

# ***Autonomia contrattuale nell'arbitrato internazionale***



**FRANCESCO ZAPPALÁ\***

*Università degli Studi La Sapienza  
Roma (Italia)*

## **1. NORMATIVA APPLICABILE ALL'ARBITRATO INTERNAZIONALE**

Nell'arbitrato commerciale internazionale, a differenza di ciò che accade per l'arbitrato nazionale, intervengono molteplici ordinamenti giuridici o sistemi

---

\* Profesor Asistente del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia. Investigador adscrito al Grupo de Investigación "Instituciones Jurídicas y Desarrollo" de COLCIENCIAS de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia. Profesor de la Especialización en Derecho Comercial de Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia. Profesor Visitante de la Maestría en Derecho Privado Europeo de la Università degli Studi La Sapienza Roma, Italia, en el módulo: Arbitrato Commerciale Internazionale; y de la Facultad de Derecho de la Universidade Pontificia Católica, Belo Horizonte, Brasil. Arbitro inscrito en la Cámara de Comercio de Cali. Vinculo Colciencias: [http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001223569](http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001223569).

Abogado de la Universidad de San Buenaventura, Cali Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Magister en Derecho Privado Europeo de la Università degli Studi La Sapienza Roma, Italia; tesis cum lode, título: Arbitrato di Consumo. Doctorando tercer año en Derecho dell'Economía e dell'Impresa del Colegio Doctoral en Derecho Comercial de la Università degli Studi La Sapienza Roma, Italia; tesis sobre arbitraje comercial internacional.

normativi, nell'ambito dei quali è possibile identificare almeno cinque categorie differenti, che possono influire nella pratica dello stesso<sup>1</sup>. Queste sono:

1. Le norme che regolano la capacità delle parti a stipulare la convenzione arbitrale nel contesto internazionale;
2. Il diritto che regola la convenzione arbitrale e il suo adempimento sul piano internazionale;
3. Le norme che regolano l'esistenza del tribunale arbitrale internazionale e il procedimento, che generalmente prende il nome di *lex arbitri*;
4. Il diritto, o le singole norme giuridiche, che regolano le questioni sostanziali oggetto della controversia, comunemente conosciuti come diritto applicabile o legge applicabile al contratto o al diritto sostanziale;
5. Le norme che regolano il riconoscimento e l'esecuzione del lodo e che, di fatto, possono condurre all'applicazione di due o più regimi giuridici allorquando si chiede il riconoscimento e l'esecuzione in diversi paesi nei quali la parte soccombente possiede dei beni o si ritiene che li possieda.

E' possibile che per decidere la controversia il tribunale arbitrale internazionale non ritenga necessario andare oltre i limiti dell'accordo originariamente celebrato tra le parti. Questo contratto, infatti, specialmente nell'ipotesi di operazioni commerciali internazionali, risulta essere generalmente molto dettagliato.

Per esempio, i contratti internazionali di engineering possono dilungarsi per centinaia di pagine stampate a piccoli caratteri, cui si aggiungono, in allegato, progetti e informazioni tecniche dettagliate. Se lo si interpreta correttamente, dal contratto emergerà chiaramente l'intenzione delle parti, le obbligazioni assunte da ciascuna di esse e, di conseguenza, qual è la parte responsabile dell'avvenuto inadempimento<sup>2</sup> e quali sono le norme procedurali che regoleranno l'arbitrato.

---

<sup>1</sup> REDFERN, A. (et al.). *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Thomson Aranzadi, Elcano, 2006, p. 153.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 172

È possibile, però, che il contratto non contenga tutte le norme necessarie al tribunale arbitrale internazionale per dirimere la controversia. Ciò implica che non sempre sarà sufficiente conoscere l'accordo concluso tra le parti.

Inoltre, è fondamentale determinare quale diritto si applica all'accordo. Se si tratta di un contratto nazionale, generalmente, il diritto applicabile sarà quello del paese nel quale il contratto è stato stipulato<sup>3</sup> e il procedimento sarà regolato dalle norme processuali del medesimo Stato.

La situazione è più complessa quando il contratto o il rapporto giuridico contiene un'operazione internazionale. Prendiamo ad esempio il caso di un aereo costruito in Francia, utilizzato da una compagnia aerea colombiana attraverso un contratto di leasing back stipulato da una società di intermediazione finanziaria con sede nello Stato di New York, che si trova nell'aeroporto di Heathrow per via dei lavori di manutenzione realizzati da una compagnia italiana: è evidente che, nel caso in cui sorga una controversia di natura giuridica ed economica tra le parti, si porrà un problema di conflitto di norme sostanziali e processuale applicabili tra gli ordinamenti giuridici francese, colombiano, dello Stato di New York, inglese e italiano.

In questo caso, infatti, è possibile che esistano due o più ordinamenti giuridici nazionali suscettibili di essere considerati come diritto applicabile al contratto e diversi sistemi processuali che possono anche contenere norme giuridiche in contrasto fra loro per quanto riguarda taluni elementi specifici della controversia.

## **2. IL PRINCIPIO DELL'AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ PRIVATA NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE ED IN PARTICOLARE NEL PATTO ARBITRALE**

Generalmente, si riconosce alle parti che concludono un contratto commerciale internazionale la libertà di scegliere la legge o le singole norme

<sup>3</sup> REDFERN, A. (et al.). *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Thomson Aranzadi, Elcano, 2006, p. 173.

giuridiche che si applicheranno all'accordo. La teoria dell'autonomia della volontà delle parti, sviluppata dapprima dalla dottrina e successivamente adottata dai tribunali nazionali, ha ricevuto ampio riconoscimento all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.

Nonostante le differenze, il sistema di common law, quello di civil law, l'ordinamento musulmano e il sistema giuridico orientale, sono stati influenzati in egual modo dalla tendenza ad adottare la regola secondo la quale alle parti è permesso decidere quale diritto disciplinerà le loro relazioni contrattuali e processuali. Questo processo si è realizzato in modo indipendente in tutti i paesi, in assenza di un'azione comune tendente ad un tale obiettivo da parte delle diverse nazioni. Si è trattato, dunque, del risultato di istanze indipendenti, contemporanee e pragmatiche che hanno preso vita all'interno dei diversi sistemi di diritto internazionale privato<sup>4</sup>.

Questo principio, inoltre, è stato espresso in diverse convenzioni internazionali come la Convenzione di Roma<sup>5</sup>, che disciplina le obbligazioni contrattuali all'interno dell'Unione Europea, riconoscendo come principio fondamentale il diritto delle parti del contratto di scegliere, prima che sorga una controversia o anche successivamente, in forma esplicita o implicita, la legge che regolerà il rapporto contrattuale. Sia le convenzioni internazionali che le leggi modello sull'arbitrato commerciale internazionale prevedono la libertà per le parti di scegliere il diritto applicabile e le regole procedurali.

<sup>4</sup> LEW, J. *Applicable law in international. Commercial Arbitration*. Oceana Publications, 1978, p. 75.

<sup>5</sup> *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* n. L266/1. "Articolo 3. Libertà di scelta. 1. Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso. 2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'articolo 9 e non pregiudica i diritti dei terzi. 3. La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate «disposizioni imperative». 4. L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono regolate dagli articoli 8, 9 e 11".

Il Regolamento Arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale del 1976<sup>6</sup> stabilisce che il tribunale arbitrale applicherà la legge che le parti hanno indicato come applicabile alla questione controversa.

Tra i regolamenti adottati dalle istituzioni arbitrali, il Regolamento della Camera di Commercio Internazionale di Parigi<sup>7</sup> dispone che le parti possono accordarsi liberamente circa le norme giuridiche che il tribunale arbitrale internazionale dovrà applicare per la definizione della controversia.

Esistono pochi principi nel diritto internazionale privato che hanno ottenuto un riconoscimento universale pari al cosiddetto principio dell'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile al contratto, in forma espressa o tacita<sup>8</sup>.

E' logico, infatti, permettere che le parti scelgano la legge applicabile al contratto e alle controversie che da esso dovessero derivare, o al momento della stipula o una volta promosso l'arbitrato internazionale. Nel contratto, infatti, le parti assumono diritti ed obblighi reciproci e indicano la legge applicabile al contratto, considerato che le norme sostanziali e processuali scelte costituiranno l'elemento fondamentale dell'accordo intercorso tra loro<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Regolamento di Arbitrato UNCITRAL, articolo 28. *"The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so. (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction2.*

<sup>7</sup> Regolamento della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, articolo 17 lettera 1. *"Applicable Rules of Law. 1. The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate. 2. In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages. 3. The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed".*

<sup>8</sup> LEW, J. *Applicable law in international Commercial Arbitration*, Oceana Publications, 1978, pag. 87.

<sup>9</sup> REDFERN, A. (et al.). *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Thomson Aranzadi, Elcano, 2006, p. 175.

Ciononostante, possono esserci alcune limitate eccezioni a questa regola al fine di garantire che la scelta del diritto applicabile venga effettuata in buona fede e non contravvenga ai principi del due process, inteso nella sua accezione transnazionale e non costituzionale. Le parti, pertanto, non possono accantonare questo obiettivo mediante l'uso di un accordo privato<sup>10</sup>.

Nel rispetto della buona fede, del principio di legalità e dei principi del giusto processo internazionale, le convenzioni e i regolamenti in materia di arbitrato commerciale internazionale stabiliscono chiaramente che le parti possono scegliere il diritto applicabile al procedimento. Chi sottoscrive un contratto commerciale internazionale deve utilizzare pienamente e adeguatamente tale libertà ed includere nel proprio contratto una clausola sulla legge applicabile e sulle norme procedurali applicabili<sup>11</sup>.

Nella maggior parte delle controversie commerciali internazionali che si compromettono in arbitri, infatti, oltre alla clausola compromissoria esiste una clausola nella quale viene scelto il diritto sostanziale e procedurale applicabile.

### **3. SCELTA DELLA SEDE DELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE. FORUM SHOPPING E LEX ARBITRI**

Per assumere la decisione relativa al luogo in cui avrà sede l'arbitrato internazionale e stabilire di conseguenza la lex arbitri, che determinerà la normativa procedurale applicabile, se non si opta per una diversa regolamentazione, è indispensabile conoscere la legge processuale del paese prescelto e che il contesto normativo risulti adeguato alla celebrazione di un arbitrato internazionale. Tale valutazione dipende sia da un apprezzamento di carattere soggettivo, sia dall'analisi del contesto giuridico. Abitualmente, infatti, si tende a celebrare l'arbitrato internazionale in un paese neutrale, e cioè in un paese distinto dal paese di origine delle parti. Nel atto di forum

<sup>10</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>11</sup> REDFERN, A. (et al.). *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Ed. Thomson Aranzadi, Elcano, 2006, p. 176.

shopping andranno, inoltre, considerati elementi ulteriori come: l'ammontare delle spese, la comodità degli spostamenti ed altri aspetti di carattere logistico; i fattori politici e finanziari; l'esistenza di consulenti competenti nelle questioni legali ed in quelle tecniche presenti sul luogo prescelto.

Esistono dei requisiti minimi standard a livello internazionale per la determinazione della sede arbitrale, che possono essere elencati: anzitutto la legge del luogo deve contenere disposizioni per l'esecuzione degli accordi internazionali in conformità con quanto stabilito dalle norme della Convenzione di New York e della Legge Modello; la normativa deve contenere disposizioni che contribuiscano, se necessario, a costituire un tribunale arbitrale ed a concedergli, in modo diretto o indiretto, le facoltà necessarie a svolgere i propri compiti in modo efficiente ed efficace, senza che ciò comporti l'intervento dei tribunali della sede; la legislazione deve contenere disposizioni che regolano il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri nel caso in cui il luogo indicato come sede dell'arbitrato internazionale sia anche quello in cui sono presenti i beni della parte contro la quale il lodo è pronunciato.

Nella misura in cui aumenta in numero di Stati che adottano la Legge Modello, o che modificano le proprie leggi allo scopo di adeguarsi alle sue disposizioni, aumenta anche il numero di Paesi che offrono un quadro legale adeguato per celebrare arbitrati internazionali.

Il procedimento di un arbitrato commerciale internazionale è sottoposto alla supervisione generale della legislazione interna del paese in cui è ubicata la sede dell'arbitrato, eccezion fatta per gli arbitrati che vengono celebrati in conformità al regolamento arbitrale dell'International Center for Settlement of Investment Disputes ICSID.

Anzitutto, si deve tener conto di tutte le norme imperative che regolano l'arbitrato internazionale. In teoria, infatti, le parti sono libere di determinare le norme procedurali che disciplineranno l'arbitrato internazionale, anche nel caso in cui non fossero quelle della sede dell'arbitrato, sempre che ciò non sia contrario all'ordine pubblico. In pratica, però, è difficile immaginare che le parti desiderino complicare la situazione, specialmente perché una delle conseguenze

di tale scelta sarebbe quella di dover consultare due fonti normative procedurali differenti al sorgere di ogni questione controversa<sup>12</sup>.

#### 4. AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ DELLE PARTI E LEX ARBITRI IN RELAZIONE CON L'ENFORCEMENT<sup>13</sup>

La Convenzione di Ginevra del 1927, all'articolo I, numero 2, lettera c), stabilisce che “to obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary that the award has been made by the Arbitral Tribunal provided for in the submission to arbitration or constituted in the manner agreed upon by the parties and in conformity with the law governing the arbitration procedure”<sup>14</sup>.

La parte che chiede l'enforcement deve allegare alla domanda di exequatur i documenti necessari a provare che la sentenza è stata pronunciata dal tribunale arbitrale internazionale conformemente a quanto stabilito nella convenzione di arbitrato e secondo le regole della legge applicabile al procedimento arbitrale.

Nello stesso senso, il Protocollo di Ginevra del 1923 stabilisce che il procedimento arbitrale internazionale è regolato dalla volontà delle parti e dalla legge dello Stato nel cui territorio ha luogo l'arbitrato<sup>15</sup>.

L'uso della congiunzione “e” conferisce alla lex arbitri un valore primario, perché, oltre all'autonomia concessa alle parti dall'ordinamento giuridico nazionale con riferimento all'accordo sulla legge applicabile al procedimento, la legge dello Stato che ospita l'arbitrato internazionale diviene rilevante e preponderante agli effetti dell'enforcement<sup>16</sup>. La violazione delle norme procedurali imperative della lex arbitri, quindi, comporta il rifiuto dell'exequatur e costituisce un limite alla volontà privata.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 397.

<sup>13</sup> ATTERITANO, A. *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*. Giuffrè Editore, Milano, 2009. Trovando splendida la disertazione nel capitolo IV, si applica lo stesso *trend* letterario e in varie occasioni si usano gli stessi termini e specialmente la metafora della contraposizione Scilla-Cariddi e il suo significato.

<sup>14</sup> Convenzione di Ginevra del 1927, articolo I numero 2 lettera c.

<sup>15</sup> Protocollo di Ginevra del 1923, articolo II numero 1 lettera c.

<sup>16</sup> BALLADORE. *Diritto internazionale privato italiano*. Milano, 1974, p. 338.



Il progetto di regolamento redatto dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi, che è confluito nella Convenzione di New York del 1958, ha realizzato un cambio di rotta, conferendo alle parti una maggiore libertà di scelta delle regole procedurali, riducendo le prerogative della *lex arbitri* e delle sue norme imperative.

La Convenzione di New York all'articolo V, numero 1, lettera d, stabilisce che "the Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place"<sup>17</sup>.

In pratica, l'enforcement del lodo arbitrale internazionale è disciplinato nel sistema della Convenzione di Ginevra dalla *lex arbitri* e dalla volontà delle parti, con ovvia ed evidente prevalenza della prima sulla seconda, in caso di contrasto. Al contrario, nel sistema della Camera di Commercio di Parigi, ripreso dalla Convenzione di New York, per volere della delegazione iugoslava<sup>18</sup>, il procedimento è regolato dalle norme volute e concordate dalle parti e la *lex arbitri* viene in rilievo solo se queste non raggiungono un accordo sulle norme applicabili. Il progetto della Camera di Commercio Internazionale di Parigi attribuisce alla *lex arbitri* solo un valore suppletivo e integrativo nel caso in cui manchi la volontà espressa dalle parti con riferimento al regolamento procedurale. Di conseguenza, potranno sorgere degli ostacoli all'enforcement per erroes in procedendo solo se si contravviene alle regole procedurali concordate<sup>19</sup>.

Altro aspetto sul quale la Convenzione di New York inverte la rotta è, in materia di *exequatur*, l'inversione dell'onere della prova rispetto al sistema ginevrino, poiché la regolarità formale della costituzione del tribunale arbitrale e di tutto il procedimento deve essere dimostrata dal ricorrente, e cioè,

<sup>17</sup> Convenzione di New York, articolo V numero 1 lettera d.

<sup>18</sup> E/CONF.26/SR.17.

<sup>19</sup> BROTTONS. *Ejecución de sentencias arbitrales extranjerias - los convenios internacionales y su aplicación en España*. Madrid, 1980, p. 122.

dalla parte che si oppone all'*exequatur*. Questa circostanza rappresenta una conseguenza diretta dello sforzo generale compiuto dalla Convenzione di New York per favorire la circolazione dei lodi arbitrali internazionali.

Ne consegue che, attualmente, secondo la Convenzione di New York, il rigetto dell'*exequatur* per vizi del procedimento si verificherà solo ed unicamente nel caso in cui la costituzione del tribunale arbitrale o il procedimento di arbitrato internazionale non fossero conformi all'accordo celebrato tra le parti o, in difetto di tale accordo, alle norme processuali del paese in cui l'arbitrato ha avuto luogo<sup>20</sup>, e cioè alla *lex arbitri*.

Nello stesso senso dispongono la Convenzione di Panama<sup>21</sup> e la Legge Modello<sup>22</sup>.

La Convenzione di Panama del 1975 all'articolo V, numero 1, lettera d, stabilisce che l'*enforcement* è impedito se la parte che si oppone dimostra che la costituzione del tribunale arbitrale o il procedimento arbitrale non si sono conformati all'accordo celebrato tra le parti o, in mancanza di tale accordo, che la costituzione del tribunale arbitrale o il procedimento arbitrale non sono conformi alla legge dello Stato in cui si è celebrato l'arbitrato<sup>23</sup>, e cioè alla *lex arbitri*.

La Legge Modello UNCITRAL all'articolo 36, numero 1, lettera iv prevede il rifiuto dell'*exequatur* se *the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place*<sup>24</sup>.

Il principio, quindi, almeno in teoria, è che le parti di un arbitrato internazionale possono accordarsi e scegliere norme procedurali proprie o norme procedurali statali diverse da quelle del Paese in cui ha sede l'arbitrato come diritto applicabile al procedimento di arbitrato internazionale, in ossequio

---

<sup>20</sup> Convenzione di New York del 1958, articolo V numero 1 lettera d.

<sup>21</sup> Convenzione di Panama del 1975, articolo V numero 1 lettera d.

<sup>22</sup> Legge Modello UNCITRAL del 1985, articolo 36 numero 1 lettera iv.

<sup>23</sup> Convenzione di Panama el 1975 articolo V numero 1 lettera d.

al principio dell'autonomia della volontà delle parti nelle operazioni commerciali internazionali; le norme convenzionali, inoltre, prevarranno sulla *lex arbitri*.

La *lex arbitri*, pertanto, svolge un ruolo integrativo e suppletivo. Suppletivo perché subentra in caso di assenza totale di accordo sulle regole procedurali; e integrativo perché, nonostante l'accordo sulle regole procedurali esista, la *lex arbitri* ne colma le lacune, quando la normativa procedurale convenzionale non disciplini l'intero procedimento.

Diversa considerazione merita la Convenzione di Washington che ha come caratteristica il sistema *self-contained*, volto ad evitare i rinvii al diritto nazionale con riferimento alla costituzione del tribunale arbitrale internazionale e, in generale, al procedimento, sebbene *except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules*<sup>25</sup>, e cioè ammetta, in casi eccezionali, un accordo sulla procedura tra le parti. Ad ogni modo, solo in caso di *serious departure from a fundamental rule of procedure*<sup>26</sup> si può ottenere l'annullamento del lodo arbitrale internazionale, come può accadere nel caso di costituzione irregolare del tribunale arbitrale internazionale<sup>27</sup> che, in realtà, è un *ground for annulment* mai invocato e di difficile realizzazione pratica grazie al rigido controllo del Segretario Generale dell'International Center for Settlement of Investment Disputes ICSID<sup>28</sup>.

## **5. AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ PRIVATA NELL'ACCORDO SULLA PROCEDURA ARBITRALE DEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI**

Il fatto che la Convenzione di New York e tutti gli altri strumenti internazionali assegnino una funzione apparentemente marginale alla *lex arbitri*, non significa che ci sia un totale adeguamento degli ordinamenti statali in tal senso; anzi, è possibile affermare che la maggior parte delle legislazioni

<sup>24</sup> Legge Modello UNCITRAL del 1985 articolo 36 numero 1, lettera iv.

<sup>25</sup> Convenzione di Washington del 1965 articolo 44.

<sup>26</sup> Convenzione di Washington del 1965 articolo 52 numero 1 lettera d.

<sup>27</sup> Convenzione di Washington del 1965 articolo 52 numero 1 lettera a.

<sup>28</sup> DELAUME, G. *The finality of arbitration involving states: recent developments*, pp. 22 y ss.

nazionali pongono dei limiti alla volontà delle parti, esigendo il rispetto delle proprie norme imperative. La realtà, quindi, è differente rispetto alla teoria fin qui enucleata.

Un esempio di limitazione della volontà contrattuale con riferimento all'accordo sulle clausole procedurali, da parte delle norme imperative del diritto processuale della sede, è l'Italia, paese in cui le parti sono tendenzialmente libere di scegliere le regole procedurali, anche nell'ipotesi di arbitrato amministrato. Tuttavia, l'articolo 832 del Codice di Procedura Civile italiano stabilisce che in caso di arbitrato amministrato, il regolamento del centro di arbitrato può solo prevedere motivi di ricusazione complementari rispetto a quelli stabiliti dall'articolo 815 della codificazione nazionale italiana e, pertanto, nessun regolamento di arbitrato potrebbe ridurre l'elenco dei motivi. Inoltre, coerentemente con la normativa processuale italiana, la competenza giurisdizionale nazionale non è derogabile per effetto del ricorso proposto in caso di ricusazione. Altra condizione stabilita dalla legislazione processuale italiana è il divieto di attribuire al lodo carattere esecutivo. Infine, l'articolo 827 del Codice di Procedura Civile italiano impedisce di derogare al sistema delle impugnazioni. La situazione che la legislazione imperativa italiana determina è uno scenario piuttosto comune, nell'ambito del quale alle parti si garantisce una certa libertà di movimento, vincolata però, al rispetto di determinati principi inderogabili di origine nazionale.

Un esempio di applicazione della volontà delle parti in sostituzione delle norme processuali imperative della sede dell'arbitrato è il *Verfahrenstheorie* di cui al libro 10 del ZPO *Zivilprozessordnung* tedesco, poiché la legislazione processuale tedesca consente alle parti di scegliere il territorio nazionale come sede dell'arbitrato internazionale e contemporaneamente di evitare l'applicazione delle norme imperative tedesche con un semplice rinvio alla legge straniera<sup>29</sup>.

Esiste, infine, la possibilità che venga vietata a priori la scelta di una legislazione processuale distinta da quella della sede dell'arbitrato; ciò vuol dire che è vietato il rinvio ad una legge diversa o la creazione di un regolamento procedurale distinto da quello della sede e, pertanto, la *lex arbitri*

<sup>29</sup> SCHOLESSER. *Das Recht der Internationalem Privatem Schiedsgerichtbarkeit*. Tübingen, 1989, p. 569.

è imprescindibile ed immodificabile come regolamento procedurale per gli arbitrati internazionali che si svolgono nei paesi che adottano questa posizione.

In estrema sintesi, si può operare una classificazione delle posizioni degli ordinamenti processuali nazionali di fronte all'autonomia della volontà delle parti nell'ambito dell'accordo riguardante le norme procedurali applicabili.

Esistono, infatti, alcuni sistemi giuridici che privilegiano il criterio della localizzazione geografica ed altri che, al contrario, attribuiscono maggiore rilevanza all'intenzione delle parti<sup>30</sup>.

Nei sistemi giuridici nazionali che optano per il criterio della localizzazione geografica, che è l'ipotesi più comune, la scelta di fissare la sede dell'arbitrato ha conseguenze trascendentali. In alcuni di questi, la possibilità per le parti di indicare una legge processuale distinta dalla legge del luogo in cui ha sede l'arbitrato è vietata a priori; quindi, nel caso in cui si convenga un regolamento procedurale distinto da quello della sede, quest'ultimo risulterà prevalente a discapito della volontà contrattuale. In altri, più permissivi, se si opta per un regolamento procedurale diverso da quello della sede dell'arbitrato, le norme imperative della *lex arbitri* sono applicabili al fine di individuare il giudice nazionale competente, per ottenere un supporto da parte dell'autorità giudiziaria e per la pronuncia di annullamento del lodo arbitrale internazionale<sup>31</sup>.

La Legge Modello UNCITRAL adotta il principio della localizzazione geografica "permissiva" dell'arbitrato commerciale internazionale stabilendo che si applica *the place of arbitration is in the territory of this State*<sup>32</sup>; analogamente accade nei paesi che hanno recepito la Legge Modello come diritto interno.

Per quanto riguarda i paesi il cui ordinamento giuridico riconosce il primato della volontà delle parti, si devono distinguere i sistemi in cui il

<sup>30</sup> ATTERITANO, A. *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 199.

<sup>31</sup> KAUFMANN-KOHLER. "Identifying and applying the law governing the arbitration procedure – The role of the law of the place of arbitration". In: VAN DEN BERG. *Improving the efficiency*, p. 338.

<sup>32</sup> Legge Modello UNCITRAL articolo 1 numero 2.

riferimento all'autonomia contrattuale è esclusivo, da quelli nei quali è concorrente. Esempio di ricorso esclusivo al principio dell'autonomia della volontà delle parti in materia procedurale è la normativa belga, nella quale la *lex arbitri* non può essere adoperata, nemmeno le sue norme imperative, in presenza di un accordo sulla procedura tra le parti, essendo lo stereotipo di ciò che la dottrina internazionale chiama *floating arbitration*<sup>33</sup>. Emblema del concorso tra autonomia della volontà delle parti e *lex arbitri*, applicandosi le norme processuali nazionali ai soli effetti del supporto giurisdizionale e dell'impugnazione del lodo arbitrale, è la Francia, paese in cui la possibilità di optare per la normativa processuale straniera trova riscontro nell'articolo 1494 del Codice di Procedura che stabilisce che *convention d'arbitrage peut soumettre celle-ci á la loi de procédure qu'elle détermine*; questo articolo è pacificamente interpretato dalla giurisprudenza<sup>34</sup> che considera le norme procedurali svincolate dalla sede<sup>35</sup>. Nonostante ciò, il legislatore francese del 1981 garantisce che la legislazione nazionale, cioè la *lex arbitri*, debba essere obbligatoriamente applicata agli effetti del supporto giurisdizionale e dell'impugnazione del lodo arbitrale<sup>36</sup>.

La situazione normativa presente nei diversi Stati si può riassumere in due opzioni che dipendono dalla possibilità che hanno le parti contrattuali di praticare il *forum shopping*; la prima, consiste nella possibilità che le parti contrattuali fissino la sede dell'arbitrato internazionale in un ordinamento giuridico che adotta il criterio della localizzazione geografica; la seconda consiste nella possibilità di selezionare come sede dell'arbitrato un ordinamento giuridico che adotta il criterio dell'autonomia della volontà delle parti.

Nel caso in cui si scelga come sede dell'arbitrato internazionale un paese che adotta il criterio della localizzazione geografica, si deve distinguere l'ipotesi in cui le parti optino per un paese con un regolamento procedurale incompatibile con la *lex arbitri*, ipotesi nella quale si applicherà integralmente la *lex arbitri*, oppure scelgano un regolamento procedurale compatibile con la *lex arbitri* e,

<sup>33</sup> Demeulenaere. "The place of arbitration and the applicable law; the case of Belgium". In: STORME-DE LY. *The place of arbitration*, p. 67 e ss.

<sup>34</sup> BOISSÉSON. *Le droit français de l'arbitrage interne e international*. Paris, 1990, pp. 653 e ss.

<sup>35</sup> *GNMTC v. Gotaverken*, in *Journal de droit international*, 1980.

<sup>36</sup> GAILLARD, E. (et al). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Arbitration, 1999, p. 661.

in tal caso, si applicherà la *lex arbitri* limitatamente alle norme imperative, a quelle relative al giudice competente e alle norme che offrono un supporto al procedimento arbitrale.

Nell'eventualità che si preferisca come sede dell'arbitrato internazionale un paese che adotta il criterio dell'autonomia della volontà delle parti, deve distinguersi il caso in cui la normativa della sede permette l'esclusività dell'accordo procedurale, caso nel quale non trova alcuna applicazione la *lex arbitri*, dall'ipotesi in cui la legislazione processuale della sede non permette la completa esclusività dell'accordo procedurale, ipotesi nella quale si applica la *lex arbitri* solo agli effetti della determinazione della giurisdizione competente.

Si può schematizzare graficamente<sup>37</sup> l'insieme degli scenari normativi presenti negli ordinamenti giuridici nazionali in relazione all'autonomia della volontà delle parti, attraverso quattro categorie rappresentative.

PANORAMICA DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI NAZIONALI			
Criterio localizzazione geografica		Criterio autonomia della volontà	
Le parti contrattuali scelgono un regolamento procedurale incompatibile con la <i>lex arbitri</i> , ipotesi nella quale si applicherà integralmente la stessa <i>lex arbitri</i> .	Le parti contrattuali optano per un regolamento procedurale ammesso dalla <i>lex arbitri</i> , ipotesi nella quale si applicherà la <i>lex arbitri</i> limitatamente alle norme imperative, a quelle relative alla giurisdizione del giudice competente e a quelle che servono ad offrire supporto al procedimento,	La normativa della sede non ammette l'esclusività dell'accordo procedurale, ipotesi nella quale si applicherà la <i>lex arbitri</i> solo agli affetti della determinazione della giurisdizione competente.	La normativa della sede prevede l'esclusività dell'accordo procedurale, ipotesi nella quale non si applica in alcun modo la <i>lex arbitri</i> .

<sup>37</sup> “Il grafico è tratto da Kaufmann-Kohler, Identifying and applying the law governing the arbitration procedure – The role of the law of the place of arbitration”. In: VAN DEN BERG. *Improving the efficiency*, p. 355.

Per una verifica pratica ed empirica<sup>38</sup>, nella seconda e nella terza colonna si può collocare la generalità degli ordinamenti giuridici; in particolare, nella terza colonna si collocano gli ordinamenti nazionali dei paesi nei quali si celebrano la maggior parte degli arbitrati commerciali internazionali, e che pertanto sono anche la sede dei maggiori centri di amministrazione di arbitrati internazionali, nei quali la *lex arbitri* ha un'applicazione *soft* ai soli effetti della collaborazione tra organo giurisdizionale e tribunale arbitrale internazionale; la prima colonna individua la situazione di alcuni paesi caratterizzati da un certo sottosviluppo giuridico, che esprimono un rifiuto per l'arbitrato internazionale nel proprio territorio, con la conseguenza dell'impraticabilità per gli effetti del *forum shopping*; quest'ultima ipotesi costituisce un esempio di isolamento giuridico a causa di una scelta ottusa se si ha riguardo alla realtà mondiale nel terzo millennio ma esaltata dal costituzionalismo statalista. Infine, diametralmente opposta, abbiamo la quarta colonna, che rappresenta "l'olimpo" del *floating arbitration* e costituisce una piccolissima eccezione poiché corrisponde alla realtà di pochissimi Stati e, per il resto, non ha avuto un'ampia recezione; pertanto, nell'esercizio del *forum shopping*, cioè nella scelta della sede dell'arbitrato internazionale, i contraenti potenzialmente vittime di inadempimento o timorosi preferiscono evitare questa situazione, poiché non hanno a disposizione rimedi giurisdizionali da esperire nell'ipotesi di una decisione arbitrale sfavorevole. E' per tali ragioni che la Germania ha modificato la sua posizione normativa, parliamo di competenza legislativa, per divenire una sede potenziale di arbitrati internazionali, passando dalla quarta alla terza colonna, a differenza del Belgio che, restando nella quarta colonna, difficilmente è oggetto di *forum shopping*.

## 6. DEDUZIONI

Le convenzioni e i regolamenti in materia di arbitrato commerciale internazionale stabiliscono chiaramente che le parti possono scegliere il diritto applicabile al procedimento.

<sup>38</sup> ATTERITANO, A. *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 201.



È assioma teorico, che si sorregge sul principio dell'autonomia della volontà delle parti nelle operazioni commerciali internazionali, che le parti di un arbitrato internazionale possono accordare norme procedurali proprie o norme procedurali statali diverse da quelle del Paese in cui ha sede l'arbitrato come diritto applicabile al procedimento di arbitrato internazionale, significando che le norme convenzionali prevarranno sulla *lex arbitri*.

Ma il fatto che la Convenzione di New York e tutti gli altri strumenti internazionali assegnino una funzione apparentemente marginale alla *lex arbitri*, non significa che ci sia un totale adeguamento degli ordinamenti statali in tal senso; anzi, è possibile affermare che la maggior parte delle legislazioni nazionali pongono dei limiti alla volontà delle parti, esigendo il rispetto delle proprie norme imperative.

La situazione normativa presente nei diversi Stati si può riassumere in quattro preferenze di forum shopping.

La prima, consiste nella possibilità che le parti fissino la sede dell'arbitrato internazionale in un ordinamento giuridico che adotta il criterio della localizzazione geografica e scelgano un regolamento procedurale incompatibile con la *lex arbitri*. Ipotesi nella quale si applicherà integralmente la *lex arbitri*.

La seconda, consiste nella possibilità che le contrattuali fissino la sede dell'arbitrato internazionale in un ordinamento giuridico che adotta il criterio della localizzazione geografica e scelgano un regolamento procedurale compatibile con la *lex arbitri*. In questa ipotesi si applicherà la *lex arbitri* limitatamente alle norme imperative.

È preciso affermare che le prime due ipotesi rappresentano lo scenario dei paesi con sottosviluppo giuridico, che esprimono un rifiuto per l'arbitrato internazionale nel proprio territorio, con la conseguenza dell'impraticabilità per gli effetti del forum shopping; generando isolamento giuridico a causa di una scelta ottusa che si ha riguardo alla realtà mondiale nel terzo millennio.

La terza, consiste nella possibilità che le parti preferiscano come sede dell'arbitrato internazionale un paese che adotta il criterio dell'autonomia della volontà delle parti e dove la legislazione processuale della sede non permette la

completa esclusività dell'accordo procedurale. Ipotesi nella quale si applica la lex arbitri solo agli effetti della determinazione della giurisdizione competente. È la realtà degli ordinamenti nazionali dei paesi nei quali si celebrano la maggior parte degli arbitrati commerciali internazionali, e che pertanto sono anche la sede dei maggiori centri di amministrazione di arbitrati internazionali, nei quali la lex arbitri ha un'applicazione soft ai soli effetti della collaborazione tra organo giurisdizionale e tribunale arbitrale internazionale.

La quarta, consiste nella possibilità che le parti preferiscano come sede dell'arbitrato internazionale un paese che adotta il criterio dell'autonomia della volontà delle parti e dove la normativa della sede permette l'esclusività dell'accordo procedurale. Ipotesi nella quale non trova alcuna applicazione la lex arbitri. Rappresenta "l'olimpo" del floating arbitration e costituisce una piccolissima eccezione poiché corrisponde alla realtà di pochissimi Stati che non ha avuto, al contrario di quanto potesse pensarsi, un'ampia recezione nell'esercizio del forum shopping, perché i contraenti potenzialmente vittime di inadempimento o timorosi preferiscono evitare questa situazione, poiché non avrebbero a disposizione rimedi giurisdizionali da esperire *nell'ipotesi di una decisione arbitrale sfavorevole*.