

Giovanni Zarra

---

**LA *LEX ARBITRI* E LA *LEX LOCI*  
*ARBITRI* : TRA VERITÀ  
NORMATIVE ED INCERTEZZE  
DOTTRINALI**

---

Estratto

GIOVANNI ZARRA

## LA LEX ARBITRI E LA LEX LOCI ARBITRI: TRA VERITÀ NORMATIVE ED INCERTEZZE DOTTRINALI

1. I concetti di *lex arbitri* e *lex loci arbitri* alla luce della prassi e della dottrina recenti. — 2. Una diversa opinione dottrinale e una recente proposta di riforma del «sistema» di arbitrato commerciale internazionale. — 3. L'infondatezza dell'opinione descritta e la necessità di superare astratte categorizzazioni alla luce di un'analisi concreta del fenomeno arbitrale. — 3.1. (*segue*) L'irrinunciabilità del concetto di sede nella Convenzione di New York (e anche nelle regole arbitrali e nella quasi totalità dei diritti nazionali) ed il conseguente rilievo della *lex loci arbitri* nella procedura arbitrale. — 3.2. (*segue*) L'irrelevanza di principi procedurali «transnazionali» e l'irrinunciabilità del riferimento ad ordine pubblico e norme imperative di sistemi giuridici di diritto interno. — 3.3. (*segue*) La necessità della distinzione tra *lex arbitri* «interna» ed «esterna». — 4. Conclusioni.

### *Abstract*

The present paper analyses the concepts of *lex arbitri* and *lex loci arbitri*, trying to dispel some persisting misconceptions which take place in scholarship. Indeed, while the *lex loci arbitri* is the arbitration law of the seat, the *lex arbitri* is a broader concept, composed of all the principles and rules concurring to regulate an arbitration procedure. It is, therefore, composed of the *lex loci arbitri*, the applicable arbitration rules and the procedural wills of the parties. In this regard, the author will also reaffirm the importance of the well-known distinction between internal and external *lex arbitri*, which has been recently put into question by some scholars. From the analysis, it will finally emerge that the concept of seat is fundamental in international arbitration and, indeed, the 1958 New York Convention is based on the assumption that all international arbitrations have a seat.

1. *I concetti di lex arbitri e lex loci arbitri alla luce della prassi e della dottrina recenti.*

La dottrina contemporanea più accreditata identifica, con il concetto di *lex arbitri*, «la legge e le regole che governano la procedura di un

arbitrato internazionale»<sup>(1)</sup>. Si tratta, dunque, di un concetto dal contenuto variabile, posto che il contenuto di questo corpo normativo dipenderà, di volta in volta, dalla manifestazione di volontà realizzata dalle parti nella clausola arbitrale, consistente nell'esplicita individuazione di specifiche regole procedurali (quest'ultima, a dire il vero, raramente effettuata), di un regolamento arbitrale applicabile (es. regole arbitrali della Camera di Commercio Internazionale o della *London Court of International Arbitration*) o della sede dell'arbitrato<sup>(2)</sup>. Attraverso la specificazione di quest'ultimo elemento, del resto, le parti sanciscono quello che è il diritto nazionale e quelle che saranno (eventualmente) le corti interne che dovranno supervisionare e supportare la procedura arbitrale in tutte le circostanze in cui ciò possa rivelarsi necessario (come, ad es., la nomina di un arbitro nel caso in cui una parte si rifiuti di farlo, l'emissione — ove possibile e necessaria<sup>(3)</sup> — di misure cautelari e la pronuncia su istanze di annullamento del lodo). Si parla, con riguardo al diritto della sede deputato a regolare gli arbitrati internazionali che si svolgono in tale stato, di *lex loci arbitri*<sup>(4)</sup>. Quest'ultima costituisce, almeno secondo la dottrina tradizionale ed ancor

---

(1) L.A. MISTELIS, *Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to "Lex Arbitri"*, in *The American Review of International Arbitration*, 2006, p. 155 (traduzione nostra).

(2) Come rilevato da A. CRIVELLARO, *El lugar del arbitraje internacional*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2018, p. 111 ss., il rilievo della sede varia in ragione delle diverse tipologie di arbitrato. Se nell'arbitrato interno la questione della sede ha rilievo solo ai fini della determinazione del tribunale nazionale competente e nell'arbitrato ICSID (totalmente delocalizzato) la questione non si pone proprio, nell'arbitrato internazionale commerciale (e nell'arbitrato di investimenti non ICSID) l'individuazione della sede è, per le ragioni che si vedranno in questo paragrafo, di fondamentale importanza. Non a caso, a p. 118 ss., l'autore presenta vari esempi che lo hanno visto professionalmente coinvolto e nei quali la scelta di una certa sede (ed in particolare della capitale dello Stato convenuto nelle varie controversie) ha comportato conseguenze dannose ai fini di una lineare prosecuzione dell'arbitrato o dell'efficacia del lodo, posto che in questi casi le corti della sede sembrano aver ingiustificatamente protetto lo Stato. Egli introduce anche altri casi nei quali la scelta di una sede c.d. *arbitration friendly* (come Inghilterra e Francia) ha influito positivamente sulla garanzia di validità ed efficacia del lodo. Cfr. p. 113, dove si afferma che il Chartered Institute of Arbitration di Londra ha identificato i seguenti fattori da considerare prima di scegliere una sede: 1) una legge arbitrale moderna che limiti l'intervento giudiziale nel procedimento arbitrale; 2) l'esistenza di un potere giudiziario indipendente; 3) imparzialità ed indipendenza dell'ordinamento giuridico; 4) la partecipazione dello stato della sede alla Convenzione di New York; 5) una tradizione di favor arbitrati; 6) una formazione giuridica adatta alla soluzione di controversie internazionali; 7) la libertà di scelta degli arbitri in capo alle parti; 8) una normativa che esoneri gli arbitri da responsabilità professionale per errori commessi in buona fede e con diligenza nella scelta della soluzione del caso.

(3) La questione dell'emettibilità da parte degli arbitri di misure cautelari è argomento spinoso. Sottolineando che in alcuni paesi (come l'Italia) questo potere è precluso, mentre in altri la possibilità è riconosciuta fatto salvo per alcuni tipi di misure richiedenti un particolare *imperium* di cui gli arbitri non dispongono (es. un sequestro), sia consentito rinviare ad A. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2006, *passim*.

(4) R. GOODE, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration International*, 2001, p. 19 ss.; W.W. PARK, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1983, p. 21 ss.

oggi maggioritaria, la cornice entro la quale l'intera procedura arbitrale può muoversi: le parti sono sovrane con riguardo alla gestione della procedura, ma non possono andare oltre quelle che sono le disposizioni inderogabili del diritto della sede.

Da quanto sopra discende, evidentemente, la già menzionata variabilità del concetto di *lex arbitri*. In relazione alle circostanze del caso concreto, alle specificità della clausola arbitrale ed alle norme imperative del diritto della sede individuata si determinerà quel *corpus* composito che disciplinerà la procedura arbitrale. A tal riguardo, si suole distinguere tra *lex arbitri* «interna» ed «esterna»<sup>(5)</sup>. La prima è l'insieme di regole e principi che disciplina la struttura del procedimento dinnanzi agli arbitri, mentre la seconda si compone di quelle regole e principi che dettano le modalità dell'interfaccia dell'arbitrato con le corti interne che hanno competenza sul procedimento (solitamente quelle della sede). Chiaramente, mentre le parti godono di un più ampio margine di discrezionalità con riguardo all'individuazione delle regole procedurali interne, tale margine si assottiglierà allorquando si tratti di limitare i poteri delle corti nazionali. Per quanto quindi riguarda la *lex arbitri* esterna, essa solitamente coinciderà con la *lex loci arbitri*<sup>(6)</sup>.

Quanto sopra segna il definitivo superamento della visione strettamente conservatrice espressa negli anni '60 dal noto teorico dell'arbitrato F.A. Mann, secondo il quale «ogni arbitrato è un procedimento nazionale e ciò vuol dire che esso è soggetto a specifiche disposizioni di un diritto interno»<sup>(7)</sup>. Secondo tale impostazione, strettamente ancorata al concetto di sovranità dello stato, la distinzione tra *lex arbitri* e *lex loci arbitri* era irrilevante, in quanto la seconda non era altro che la *lex fori* dell'arbitrato, la quale pertanto doveva disciplinarne tutti gli aspetti procedurali (o quantomeno imporsi per quanto riguarda tutte le sue norme inderogabili)<sup>(8)</sup>. Questa opinione si basa su una concezione c.d. «giurisdizionale» dell'arbitrato, secondo la quale la procedura arbitrale — avendo natura giurisdizionale e basandosi su una «concessione» del diritto interno — non può che essere regolata da un diritto statale<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> G. BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aja, 2009, p. 1241.

<sup>(6)</sup> L.A. MISTELIS, *Reality Test*, cit., p. 164.

<sup>(7)</sup> F.A. MANN, *The UNCITRAL Model Law - Lex Facit Arbitrum*, in *Arbitration International*, 1986, p. 243 (originariamente in AA.VV., *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, L'Aja, 1967).

<sup>(8)</sup> *IBID.*, p. 250, ove si afferma anche che gli arbitri sono vincolati — nella scelta del diritto applicabile al merito della controversia — dalle norme di diritto internazionale privato dello stato della sede. Al contrario, oggi si afferma che — in assenza di scelta del diritto applicabile effettuata dalle parti — vi sono diverse tecniche adottabili dagli arbitri al fine di individuare la legge sostanziale che regola l'arbitrato.

<sup>(9)</sup> Questo è l'approccio solitamente utilizzato dai giudici inglesi. Come espresso nel noto caso Queen's Bench Division (Commercial Court), 18 febbraio 1991, *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Co. Inc.*, in [https://www.trans-lex.org/303000/\\_/paul-smith-](https://www.trans-lex.org/303000/_/paul-smith-)

La ricostruzione proposta in questo paragrafo si distacca altresì dalla visione — opposta a quella di Mann — della c.d. autonomia dell'arbitrato, espressa da parte della dottrina francese, secondo la quale i procedimenti arbitrali non subiscono alcuna influenza della *lex loci arbitri* ma sono da considerarsi «transnazionali» e come tali «*detached from the country of origin*»<sup>(10)</sup>. Il concetto di sede diviene, quindi, irrilevante. Ne discende che l'unico sistema di diritto nazionale e le uniche corti veramente rilevanti nell'arbitrato sarebbero quelli del luogo ove si richiede l'esecuzione del lodo<sup>(11)</sup>, mentre la procedura e la legge applicabile potrebbero essere determinate anche attraverso il riferimento a principi e regole emergenti dalla prassi degli operatori del mercato (come, per quanto riguarda la legge sostanziale applicabile la c.d. *lex mercatoria*)<sup>(12)</sup>; si imporrebbe, quindi, agli arbitri il solo rispetto del c.d. ordine pubblico transnazionale, ossia quell'insieme di principi inderogabili che risultano dalla prassi commerciale sviluppatasi su scala globale<sup>(13)</sup>. Questa visione dell'arbitrato si connette alla c.d. concezione «contrattuale» dello stesso, per la quale l'esistenza stessa dell'arbitrato trae solamente origine da una manifesta-

---

*It-d-v-h-s-lrep-127/*: «[q]ual è, quindi, la legge che regola la procedura arbitrale? Essa è, come Martin Hunter e Alan Redfern, *International Commercial Arbitration*, Oxford, 1991, p. 53, spiegano inequivocabilmente, un insieme di regole che determinano standard esterni alla clausola arbitrale e alla volontà delle parti relativamente alla conduzione dell'arbitrato. Essa comprende le regole per l'emissione di misure cautelari (come ad esempio gli ordini di sequestro di merci) le regole che attribuiscono alle corti il potere di assistere l'arbitrato in momenti di difficoltà (come ad esempio il potere di nominare un arbitro in assenza di altri meccanismi) e le regole che attribuiscono alle corti il potere di supervisionare gli arbitrati (ad es., il potere di rimuovere un arbitro che abbia commesso un illecito)». Questa concezione deve, comunque, dirsi superata alla luce di quanto detto sopra e già affermato in L.A. MISTELIS, *Reality Test*, cit., p. 181.

<sup>(10)</sup> L'espressione si deve a J. PAULSSON, *Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 358 ss.

<sup>(11)</sup> È questa la visione affermata in parte della dottrina francese. Cfr. P. FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Parigi, 1965, p. 401 ss.; Id., *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 329 ss.; B. GOLDMAN, *Les Conflits de Lois dans l'Arbitrage International de Droit Prive*, in *Recueil des Cours*, vol. 109, 1963, p. 351; E. GAILLARD, *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, in A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *Arbitration: the Next Fifty Years*, L'Aja, 2012, p. 66 ss.

<sup>(12)</sup> O. LANDO, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1985, p. 747 ss.; P. FOUCHARD, *L'arbitrage international en France apres le décret du 12 mai 1981*, in *Journal du Droit International*, 1982, p. 394 e ss.; B. GOLDMAN, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspective*, in AA.VV., *The Influence of the European Communities upon Private International Law of the Member States*, Bruxelles, 1981, p. 211.

<sup>(13)</sup> P. LALIVE, *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in P. SANDERS (a cura di), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series Vol. 3, L'Aja, 1986, 258 ss.; C. KESSEDIAN, *Transnational Public Policy*, in A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, Londra - L'Aja, 2007, 861-862. Per una critica a tale concetto cfr. G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 78 ss.

zione di autonomia delle parti e quindi queste ultime hanno totale libertà nell'individuazione della procedura applicabile (14).

Riserve possono essere espresse con riguardo ad entrambi gli approcci susesposti. Con riguardo al primo, può affermarsi che esso è riconducibile «ad una cultura giuridica preguata di statalismo che attribuisce (...) una esasperata centralità al ruolo dello Stato rispetto alle diverse autonomie e libertà della persona» (15). Per quel che concerne la seconda, invece, va detto che — sebbene affascinante per un mondo ideale in cui tutti i lodi sono eseguiti spontaneamente — essa si rivela impraticabile alla prova dei fatti: come si può infatti immaginare che uno stato (quello della sede) accetti di prestare il proprio supporto ad una procedura e/o non annullare un lodo che ne ignora il diritto? (16) A dire il vero, è la prassi a dimostrarci che il dibattito di cui sopra è superato da una realtà nella quale elementi di autonomia ed elementi di giurisdizionalità si compongono e bilanciano costantemente nell'obiettivo di trovare un equilibrio che rifletta la necessità che gli stati hanno, da un lato, di aprirsi all'economia (e quindi a procedure di soluzione delle controversie che si distaccano dai tecnicismi, dalle specificità e, spesso, dalle lungaggini dei procedimenti interni) e, dall'altro lato, di non rinunciare a garantire che una serie di diritti (di natura sostanziale e/o procedurale) siano tutelati nell'ambito di qualsiasi procedura avente luogo nella cornice del proprio diritto nazionale (17).

Espressione di queste tendenze più recenti sono, innanzitutto, le previsioni di alcune norme di diritto interno che regolano l'arbitrato internazionale. Si pensi alla Section 4 dell'English Arbitration Act del 1996, la quale impone l'applicazione solo di alcune norme imperative contenute nella medesima legge, consentendo — al di fuori di ciò — alle parti di disciplinare la procedura arbitrale come meglio ritengono. Analogamente sembra disporre la Legge Modello UNCITRAL, la quale, all'art. 19, dispone che le parti possano stabilire le regole procedurali applicabili all'arbitrato «[s]ubject to the provisions of this Law», il che vuol dire che — in assenza di un elenco tassativo di norme imperative — spetterà poi al giudice interno valutare se norme inderogabili della stessa Legge Modello siano state disapplicate (basti pensare all'art. 18, il quale sancisce l'obbligo di parità di trattamento dei soggetti coinvolti nella procedura). Anche l'art.

---

(14) G. BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, in *Recueil des cours*, vol. 51, 1955, p. 340; B. GOLDMAN, *L'arbitrage*, cit., pp. 376-377.

(15) P. PERLINGIERI, *Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Il giusto processo civile*, 2014, p. 657.

(16) Nelle parole di W.W. PARK, *The Lex Loci Arbitri*, cit., p. 26, «a binding commitment, free from any municipal law, just appears» e sarebbe paradossale attribuire a tale documento una forza anche solo contrattuale senza che a compiere questa attribuzione sia un sistema di diritto nazionale.

(17) Sia consentito rinviare all'analisi già svolta in G. ZARRA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Il giusto processo civile*, 2018, pp. 540-541.

816-*bis* del c.p.c. dispone la libertà delle parti di scegliere le norme procedurali, ma poi sancisce che gli arbitri «debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa» con ciò disponendo l'inderogabilità da parte degli arbitri di questi principi fondamentali che regolano il processo dinanzi ai giudici interni <sup>(18)</sup>.

La prassi arbitrale sembra poi andare nella medesima direzione: come vedremo nel seguito del lavoro <sup>(19)</sup>, si tende a rispettare la scelta di legge applicabile operata dalle parti, ma sono gli stessi arbitri a garantire — nell'ottemperare all'obbligo di emettere una decisione efficace ed eseguibile — il rispetto delle norme imperative e dei principi di ordine pubblico degli stati a vario titolo coinvolti nella procedura (ed in particolare del diritto della sede).

Ne discende che, nell'ambito della *lex arbitri* (interna ed esterna) e della gestione dei procedimenti, la *lex loci arbitri* continua ad avere un insindacabile ruolo di primo piano.

## 2. Una diversa opinione dottrinale e una recente proposta di riforma del «sistema» di arbitrato commerciale internazionale.

Quanto sopra affermato è stato, tuttavia, di recente messo in discussione in un'opera monografica <sup>(20)</sup> il cui primario (*rectius*: unico) obiettivo è quello di provare a dimostrare l'irrilevanza della *lex loci arbitri* <sup>(21)</sup> nell'arbitrato internazionale <sup>(22)</sup> in favore dell'applicazione di alcuni (non sempre ben identificati) principi di diritto transnazionale <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Non a caso, secondo P. PERLINGIERI, *Sulle cause*, cit., pp. 658-659, «la funzione giurisdizionale, salvo naturalmente quella che è espressione della potestà punitiva, è tale non perché realizzata nell'ambito dell'organizzazione statale, ma intrinsecamente, in quanto conforme ad un processo considerato «giusto» nel contesto culturale e politico. Giusto, nell'attuale momento storico, è il processo del settore civile che, fuori dall'ordinamento giudiziario statale, può avere anche una parziale, diversa autoregolamentazione delle sue fasi decisionali, sempre che sia rispettosa dei principi costituzionali (contraddittorio, difesa, motivazione) e dei principi sostanziali di natura inderogabile che caratterizzano l'ordinamento».

<sup>(19)</sup> V. il successivo par. 4.

<sup>(20)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, Napoli, 2018.

<sup>(21)</sup> A tal riguardo, va posto in evidenza che — incurante dell'ampia ed autorevole dottrina che distingue tra *lex arbitri* e *lex loci arbitri* — l'opera in questione fa riferimento al diritto del luogo della sede con l'appellativo *lex arbitri* (forse in ossequio al lessico di Mann) senza, tuttavia, fornire alcuna spiegazione per tale scelta. Nel presente lavoro continueremo però ad usare la terminologia già proposta nel precedente paragrafo, la quale è foriera di minore confusione e appare maggiormente adatta a riflettere l'attuale stato della dottrina e della prassi.

<sup>(22)</sup> Già a p. 3 l'autrice afferma «[i]n principle, it might be said that even if the *lex [loci] arbitri* exercises a pivotal role, it does not have to be overestimated, since its function and foundation are strongly contested». Quest'affermazione sembra, a dire il vero, un po' esagerata posto che, come abbiamo già avuto modo di vedere, le teorie che contestano la localizzazione dell'arbitrato sono essenzialmente limitate a parte della dottrina francese. Dire,

Innanzitutto, nell'opera in questione si propone in qualche modo di limitare la rilevanza del concetto di localizzazione, secondo il quale la legge che regola l'arbitrato in un certo paese deve applicarsi a tutti gli arbitrati aventi sede in tale stato<sup>(24)</sup>. Ciò sulla base della circostanza che tale criterio starebbe perdendo già da sé importanza, posto che le parti possono comunque derogare a una vasta gamma di previsioni della maggior parte delle *leges loci arbitri*. Inoltre, alcune disposizioni di leggi nazionali dimostrerebbero una progressiva perdita di importanza del concetto di sede<sup>(25)</sup> e, similmente, alcune decisioni di giudici interni potrebbero essere utilizzate per provare che — in assenza di contatti reali con l'ordinamento della sede — non è possibile esercitare un controllo sulle procedure arbitrali<sup>(26)</sup>.

Successivamente, la monografia di cui discutiamo affronta il tema dell'ambito di applicazione materiale della *lex loci arbitri*, provando a sminuire la rilevanza dei diritti nazionali in vari aspetti che, tradizionalmente, hanno visto il diritto interno come protagonista.

Il riferimento va, in primo luogo, alla *lex loci arbitri* quale fonte del potere degli arbitri di giudicare su una controversia. A tal riguardo, l'autrice innanzitutto rammenta<sup>(27)</sup> che tale rapporto tra il diritto della sede e il potere degli arbitri di giudicare si ritrova in quelle opinioni che si rifanno alla teoria giurisdizionale dell'arbitrato ma non nella teoria contrattuale, la quale invece rimette il potere degli arbitri alla sola clausola arbitrale. Ciò posto, ella afferma che in nessuna legge arbitrale si disciplina il potere degli arbitri di decidere un caso (e che non esiste nessuna prova contraria a questa affermazione), ma al massimo si afferma il principio della *kompetenz-kompetenz* per coordinare i tribunali arbitrali ed i giudici interni in merito all'analisi della giurisdizione dei primi (essendo il tribu-

---

quindi, che la *lex loci arbitri* è oggetto di forti contestazioni appare errato (o in ogni caso prematuro).

<sup>(23)</sup> Cfr. il generico riferimento in A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., pp. 5-6 e pp. 107-109.

<sup>(24)</sup> *IBID.*, pp. 93-97.

<sup>(25)</sup> Il riferimento va in particolare all'art. 1505, comma 4, del Nuovo Codice di Procedura Civile francese, il quale sancisce la competenza delle corti francesi a giudicare su tutti gli arbitrati internazionali nei quali si paventa il rischio che una delle parti si trovi in una situazione di diniego di giustizia. Questa disposizione segue il noto caso della Cour de Cassation, 1 febbraio 2005, *Etat d'Israël v. Société NIOC*, in *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 218 ss., con nota di H. MUIR WATT, in cui è stato affermato che se uno stato si rifiuta di assistere le parti nell'esercizio del proprio diritto di accesso all'arbitrato ciò è da considerarsi in violazione dell'art. 6 CEDU.

<sup>(26)</sup> Nel caso celebrato dinnanzi alla Svea Court of Appeal, 28 febbraio 2005, *Titan Corporation v. Alcatel CIT SA*, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2006, p. 139, il giudice svedese (stato della sede) si è rifiutato di pronunciarsi sull'annullamento di un lodo posto che la controversia non presentava collegamenti effettivi con la Svezia. Tale approccio è stato tuttavia superato dalla Corte Suprema Svedese, 12 novembre 2010, *Rosinvest Co UK Ltd v. Russian Federation*, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2011, p. 354 ss.

<sup>(27)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 112 ss.

nale il primo a potersi pronunciare a tal riguardo) <sup>(28)</sup>. Non andrebbe quindi ricercata nella *lex loci arbitri* la fonte del potere degli arbitri di pronunciarsi sulla controversia.

Il secondo aspetto per quanto concerne il quale l'importanza del diritto della sede è messo in discussione è la validità formale e sostanziale della convenzione d'arbitrato <sup>(29)</sup>. In merito al primo aspetto (validità formale), l'opera in discussione afferma che non sussiste alcun ruolo per la *lex loci arbitri* giacché l'unica norma applicabile è quella dell'art. II della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali *straniere* il quale si limita ad imporre la forma scritta <sup>(30)</sup>. Con riguardo, poi, alla validità sostanziale della clausola arbitrale, si afferma che essa dovrebbe essere determinata alla luce di parametri transnazionali e non tenendo conto di questo o quel diritto interno <sup>(31)</sup>. Nel medesimo paragrafo si affronta anche il tema dell'arbitrabilità della controversia, la quale è parte della valutazione che gli arbitri devono compiere in merito all'esistenza della propria giurisdizione <sup>(32)</sup>. Secondo l'autrice, posto che la Convenzione di New York all'art. V (2)(a) sancisce la non

---

<sup>(28)</sup> *IBID.*, p. 117.

<sup>(29)</sup> *IBID.*, p. 121 ss.

<sup>(30)</sup> L'art. 2 dispone che: «1. Ciascuno Stato contraente riconosce la convenzione scritta mediante la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune delle controversie che siano sorte o possano sorgere tra loro circa un determinato rapporto giuridico contrattuale o non contrattuale, concernente una questione suscettiva d'essere regolata in via arbitrale.

2. Per «convenzione scritta» s'intende una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi.

3. Il tribunale di uno Stato contraente, cui sia sottoposta una controversia su una questione, per la quale le parti hanno concluso una convenzione secondo il presente articolo, rinvierà le medesime, a domanda d'una di esse, a un arbitrato, sempreché non riscontri che la detta convenzione sia caduca, inoperante o non sia suscettiva d'essere applicata».

<sup>(31)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 142 ss. L'autrice si sofferma sul c.d. «*principle of validity*», affermato talvolta dalle Corti francesi, secondo il quale la validità di una clausola arbitrale va valutata non tenendo conto del diritto interno applicabile, ma della non contrarietà della stessa all'ordine pubblico transnazionale. A tal riguardo, a p. 146, si afferma che questo principio garantisce il rispetto della «*morale juridique*», consistente nel garantire l'impegno assunto delle parti in buona fede di rivolgersi all'arbitrato internazionale. Si tratterebbe di valori universali che non possono essere lesi dall'applicazione di questo o quel diritto nazionale.

<sup>(32)</sup> Con il termine arbitrabilità 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*»; cfr. L.A. MISTELIS, *Fundamental Observations and Applicable Law*, in L.A. MISTELIS, S.L. BREKOULAKIS (a cura di), *Arbitrability - International and Comparative Perspectives*, Londra - L'Aja, 2009, p. 4. 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*»; cfr. S.L. BREKOULAKIS, *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New areas of Concern*, in L.A. MISTELIS, S.L. BREKOULAKIS (a cura di), *Arbitrability*, cit., p. 39. Non si tratta, però, a differenza di quanto afferma A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 127 di un aspetto da porre in relazione all'ordine pubblico dello stato della sede (o dell'esecuzione), ma di una condizione per l'assunzione della giurisdizione relativa all'effettiva compromettibilità di un certo tipo di controversie, che — come le procedure fallimentari — per loro natura non sono

eseguibilità del lodo solo se la controversia non è arbitrabile nel diritto dello stato dove l'esecuzione è richiesta<sup>(33)</sup>, il criterio della sede non è sufficiente a determinare l'applicabilità della *lex loci arbitri* per determinare l'arbitrabilità della controversia in tutti quei casi in cui la sede presenta un collegamento tenue con il caso<sup>(34)</sup> (cosa che capita sovente, in quanto molto spesso la sede di un arbitrato è scelta per la propria neutralità e per il c.d. *favor arbitrati* praticato dalle corti interne, più che per l'effettiva esistenza di una connessione del territorio con la controversia).

Il terzo ambito nel quale il ruolo della *lex loci arbitri* è messo in discussione è quello del suo ruolo come fonte del potere delle parti di scegliere il diritto procedurale applicabile<sup>(35)</sup>, anch'esso riconosciuto dalla dottrina tradizionale<sup>(36)</sup>. Al contrario, nell'opera che si analizza si afferma che la Convenzione di New York non riconosce alcun rilievo ai diritti interni al fine di valutare la legittimità della scelta di legge procedurale effettuata dalle parti<sup>(37)</sup>, imponendosi invece il solo rispetto di alcuni principi procedurali — come il giusto processo — riconosciuti su base transnazionale<sup>(38)</sup>. Nessun rilievo avrebbe, quindi, il diritto della sede: «*the autonomy of arbitration proceedings from any national law is fully established in positive law*»<sup>(39)</sup>. Secondo l'autrice «*any presumption of the contrary will be arbitrary*»<sup>(40)</sup>. In connessione a quanto appena detto, viene altresì affermato che la sede non è un criterio di collegamento sufficiente per giustificare l'applicabilità delle norme imperative e dei principi di ordine pubblico del diritto della sede stessa, soprattutto se non

---

adatte ad essere dedotte in arbitrato. Si rinvia, a tal riguardo a G. ZARRA, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 554 s.

<sup>(33)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 130. La disposizione in questione recita: «[i]l riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza arbitrale potranno essere negati, se l'autorità competente del paese dove sono domandati, riscontra che: a) l'oggetto della controversia, secondo la legge di tali paesi, non può essere regolato in via arbitrale».

<sup>(34)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 133.

<sup>(35)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 149 ss.

<sup>(36)</sup> F.A. MANN, *The UNCITRAL Model Law*, cit., p. 243 ss.

<sup>(37)</sup> Ciò perché l'art. V(I)(b) prevede la non esecuzione del lodo solo se «la parte contro la quale è invocata la sentenza non è stata debitamente informata della designazione dell'arbitro o della procedura d'arbitrato, oppure non sia stata in grado per altro motivo, di far valere i suoi mezzi» e l'art. V(I)(d) riconosce un ruolo al diritto della sede subordinato alla volontà delle parti, affermando che l'esecuzione può essere rifiutata se «la costituzione del tribunale arbitrale o 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».

<sup>(38)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 164.

<sup>(39)</sup> *IBID.*, p. 166, ove si afferma che «[d]ue process requirements do not have to be verified on the basis of any national law, since due process is a general principle of international law which is applicable independently of any reference to any national law» e p. 171, dove si sostiene che «the appropriate standards of procedural fairness that national courts and arbitral tribunals should adopt in conformity with the New York Convention are international and not local».

<sup>(40)</sup> *IBID.*, p. 163.

ci sono legami effettivi del caso con tale stato; a tale visione localizzatrice dell'arbitrato dovrebbe preferirsi una dimensione transnazionale <sup>(41)</sup>.

Il quarto (ed ultimo) ambito rispetto al quale il valore della *lex loci arbitri* è posto in discussione è quello della validità del lodo <sup>(42)</sup>. La dottrina tradizionale afferma che una sentenza emessa dalle corti della sede che annulli un lodo arbitrale debba vedersi (anche alla luce del necessario rispetto reciproco che deve esistere tra stati) riconosciuta con valore *erga omnes* <sup>(43)</sup>. Altre teorie, tuttavia, affermano, rispettivamente, che in alcune circostanze il lodo annullato possa essere eseguito <sup>(44)</sup> o che l'annullamento presso lo stato della sede non abbia alcun valore <sup>(45)</sup>. La monografia che qui analizziamo sembra sposare quest'ultimo approccio, affermando che l'attribuzione di valore al diritto e alle corti della sede in tema di annullamento del lodo è arbitrario e crea un condizionamento ingiustificato per gli arbitri, i quali molto spesso si trovano a decidere in un certo modo più per paura di un annullamento presso la sede che per l'effettiva convinzione della correttezza di una certa decisione <sup>(46)</sup>. Per questo motivo, si afferma che al massimo la revisione della regolarità del lodo possa essere affidata ad una corte sovranazionale <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> *IBID.*, p. 189. L'autrice auspica dunque, a p. 190 ss., che venga applicato il concetto di ordine pubblico transnazionale sviluppato dalla dottrina francese, per il quale si rinvia alla precedente nota 13. Per una efficace critica a questa opinione, cfr. S.L. BREKOUKAKIS, *Public Policy in English Arbitration Law*, in J.C. BETANCOURT, *Defining Issues in International Arbitration*, Oxford, 2016, pp. 367-369.

<sup>(42)</sup> La questione si pone in quanto l'art. V(1)(e) della Convenzione di New York afferma che l'esecuzione può essere rifiutata se «la sentenza non è ancora divenuta obbligatoria per le parti, oppure è stata annullata o sospesa da un'autorità competente del paese, nel quale, o secondo la legislazione del quale, è stata emessa la sentenza».

<sup>(43)</sup> P. SANDERS, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, in *Netherlands International Law Review*, 1959, p. 55; A. ATTERITANO, *Il lodo annullato nello Stato sede dell'arbitrato non può essere eseguito o riconosciuto all'estero, perché è un lodo che non esiste*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2008, p. 100 ss.

<sup>(44)</sup> J. PAULSSON, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, p.57. Con riguardo a questa teoria, è importante notare che essa non prevede che l'arbitrato ed il lodo siano indipendenti da qualsiasi diritto, ma semplicemente che essi, pur avendo una sede, possano essere presi in considerazione e valutati diversamente nei vari ordinamenti.

<sup>(45)</sup> È questa la teoria sposata dalla dottrina francese di cui alla precedente nota 13, che trova riscontro nella nota decisione della Cour de Cassation. 29 giugno 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices*, in *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507 ss., in cui si è affermato che un lodo arbitrale è una «decisione di valore transnazionale» che trae la propria forza da una manifestazione di autonomia delle parti e rispetto alla quale lo stato della sede non ha alcun potere. Per questo motivo, i giudici francesi hanno dato esecuzione ad un lodo annullato in Inghilterra. Sulla natura privata del lodo v. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *The Enforcement of Annulled Awards: Further Reflections in Light of Thai-Lao Lignite*, in *The American Review of International Arbitration*, 2014, p. 61.

<sup>(46)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., pp. 248-249.

<sup>(47)</sup> *IBID.*, p. 249. In ogni caso, posto l'attuale quadro normativo, l'autrice propone, a p. 261, anche un'estensione della giurisdizione della CEDU a tutti gli Stati membri della Convenzione di New York, in modo tale da far sì che la Corte EDU possa farsi garante del rispetto di condotte non abusive da parte degli stati sede di arbitrati internazionali. Si tratta

Infine, proprio allo scopo di ridurre l'importanza del diritto della sede (che, per ammissione della stessa autrice, resta fondamentale per la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza) <sup>(48)</sup>, l'opera in discussione si conclude con alcune proposte di revisione della Convenzione di New York del 1958 <sup>(49)</sup> o, in alternativa, con la paventata possibilità di una convenzione internazionale che possa fornire una sorta di diritto procedurale universale <sup>(50)</sup>. Si tratta, a dire il vero, di proposte fantasiose e (almeno allo stato) irrealizzabili. La Convenzione di New York è attualmente in vigore in 160 Stati ed è considerata uno degli esempi più riusciti di cooperazione internazionale. Ad essa si deve la vastissima diffusione dell'arbitrato commerciale internazionale su scala globale e proprio le libertà che essa lascia agli Stati membri di interpretare alcune previsioni in modo più o meno restrittiva sono considerabili come garanzie di accettazione su larga scala del testo convenzionale. Proprio per questo, autorevole dottrina ne ha già fortemente sconsigliato qualsiasi emendamento <sup>(51)</sup> (lasciando da parte le difficoltà pratiche che si incontrerebbero nel mettere d'accordo 160 Stati su un nuovo testo convenzionale). Stesso discorso vale per la redazione di una «maxi-convenzione» che detti una procedura comune: gli stati non intendono rinunciare del tutto alla propria sovranità sulle procedure tra privati che si svolgono nella cornice del proprio diritto e, ad oggi, non appare neppure concepibile una simile proposta.

Alla luce delle suesposte considerazioni, nei successivi paragrafi ci soffermeremo sulle critiche sostanziali mosse al concetto di *lex loci arbitri*, sorvolando invece sulle proposte di modifica dell'attuale quadro normativo in merito alle quali non appaiono necessarie ulteriori riflessioni.

---

di proposta fantasiosa e irrealizzabile, non fosse altro perché presupporrebbe un'adesione di più di 100 stati al Consiglio d'Europa. Per questo motivo, non ci soffermeremo ulteriormente su questo punto nell'ambito del presente lavoro.

<sup>(48)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 42 ss.

<sup>(49)</sup> *IBID.*, p. 275 ss.

<sup>(50)</sup> *IBID.*, p. 308 ss.

<sup>(51)</sup> E. GAILLARD, *The Urgency of Not Revising the New York Convention*, in A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *50 Years of the New York Convention*, L'Aja, 2009, p. 690, ha emblematicamente affermato che «[a]lthough its language is at times dated and certain of its provisions could be modernized, the New York Convention continues, on the whole, to fulfil its purpose in a satisfactory manner and there would be, in my opinion, more to lose than to gain in embarking upon a revision process». Del resto, come lo stesso autore ha affermato a p. 692, «[o]n the other hand, there is no danger in leaving the New York Convention in its current state. The genius of the Convention is to have foreseen the evolution of arbitration law. As per its Art. VII, the Convention sets only a minimum standard. States can always be more liberal. By definition, the Convention cannot freeze the development of arbitration law. Thus, there is no danger in leaving it untouched». Sulla stessa lunghezza d'onda v. l'autorevole opinione di V.V. VEDEER, *Is there a Need to Revise the New York Convention?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 499 ss.

### 3. *L'infondatezza dell'opinione descritta e la necessità di superare astratte categorizzazioni alla luce di un'analisi concreta del fenomeno arbitrale.*

La ricostruzione su proposta, nella parte in cui *de jure condito* prova a demolire l'importanza della *lex loci arbitri* nell'arbitrato internazionale, non convince e ciò essenzialmente per un motivo: l'analisi della prassi rivela, contrariamente a quanto prospettato, che il diritto dello Stato della sede ha, e ragionevolmente continuerà ad avere, un ruolo fondamentale nel ragionamento degli arbitri internazionali. Come proveremo a dimostrare nel seguito del presente paragrafo, sono innanzitutto la Convenzione di New York, la maggior parte delle leggi nazionali che regolano l'arbitrato e le regole delle istituzioni arbitrali a dare importanza al concetto di sede. Sarà ogni tentativo di distaccarsi da questa impostazione ad essere arbitrario e non il contrario. Questo ci porterà a rivalutare positivamente anche la distinzione tra *lex arbitri* interna ed esterna, alla luce delle diverse modalità con cui in un caso e nell'altro vanno contemperati gli interessi in gioco (statali e delle parti) e, infine, a sminuire quelle tesi che vogliono ricondurre la procedura arbitrale (ma anche la legge applicabile alle questioni sostanziali) a principi e regole di origine transnazionale o anazionale. La verità è che, volendo generalizzare, l'arbitrato commerciale internazionale sembra aver trovato un proprio equilibrio tra l'autonomia delle parti e il rispetto delle norme inderogabili dello stato della sede (ma anche degli altri stati ragionevolmente coinvolti nella procedura), il quale trae origine dall'obbligo che grava (esplicitamente<sup>(52)</sup> o implicitamente)<sup>(53)</sup> sugli arbitri di emettere una decisione che sia, quanto più possibile, efficace ed eseguibile. La non curanza della *lex loci arbitri* può,

---

<sup>(52)</sup> Cfr. l'art. 42 delle regole di arbitrato CCI, rubricato «Regola Generale», il quale afferma: «[i]n relazione ad ogni questione non espressamente disciplinata dal Regolamento, la Corte e il tribunale arbitrale agiscono nello spirito del Regolamento e si adoperano affinché il lodo sia suscettibile di esecuzione». Si veda anche l'art. 32, comma 2, del regolamento di arbitrato della London Court of International Arbitration, il quale afferma: «[f]or all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat». Lo stesso regolamento, tra l'altro, fa esplicito riferimento all'accettabilità del lodo nello stato della sede per tutti i casi in cui la delibera che porta al lodo sia assunta in assenza di un arbitro. A tal riguardo, l'art. 12, comma 2, dispone che: «[i]n deciding whether to continue the arbitration [in assenza di un arbitro], the remaining arbitrators shall take into account the stage of the arbitration, any explanation made by or on behalf of the absent arbitrator for his or her refusal or non-participation, the likely effect upon the legal recognition or enforceability of any award at the seat of the arbitration and such other matters as they consider appropriate in the circumstances».

<sup>(53)</sup> Si può affermare che, in ogni caso, sia un dovere implicito di ogni arbitro quello di emettere una decisione efficace ed eseguibile, motivo per il quale gli arbitri stessi sono ingaggiati e pagati.

da questo punto di vista, essere letale: il mancato rispetto delle previsioni del diritto della sede (almeno di quelle inderogabili) è senz'altro causa di annullamento della decisione e in varie circostanze può anche costituire una difesa contro l'esecuzione del lodo (e in ogni caso un ritardo nella stessa). È quindi irragionevole provare a scardinare un impianto che funziona e/o voler necessariamente prendere una posizione tra teoria giurisdizionale e approccio contrattuale: l'osservazione empirica del fenomeno arbitrale ci porta ad affermare che tali categorizzazioni astratte ed aprioristiche sono superate ed a tratti non utili, posto che l'arbitrato internazionale è riconducibile ora a questo ed ora a quel modello. Operando nel mondo del *business*, l'arbitrato non può che essere *business oriented*: esso deve condurre al risultato per cui vi si ricorre, ossia la soddisfazione, sulla base del principio di legalità e del rispetto dell'autonomia contrattuale, della parte che ha ragione. In questo processo, che si svolge sempre nell'ambito di un quadro giuridico (di diritto nazionale) ben definito, la *lex loci arbitri* non può che avere un ruolo di primaria importanza.

3.1. (segue) *L'irrinunciabilità del concetto di sede nella Convenzione di New York (e anche nelle regole arbitrali e nella quasi totalità dei diritti nazionali) e il conseguente rilievo della lex loci arbitri nella procedura arbitrale.*

La Convenzione di New York è ricca di riferimenti alla sede dell'arbitrato<sup>(54)</sup>, anche se essa sembra solo presupporre la nozione, senza definirla né stabilirne il ruolo in modo definitivo. Il primo riferimento va, senza dubbio, al titolo della Convenzione che riguarda «il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali *straniere*» (corsivo aggiunto). Il termine «straniere», utilizzato dai redattori, non sembra casuale: se avessero inteso far riferimento ad un provvedimento anazionale, essi avrebbero probabilmente parlato di lodi «internazionali» o «transnazionali», con ciò evitando il riferimento a qualsiasi stato nazionale da cui il lodo potesse provenire e al suo diritto. L'uso del termine «straniere», al contrario, fa balzare alla mente i concetti di sede e di *lex loci arbitri*. In stretta connessione con quanto appena detto sembra essere l'articolo I, comma 1, della Convenzione, che menziona «sentenze arbitrali emesse, sul territorio di uno Stato diverso da quello dove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione».

---

<sup>(54)</sup> M. BARRY, *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, 302 e ss.; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's «Architecture of International Commercial Arbitration*, in A.J. VAN DEN BERG (a cura di), *Arbitration - The Next Fifty Years*, cit., 77 e ss.

Riferimenti alla legge dello Stato dove il lodo è stato emesso si ritrovano anche nell'art. V, comma 1, lettere (a) <sup>(55)</sup>, (d) <sup>(56)</sup> ed (e) <sup>(57)</sup>.

Numerose sono, poi, le fonti di diritto interno che fanno riferimento alle funzioni del diritto e delle corti dello Stato sede dell'arbitrato internazionale; sufficiente è menzionare, a titolo di esempio, l'art. 1, comma 2, della Legge Modello UNCITRAL, l'art. 2 dell'English Arbitration Act 1996, l'art. 176, comma 2 della legge svizzera sul diritto internazionale privato e l'art. 816 del codice di procedura civile italiano. Altrettanto si può dire per i regolamenti arbitrali. Si pensi all'art. 18 delle regole di arbitrato dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, all'art. 18 delle regole di arbitrato della CCI e all'art. 16 delle regole della LCIA.

È vero che in tutti questi corpi normativi l'applicazione della *lex loci arbitri* appare insieme (e spesso subordinatamente) al criterio di autonomia delle parti, ma resta il fatto che la sede ed il suo diritto — nell'impostazione maggiormente seguita — costituiscono comunque la cornice entro cui l'intero procedimento si muove e, conseguentemente, un elemento irrinunciabile del ragionamento degli arbitri.

Ciò vale innanzitutto per il potere degli arbitri di giudicare su una certa questione: è innanzitutto la logica a dirci che se degli arbitri possono pronunciarsi in modo vincolante su una certa questione è perché gli ordinamenti glielo concedono. In alternativa, usando le parole di W.W. Park, «*a binding commitment, free from any municipal law, just appears*» <sup>(58)</sup> e questo non appare metodologicamente corretto. Anche volendo ricondurre l'intero fenomeno arbitrale alla teoria contrattuale, il *valore giuridico* del lodo (visto come contratto) dipende dal conferimento di tale valore ad opera degli ordinamenti statali e, primo fra tutti, quello della sede che deve supportare e supervisionare la procedura arbitrale. D'altra parte, a dispetto di quanto si possa credere, il fatto che la *kompetenz-kompetenz* sia un principio che generalmente trova riconoscimento nella *lex loci arbitri* è un riconoscimento implicito dell'esistenza in uno stato di un conferimento di potere in capo agli arbitri (per assurdo, altrimenti, lo stato potrebbe disconoscere la giurisdizione arbitrale e consentire la presentazione e prosecuzione di un'azione dinnanzi ai propri giudici).

Il ruolo primario della *lex loci arbitri* è lapalissiano quando si discute, poi, della validità formale e sostanziale della clausola arbitrale. Innanzitutto ciò è confermato dal già citato art. V(1)(a) della Convenzione di New York, il quale afferma che l'esecuzione del lodo può essere rifiutata se «le

---

<sup>(55)</sup> Per l'analisi di questa disposizione si rimanda alla parte successiva di questo paragrafo.

<sup>(56)</sup> V. la precedente nota 37.

<sup>(57)</sup> Per l'analisi di questa disposizione si rimanda alla parte successiva di questo paragrafo.

<sup>(58)</sup> W.W. PARK, *The Lex Loci Arbitri*, cit., p. 26.

parti nella convenzione di cui all'articolo II, erano, secondo la legge loro applicabile, affette da incapacità, o che la detta convenzione non è valida, secondo la legge alla quale le parti l'hanno sottoposta o, in mancanza d'una indicazione a tale riguardo, secondo la legge del paese dove la sentenza è stata emessa». Posto che quasi mai si assiste ad una esplicita indicazione del diritto applicabile alla clausola arbitrale (la quale, come noto, è da considerarsi come un contratto autonomo dal contratto in cui è inserita in virtù del principio della *separability*)<sup>(59)</sup> è evidente che, nella maggior parte dei casi sarà proprio il diritto della sede ad avere l'ultima parola in merito alla validità della clausola arbitrale. E, del resto, questo è evidente da un esame della prassi<sup>(60)</sup>.

Discorso analogo può farsi per l'arbitrabilità. È vero che l'art. V(2)(a) della Convenzione di New York non richiama il diritto della sede tra quelli ai quali le corti *dell'esecuzione* devono fare riferimento. Ma è anche vero che *mai* un arbitro non terrà conto delle determinazioni di tale *corpus* normativo conoscendo il rischio che ciò possa portare ad un annullamento della decisione. Tra l'altro, secondo alcuni<sup>(61)</sup> l'arbitrabilità è una condizione per la validità della clausola arbitrale e quindi questo farebbe ricadere la questione di cui discutiamo nell'ambito applicativo dell'art. V(1)(a), analizzato precedentemente, con la conseguente applicabilità del diritto della sede.

Con riguardo alla procedura che si svolge davanti agli arbitri, se è vero che il c.d. giusto processo sta diventando uno *standard* comunemente accettato, è anche vero che esso si differenzia in relazione agli stati nazionali, il cui diritto non può essere ignorato alla luce di quanto afferma l'art. V(1)(d) della Convenzione, il quale prevede che il lodo possa non essere eseguito se la costituzione del tribunale arbitrale o 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*. Esempio lampante di come il contenuto del giusto processo possa variare di stato in stato è dato dall'obbligo di motivazione. È ben noto che le corti inglesi storicamente non hanno richiesto che il lodo arbitrale fosse

---

<sup>(59)</sup> J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, S. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aja, 2003, p. 99 ss.

<sup>(60)</sup> V. l'esautiva analisi in *IBID.*, p. 129 ss.

<sup>(61)</sup> B. HANOTIAU, *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, in *Arbitration International*, 1996, p. 401; con particolare riguardo agli Stati Uniti, che hanno una particolare concezione dell'arbitrabilità, cfr. L. SHORE, *Defining 'Arbitrability' The United States vs. the rest of the world*, in *New York Law Journal*, 2009, in <https://indiacorplaw.in/wp-content/uploads/2016/08/shore-definingarbitrability.pdf>, il quale afferma che «*arbitrability in the United States also means- — and in this the United States is different from the rest of the world, and the difference can create confusion — the preliminary question of whether an arbitral tribunal has the authority to decide, as an initial matter, that a given dispute should be submitted to arbitration for a determination of whether the arbitral tribunal has jurisdiction over the dispute*».

motivato (o, almeno, che lo fosse nel dettaglio) <sup>(62)</sup>. Contrariamente, per quanto concerne l'Italia, la migliore dottrina afferma che non si possa prescindere da tale elemento come strumento fondamentale per verificare la ragionevolezza della decisione, ossia la corretta applicazione delle regole e dei principi rilevanti e il corretto bilanciamento di interessi nel caso concreto ed alla luce delle norme individuate <sup>(63)</sup>. Non è quindi possibile parlare di uno *standard* transnazionale di giusto processo e il collegamento dell'arbitrato a questa o quella sede determinerà una variazione della *lex arbitri* e, di conseguenza, un cambiamento dell'atteggiamento degli arbitri in relazione ad alcune questioni procedurali.

Non può nemmeno disconoscersi un ruolo al diritto dello stato della sede nei casi in cui si valuti la possibile esecuzione del lodo annullato ai sensi dell'art. V(1)(e) della Convenzione di New York, il quale afferma che l'esecuzione del lodo può essere rifiutata se «la sentenza non è ancora divenuta obbligatoria per le parti, oppure è stata annullata o sospesa da un'autorità competente del paese, nel quale, o secondo la legislazione del quale, è stata emessa la sentenza». L'uso della parola «può» ci fa comprendere che, in tali casi, la legge dello Stato in cui la sentenza è stata emessa può costituire un fattore che il giudice dell'esecuzione può (e, anzi, deve) tenere in considerazione nel rifiutare l'esecuzione del lodo. Come abbiamo già affermato <sup>(64)</sup>, ci pare che esista un *trend* giurisprudenziale che riconosce discrezionalità al giudice interno nel dare esecuzione ad un lodo annullato nello Stato della sede dell'arbitrato, valutando la decisione di annullamento alla luce degli ordinari criteri per il riconoscimento delle sentenze straniere. Da un lato, infatti, ragioni di rispetto reciproco tra stati (oltre che la stessa terminologia convenzionale) impongono di tenere in debito conto quanto affermato dalle corti della sede in merito alla validità del lodo. Dall'altro, ragioni di giustizia connesse al caso concreto ed il noto *favor arbitrati* praticato da molti stati portano comunque a non disconoscere aprioristicamente la possibilità del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo annullato. Anche in questo caso, dunque, propenderemmo per un approccio pragmatico basato sulle esigenze del caso concreto e giustificato dalla terminologia flessibile utilizzata nella Convenzione, probabilmente proprio allo scopo di evitare rigidità basate su aprioristiche astrazioni.

A conclusione del presente discorso, come dimostreremo nel prossimo

---

<sup>(62)</sup> T. CARBONNEAU, *Rendering Arbitral Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1985, p. 579 ss.

<sup>(63)</sup> V., sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto giurisprudenziale ed il ruolo della dottrina*, in *Il giusto processo civile*, 2012, p. 15; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 56 ss.

<sup>(64)</sup> In 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 *Rivista dell'arbitrato*, 2015, p. 595 (al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti sul tema).

paragrafo, va fatto presente che le norme imperative ed i principi di ordine pubblico della *lex loci arbitri* sono sempre tenuti in debita considerazione dai tribunali arbitrali nella determinazione del diritto applicabile.

3.2. (segue) *L'irrelevanza di principi procedurali 'transnazionali' e l'irrinunciabilità del riferimento ad ordine pubblico e norme imperative di sistemi giuridici di diritto interno.*

Come noto, originariamente si tendeva — connettendo il concetto di arbitrabilità a quello di ordine pubblico — ad escludere la competenza degli arbitri in tutte quelle materie in cui si riteneva esistente un interesse preminente dello Stato. Come già detto <sup>(65)</sup>, questa concezione può dirsi superata e oggi si può dire che gli arbitri 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>(66)</sup>. Essi, dunque, prendono in considerazione ed applicano le norme di ordine pubblico dei sistemi giuridici che possono ragionevolmente 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 e, in secondo luogo, una conseguenza dell'obbligo che i tribunali arbitrali hanno di adoperarsi affinché il lodo sia suscettibile di esecuzione. 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 inesequibile 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 ricostruzione secondo la quale gli arbitri dovrebbero tenere conto soltanto (o, almeno, maggiormente) di principi di ordine pubblico transnazionale appare quindi poco rigorosa, e ciò per due motivi. Innanzitutto, come abbiamo già avuto modo di affermare <sup>(67)</sup>, la categoria dell'ordine pubblico transnazionale è fumosa e non ha alcun fondamento nel diritto positivo. Non a caso, secondo alcuni esso consiste in quell'insieme di

---

<sup>(65)</sup> V. la precedente nota 32.

<sup>(66)</sup> Cfr. le riflessioni già effettuate in G. ZARRA, *Arbitrato internazionale*, cit., pp. 542-543.

<sup>(67)</sup> G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. 78 ss.

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>(68)</sup>. Altri, invece, parlando di ordine pubblico «veramente internazionale» hanno collocato il concetto *de quo* nell'alveo delle fonti del diritto internazionale pubblico di carattere generale (assimilandolo dunque ai principi generali del diritto comuni agli ordinamenti interni o allo *jus cogens*)<sup>(69)</sup>.

Dunque, delle due l'una: o l'ordine pubblico transnazionale (o veramente internazionale) non esiste, o si tratta solo di una locuzione utilizzata per far riferimento ad altre categorie di fonti già esistenti ed aventi un certo ancoraggio nel diritto positivo.

Di conseguenza, e venendo al secondo motivo che ci lascia perplessi con riguardo al ricorso all'ordine pubblico transnazionale, se per esso si intendono i principi propri del diritto del commercio internazionale si deve riconoscere che — salvo che essi siano positivizzati in una norma interna — tali principi non hanno alcun valore normativo e non sono espressione di nessun sistema di diritto. La loro applicazione, salvo che basata su una manifestazione di autonomia delle parti compatibile con le norme imperative del diritto della sede, sarebbe arbitraria. Se invece si fa riferimento all'ordine pubblico veramente internazionale inteso come espressione di fonti di diritto internazionale generale, il risultato non sarà altro che l'applicazione di norme già recepite dal diritto interno; quindi il ricorso a questa ulteriore categoria sarebbe inutile.

In conclusione, quindi, quando si parla di norme imperative ed ordine pubblico rilevanti per l'arbitrato internazionale non può che farsi riferimento a disposizioni di diritto interno ragionevolmente rilevanti (sulla base di un giudizio prognostico) nella procedura arbitrale sulla base della necessità di emettere un lodo eseguibile. Tra queste norme, chiaramente, non potranno che essere incluse quelle della *lex loci arbitri*.

### 3.3. (segue) *La necessità della distinzione tra lex arbitri 'interna' ed 'esterna'*.

Ingiustificato ed ingiustificabile appare, infine, anche il tentativo di superare la distinzione tra *lex arbitri* interna ed esterna. Tale tentativo sarebbe basato sul fatto che «entrambe le categorie sarebbero focalizzate sulle limitazioni esterne all'autonomia delle parti»<sup>(70)</sup>. In realtà, anche se questa affermazione corrisponde al vero, quello che varia è l'intensità dell'interesse statale in gioco nelle questioni interne ed in quelle esterne.

---

<sup>(68)</sup> P. LALIVE, *Transnational*, cit., p. 258 ss.

<sup>(69)</sup> N. JUNNGAM, *Public policy in International Investment Law: The Confluence of Three Unruly Horses*, in *Texas International Law Journal*, 2016, 73 ss.

<sup>(70)</sup> A. SARDU, *The Lex Arbitri*, cit., p. 103 (traduzione nostra).

Nel costante bilanciamento che gli arbitri devono compiere tra autonomia delle parti e interessi dello stato della sede (e, talvolta, di altri stati ragionevolmente coinvolti nella procedura), il secondo elemento avrà peso specifico ben maggiore nelle questioni esterne. Di conseguenza, posto il contenuto variabile di cui abbiamo già parlato, è evidente che vi sarà una diversità di composizione della *lex arbitri* interna e di quella esterna (quest'ultima essendo maggiormente influenzata dalla *lex loci arbitri*). Questo dovrebbe bastare a giustificare la non soppressione della distinzione.

E, del resto, non è metodologicamente corretto equiparare del tutto la *lex arbitri* esterna al diritto della sede. Vi sono, ad esempio, alcuni elementi dei regolamenti arbitrali applicabili che possono influenzare il rapporto tra corti interne e tribunali arbitrali. Esempio lampante è l'obbligo di motivazione dei lodi che, come abbiamo visto, non è ritenuto fondamentale in alcuni stati. Vi sono tuttavia, alcuni regolamenti arbitrali che impongono la presenza di una motivazione nel lodo (come l'art. 32, comma 2, delle regole arbitrali della CCI). Questo elemento, chiaramente, ha un'influenza anche esterna al procedimento (esso può portare ad un annullamento del lodo e poi, eventualmente, alla sua non esecuzione) pur non essendo necessariamente parte della *lex loci arbitri*.

La distinzione ha, quindi, un senso e le critiche all'impostazione proposta appaiono sterili ed immotivate.

#### 4. Conclusioni

Questo breve scritto ha provato a chiarire i concetti di *lex arbitri* e *lex loci arbitri*, troppo spesso oggetto di confusione nell'analisi dottrinale. La prima disciplina la procedura di un certo arbitrato (e si compone di norme espressamente dettate dalle parti nell'esercizio della propria autonomia, eventuali regolamenti arbitrali e diritto dello stato della sede) e la seconda, invece, è la legge statale che vuole applicarsi alle procedure arbitrali aventi sede in tale paese. Solitamente, la *lex loci arbitri* prevede la possibilità che le parti disciplinino come preferiscono la propria procedura arbitrale, fatto salvo il rispetto delle norme imperative e dei principi di ordine pubblico del luogo.

Altro argomento sul quale sembra non esservi certezza è la distinzione tra *lex arbitri* interna ed esterna. Mentre la prima è l'insieme delle regole riguardanti la gestione della procedura che si svolge dinnanzi agli arbitri, la seconda riguarda le modalità di gestione del rapporto esistente tra il tribunale arbitrale e le corti dello stato della sede. È evidente, quindi, che il bilanciamento tra autonomia delle parti e interessi statali avviene in modo diverso nella determinazione dell'uno o dell'altro *corpus* normativo (posto che entrambi hanno contenuto variabile in relazione al caso con-

creto) e la *lex loci arbitri* è maggiormente influente nel caso della *lex arbitri* esterna.

Il diritto della sede ha quindi un rilevante ruolo di cornice giuridica entro il quale può muoversi l'autonomia delle parti. Esso costituisce (anche se implicitamente) la fonte del potere degli arbitri di giudicare sulla controversia, conferisce validità alla clausola arbitrale, detta gli elementi irrinunciabili della procedura e impone l'applicazione delle proprie norme imperative ed espressione di principi di ordine pubblico alla sostanza del rapporto dinnanzi agli arbitri. Infine, la *lex loci arbitri* non può neppure essere ignorata quando si chiedi l'esecuzione del lodo annullato. Tutto ciò è confermato dal testo della Convenzione di New York, dai più rilevanti regolamenti di istituzioni arbitrali (come la Camera di Commercio Internazionale e la *London Court of International Arbitration*) e dal diritto degli stati che più spesso ospitano procedure arbitrali commerciali internazionali.

Vanno quindi accolti con sfavore tutti quei tentativi — tra cui si inserisce una recente opera monografica che abbiamo analizzato nel presente scritto — volti ad eliminare (o comunque a ridimensionare) il ruolo della *lex loci arbitri* nell'arbitrato commerciale internazionale.