

IL FORO NAPOLETANO

Anno IX n. 2 Maggio-Agosto 2020

Nuova serie



Edizioni Scientifiche Italiane

Il Foro Napoletano

Dialoghi tra la dottrina e la giurisprudenza locale, nazionale ed europea, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli» e della Scuola di Specializzazione in Diritto civile dell'Università di Camerino.

Il Foro napoletano

Rivista quadrimestrale

Coordinamento

Antonio Blandini, Salvatore Boccagna, Marco Esposito, Giuseppe Ferraro, Stefano Fiorentino, Giovanni Perlingieri, Angelo Scala, Elisa Scotti.

Comitato di Direzione

Salvatore Aceto di Capriglia, Ernesto Aghina, Antonello Ardituro, Francesco Astone, Roberto Bocchini, Consiglia Botta, Clelia Buccico, Edmondo Cacace, Ciro Caccavale, Gian Paolo Califano, Vincenzo Maria Cesàro, Paola Chirulli, Antonia Maria Ciochia, Oriana Clarizia, Alfredo Contieri, Giovanna D'Alfonso, Giovanni De Cristofaro, Francesco De Falco, Giuseppe della Pietra, Luca Della Ragione, Francesco Di Ciommo, Lucia Di Costanzo, Gaetano Di Martino, Daniela Di Sabato, Alessia Fachechi, Andrea Federico, Pasquale Femia, Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez, Edoardo Ferrante, Fabio Ferraro, Maria Vittoria Foschini, Nunzio Fragliasso, Ida Frongillo, Lucilla Gatt, Massimo Gazzara, Antonio Gialanella, Rosaria Giampetraglia, Luigi Giordano, Stefania Giova, Matteo Gnes, Ugo Grassi, Raffaele Greco, Paolo Lazzara, Andrea Lepore, Fiorenzo Liguori, Maria Laura Maddalena, Raffaello Magi, Tommaso Maglione, Vincenzo Maiello, Stefano Manacorda, Barbara Marucci, Sergio Marullo di Condojanni, Antonio Maria Marzocco, Antonio Merone, Enrico Minervini, Salvatore Monticelli, Sergio Occhionero, Vincenzo Pappa Monteforte, Carolina Perlingieri, Giovanna Petrillo, Raffaele Picaro, Gian Maria Piccinelli, Luca Pisani, Paolo Pittori, Federico Putaturo, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Andrea Rallo, Giuseppe Recinto, Francesco Rossi, Domenico Giovanni Ruggiero, Giovanni Russo, Francesco Sbordone, Anna Scotti, Michael Sciascia, Chiara Tenella Sillani, Francesco Todisco, Cristina Vano, Carlo Venditti, Camillo Verde, Roberto Virzo, Francesco Giacomo Viterbo, Domenico Zeuli, Sergio Zeuli.

Comitato Editoriale

Andrea Abbagnano, Erica Adamo, Roberta Alfano, Domenico Ardolino, Raffaele Aveta, Sonia Tullia Barbaro, Raffaele Basile, Antonella Batà, Giovanni Berti de Marinis, Alessandro Biamonte, Giorgia Biferali, Rita Bronzo, Iliaria Amelia Caggiano, Antonio Cilento, Luciana D'Acunto, Menita De Flora, Silvia de Marco, Valeria De Oto, Stefano Deplano, Antonio di Biase, Michele Di Fiore, Francesca Di Lella, Marco Di Lullo, Giuseppe Doria, Maria Epifania, Marcello Fattore, Gianluca Gentile, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Paolo Ghionni Crivelli Visconti, Virginia Giusti, Mario Griffo, Margherita Interlandi, Roberta Landi, Cristiana Lauri, Giuseppe Liccardo, Rita Lombardi, Margherita Magaldi, Francesco Maiello, Roberta Marino, Giuditta Merone, Alessia Mignozzi, Antonella Miletta, Antonio Nappi, Maria Pia Nastri, Giuseppe Maria Palmieri, Salvatore Parente, Immacolata Prisco, Francesco Rinaldi, Marianna Rinaldo, Marina Romano, Talita Rossi, Paola Chiara Ruggieri, Domenico Russo, Barbara Salvatore, Gennaro Santorelli, Dario Scarpa, Irma Sasso, Raffaella Scotti, Francesco Scutiero, Riccardo Sgobbo, Enrico Soprano, Francesco Torchia, Tommaso Maria Ubertazzi, Valeria Verde, Mariacristina Zarro, Sara Zuccarino, Ezio Maria Zuppardi.

Osservatorio

Antonio Areniello, Francesco Caia, Eduardo Campese, Geremia Casaburi, Nello Caserta, Barbara Cavallo, Fabrizio Ciccone, Edoardo Cilenti, Massimo Cimmino, Stefano Cimmino, Marina Comenale Pinto, Mauro Criscuolo, Giuliano Cuomo, Corrado D'Ambrosio, Giampiero De Cesare, Stanislaw De Matteis, Gaetano Di Giovine, Giuseppe Dongiacomo, Diomedede Falconio, Francesco Graziano, Paolo Guida, Giancarlo Iaccarino, Marco Krogh, Pasquale, Piero Lupi, Macchiarelli, Arturo Umberto Meo, Giancarlo Montedoro, Carla Musella, Michele Nastri, Andrea Penta, Enrico Quaranta, Francesca Rinaldi, Carmine Romano, Raffaele Sabato, Stefano Santangelo, Raffaele Sdino.

Comitato esterno di valutazione

Ferruccio Auletta, Giuliano Balbi, Angelo Barba, Vincenzo Barba, Mirzia Bianca, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Felice Casucci, Antonio Cavaliere, Alessandro Ciatti, Alfredo Contieri, Astolfo Di Amato, Settimio Di Salvo, Guido Clemente Di San Luca, Antonio Estella de Noriega, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Giampaolo Frezza, Tommaso Edoardo Frosini, Stefan Grundmann, Manlio Ingrosso, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Maugeri, Sergio Moccia, Mario Nussi, Mauro Orlandi, Gianmaria Palmieri, Ferdinando Parente, Stefano Polidori, Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, Paolo Piscitello, Giuseppe Riccio, Geremia Romano, Massimo Rubino De Ritis, Aldo Sandulli, Renato Santagata De Castro, Giancarlo Scalese, Antonio Sciaudone, Claudio Scognamiglio, Pietro Sirena, Giuseppe Tesauro.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 4586/94. Responsabile Maria Rosaria Scotti

I lavori pubblicati in questo numero sono di: E. ANFUSO, dottore in giurisprudenza; G. BIFERALI, ric. Univ. Roma Tre; S. BOCCAGNA, ord. Univ. Napoli «Federico II»; C. CICERO, ord. Univ. Cagliari; B. CONCAS, dottore in giurisprudenza; D. DI SABATO, ord. Univ. Campania «Luigi Vanvitelli»; C. IORIO, dottoranda di ricerca Univ. Macerata; A. LACATENA, dottore di ricerca; C. LAURI, dottore di ricerca; F. MEGLIO, dottore di ricerca; F. OTTOMBRINO, dottorando; G.M. PALMIERI, ric. Univ. Giustino Fortunato; E. SCOTTI, ass. Univ. Macerata; F. TRUBIANI, dottore di ricerca; G. ZARRA, ric. Univ. Napoli «Federico II»;

Responsabili della redazione: Oriana Clarizia, Alessia Fachechi, Andrea Lepore

Hanno contribuito alla preparazione di questo fascicolo: E. Adamo, R. Basile, V. De Oto, C. Ghionni, V. Giusti, R. Landi, G. Liccardo, A. Mignozzi, I. Prisco, T. Rossi, M. Zarro, S. Zuccarino.

Criteri di selezione dei lavori pubblicati

La Rivista *Il Foro napoletano* sottopone i contributi destinati alla pubblicazione a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*). A tal fine i Direttori delle diverse Sezioni, con la supervisione del referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, si avvalgono di almeno due componenti del comitato di valutazione e/o di *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. La procedura di valutazione è svolta in modo da garantire l'anonimato dell'Autore e dei valutatori. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). In caso di giudizio positivo con riserva, il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente autorizzano la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, d'accordo con i Direttori della Sezione competente, a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. Il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente possono assumersi la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni de Il Foro napoletano*.

INDICE

DOTTRINA

- SALVATORE BOCCAGNA, *L'errore di fatto come motivo di revocazione delle sentenze della Corte di cassazione* 331
- CRISTIANO CICERO e BRUNO CONCAS, *I punitive damages in Italia e nella Repubblica Popolare Cinese* 343
- DANIELA DI SABATO, *I dati non sensibili tra libero accesso e appartenenza pubblica necessaria* 367
- FABIO OTTOMBRINO, *Paradigmi di contratto ad impatto ambientale. Prime riflessioni* 389
- GIOVANNI ZARRA, *Arbitrato commerciale internazionale, principio di autonomia delle parti e legge applicabile* 415

ESPERIENZE

- FRANCESCO SBORDONE, *Le sorti dell'acquisto da parte di un privato di un quadro d'arte contemporanea originariamente in proprietà di un Ente locale poi 'donato' ad un assessore uscente. Sdemanializzazione di fatto e usucapione* 433

GIURISPRUDENZA

CIVILE E PROCESSUALE

- GIORGIA BIFERALI, *La modifica del piano del consumatore prima dell'omologazione* (nota a Trib. Napoli, Sez. Vol. giur., 3 aprile 2020) 455
- CHIARA IORIO, *Contratto atipico di posteggio: qualificazione e responsabilità* (nota ad App. Napoli, 19 febbraio 2020) 469

PENALE E PROCESSUALE

- GIUSEPPE MARIA PALMIERI, *«Manovre speculative su merci» e Covid-19: un'ipotesi di uso strumentale del diritto penale* (nota a Trib. Salerno, ord. 2 aprile 2020) 495

RASSEGNE

DIRITTO CIVILE

- In tema di danno non patrimoniale, le tabelle ministeriali sulle lesioni*

<i>di lieve entità di cui all'art. 139 del Codice delle Assicurazioni sono applicabili in generale?</i> (Trib. Napoli, Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 7549) [ANTONIO LACATENA]	507
<i>È nullo il contratto di compravendita stipulato in violazione delle norme in materia di antiriciclaggio?</i> (Cass., 15 gennaio 2020, n. 525) [FRANCO TRUBIANI]	511

DIRITTO COMMERCIALE

<i>Rilevano, quali giuste cause di esclusione, le vicende personali dei soci o dell'amministratore della società socia?</i> (Trib. Napoli, Sez. Impresa, ord. 8 febbraio 2020) [FRANCESCO MEGLIO]	519
---	-----

DIRITTO AMMINISTRATIVO

<i>È legittima l'Ordinanza del Sindaco di Napoli che disciplina gli orari di apertura degli esercizi commerciali?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. I, decreto presidenziale, 1° giugno 2020, n. 1120)	522
<i>Quali orari per gli esercizi commerciali e quali regole per l'occupazione temporanea di suolo pubblico nella città di Napoli?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. V, decreto, 8 giugno 2020, n. 1135)	524
<i>Quali sono le regole operanti per la sospensione dei termini processuali relativi alla fase cautelare in periodo di emergenza Covid-19?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 22 aprile 2020, n. 844)	527
<i>Quali sono le tempistiche per l'adozione del decreto monocratico che ha sostituito la tutela collegiale nell'emergenza Covid-19?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 30 marzo 2020, n. 638)	528
<i>Come vanno bilanciati l'obbligo di restare in casa e gli impegni professionali dell'avvocato?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. V, decreto 20 marzo 2020, n. 433)	529
<i>Il divieto di circolazione eccezionalmente previsto durante l'emergenza Covid-19 è derogabile per chi sia l'unico soggetto in grado di prestare assistenza alla propria anziana madre malata?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 8 aprile 2020, n. 713)	532
<i>È possibile il differimento della camera di consiglio richiesto dal ricorrente che ha già ottenuto la tutela monocratica?</i> (TAR Napoli, Sez. V, 8 aprile 2020, n. 713)	533
<i>Quali sono i presupposti per la chiusura temporanea di una casa di cura a causa dell'aumento dei casi di Covid-19?</i> (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 779)	534
<i>A chi spetta la giurisdizione sulla sanzione inflitta al commerciante che non ha ottemperato all'ordine di chiusura per l'emergenza Covid-19?</i> (TAR Napoli, Sez. I, 23 aprile 2020, n. 933)	535
<i>Va sospesa la determina di indagine di mercato finalizzata all'individuazione dei laboratori/consorzi per l'analisi dei tamponi oro-faringei in caso di mancata inclusione della ricorrente?</i> (TAR Napoli, sez. I, 11 aprile 2020, n. 776) [ELISA SCOTTI, CRISTIANA LAURI, ELINA ANFUSO]	536

GIOVANNI ZARRA

ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE, PRINCIPIO DI AUTONOMIA DELLE PARTI E LEGGE APPLICABILE

SOMMARIO: 1. I metodi per la determinazione della legge applicabile. - 1.1. Scelta ad opera delle parti. - 1.2. Scelta ad opera del tribunale arbitrale. - 2. Il possibile riferimento a sistemi di diritto non statale. In particolare: la *lex mercatoria*. - 3. La differenza tra l'arbitrato e la c.d. *amiable composition*. - 4. Il problema dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

1. Nell'arbitrato commerciale internazionale, il sistema di diritto applicabile al merito delle controversie fa spesso da mera cornice normativa essendo l'intera disciplina della questione devoluta ai termini dell'accordo dei contraenti. Questa circostanza non fa sí, tuttavia, che il tema non resti di primaria importanza nello studio della materia¹, giacché in tutte le circostanze in cui la manifestazione di autonomia contrattuale si manifesti contraria al diritto della sede dell'arbitrato, alla legge che è applicabile al merito della controversia o a quella del luogo dell'esecuzione, ciò può condurre ad un annullamento del lodo e/o alla mancata esecuzione dello stesso. Si rende dunque necessario, soprattutto allo scopo di comprendere la disciplina dei casi patologici, svolgere una disamina delle modalità con cui si può addivenire all'individuazione del diritto applicabile in un arbitrato commerciale internazionale, soffermandoci poi sulla possibilità di scelta di un diritto non statale (come ad es. la c.d. *lex mercatoria*) e sulla possibilità che agli arbitri sia richiesto di agire come c.dd. *amiable compositeurs*. Dedicheremo, infine, alcune riflessioni alle modalità con cui il concetto di imperatività proprio dei sistemi di diritto implicati in una controversia (che si esprime sia attraverso la clausola generale dell'ordine pubblico sia attraverso le norme di applicazione necessaria) influisce sulla legge applicabile al merito della controversia stessa.

¹ J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS e S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aja, 2003, p. 411: «The determination of the applicable substantive law is a critical issue in international arbitration. It has a legal, practical and psychological influence on every arbitration. Nothing is more important in any international arbitration than knowing the legal or other standards to apply to measure the rights and obligations of the parties. This is an independent exercise in the dispute resolution process for resolving the dispute itself». Sul tema, in generale, v. J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, *passim*.

1.1. Cominciando, quindi, ad esaminare i metodi per la determinazione della legge applicabile, va innanzitutto chiarito che la scelta è primariamente rimessa ad una manifestazione di volontà delle parti. Ove il tribunale non si attenesse all'indicazione delle parti esso certamente potrebbe essere tacciato di eccesso di potere, con la conseguenza che il lodo potrebbe sia essere annullato presso lo stato della sede (secondo le disposizioni di legge di volta in volta applicabili) sia non essere eseguito secondo la Convenzione di New York del 1958 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali internazionali. Il riferimento va, in particolare, all'art. V, par. 1, lett. *d* della Convenzione, il quale prevede come motivo di annullamento il fatto che «*la procedura d'arbitrato non è stata conforme alla convenzione delle parti* oppure, in mancanza d'una convenzione, alla legge del paese dove è avvenuto l'arbitrato» (corsivo aggiunto). A tal riguardo, deve ritenersi che il termine «procedura» utilizzato nella Convenzione di New York sia da intendersi in senso ampio, ossia come facente riferimento a qualsiasi discostamento immotivato da parte degli arbitri rispetto a quanto pattuito dai contendenti.

Non deve quindi sorprendere che un autorevole manuale in materia parli del principio di autonomia delle parti come di un cardine del diritto dell'arbitrato internazionale (e, più in generale, di tutti i sistemi di diritto internazionale privato), affermatosi su scala globale: «it is now recognised that party autonomy operates as a right in itself. The rule has a special transnational or universal character and has binding effect because it has been agreed to and adopted by the parties. Unquestionably, party autonomy is the most prominent and widely accepted international conflict of laws rule. These national conflict of laws systems recognise that contracting parties do express their view as to the law to govern their contractual relations, and the national laws have no reason to ignore and very limited rights to interfere with the expressed will of the parties»². Numerosi sistemi di diritto nazionale e regolamenti arbitrali confermano la libertà di scelta della legge applicabile al merito della controversia; tra essi giova rammentare l'art. 822 c.p.c., l'art. 28 della Legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale, l'art. VII della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale sottoscritta nel 1961 a Ginevra, l'art. 21 del regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale (CCI) e l'art. 22, par. 3, del regolamento arbitrale della London Court of International Arbitration (LCIA). A tal riguardo, va rilevato che, mentre alcune disposizioni – ad es. l'art. VII della

² J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS e S. KRÖLL, *o.c.*, p. 413.

Convenzione europea – fanno riferimento al diritto applicabile («*law to be applied*»), la maggior parte contengono formulazioni più generiche e fanno riferimento a «*law or rules of law*», con ciò – secondo molti – legittimando anche il riferimento ad un sistema di diritto non statale.

La scelta del diritto applicabile può essere espressa o implicita. Se la scelta è espressa, essa solitamente si troverà all'interno del contratto in cui è contenuta la clausola arbitrale (raramente, invece, le parti pongono in essere una scelta espressa dopo l'inizio della controversia, sia per iscritto sia oralmente dinnanzi al tribunale arbitrale)³. Quando la scelta è esplicita, si ritiene che essa faccia riferimento soltanto al diritto sostanziale selezionato e non anche alle norme di conflitto di tale sistema di diritto, con il che si tende ad escludere che nell'arbitrato operi il meccanismo del rinvio⁴.

Si parla, invece, di scelta implicita laddove sussistano degli elementi che lascino dedurre che le parti non possano che aver optato per un certo sistema di diritto quale legge regolatrice del merito della controversia. Tali elementi possono riscontrarsi nella lingua usata dalle parti nella redazione del contratto, o nei riferimenti presenti nell'accordo ad un certo sistema di diritto, o nella scelta della sede dell'arbitrato. Si pensi, a tal riguardo, che nel Regno Unito per lungo tempo i giudici hanno ritenuto che la scelta di Londra come sede delle procedure presupponesse anche la scelta del diritto inglese per il merito della controversia. Similmente, in *Oldendorff v. Libera Corporation*⁵ – un caso riguardante un contratto *charterparty* tra una società tedesca ed una giapponese e rimesso ad arbitrato con sede a Londra – il fatto che il contratto fosse redatto in inglese ed utilizzasse clausole *standard* tipiche del diritto inglese condusse la High Court di Londra – pur in assenza di una clausola espressa di legge

³ Nulla vieta che le parti optino per un c.d. *depeçage*, così rimettendo la disciplina di diverse clausole contrattuali a differenti sistemi di diritto applicabile.

⁴ Più in generale, sul tema, cfr. LEANDRO, *Qualche riflessione sul rinvio nell'arbitrato commerciale internazionale*, in AA.Vv., *Liber Amicorum Angelo Davì*, III, Napoli, 2019, p. 1881 ss. L'a., a p. 1887, chiarisce che «[p]oiché l'esclusione del rinvio è concepita a protezione dell'effettività della scelta di legge, essa riflette l'ampiezza del ruolo svolto dalla volontà delle parti all'interno del fenomeno arbitrale». Lo stesso Leandro, tuttavia, correttamente riconosce che, sebbene questa circostanza sia da considerarsi assolutamente eccezionale, «le parti potrebbero estendere il richiamo della legge straniera anche alle norme di conflitto e individuare, così, la disciplina materiale attraverso tali norme piuttosto che rivolgersi direttamente alle norme materiali della *lex causae*, o, più semplicemente, potrebbero indicare all'arbitro quale sistema conflittuale (nazionale o di altra derivazione) utilizzare per determinare le norme materiali» (p. 1888).

⁵ Queen's Bench Division (Commercial Court), *Egon Oldendorff v. Libera Corporation*, [1995] 2 Lloyd's Rep. 64.

applicabile – a considerare il diritto inglese come applicabile (anche in ragione di alcuni riferimenti al diritto inglese presenti nelle negoziazioni del contratto).

1.2. Quando, invece, le parti nulla abbiano disposto in merito al diritto applicabile, tale scelta rientrerà tra i poteri del tribunale proprio in virtù del fatto che gli arbitri hanno – in base alla volontà espressa dalle parti – il potere/dovere di addivenire ad una conclusione della controversia. A conferma di ciò può essere citato il noto caso *DST v. Rakoil*⁶, un arbitrato con sede in Svizzera in cui il contratto alla base della controversia era privo della scelta di legge. Nell'esercizio dei propri poteri, il Tribunale arbitrale decise di far governare la controversia dal diritto svizzero. In sede di esecuzione, poi, la parte convenuta sollevò l'argomento secondo il quale in assenza di scelta il diritto applicabile debba sempre essere quello che presenta il collegamento più stretto con la controversia. Rakoil, trattandosi di una controversia relativa alla ricerca di petrolio nell'Emirato di R'As al Khaimah, riteneva necessaria l'applicazione del diritto vigente in tale Paese al posto di quello svizzero e, pertanto, lamentava che il lodo fosse viziato. La Corte d'appello di Londra, tuttavia, dissentì: la scelta di una sede d'arbitrato neutrale (Ginevra) può esser vista come un chiaro indice della volontà di avere anche un diritto sostanziale applicabile terzo rispetto ad entrambe le parti. Per questo motivo, avendo – per via della propria *non scelta* – le parti delegato agli arbitri il potere di individuare il diritto sostanziale applicabile, il Tribunale legittimamente aveva ritenuto opportuno applicare il diritto elvetico.

Va precisato che gli arbitri possono determinare la legge applicabile sia in maniera diretta (c.d. *voie directe*), sia applicando le norme di conflitto che essi ritengono opportune (c.d. *voie indirecte*).

Con riguardo al primo metodo, esso si riscontra innanzitutto nel diritto francese, dove l'art. 1511 del Codice civile prevede che il tribunale, in assenza di scelta, possa applicare le norme di diritto che esso considera opportune. Similmente – ma di fatto indirizzando la scelta degli arbitri – l'art. 187 della legge svizzera di diritto internazionale privato prevede che gli arbitri applichino la legge *con la quale (secondo il loro giudizio) il caso presenta il collegamento più stretto*. Previsioni che prevedono la libertà totale di scelta degli arbitri si riscontrano altresì nell'art. 22, par. 3, del regolamento arbitrale della LCIA e nell'art. 21 del regolamento CCI.

⁶ UK Court of Appeal, sentenza del 24 March 1987, *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbH and Others v. R'as al-Khaimah National Oil Company*, [1987] EWCA Civ J0324-2.

In merito al c.d. *voie indirecte*, invece, va precisato che talvolta gli arbitri fanno riferimento alle norme di conflitto della sede dell'arbitrato per determinare il diritto sostanziale applicabile. Questo metodo è tuttavia sconsigliato perché – per la competenza degli arbitri e per le caratteristiche dell'arbitrato – si ritiene preferibile che sia il tribunale a compiere una determinazione completa del sistema di diritto che esso ritiene applicabile. Questo si spiega anche in ragione del fatto che la posizione dell'arbitro è ragionevolmente differente da quella dei giudici interni, poiché – in assenza di un vero e proprio foro – i tribunali arbitrali non sono vincolati da un certo sistema di norme di conflitto⁷. Ciononostante, è opportuno tener conto del fatto che l'art. 28, par. 2, della Legge Modello UNCITRAL, così come l'art. 46, par. 3, dell'English Arbitration Act del 1996 fanno riferimento all'applicazione – da parte degli arbitri – delle norme di conflitto che essi ritengono opportune per determinare la legge sostanziale del caso. In tale processo di identificazione delle norme di conflitto, gli arbitri hanno talvolta fatto riferimento alla legge di diritto internazionale privato della sede (sulla base della considerazione per cui è il diritto della sede a conferire agli arbitri il potere di giudicare)⁸, altre volte a quelle del sistema giuridico che presentava la più stretta connessione con il caso e altre ancora hanno determinato – sulla base delle propria sensibilità – quello che ritenessero il miglior sistema di norme di conflitto per il caso⁹. Quel che è certo è che, posto il potere conferito agli arbitri, nessuno di questi criteri è di fatto sindacabile in sede di annullamento e/o di esecuzione del lodo dinanzi alle corti nazionali¹⁰.

2. Avendo chiarito come si possa arrivare alla determinazione del diritto sostanziale applicabile nell'arbitrato internazionale è necessario ora soffermarsi sulle caratteristiche dei sistemi di diritto ai quali le parti o gli arbitri possono fare ricorso. Se è certo, infatti, che si possa far riferimento a sistemi di diritto interno (o a norme di diritto internazionale recepite dai diritti nazionali, come la Convenzione di Vienna del 1980 sulla Ven-

⁷ Y. DERAIS, *Public Policy and the Law Applicable to the Merits of the Dispute in International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, 1986 New York Volume 3, L'Aja, 1987, p. 274 ss.

⁸ G. ZARRA, *La lex arbitri e la lex loci arbitri: tra verità normative e incertezze dottrinali*, in *Dir. comm. int.*, 2019, p. 533 ss.

⁹ J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS e S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 430.

¹⁰ Cfr. Cour de Cassation, 9 ottobre 1984, *Société Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Société Norsolor*, reperibile all'indirizzo newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=118.

dita Internazionale di Mercè) meno scontato è che si possa far riferimento a sistemi di diritto non statale. Si pensi, infatti, all'art. 3 del regolamento 593/2008 (c.d. regolamento Roma I), il quale esclude la possibilità di far riferimento ad un diritto che non trovi la propria origine in un ordinamento giuridico nazionale¹¹. Si ritiene, in ogni caso, che nell'arbitrato tale possibilità non sia preclusa e che alle parti sia consentito far riferimento a sistemi di diritto non statale come la c.d. *lex mercatoria*. Quest'ultima merita qualche approfondimento in questa sede¹².

Dal punto di vista storico, il c.d. diritto dei mercanti si sviluppò nell'Europa medievale a partire dalle pratiche tra gli operatori del commercio le quali hanno man mano assunto natura consuetudinaria. Oggi si parla di nuovo diritto dei mercanti (nuova *lex mercatoria*) facendo riferimento, seppur in modo vago ed incerto, agli usi che si sono sviluppati nei commerci internazionali¹³. Tale orientamento è sorto in parallelo ad un noto movimento volto alla delocalizzazione dell'arbitrato internazionale¹⁴, già criticato in altra sede¹⁵, il cui scopo ultimo è quello di dimostrare l'autonomia dell'arbitrato da tutti i sistemi di diritto interno (incluso quello della sede) al di là di quello dove l'esecuzione del lodo è richiesta¹⁶.

Volendo far riferimento ad un'accreditata definizione della *lex mercatoria* redatta da Berthold Goldman, è possibile affermare che «*lex mercatoria would [...], irrespective of its origin and the nature of these sources, be the law proper to international economic commercial relations. One would encompass not only transnational customary law, whether it is codified or not (and in the latter case revealed and clarified by arbitral awards) but also law of an interstate, or indeed State, which relates to*

¹¹ P. MANKOWSKI, *Article 3: Freedom of choice*, in U. MAGNUS e P. MANKOWSKI (a cura di), *Commentary to the Rome I Regulation*, Colonia, 2017, p. 185 ss.

¹² Per un contributo recente sul tema si veda, *ex multis*, R.C. MICHAELS, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 447 ss.; per un'analisi generale, F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, *passim*.

¹³ Molto spesso la *lex mercatoria* è equiparata *tout court* – e quindi di fatto essa è svuotata di contenuto proprio – ai Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali, su cui cfr. M.J. BONELL, *The UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts: Why? What? How?*, in *Tulane Law Review*, 1995, p. 1121 ss.

¹⁴ Cfr. M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, in *Arbitration International*, 1988, p. 90, il quale spiega che il movimento volto alla creazione della *lex mercatoria* è diverso da quello che guarda all'arbitrato come un fenomeno a-nazionale, sebbene tra i due ci siano evidenti punti di contatto.

¹⁵ G. ZARRA, *La lex arbitri*, cit., *passim*.

¹⁶ Per un'analisi di queste teorie cfr. G. 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, pp. 581-589.

international trade. Thus, for example, the successive Hague (1954) and Vienna (1980) Conventions Establishing Uniform Laws for the International Sale of Goods would be part of *lex mercatoria*. This would also be the case with respect to national legislation whose specific and exclusive object is international trade. [...] The same applies to rules specific to international trade established by national case law, such as for example the French notions of the autonomy of parties, the general validity of international arbitration agreements, and the capacity of state and of public entities to bind themselves by such agreements»¹⁷.

Ole Lando ha affermato che, scegliendo la *lex mercatoria*, le parti «submit to the custom and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the states engaged in international trade or in those states connected with the dispute. Where such common rules are not ascertainable the arbitrator applies the rule or chooses the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so he considers the laws of several legal systems. This judicial process is partly an application of legal rules, partly a selective and creative process. The choice described here is the choice of *lex mercatoria* as the system of law to govern the contract». Il vantaggio del ricorso a questo sistema di norme starebbe nel fatto che «[b]y choosing the *lex mercatoria* the parties avoid the technicalities of national legal systems as well as rules which are unfit for international contracts. Thus they escape peculiar formalities, short periods of limitation, and some of the difficulties created by domestic laws which are unknown in other countries, for example, the common law rules an consideration and privity of contract. Furthermore, those involved in the proceedings – parties, counsels and arbitrators – plead and argue on an equal footing; nobody has the advantage of having the case pleaded and decided by his own law and nobody has the disadvantage of seeing it governed by a foreign law»¹⁸.

In taluni casi i giudici nazionali hanno effettivamente fatto ricorso alla *lex mercatoria*. La Corte di cassazione italiana, nel noto caso *Topfer*¹⁹, ha applicato tale (presunto) sistema giuridico, inteso come complesso di regole di condotta, rilevabili allo stato diffuso, vigenti nella *societas mercantile*. In *Compagnia Valenciana de Cementos Portland S.A. v. Primary*

¹⁷ B. GOLDMAN, *The Applicable Law: General Principles of Law*, in J. LEW (a cura di), *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration*, New York, 1987, p. 113.

¹⁸ O. LANDO, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in P. SARCEVIC (a cura di), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston-London, 1991, p. 143 s.

¹⁹ Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, *Ditta Fratelli Damiano s.n.c. v. August Topfer & Co GMBH*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 829.

*Coal Inc.*²⁰ la Cour de Cassation francese ha riconosciuto la possibilità di applicare la *lex mercatoria* nell'arbitrato internazionale e ha attribuito agli arbitri un ampio margine di scelta in tal senso laddove le parti non abbiano espresso una preferenza per un sistema di diritto applicabile. La sede dell'arbitrato (gestito dalla CCI) era in Francia e l'arbitro unico aveva ritenuto di applicare la *lex mercatoria* alla disciplina sostanziale del rapporto. Su questa base la parte attrice (soccombente nel merito) chiese l'annullamento del lodo presso le corti della sede sulla base del fatto che l'arbitro non aveva applicato un sistema di diritto statale nonostante l'art. 13 – l'attuale art. 21 – del regolamento CCI prescrivesse di far riferimento ad un sistema domestico di leggi. Tuttavia, secondo la Suprema Corte francese, nel riferirsi agli usi del commercio internazionale sviluppati anche nella prassi delle giurisprudenze interne l'arbitro aveva comunque applicato un sistema di diritto e pertanto il lodo poteva considerarsi valido.

Numerose critiche possono comunque essere mosse rispetto all'idea di *lex mercatoria*²¹. Come lo stesso Lando ha dovuto riconoscere, innanzitutto, «[i]t is not possible to provide an exhaustive list of all the elements of the "law merchant"» (corsivo aggiunto)²². Ciò dimostra l'assoluta incertezza rispetto al contenuto della *lex mercatoria* e questa circostanza, di per sé, dovrebbe portarci a diffidare da tale presunto sistema normativo, la cui applicazione – laddove non basata su principi propri di sistemi di diritto interno e non originata da una precisa scelta delle parti – potrebbe condurre ad un lodo non facilmente distinguibile da una decisione secondo equità e dunque passibile di annullamento e/o non esecuzione. In secondo luogo, ma primariamente dal punto di vista logico, non si può ignorare che tutti i sistemi normativi a cui fa riferimento la teoria della *lex mercatoria* (e che dovrebbero portarci a conferire autonomia a tale categoria giuridica) sono *di fatto* fonti del diritto già esistenti e

²⁰ Cour de Cassation, 22 ottobre 1991, *Société Compañia Valenciana De Cementos Portland V Société Primary Coal Inc.*, reperibile all'indirizzo arbitrationlaw.com/library/cour-de-cassation-first-civil-chamber-22-october-1991-soci%C3%A9t%C3%A9-com-pa%C3%B1a-valenciana-de.

²¹ Nel medesimo senso v. F.A. MANN, "*Lex facit arbitrum*", in AA.Vv. (a cura di), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, L'Aja, 1967, p. 287; M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria*, cit., p. 109 ss.; P. LAGARDE, *Approches Critiques de la Lex Mercatoria*, in AA.Vv. (a cura di), *Le Droit des Relations Economiques Internationales, Etudes Offerts à Berthold Goldman*, Parigi, 1982, p. 125; G.R. DELAUME, *The Proper Law of State Contracts and Lex Mercatoria, A Reappraisal*, in *ICSID Review – FILJ*, 1982, p. 79.

²² O. LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pp. 747-768.

applicabili facendo riferimento a normative interne (sia in quanto tali sia come modificate nel recepimento di trattati internazionali, come ad es. la già menzionata Convenzione di Vienna del 1980 sulla Vendita Internazionale di Mercì, o di norme di diritto internazionale generale)²³ o a precise codificazioni redatte da enti privati (ad es. Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali) alle quali le parti possono liberamente decidere di rimettersi. Il riferimento a questa categoria fumosa ed inafferrabile pare, pertanto, inopportuno giacché foriere di incertezze che potrebbero avere ripercussioni sull'efficacia del lodo. Ciò va evitato poiché, come ben noto, il dovere ultimo degli arbitri è proprio quello di assicurare una decisione efficace ed eseguibile (si veda, sul punto, l'art. 42 del regolamento CCI).

Non a caso, la House of Lords inglese ha, perentoriamente, affermato che «describing a contract as internationalized would amount to treating it as a floating contract unanchored from any system of law» ed ha per questo rifiutato di applicare questo sistema di norme²⁴.

3. Agli arbitri può essere richiesto anche di decidere una controversia *ex aequo et bono*, ossia sulla base del comune sentimento del giusto e dell'ingiusto. In tale caso essi agiscono come c.dd. *amiable compositeurs*. Nell'arbitrato internazionale, laddove le parti si esprimano in favore del giudizio di equità, si ammettono sia l'equità *secundum legem* – ossia quella che sostanzialmente reinterpreta, secondo equità, il diritto esistente²⁵ – che l'equità *praeter legem* – consistente in un giudizio equitativo che va al di là del contenuto del diritto scritto senza tuttavia porsi in contrasto con esso. Non è consentito, in ogni caso, un giudizio di equità *contra legem*. La possibilità di decidere secondo equità è riconosciuta non solo da tutti i regolamenti arbitrali, ma anche dalle leggi nazionali che regolano la procedura arbitrale. Si pensi all'art. 822 del c.p.c., all'art. 28, par. 3, della Legge Modello UNCITRAL, all'art. 187, par. 2, della legge svizzera sul diritto internazionale privato e all'art. 1478 del codice civile francese.

²³ M. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria*, cit., p. 92.

²⁴ House of Lords, 7 luglio 1983, *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co.*, 2 All EU (1983) 884.

²⁵ La Corte Internazionale di Giustizia ha sposato tale concetto nel caso *Continental Shelf* in *ICJ Rep.*, 1969, p. 48, in cui ha affermato: «when mention is made of a court dispensing justice or declaring the law, what is meant is that the decision finds its objective justification in considerations lying not outside but within the rules, and in this field it is precisely a rule of law that calls for the application of equitable principles. There is consequently no question in this case of any decision *ex aequo et bono*, such as would only be possible under the conditions prescribed by Article 38, paragraph 2, of the Court's Statute».

È capitato che il giudizio equitativo conducesse all'applicazione della *lex mercatoria* e, a dire il vero, il ricorso a tale pseudo-sistema normativo potrebbe sovente, come già detto, condurre a lamentare che gli arbitri abbiano in realtà agito secondo equità e non secondo diritto. Nel caso CCI n. 3540²⁶, agli arbitri era stato richiesto di agire come *amiable compositeurs* e il Tribunale, nello stabilire a quale sistema di diritto rifarsi per il merito della controversia, stabilirono di applicare – compiendo un c.d. *voie directe* – la *lex mercatoria*. Ciò facendo, gli arbitri giustificarono la propria scelta affermando che secondo «the most recent and authoritative doctrine as well as the jurisprudence [...] in determining the substantive law, arbitrators may avoid the rules of conflict of the form, the more so if they have the power of *amicales compositeurs*».

L'idea sottostante rispetto alla scelta di lasciar decidere gli arbitri *ex aequo et bono* è quella di liberare le autorità giurisdicenti dalla rigidità del diritto positivo e consentirgli di operare secondo considerazioni di equità, giustizia e lealtà. C'è da dire che, per quanto riguarda lo specifico ambito dell'arbitrato in materia di investimenti (in cui la legge applicabile è sovente il diritto internazionale pubblico), non sempre si è mantenuta la necessaria distinzione tra le decisioni secondo diritto e quelle secondo equità e ciò perché l'equità veniva spesso utilizzata per colmare le lacune del diritto internazionale e quindi per evitare una pronuncia di *non liquet*²⁷. Nell'arbitrato gestito dall'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), al quale facciamo qui riferimento vista la pubblicità delle decisioni che si emettono, vi sono stati due casi di decisione *ex aequo et bono*.

Nell'ambito dei contratti di investimenti tra Stati e imprese straniere, le decisioni *ex aequo et bono* possono avere un rilevante ruolo connesso alla lunga durata di questo tipo di accordi²⁸; ciò perché, nel periodo di vigenza del contratto, possono sempre venire in essere nuove circostanze (di carattere economico, politico, tecnologico) alle quali non si era inizialmente attribuita la debita attenzione e non sempre è agevole rinegoziare i termini dell'accordo. In questa situazione, quindi, una decisione giudiziale basata su generali parametri di giustizia può essere un ragionevole

²⁶ ICC Award No. 3540, lodo del 3 ottobre 1980, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1982, p. 124 ss.

²⁷ L.B. SOHN, *Arbitration of International Disputes ex aequo et bono*, in P. SANDERS (a cura di), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, Leiden, 1967, pp. 330, 332.

²⁸ C. SCHREUER, *Decisions Ex Aequo et Bono Under the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1996, p. 39.

modo di superare i disaccordi intercorsi tra le parti nonché un buon modo per riprendere la cooperazione²⁹.

Passando all'analisi più approfondita dell'accordo delle parti necessario per far sí che il tribunale decida una controversia tra loro intercorrente secondo equità, può farsi riferimento alle c.dd. *model clauses* dell'ICSID ove è stata espressamente prevista tale possibilità con la seguente formulazione: «[a]ny Arbitral Tribunal constituted pursuant to this agreement shall have the power to decide a dispute *ex aequo et bono*». Tale possibilità si riferisce ovviamente al caso in cui le parti abbiano da subito stabilito di dirimere *ex aequo et bono* eventuali future controversie; ciò è accaduto solo nel caso *Atlantic Triton v. Guinea*³⁰.

Nel caso *Benvenuti & Bonfant v. Congo*³¹, diversamente, le parti non si erano espresse sulla legge applicabile. Ad una prima proposta del Congo di lasciar decidere la questione *ex aequo et bono* vi fu un netto rifiuto della controparte. In seguito, le parti si accordarono chiedendo al tribunale di non rendere una decisione fino ad un certo termine, entro il quale esse avrebbero cercato di ottenere una transazione. In caso di fallimento di tali tentativi, il tribunale avrebbe dovuto decidere la controversia *ex aequo et bono*, circostanza poi verificatasi.

Il tribunale, in queste circostanze, viene a trovarsi in una situazione di grandissima discrezionalità, che può portarlo anche, secondo alcuni³², ad applicare norme di carattere legislativo³³ combinate o meno con considerazioni equitative. Anche nel già citato *Benvenuti & Bonfant v. Congo* il Tribunale, nella risoluzione della controversia, non si è basato solo sull'equità ma ha guardato anche alle *rules of law* opportune per il

²⁹ A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, 136, 1972, p. 394 s.

³⁰ Nel caso *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, lodo del 21 Aprile 1986, vi è stato l'unico accordo di tale genere di fronte al quale un tribunale ICSID si è ritrovato. Questo recitava simmodo: «[i]n case of disagreement the parties accept to refer to the arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States and the disagreement shall be settled *ex aequo et bono* in accordance with the provision of Article 42(3) of the said Convention».

³¹ *Benvenuti & Bonfant Srl v. The Government of the People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, lodo del 15 Agosto 1980.

³² C. SCHREUER, *Decisions Ex Aequo et Bono*, cit., p. 44.

³³ Si v., tuttavia, in senso contrario la decisione della Corte Permanente di Arbitrato nel lodo *Orinoco Steamship Company* del 25 Ottobre 1910, in cui è stata annullata una sentenza precedente (la *Umpire Barge*, del 22 Febbraio 1904) in cui il tribunale aveva applicato alcune norme venezuelane, nonostante le parti si fossero chiaramente espresse per la sola applicazione dell'equità.

caso. Ad esempio, nel capo della sentenza riguardante i danni da risarcire, il tribunale ha fatto sovente riferimento all'equità, ma ha precisato che il principio di compensazione è altresì previsto dalla legge congolese³⁴. Questo sembra, certamente, un buon metodo per rendere giustificabile la decisione agli occhi delle parti.

Va infine riportato che, secondo autorevole dottrina³⁵, pur nei casi in cui i tribunali agiscono come *amiable compositeur*, non è dato riscontrare grosse discrepanze tra ciò che il tribunale ha statuito secondo equità e ciò che lo stesso tribunale avrebbe potuto decidere applicando un qualsivoglia sistema di diritto. Non si riportano ad oggi, almeno nel contesto ICSID, esempi in cui i tribunali abbiano disatteso norme di diritto positivo per basarsi su considerazioni equitative e in molti casi il richiamo all'equità appare addirittura superfluo.

Va infine rilevato che anche in tali lodi le valutazioni degli arbitri devono apparire oggettive e razionali e devono quindi essere espressamente motivate³⁶; del resto non ci sarebbe motivo per l'esclusione di tali decisioni dall'obbligo generale che ricade sul tribunale di motivare tutte le proprie decisioni (previsto, tra l'altro, dell'art. 48, par. 3, della Convenzione di Washington del 1965). Secondo Schreuer³⁷, tuttavia, tale obbligo opera in modo meno rigoroso nel nostro caso rispetto a quello in cui si debba decidere secondo diritto.

4. L'ordine pubblico è una clausola generale che si compone di quei principi che – in un dato momento storico – caratterizzano l'identità di un certo ordinamento. Esso si atteggia in maniera differente nei casi puramente domestici e nei casi che recano un elemento di estraneità. Nei primi ogni Stato è libero di determinare i limiti all'autonomia contrattuale derivanti da regole e principi che esso ritiene espressione del proprio ordine pubblico, mentre nei secondi le istanze protezionistiche dei singoli ordinamenti vanno bilanciate con la volontà degli ordinamenti stessi di aprirsi a valori e situazioni giuridiche di natura straniera, sia nell'intento di facilitare gli scambi internazionali per ragioni prettamente economiche, sia nel segno del rispetto della sovranità degli altri Stati (c.d. *inter-*

³⁴ «This principle of compensation in case of nationalization is in accordance with the Congolese Constitution and constitutes one of the generally recognized principles of international law as well as equity. By reason of the above, the Government must therefore be ordered to pay B&B damages, the quantum of which will be determined *ex aequo et bono* by the tribunal» (par. 357).

³⁵ C. SCHREUER, *Decisions Ex Aequo et Bono*, cit., p. 49 s.

³⁶ Si v. C. SCHREUER, *o.c.*, p. 51; L.B. SOHN, *o.c.*, p. 331.

³⁷ C. SCHREUER, *o.l.u.c.*

national comity) e/o nella volontà di assoggettare, per quanto possibile, ogni situazione giuridica al sistema giuridico che le è proprio. Ai casi che si caratterizzano, dunque, come transnazionali, si applica una concezione ristretta di ordine pubblico – limitata ai soli principi fondamentali dell'ordinamento (che lo identificano in un dato momento storico) e ad esclusione di quelli tecnici (i quali sono espressione di scelte del legislatore ma non identificano l'ordinamento) – e, allo scopo di distinguere la diversa concezione di ordine pubblico (estesa o ristretta), si fa rispettivamente riferimento agli appellativi di ordine pubblico «interno» e «internazionale»³⁸. Nell'arbitrato internazionale, come immaginabile, rileva solo la seconda nozione testé individuata, alla quale vanno anche accompagnate, per i fini di cui al presente scritto, le c.dd. norme di applicazione necessaria, da intendersi come quelle «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento» (art. 9, regolamento Roma I).

La questione del rapporto tra ordine pubblico e legge applicabile al merito della procedura arbitrale è stata oggetto di numerose trattazioni e richiederebbe 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 principi di ordine pubblico o di norme di applicazione necessaria 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»³⁹. La dottrina è oramai quasi unanime nel ritenere che l'arbitrato internazionale non possa prescindere da un c.d. «mandatory rules method» secondo il quale «arbitrators should ap-

³⁸ Sul punto cfr. diffusamente G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 48 ss., da cui sono tratte le considerazioni svolte nel testo.

³⁹ F. SBORDONE, *Il diritto applicabile al merito della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in AA.Vv., *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, Atti del 10° Convegno Internazionale della S.I.S.Di.C., Napoli, 2016, p. 176.

ply 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»⁴⁰.

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. 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. 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 eseguita⁴¹.

Ne discende che, nell'arbitrato internazionale, le norme di ordine pubblico di tutti questi sistemi possono considerarsi su un piano di assoluta uguaglianza⁴². 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

⁴⁰ A.K.A. GREENAWALT, *Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method?*, in *The American Review of International Arbitration*, 2007, p. 103.

⁴¹ Si vedano le più ampie riflessioni in G. ZARRA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 561 ss.

⁴² N. VOSER, *Mandatory Rules of law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration*, in *The American Review of International Arbitration*, 1997, p. 338.

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.

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, ma sembra che la soluzione maggioritaria evincibile da un'analisi della prassi è che 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 processo⁴³. 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 sorpresa⁴⁴.

Un approccio soddisfacente sembra essere quello espresso nel caso *Magyar v. Ungheria* ove il Tribunale ha affermato che: «When applying the law, whether municipal or international, the Tribunal is not bound by the arguments and sources invoked by the parties. The principle of *iura novit arbiter* allows the tribunal to form its own opinion of the meaning of the law, provided that it does not surprise the parties with a legal theory that was not subject to debate and that the parties could not anticipate»⁴⁵. Viene dunque posta 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*. È sí un diritto del tribunale ricorrere ad argomenti giuridici nuovi rispetto alle memorie delle parti, ma d'altra parte è sempre necessario far sí che le parti possano esprimersi in merito a tali argomenti, onde evitare che il lodo possa poi non essere riconosciuto come efficace.

⁴³ Per più ampie considerazioni v. G. ZARRA, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 565.

⁴⁴ Tribunale federale svizzero, 15 aprile 2015, caso 4A_554/2014, traduzione inglese reperibile all'indirizzo www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/15%20avril%202015%204A%20554%202014.pdf.

⁴⁵ *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, lodo del 13 novembre 2019, par. 27.

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.

Abstract

L’articolo analizza, senza alcuna pretesa di esaustività, la questione della legge applicabile al merito degli arbitrati commerciali internazionali. Al riguardo, viene chiarito in primo luogo il ruolo centrale del principio di autonomia delle parti e, in secondo luogo, si evidenzia che eventuali eccezioni ad esso (derivanti dall’applicazione dell’ordine pubblico e delle norme imperative di volta in volta rilevanti) devono trovare spazio eccezionalmente. Nell’articolo è discussa anche la possibilità degli arbitri di decidere secondo equità (sempre sulla base di un’indicazione in tal senso delle parti) e si critica la possibilità di un ricorso ad un concetto fumoso come la *lex mercatoria* quale corpus normativo applicabile alla sostanza delle controversie.

This paper briefly analyses the issue concerning the law applicable to international commercial arbitration. In this regard, it valorises the essential role of the principle of party autonomy in international arbitration and points out that exceptions (arising from the relevant public policy and mandatory rules) to the application of this principle shall be applied sparingly. The paper also deals with the possibility of arbitrators to decide *ex aequo et bono* (a possibility which also depends upon a manifestation of party autonomy) and criticizes the applicability of *lex mercatoria* to international arbitration considering the murky boundaries of this concept in the law of international trade.