, *Nordstrom-Janzon e Nordstrom-Lethinen c. Paesi Bassi*; 2 dicembre 1991, ricorso n. 18479/91, *Jakob Boss Söhne KG c. Germania*; 2 dicembre 1991, ricorso n. 18805/91, *Schiebler KG c. Germania*.

<sup>69</sup> V. ZARRA, *Rinuncia preventiva all'impugnazione dei lodi arbitrali internazionali e*

La necessità di rispettare i principi del giusto processo è, comunque, consacrata in vari statuti nazionali che disciplinano l'arbitrato. Basta qui menzionare la Sezione 33 dell'English Arbitration Act 1996, rubricata «General duty of the tribunal», secondo la quale:

«(1) The tribunal shall—

(a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and

(b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

(2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it».

La S. 68 della stessa legge, poi, sancisce che le Corti inglesi dovranno annullare i lodi arbitrali emessi in Inghilterra ove le garanzie procedurali di cui alla S.33 non siano state rispettate.

Similmente, l'art. 34(2)(a)(ii) della Legge modello UNCITRAL stabilisce che i lodi arbitrali dai quali si evince che «the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case» debbano essere annullati.

Anche la dottrina si è da sempre espressa nel senso che gli Stati dovessero accertarsi del rispetto delle proprie «fundamental norms of procedural fairness» da parte degli arbitri prima di garantire l'esecuzione dei lodi stranieri<sup>70</sup>. Tali norme richiedono, innanzitutto, il trattamento paritario delle parti nel procedimento, in secondo luogo che i soggetti coinvolti ricevano adeguate informazioni circa l'inizio della procedura e gli *step* della stessa ed, infine, un'adeguata possibilità per le parti di sottoporre i propri argomenti agli arbitri in maniera compiuta.

Come è prevedibile, la violazione di garanzie procedurali ha spesso

*compatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. arb.*, 2016, 312.

<sup>70</sup> Così SCHWEBEL e LAHNE, *Public Policy and Arbitral Procedure*, in SANDERS, *Comparative*, cit., 205 ss. Analogamente, GOLDMAN, *The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective*, in International Chamber of Commerce, *International Arbitration – 60 Years of ICC Arbitration – A Look at The Future* (ICC Publication No. 412), Parigi, 1984, 267.

costituito la base per domande di annullamento dei lodi presso gli Stati della sede. A tal riguardo, va innanzitutto precisato che i tribunali arbitrali godono di ampia discrezionalità nella conduzione dei procedimenti e che solo ove si riscontri una effettiva privazione dei diritti di una delle parti si potrà parlare di violazioni del principio del giusto processo. A riprova di quanto appena detto è possibile citare il caso *Margulead v. Exide Tech.*<sup>71</sup>, nel quale la parte attrice lamentava che – dopo che le parti e gli arbitri si fossero accordati che ciascuna di esse avrebbe avuto a propria disposizione un’ora per le proprie conclusioni orali – il tribunale gli abbia negato il diritto ad una replica alle affermazioni del convenuto; secondo l’attore, incombendo l’onere della prova su di lui, egli avrebbe dovuto avere l’ultima parola. Il giudice inglese, tuttavia, ha rigettato il ricorso in annullamento, specificando che «not having the last word does not mean that a party was not given a reasonable opportunity to present». Similmente, in un contenzioso arbitrale nel quale una parte richiese la presenza di un consulente tecnico che gli arbitri, invece, si rifiutarono di nominare, una corte inglese ha avuto modo di specificare che gli arbitri godono della «widest discretion to determine the procedure»<sup>72</sup>. È opportuno, infine, porre in evidenza che, in una controversia nella quale un tribunale arbitrale si rifiutò di posporre la data della deposizione di un testimone (così come invece richiesto da una parte), una corte d’appello statunitense rilevò che, nel corso di un arbitrato internazionale coinvolgente parti provenienti da tutto il mondo, non sia materialmente possibile – all’atto della fissazione della *timetable* – accontentare tutte le esigenze di tutte le parti coinvolte<sup>73</sup>. Non fu, pertanto, ritenuta esistente alcuna violazione del principio del giusto processo.

Va altresì rilevato che l’assenza di motivazioni adeguate nel lodo arbitrale internazionale spesso non è stata ritenuta come una violazione del principio del giusto processo. Giova, a tal riguardo, menzionare due pronunce della Corte d’appello di Firenze. Nel caso *S.A. Tradax Export v. Carapelli S.p.A.*<sup>74</sup> la parte soccombente si opponeva all’esecuzione di

<sup>71</sup> Court of Appeal – Commercial Court (UK) 6 maggio 2004, [2005] 1 Lloyd’s Rep 324.

<sup>72</sup> Queen’s Bench Division – Commercial Court, *Egmatra AG v. Marco Trading*, [1999] 1 Lloyd’s Rep. 862.

<sup>73</sup> US Court of Appeal for the Second Circuit 23 dicembre 1974 *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de Industrie du Paper*, 508 F.2d 969.

<sup>74</sup> 22 ottobre 1976, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, III, 1978, 279.

un lodo emesso a seguito di una procedura arbitrale del GAFTA (Grains and Feed Trade Association) con sede a Londra, giacché questo non era adeguatamente motivato. La Corte, tuttavia, rilevò che il diritto inglese permette l'emissione di lodi non motivati e la stessa Convenzione di New York non annovera la non motivazione tra i motivi per il rifiuto dell'esecuzione dei lodi. La Corte affermò, quindi, che ciò che è ritenuto fondamentale nei procedimenti interni non può essere necessariamente imposto ad autorità straniere le cui leggi non dispongono in tal senso. Allo stesso modo, in un caso in cui si chiedeva l'esecuzione di un lodo emesso da un tribunale costituito sotto gli auspici dell'American Arbitration Association<sup>75</sup>, la stessa Corte territoriale evidenziò che la circostanza che l'assenza di motivazione costituisca una grave violazione dei principi del processo italiano (riferibili ai processi interni) non rileva in un caso internazionale, giacché ciò che è fondamentale nel diritto procedurale italiano può non essere considerato egualmente essenziale dai legislatori stranieri. Rispetto a queste decisioni, se è vero che ne va apprezzato lo spirito di apertura verso istanze provenienti da ordinamenti stranieri tale da compromettere anche importanti valori interni, va sollevata qualche perplessità derivante dalla rilevanza che l'obbligo di motivazione ha nel diritto italiano, tale che sembrerebbe corretto annoverare tale obbligo tra i principi fondamentali del nostro ordinamento<sup>76</sup>. Se quanto qui affermato fosse rispondente al vero, un lodo arbitrale non motivato sarebbe certamente contrario – in Italia – all'ordine pubblico internazionale.

In altri casi, tuttavia, violazioni di carattere procedurale hanno portato a pronunce di annullamento di lodi arbitrali. Ciò è, innanzitutto,

<sup>75</sup> 8 ottobre 1977, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1978, 289.

<sup>76</sup> Questa conclusione deriva, innanzitutto, dalla lettura del 6° comma dell'art. 111 della Costituzione, secondo il quale «[t]utti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». In secondo luogo, da una analisi della dottrina non sembra potersi sostenere una posizione differente. V., sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto giurisprudenziale ed il ruolo della dottrina*, in questa *Rivista*, 2012, 15. V. altresì G. PERLINGIERI, *Profili applicativi*, cit., 56 ss., da cui si evince chiaramente la necessità della motivazione come strumento fondamentale per verificare la ragionevolezza della decisione, ossia il corretto bilanciamento di interessi nel caso concreto ed alla luce delle norme rilevanti. Con riguardo, più in generale, alla motivazione nei lodi arbitrali, v., *ex multis*, LALIVE, *On the Reasoning of International Arbitral Awards*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 55 ss.; CARBONNEAU, *Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1985, 579 ss.

capitato allorquando vi siano state gravi irregolarità nel processo di notifica del processo arbitrale alla parte convenuta. Nel caso *Corporación Salvadoreña de Calzado S.A. v. Injection Footwear Corp.*<sup>77</sup>, una Corte Federale Distrettuale degli Stati Uniti rilevò una violazione del *due process* a causa del fatto che la notifica dell'inizio di una procedura arbitrale a El Salvador era stata comunicata alla controparte americana attraverso una rogatoria emessa da una Corte salvadoregna e poi non consegnata passando per un tribunale americano (come prescritto dalla legge) ma per un attaché dell'ambasciata USA. La Corte americana rilevò come il processo arbitrale fosse dunque continuato senza alcuno sforzo da parte del *claimant* o del tribunale di informare il convenuto di quanto stesse accadendo e dunque riconobbe una violazione del *due process*.

Rilevano poi i casi in cui il tribunale abbia basato la propria decisione su questioni giuridiche o fattuali sulle quali una o entrambe le parti non abbiano avuto l'opportunità di pronunciarsi. Nel caso *Kanoria v. Guinness*<sup>78</sup>, nel corso di un arbitrato avente sede in India e la cui legge applicabile era il diritto indiano, la parte attrice ha cambiato parte delle proprie argomentazioni giuridiche nel corso di un'udienza nella quale la parte convenuta non era presente. Il tribunale, tuttavia, ha omesso di dare a quest'ultima la possibilità di replicare ai nuovi argomenti addotti dall'attore. Per questo motivo, la Corte d'appello londinese ha ritenuto esistente una violazione del *due process* e non ha consentito l'esecuzione del lodo arbitrale. Similmente, nel caso *The Vimeira*<sup>79</sup>, il tribunale arbitrale ha basato la propria decisione su una circostanza fattuale che nessuna delle due parti aveva discusso nelle proprie memorie (gli arbitri avevano infatti valutato le condizioni di sicurezza di un porto dove il vascello «The Vimeira» aveva avuto una collisione). La Corte d'appello di Londra ha quindi annullato il lodo arbitrale. Nelle parole di Robert Goff LJ: «In truth, we are simply talking about fairness. It is not fair to decide a case against a party on an issue which has never been raised in the case without drawing the point to his attention so that he may have an opportunity of dealing with it, either by calling

<sup>77</sup> District Court for the Southern District of Florida 18 febbraio 1982, 533 F. Supp. 290.

<sup>78</sup> England and Wales Court of Appeal 21 febbraio 2006, [2006] EWCA Civ 222.

<sup>79</sup> England and Wales Court of Appeal, *Interbulk Limited v. Aiden Shipping Co Limited (The 'Vimeira')*, [1984] 2 Lloyd's Rep 66.

further evidence or by addressing argument on the facts or the law to the tribunal».

Situazione assimilabile a quelle sopra esaminate è quella in cui il tribunale arbitrale basi la propria decisione su prove sulle quali nessuna delle due parti aveva potuto presentare le proprie osservazioni<sup>80</sup>, o quella nella quale gli arbitri pronuncino nei riguardi di una parte una condanna diversa rispetto a quella che era stata richiesta<sup>81</sup>.

In conclusione, non ogni irregolarità di carattere procedurale porta a una pronuncia di invalidità o mancata esecuzione dei lodi arbitrali internazionali, ma – proprio in virtù del *self restraint* posto in essere dagli organi giudiziari interni in presenza di situazioni che presentano elementi di estraneità – deve sussistere una violazione del principio del giusto processo affinché la parte possa venire, conseguentemente, pregiudicata nel godimento di un proprio diritto sostanziale<sup>82</sup>.

#### 5. Ordine pubblico e legge applicabile al merito della controversia. –

La questione del rapporto tra ordine pubblico e legge applicabile al merito della procedura è stata oggetto di numerose trattazioni<sup>83</sup> e richiede-

<sup>80</sup> Technology and Construction Court (UK) 20 marzo 1998, *Kye Gbangbola and Lisa Lewis v. Smith Sherriff Limited*, [1999] 1 TCLR 136, His Honour Judge Humphrey Lloyd QC affermò che un tribunale arbitrale non potesse in un lodo parziale decidere in favore della parte attrice e successivamente condannare la parte vincitrice al pagamento di tutti i costi della procedura sulla base di prove sopraggiunte in un momento successivo quando le parti non avevano più la possibilità di presentare memorie.

<sup>81</sup> Questa situazione è emersa di fronte alla Corte Superiore del Quebec 12 dicembre 2008, *Louis Dreyfus SAS v. Holding Tusculum BV*, 2008 QCCS 5903, in cui una parte di un progetto di *joint venture* chiedeva al tribunale arbitrale una pronuncia che accertasse il corretto esercizio (da parte dell'attore) del diritto di *buy out* rispetto alle altre parti. Gli arbitri, tuttavia, piuttosto che dare seguito alla pronuncia dell'attore, dissolsero la *joint venture* senza dare alle parti la possibilità di pronunciarsi sul punto. La Corte del Quebec, dunque, annullò il lodo a causa del fatto che gli arbitri fossero andati *ultra petita* e della circostanza per cui il *modus agendi* del tribunale costituisse una violazione del principio *audi alteram partem*. Una situazione simile si è verificata nel caso dinanzi alla Commercial Court – Queen's Bench Division 26 novembre 2008, *Van der Giessen-Noord v. Imtech*, [2009] 1 Lloyd's Rep 273, in cui gli arbitri imposero alla parte soccombente un tasso di interesse pari al 10% senza alcuna giustificazione.

<sup>82</sup> Come rilevato da P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, cit., 31, «[i] principio del contraddittorio non può risolversi solamente nel suo profilo statico, ma deve consentire alle parti pari opportunità di contribuire alla formazione del convincimento del giudicante ed al provvedimento finale».

<sup>83</sup> Si vedano, a titolo di esempio, LEW, *Applicable Law*, cit., 531 ss.; GRIGERA NAÒN,

rebbe spazio ben più ampio di quello che è possibile dedicarle in questa sede. Il problema si sostanzia nel cercare una risposta alla domanda se può un tribunale arbitrale distaccarsi dalla scelta della legge applicabile operata dalle parti in favore di norme di ordine pubblico di uno Stato diverso.

È vero che preminenza deve sempre essere accordata alla scelta delle parti, ma vero è pure che considerazioni di ordine pubblico – «in ragione dell'obbligatorietà per l'arbitro di predisporre un lodo potenzialmente riconoscibile ed eseguibile – si riflettono *ab initio* sull'attività ermeneutica dell'interprete, il quale costruirà la regola del caso controverso, alla luce dei principi racchiusi nella clausola generale di ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria»<sup>84</sup>. La dottrina è ormai quasi unanime nel ritenere che l'arbitrato internazionale non possa prescindere da un c.d. «mandatory rules method» secondo il quale «arbitrators should apply a stand-alone balancing test that considers, based on the nature of the rule and the connection to the parties' transaction, the strength of a particular state's interest in having its mandatory rules enforced»<sup>85</sup>. Come è stato correttamente dimostrato, questo è dovuto al fatto che, come già detto, gli arbitri non possono più essere considerati come svolgenti una mera funzione risolutiva di una controversia privata (c.d. «microfunction» dell'arbitrato), ma anche «a macrofunction, as

*Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, Tubingen, 1992, 153 ss.; C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Parigi, 2001; CORDERO MOSS, *International Commercial Arbitration. Party autonomy and Mandatory Rules*, Oslo, 1999.

<sup>84</sup> SBORDONE, *Il diritto applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *L'autonomia negoziale*, cit., 176.

<sup>85</sup> GREENAWALT, *Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method?*, in *The American Review of International Arbitration*, 2007, 103. La teoria in questione è stata sviluppata da MAYER, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 1986, 274 ss.; DERAIS, *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in SANDERS, *Comparative*, cit., 242; LANDO, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in SARCEVIC, *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston – London, 1989, 158; BLESSING, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 1997, 23 ss.; VOSER, *Mandatory Rules of law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*, in *The American Review of International Arbitration*, 1997, 319 ss.; LAZAREFF, *Mandatory Extraterritorial Application of National Law*, in *Arbitration International*, 1995, 142; BENIASSADI, *Do Mandatory Rules*, cit., 70.

instruments which regulate international economic and political behaviour and as such are also of concern for the furtherance of public or state interests»<sup>86</sup>.

Ma qual è l'ordinamento al quale l'arbitro deve fare riferimento? In prima battuta, sembra ovvio che non possano essere tralasciate le norme di ordine pubblico del sistema di diritto che le parti hanno scelto di applicare al proprio rapporto. Sembra infatti irragionevole che si possa selezionare una legge applicabile escludendo le disposizioni della stessa che non sono gradite alle parti<sup>87</sup>. Appare evidente che, in un caso del genere, si correrebbe il rischio che il lodo sia annullato o non eseguito.

In secondo luogo, rilievo dovrà sicuramente essere attribuito alle norme dell'ordinamento giuridico che sarebbe stato applicabile in assenza di scelta, ove tutti gli elementi della controversia siano connessi a tale sistema giuridico<sup>88</sup>. Ciò per evitare che – in una situazione puramente domestica – le parti possano frodare il diritto interno attraverso la scelta di una legge straniera.

In terzo luogo, gli arbitri dovrebbero tenere in debito conto le norme di ordine pubblico del diritto della sede dell'arbitrato. È evidente che, ove ciò non avvenisse, essi rischierebbero l'annullamento del lodo presso lo Stato della sede.

Infine, è necessario – per garantire l'esecuzione del lodo – che si tenga conto della legge dei luoghi dove è verosimile che l'esecuzione stessa sarà richiesta, nonché degli Stati nei quali l'obbligazione dovrà essere eseguita<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> VOSER, *op.ult. cit.*, 323.

<sup>87</sup> Contrariamente, si veda RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia negoziale e ruolo del diritto materiale nell'arbitrato internazionale ed interno*, in *L'autonomia negoziale*, cit., 215-217 e 225 ss. (in particolare 227).

<sup>88</sup> Negli arbitrati aventi sede negli Stati dell'Unione Europea, questa conseguenza è dettata dall'art. 3, par. 3, del regolamento Roma I (593/2008), stando al quale «[q]ualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente». Su tale norma si veda ZARRA, *Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento «Roma I»*, in corso di pubblicazione in *Rassegna di diritto civile*, 2018, 229 ss.

<sup>89</sup> Si veda, da questo punto di vista, l'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I (che troverà applicazione negli arbitrati aventi sede nell'UE), secondo il quale «[p]uò essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme

Ne discende che, nell'arbitrato internazionale, le norme di ordine pubblico di tutti questi sistemi possono considerarsi su un piano di assoluta uguaglianza<sup>90</sup>. Dipenderà quindi dall'arbitro, assumendo un approccio pragmatico e guidato dall'analisi delle peculiarità del caso concreto, comprendere a quali disposizioni di legge dare applicazione. Da questo punto di vista, sembra opportuno che i soggetti giudicanti svolgano il proprio compito partendo da un'analisi della funzione della norma della quale si reclama l'applicazione (ossia, in altre parole, degli interessi statali sottesi alla disposizione) per poi procedere ad analizzare la rilevanza in concreto di tale norma nel caso di specie. Ove si ravveda che proprio in quel caso, applicando il sistema di diritto scelto dalle parti o individuato dagli arbitri, si andrebbero a ledere interessi fondamentali dello Stato che ha promulgato tale norma (e che quindi ciò rischi seriamente di pregiudicare l'efficacia del lodo) l'arbitro dovrà disapplicare la scelta delle parti e dare preminenza alle norme di ordine pubblico<sup>91</sup>.

Resta però da comprendere se un tribunale arbitrale possa *sua sponte* procedere all'individuazione delle norme di ordine pubblico applicabili o debba valutare il ricorso alle stesse solo nel caso in cui sia stata una delle parti a sollevare la questione. In altre parole, può il principio *iura novit curia* applicarsi nell'arbitrato internazionale con riguardo a tutti i sistemi di legge rilevanti per la controversia, senza che gli arbitri incorrano nel divieto di *ultra petita* e violino il principio del giusto processo? La questione è molto dibattuta<sup>92</sup>, ma sembra che la soluzione maggio-

di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno».

<sup>90</sup> VOSER, *Mandatory Rules*, cit., 338.

<sup>91</sup> Un simile approccio può rivelarsi necessario, ad esempio, quando è certo che un lodo dovrà trovare applicazione in un Paese islamico dove, secondo la Shari'a, non possono aversi interessi (che sarebbero contrari all'ordine pubblico). Sul punto v. RUSSO, *La rilevanza della scelta della Shari'a come legge applicabile nelle procedure arbitrali*, in *L'autonomia negoziale*, cit., 71 ss.

<sup>92</sup> GIOVANNINI, *International Arbitration and Jura Novit Curia – Towards Harmonization*, in *Transnational Dispute Management*, 2012, 1 ss.; KURKELA, *Jura Novit Curia' and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective*, in *ASA Bulletin*, 2003, 486 ss.; KAUFMANN-KOHLER, *The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Ally It? How? And a Few More Questions*, in *Arbitration International*, 2005, 631 ss.; CARLEVARIS, *L'accertamento del diritto nell'arbitrato internazionale tra principio jura novit curia e onere della prova*, in *Riv. arb.*, 2007, 505 ss. La materia è stata anche oggetto degli studi dell'INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report*:

ritaria evincibile da un'analisi della prassi è che, come è anche possibile dedurre dal precedente paragrafo, nel caso in cui un tribunale arbitrale decida di basare una propria decisione su un argomento di carattere giuridico non sollevato dalle parti senza poi dare a queste ultime la possibilità di presentare le proprie deduzioni, il lodo sarà contrario al principio del giusto processo. È possibile ritrovare pronunce in tal senso nel sistema inglese<sup>93</sup> e in quello francese<sup>94</sup>. Una posizione parzialmente diversa si riscontra, invece, nel diritto svizzero, dove il Tribunal Federal ha recentemente rilevato che «in Switzerland, the right to be heard concerns particularly factual findings. The parties' right to be invited to express their position on legal issues is recognized only to a limited extent. Generally, according to the principle *jura novit curia*, state or arbitral tribunals are free to assess the legal relevance of factual findings and they may adjudicate based on different legal grounds from those submitted by the parties». Di conseguenza, le parti devono essere invitate a presentare deduzioni solo se «the arbitral tribunal considers basing its decision on a provision or legal consideration, which has not been discussed during the proceedings and which the parties could not have suspected relevant» e se quindi si possa dire che vi sia stato un effetto sorpresa<sup>95</sup>.

*Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Rio de Janeiro Conference, 2008, reperibile all'indirizzo [https://www.academia.edu/18695931/ILA\\_FINAL\\_REPORT\\_ON\\_ASCERTAINING\\_THE\\_CONTENTS\\_OF\\_THE\\_APPLICABLE\\_LAW\\_IN\\_INTERNATIONAL\\_COMMERCIAL\\_ARBITRATION\\_RIO\\_DE\\_JANEIRO\\_2008\\_](https://www.academia.edu/18695931/ILA_FINAL_REPORT_ON_ASCERTAINING_THE_CONTENTS_OF_THE_APPLICABLE_LAW_IN_INTERNATIONAL_COMMERCIAL_ARBITRATION_RIO_DE_JANEIRO_2008_), 2008.

<sup>93</sup> Commercial Court, Queen's bench Division, *Paol Ltd. v. Joint Stock Co Ros-sakhar*, [2000] 1 Lloyd's Rep 109, in cui – dopo che il convenuto aveva ammesso di aver commesso una violazione di una certa clausola del contratto – il tribunale arbitrale rigettò la domanda facendo leva su un'altra previsione contrattuale mai discussa nel corso del procedimento.

<sup>94</sup> V. Corte d'Appello di Parigi 15 marzo 2016, *De Sutter P. – K., DS2 S.A., et al. v. Republic of Madagascar*, in cui il tribunale arbitrale operò spontaneamente una compensazione tra le parti nonostante ciò non gli fosse stato richiesto (e senza che i contendenti avessero la possibilità di presentare deduzioni sul punto) e i giudici francesi sancirono che ciò violasse il diritto al contraddittorio delle parti. Similmente v. Corte d'appello di Parigi 19 giugno 2008, *Gouvernement de la République arabe d'Egypte v. Société Malicorp Ltd.*; Cour de Cassation, 29 giugno 2011, n. 785, *Overseas Mining Investments Ltd v. Commercial Carribean Niquel*.

<sup>95</sup> 15 aprile 2015, caso 4A\_554/2014, traduzione inglese reperibile all'indirizzo <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/15%20avril%202015%204A%20554%202014.pdf>.

Un approccio soddisfacente sembra essere quello espresso nel caso *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*<sup>96</sup>, in cui – dopo aver posto in evidenza la necessità di bilanciare tra il diritto delle parti al contraddittorio ed il diritto del tribunale di ricorrere al principio *iura novit curia* – i giudicanti hanno rilevato che è sì un diritto del tribunale ricorrere ad argomenti giuridici nuovi rispetto alle memorie delle parti, ma d'altra parte è sempre necessario far sì che le parti possano (attraverso la fissazione di un termine per produrre memorie) esprimersi in merito a tali argomenti, onde evitare che il lodo possa poi non essere riconosciuto come efficace.

In conclusione, sembra opportuno che – visto il ruolo pubblico che sempre più viene riconosciuto ai tribunali arbitrali – essi tengano in debito conto le esigenze degli ordinamenti con i quali la controversia è connessa e quindi applichino – ove in concreto ciò si riveli necessario – le norme di ordine pubblico di tali Paesi. D'altro canto, ove la richiesta di procedere in tal senso non provenga direttamente dalle parti, si richiede sempre che ad esse sia data la possibilità di esprimersi sull'applicabilità di disposizioni di ordine pubblico straniero<sup>97</sup>.

6. *L'ordine pubblico nella fase successiva all'esecuzione del lodo (annullamento ed esecuzione)*. – Una volta che un tribunale arbitrale avrà emesso il lodo, questo sarà potenzialmente soggetto a una revisione sia nello Stato della sede che in tutti gli Stati in cui ne sarà chiesta l'esecuzione. A tal riguardo va posto in evidenza, da un lato, che l'uso della parola «revisione» non deve fuorviare: in pressoché nessun sistema giuridico si ammette indiscriminatamente un riesame nel merito dei lodi arbitrali<sup>98</sup>; dall'altro lato, va precisato che, in linea generale, è possibile affermare che il concetto di ordine pubblico applicato nelle procedure di annullamento dei lodi e nell'esecuzione degli stessi è sempre il medesimo, ossia il c.d. ordine pubblico internazionale come precedentemente delineato. Gli Stati, nella predisposizione dei motivi di annullamento,

<sup>96</sup> Decision on The Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP del 21 febbraio 2014, ICSID Case No. ARB/08/12.

<sup>97</sup> Un simile approccio trova riscontro anche in quanto detto dall'INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report*, cit., 19 ss.; CARLEVARIS, *L'accertamento*, cit., 515; KURKELA, *Jura Novit Curia*, cit., 500.

<sup>98</sup> L'appello nel merito dei lodi arbitrali internazionali nello Stato della sede è visto come qualcosa di assolutamente eccezionale. V., ad es., l'art. 829, 3° comma, c.p.c. e la S. 69 dell'English Arbitration Act.

tendono infatti ad emulare quanto previsto dall'art. V della Convenzione di New York ai fini di un possibile rifiuto dell'esecuzione del lodo<sup>99</sup>. Ciò giustifica una trattazione congiunta dei due momenti dell'annullamento e dell'esecuzione del lodo ai fini del presente scritto.

A tal riguardo, allo scopo di comprendere quale significato attribuire all'eccezione di ordine pubblico contenuta nell'art. V(2)(b) della Convenzione di New York (che nulla dice a proposito del contenuto di tale clausola generale) è necessario ricorrere ai mezzi di interpretazione previsti dal diritto internazionale pubblico, ossia gli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul Diritto dei Trattati<sup>100</sup>. Da queste norme emerge che un trattato deve essere interpretato «in buona fede», tenendo conto del «significato ordinario» delle parole, del «contesto», l'«oggetto» e lo «scopo» del trattato stesso. Ove, per il tramite dell'uso di questi criteri, non sia possibile addivenire ad un'interpretazione certa, allo scopo di prediligere una delle plausibili interpretazioni potrà farsi ricorso anche ai criteri sussidiari di cui all'art. 32, tra cui anche i lavori preparatori.

Per quanto concerne la Convenzione di New York, se da un lato il testo non aiuta nella comprensione del contenuto del limite dell'ordine pubblico, dall'altro lato sufficiente conforto in favore di una interpretazione restrittiva del limite si ritrova nell'oggetto e nello scopo del trattato. Lo scopo della Convenzione, infatti, è quello di semplificare la circolazione dei lodi arbitrali internazionali, liberalizzando ancora di più il regime rispetto a quanto già lo fosse in precedenza nel vigore della Convenzione di Ginevra del 1927. Tale interpretazione, poi, è confortata anche da una lettura dei lavori preparatori<sup>101</sup>. Questi confermano che lo scopo delle Parti Contraenti era quello di far sì che, salvo la presenza di uno dei motivi di rifiuto di cui all'art. V, il lodo arbitrale internazionale goda di una presunzione di validità ed efficacia<sup>102</sup>. Più volte, nel corso del dibattito che ha portato all'adozione della Convenzione, è

<sup>99</sup> Si vedano, ad esempio, l'art. 34 della Legge Modello UNCITRAL e la S. 68 dell'English Arbitration Act.

<sup>100</sup> Si veda, sul punto, FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, 403 ss.

<sup>101</sup> V. MAURER, *The Public Policy Exception Under the New York Convention*, Huntington (NY), 2013, 12 ss.

<sup>102</sup> Id., *op. ult. cit.*, 41.

emerso che «the provision allowing refusal of enforcement on grounds of public policy should not be given a broad scope of application»<sup>103</sup>.

La prassi successiva alla stipula della Convenzione conferma questo tipo di lettura. Partendo da un'analisi dei precedenti inglesi, è interessante notare che il rifiuto dell'esecuzione di un lodo per violazione dell'ordine pubblico si è avuto solo una volta ed in circostanze assolutamente singolari. Nel caso *Soleimany v. Soleimany*<sup>104</sup>, Sion Soleimany e suo figlio Abner organizzarono – su iniziativa del secondo – un contrabbando di tappeti dall'Iran, corrompendo diplomatici che trasportavano gli oggetti nelle proprie valigie diplomatiche ed evitando così di pagare alcun dazio. Al termine dell'attività, tuttavia, il padre si rifiutò di dividere i proventi con il proprio figlio. Essendo i due di religione ebraica, si accordarono per far risolvere la propria controversia dinnanzi ad un'autorità religiosa, il *Beth Din*, il quale avrebbe agito come arbitro. Quest'ultimo, pur riconoscendo che l'attività era di per sé illegale, sancì che secondo la legge ebraica il padre doveva pagare parte del ricavato al figlio. Quando Sion Soleimany si rifiutò di dare esecuzione alla decisione del *Beth Din*, Abner ne chiese l'esecuzione in Inghilterra. La Corte d'appello di Londra, nell'esame della decisione, si soffermò sul fatto che l'illegalità dell'attività era riconosciuta nello stesso lodo e che perciò essa era già da intendersi provata senza che il giudice dell'esecuzione dovesse compiere alcuna attività di revisione del merito o, ancor peggio, di riesame dei fatti (par. 51). Ciò posto, la Corte affermò che questo tipo di lodo «as it would seem to us, is the very type of judgment which the English court would not recognise on the ground of public policy. We stress that we are dealing with a judgment which *finds as a fact* that it was the common intention to commit an illegal act, but enforces the contract» (paras. 32-33) (corsivo in originale).

Non a caso, in un successivo contenzioso – pur essendovi seri indizi della presenza di una corruzione – la stessa Corte d'appello ha rifiutato di dichiarare il lodo contrario all'ordine pubblico, visto che il tribunale arbitrale aveva ritenuto la corruzione non provata e che, quindi, in questo caso, dovesse prevalere la *policy* di dare esecuzione ai lodi arbitrali rispetto a quella di verificare la contrarietà all'ordine pubblico di una decisione correttamente assunta dal punto di vista del rispetto della nor-

<sup>103</sup> *Id.*, *op. ult. cit.*, 45.

<sup>104</sup> England and Wales Court of Appeal 4 marzo 1998, *Abner Soleimany v. Sion Soleimany*, [1998] EWCA Civ 285.

mativa processuale (e che, peraltro, era stata già confermata da un tribunale svizzero che ne rifiutò l'annullamento affermando che l'analisi dei fatti spettasse solo al tribunale arbitrale e non alle corti dello Stato della sede)<sup>105</sup>.

Un'interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico è presente anche nell'ordinamento italiano. Nel caso *Nuovo Pignone c. Schlumberger*<sup>106</sup>, la Corte d'appello di Firenze ha rigettato una domanda di diniego di *exequatur* di un lodo che, secondo l'appellante, aveva applicato in maniera erronea l'art. 81 del Trattato CE (in materia di concorrenza). La Corte ha rilevato che, se gli arbitri hanno preso in considerazione la norma e spiegato le ragioni per cui hanno prediletto una certa interpretazione della stessa, il giudice dell'*exequatur* non può rivalutare il merito della causa. Similmente, nel caso *Tensacciai c. Terra Armata*<sup>107</sup>, si lamentava che gli arbitri avessero ignorato, disapplicato o contrastato il diritto europeo della concorrenza. La Corte d'appello di Milano, ancora una volta, notò che l'esame del lodo può comportare un'analisi del suo percorso logico e dei suoi fondamenti giuridici, ma non certo del merito della decisione. Per questo, i giudici si rifiutarono di valutare la contrarietà all'ordine pubblico.

Un simile approccio può ritrovarsi anche in Francia<sup>108</sup>, dove più volte le corti hanno precisato che – nei procedimenti di esecuzione – esse sono i giudici del lodo e non della controversia. In una recente decisione, la

<sup>105</sup> England and Wales Court of Appeal 12 maggio 1999, *Westacre Investments Inc v. Jugoinport-SDRP Holding Co Ltd*, [1999] EWCA Civ 1401, in appello a [1998] 3 WLR 770 798-800. È interessante notare che, nella sentenza di primo grado, Colman J aveva affermato che «[o]n the one hand there is the public policy of sustaining the finality of awards in international arbitration and on the other hand the public policy of discouraging corrupt trading [...] In my judgment, it is relevant to this balancing exercise to take into account the fact that there is mounting international concern about the prevalence of corrupt trading practices [...] However, although commercial corruption is deserving of strong judicial and governmental disapproval, few would consider that it stood in the scale of opprobrium quite at the level of drug-trafficking. On balance, I have come to the conclusion that the public policy of sustaining international arbitration awards on the facts of this case outweighs the public policy in discouraging international commercial corruption» (corsivo aggiunto).

Per ulteriori casi v. MAURER, *The Public Policy Exception*, cit., 87 ss.

<sup>106</sup> App. Firenze 21 febbraio 2006, in *Riv. arb.*, 2006, 741 ss.

<sup>107</sup> App. Milano 15 luglio 2006, *ibid.*, 744 ss. Entrambe le sentenze appena menzionate sono analizzate in RADICATI DI BROZOLO, *Controllo*, cit., 644 ss.

<sup>108</sup> Si veda MAURER, *The Public Policy Exception*, cit., 98 ss.

Cour de Cassation ha rigettato l'eccezione di contrarietà all'ordine pubblico di un soggetto che lamentava che il presidente del tribunale arbitrale aveva già statuito in un altro collegio su un contratto che riguardava il titolare della società attrice nel procedimento arbitrale, nonché il mancato rispetto di alcuni requisiti formali sanciti dal Codice del consumo francese. Secondo la Cassazione, la prima circostanza non equivaleva *per se* ad assenza di imparzialità da parte dell'arbitro<sup>109</sup>, mentre la seconda – nonostante il coinvolgimento di un consumatore – non era una questione di una gravità tale da giustificare il ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale<sup>110</sup>.

Le medesime tendenze sono poi riscontrabili in numerosi altri Stati<sup>111</sup>, tra cui Austria<sup>112</sup>, Canada<sup>113</sup>, Germania<sup>114</sup>, Hong Kong<sup>115</sup> e Singapore<sup>116</sup>.

Per aversi una violazione dell'ordine pubblico c.d. sostanziale, quindi, si richiede che il lodo arbitrale comporti una assoluta violazione dei diritti di una parte, tale che esso possa essere considerato in violazione del «forum state's most basic notions of morality and justice»<sup>117</sup>. Un esem-

<sup>109</sup> Per una decisione diversa in circostanze simili v. Corte d'appello di Parigi 24 giugno 1994, *Excelsior Film TV s.r.l. v. UGC-PH*, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1999, 643 ss., in cui un arbitro era stato nominato dalla stessa parte in due procedimenti arbitrali paralleli (basati sugli stessi fatti) aventi rispettivamente sede in Italia ed in Francia e quindi questo soggetto poteva trasmettere agli arbitri del caso francese informazioni scorrette sul caso italiano in modo da condizionarne l'operato. Questa circostanza fece sì che le corti francesi ritenessero il lodo contrario all'ordine pubblico.

<sup>110</sup> Cour de Cassation 2 dicembre 2015, n. 1367, reperibile all'indirizzo <http://www.marincastellana.it/blog/wp-content/uploads/2016/01/Cour-de-cassation.pdf>.

<sup>111</sup> Si veda MAURER, *The Public Policy Exception*, cit., 74 ss.

<sup>112</sup> *Id.*, *op. loc. ult. cit.*

<sup>113</sup> Court of Queen's Bench of Alberta 26 settembre 2007, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2009, 442 ss.

<sup>114</sup> Si veda MAURER, *The Public Policy Exception*, cit., 104 ss.

<sup>115</sup> V. Hong Kong Court of Final Appeal 9 febbraio 1999, *Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*.

<sup>116</sup> V. Corte d'appello di Singapore 1° dicembre 2006, *Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank S.A.*, [2007] 1 S.L.R. 597, par. 59.

<sup>117</sup> US Court of Appeal for the Second Circuit 23 dicembre 1974 *Parsons*, cit., 969. Per simili pronunce si vedano England and Wales Court of Appeal 24 marzo 1987, *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr-Gesellschaft M.B.H. v. Ras Al Khaimah National Oil Co.*, [1987] 3 WLR 1023. Si veda anche Court of Appeal for Ontario 10 gennaio 1992, *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf*, reperibile all'indirizzo <http://ctdj.ca/en/jurisprudence/boardwalk-regency-corp-v-maalouf-1992-6-o-r-3d-737-a-758-c-a/>; e Supreme Court of New Zealand 1 giugno 2007, *Maruha Corporation and Maruha (NZ) Ltd v Amaltal Corporation Ltd*, [2007] NZSC 40.

pio del genere è dato dal caso *Francelino da Silva Matuzalem v. Fédération Internationale de Football Association – FIFA*<sup>118</sup>, in cui una condanna della Corte Arbitrale dello Sport (CAS) (un organo della FIFA) comportante di fatto un'interdizione perpetua dai campi del giocatore di calcio Matuzalem, fu rifiutata per contrarietà all'ordine pubblico. Il lodo CAS sanciva che Matuzalem avrebbe dovuto pagare alla società di calcio ucraina Shakhtar Donetsk la cifra di 6,8 milioni di euro per avere illegalmente interrotto il proprio contratto di lavoro con quest'ultima e sanciva altresì la sanzione accessoria dell'interdizione dai campi di gioco del brasiliano finché il pagamento non fosse avvenuto. La condanna, che di fatto limitava *sine die* l'accesso di Matuzalem dai campi, fu ritenuta dalla Corte Suprema Svizzera una lesione di un diritto fondamentale della persona (ossia la libertà di svolgere liberamente la propria attività lavorativa), non giustificata da alcun beneficio per lo Shakhtar Donetsk e, in concreto, assolutamente sproporzionata rispetto ai fatti di causa.

Rispetto al *favor arbitrati* fin qui posto in evidenza per quanto concerne i Paesi con un'economia di stampo occidentale, invece, altalenante è stata la prassi australiana, rispetto alla quale in dottrina è stato affermato che «there is neither a presumption in favour of, nor against, arbitration»<sup>119</sup>.

Peculiare, infine, è la situazione della Cina<sup>120</sup>. La volontà di attrarre transazioni economiche nel 1995 ha spinto la Corte Suprema a porre in essere (tramite l'emanazione di una circolare vincolante) un sistema molto complesso, denominato di «pre-reporting», secondo il quale tutte le decisioni di corti interne che neghino il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali internazionali devono essere previamente approvate dalla Corte Suprema stessa. Il meccanismo per il diniego di esecuzione di un lodo è quindi estremamente farraginoso (costituendo questo un disincentivo per i giudici interni a non dare esecuzione ai lodi arbitrali internazionali) e consente in ogni caso al supremo organo giudiziario cinese di porre in essere quel bilanciamento tra valutazioni di carattere

<sup>118</sup> Corte Suprema Federale Svizzera, sentenza del 27 marzo 2012, caso 4A\_558/2011.

<sup>119</sup> Si veda, anche per la giurisprudenza ivi riportata, VILLIERS, *Breaking in the Unruly Horse: The Status of Mandatory Rules of Law as a Public Policy Basis for the Non-Enforcement of Arbitral Awards*, in *Australian International Law Journal*, 2011, 178.

<sup>120</sup> Sul tema v. diffusamente P. ROSSI, *Public Policy and Enforcement of Foreign Awards: An Appraisal of China's Judicial Practice*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, 299 ss.

meramente economico (ossia la necessità di mostrare la Cina come uno Stato *arbitration friendly* ed aperto al commercio internazionale) e altri interessi di volta in volta rilevanti. Tra questi, rilevano in particolar modo quelli di natura politica. Un esempio del genere è dato dal caso *American Production Co. and Tom Flight Co. v. Chinese Women's Travel Agency*<sup>121</sup>, in cui la Corte Suprema negò l'esecuzione per contrarietà all'ordine pubblico un lodo emesso dalla Chinese International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) nel quale fu riconosciuto il diritto al risarcimento ad una *band* musicale statunitense alla quale era stato proibito di proseguire una propria *tournee* in Cina a causa del fatto che i musicisti suonavano musica *heavy metal* nella quale si denigrava il regime di Pechino. Secondo la Corte, l'esecuzione dei brani musicali avrebbe avuto «a negative impact on China's cultural atmosphere and culture orientation» ed avrebbe quindi violato interessi sociali e politici del regime, conducendo la dottrina ad affermare che «si potrebbe considerare che la moralità [da intendersi in senso ampio] sia un elemento del concetto di ordine pubblico cinese»<sup>122</sup>. Questa tesi può trovare conferma dall'analisi dell'applicazione del c.d. *one China principle*, secondo il quale va rifiutata l'esecuzione di qualsiasi lodo dal quale possa essere evinta l'autonomia di Taiwan (e degli altri territori della c.d. *greater China*) rispetto al governo di Pechino. L'art. 4, delle «Regulations on the Recognition of Taiwanese Civil Judgments in People's Courts» sancisce infatti che le corti cinesi non debbano dare esecuzione ai lodi arbitrali taiwanesi che ledano il suddetto principio, connotando dunque in senso prettamente politico il limite dell'ordine pubblico<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Corte Suprema del Popolo, sentenza del 26 dicembre 1997, Ta [1997] No. 35.

<sup>122</sup> P. Rossi, *Public Policy*, cit., 319 (traduzione a cura dell'autore). Lo stesso a. fa notare che non esiste in Cina una definizione (né tantomeno un concetto) di ordine pubblico e che quindi la nozione va ricavata *a contrario* alla luce della – molto limitata – prassi sul tema. Una violazione dell'ordine pubblico è stata anche rilevata in un caso in cui un tribunale arbitrale aveva disatteso alcune misure cautelari di corti cinesi, sulla base della considerazione per cui il lodo avrebbe violato la «sovranità giudiziaria cinese». V. Corte Suprema del Popolo, sentenza del 2 giugno 2008, *Hemofarm DD et al. V. Jinnan Yongning Pharmaceutical Co., Ltd.*, [2008] Mis Si Ta Zi No. 11, riprodotta in *Guide on Foreign Related and Commercial Trials*, 2009, 124 ss.

<sup>123</sup> Sul punto v. Wu, *Mutual Recognition of Arbitral Awards Among Taiwan, China, Hong Kong and Macau: Regulatory Framework and Judicial Development*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2010, 70.

7. *Conclusioni* – Il presente scritto ha analizzato il rapporto esistente tra l'arbitrato internazionale e la clausola generale di ordine pubblico. Partendo dalla constatazione che, apparentemente, i due concetti sembrerebbero non dover avere alcun punto di intersezione – data l'apparente assenza di legami con ordinamenti interni del primo e la naturale connotazione nazionale del secondo – si è dimostrato che oggi sempre più, a causa sia del crescente ruolo dell'arbitrato nell'ambito dell'amministrazione della giustizia sia dell'obbligo che gli arbitri hanno di emettere un lodo che possa trovare esecuzione negli ordinamenti nazionali, si tende invece a imporre un rispetto delle norme di ordine pubblico da parte degli arbitri.

Ciò posto, è stata esaminata la rilevanza dell'ordine pubblico nei vari momenti del procedimento arbitrale.

Con riguardo alla valutazione dell'arbitrabilità della controversia, si è dimostrato che le valutazioni di ordine pubblico (che, in questa fase del giudizio sono state tradizionalmente considerate di natura essenziale) hanno oggi un rilievo marginale; l'inarbitrabilità della controversia nella maggior parte dei casi dipende dai limiti intrinseci dell'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle controversie che trae origine dal consenso delle parti.

Per quanto concerne gli aspetti procedurali, si è sottolineata la necessità di un rispetto costante del principio del giusto processo, che rappresenta fondamentale norma di ordine pubblico procedurale di tutti i sistemi giuridici.

Valutazioni di ordine pubblico influiscono anche sulla legge applicabile al merito della controversia: anche quando le parti abbiano validamente scelto la legge da applicare al proprio contratto, gli arbitri hanno il compito di tenere in debita considerazione tutti i sistemi giuridici che possono presentare una connessione con la controversia, allo scopo di far sì che il lodo possa in seguito essere eseguito senza ostacoli.

Nelle fasi dell'annullamento e dell'esecuzione del lodo, infine, tende ad essere applicata una concezione ristretta dell'ordine pubblico. Con poche eccezioni, gli Stati preferiscono, infatti, far prevalere considerazioni connesse alla necessità di sviluppare la propria economia attraverso la salvaguardia dell'effettività e dell'efficacia dei lodi arbitrali internazionali rispetto alla salvaguardia di norme di ordine pubblico.

*Abstract*

Il presente articolo è volto ad analizzare il ruolo dell'ordine pubblico nell'arbitrato internazionale. Dopo aver individuato, tra le varie concezioni che della nozione sono state offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la definizione di ordine pubblico che maggiormente si adatta al contesto dell'arbitrato internazionale, lo scritto si sofferma sulle varie fasi del procedimento arbitrale e sull'incidenza dell'ordine pubblico in ciascuna di esse, ossia l'arbitrabilità, la procedura, il merito e la fase post-decisoria. Dall'analisi condotta emerge chiaramente il progressivo superamento della risalente concezione secondo la quale gli arbitri non sarebbero adatti ad applicare norme di ordine pubblico e a tenere in debita considerazione gli interessi degli Stati coinvolti nel contenzioso. Al contrario, fatto salvo per quelle materie e/o quelle controversie rispetto alle quali l'arbitrato è strutturalmente inadeguato (in quanto meccanismo basato sul consenso), sempre più si va verso una totale equiparazione del processo arbitrale con quello statale, anche nel caso in cui debbano essere applicate norme di ordine pubblico.

The present paper aims at studying the relationship between public policy and international arbitration. After having analysed the concept of public policy and having identified, among the various definitions offered by the case law and scholarship, the one which best suits for international arbitration, the article focuses on the various phases of arbitration proceedings in which public policy may become relevant, i.e. arbitrability, procedure, merits and post-award. From the analysis carried out in the paper it emerges that the old opinion according to which arbitrators are not well-suited to know and apply principles of domestic public policy (and to duly take into account the interests of the States involved in the relevant case) has been overcome. Contrariwise, save for the subjects and/or the specific disputes in which arbitration (being a dispute resolution mechanism based on consent) is inadequate, the majority of domestic legal systems are moving towards a complete equalization of arbitration and domestic litigation, even in the cases where arbitrators shall apply principles of public policy.